

Francesca Pulitanò

«Adoptio cognati facti».

Un rescritto dei «divi fratres» in tema di «collatio bonorum» (*)

1. La collazione ereditaria come correttivo patrimoniale – 2. Le quattro versioni del rescritto – 3. Osservazioni sulla *cautio de conferendis* – 4. Individuazione del contenuto del rescritto e differenziazione con gli apporti ulpiani: ulteriori osservazioni di critica testuale – 4. I principi contenuti nel rescritto imperiale in relazione alla dialettica tra *agnatio* e *cognatio* e alla evoluzione di essa nel passaggio tra II e III secolo d.C.

1. Si intende in questa sede completare l'analisi delle (limitate) testimonianze in materia di *bonorum possessio* che ci sono state tramandate come prodotto dell'attività della cancelleria dei *divi fratres*¹; sarà, in particolare, oggetto di attenzione un rescritto, ad essi attribuito, di cui le fonti danno notizia in ben quattro luoghi. Il tema è quello della *collatio bonorum* (o *emancipati*), nella particolare applicazione del conferimento imposto ad un soggetto *alieni iuris*.

La questione della sorte del patrimonio *post mortem* rappresenta, in ogni ordinamento giuridico, un terreno d'elezione per procedere a delicati bilanciamenti di interesse. A parte la tensione di fondo tra la libertà di disposizione del singolo e la tutela dei soggetti più vicini, per vincolo familiare, al *de cuius*, anche nella posizione delle norme giuridiche costituenti la successione cd. «legittima» e «necessaria» entrano in gioco valutazioni che coinvolgono, più in generale, la nozione di famiglia e la relativa percezione di essa all'interno della società.

Inutile ricordare come nell'ordinamento romano la successione ereditaria, al pari e forse più di altri istituti, abbia risentito profondamente della dialettica tra *ius civile* e *ius honorarium*, la quale a propria volta si esplicò nella progressiva perdita di terreno dei vincoli potestativi e agnatici a favore di una sempre maggiore attenzione alla *cognatio* di sangue.

In particolare, l'ammissione dei figli emancipati alla successione intestata (e poi anche contro il testamento), per il tramite della *bonorum possessio*, rappresentò un importante elemento di novità a fronte dei rigidi schemi civilistici che per lungo tempo avevano dominato la vicenda della famiglia romana. Sullo sfondo di questa innovazione fu introdotto l'istituto della collazione ereditaria, la quale svolse già allora un ruolo fondamentale come strumento di equità sostanziale, tanto da trasferirsi nel diritto a noi contemporaneo.

*) Cfr. D. 38.8.1.4 (Ulp. 46 *ad ed.*): «*ubicumque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, ut etiam adoptio cognati facti continentur*», proveniente dal titolo del commentario edittale sulla *bonorum possessio unde cognati* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, rist. Graz, 1960, c. 722). L'affermazione ulpiana, pur non riferendosi *ex professo* al provvedimento qui considerato, rappresenta una enunciazione riassuntiva dei principi che emergeranno nel corso dell'analisi. Come si chiarirà più dettagliatamente, infatti, la dialettica tra *agnatio* e *cognatio*, che assume connotati peculiari nella considerazione dei vincoli di *adoptio*, rappresenta un tema significativo dell'esegesi dei quattro frammenti che riferiscono, non senza problematicità, una decisione dei *divi fratres*.

1) Un primo contributo in tal senso, cui mi sia consentito rinviare, è già edito: cfr. F. PULITANÒ, «*Bonorum possessio dimidia partis*» e «*accusatio capitis*» in un rescritto dei «*divi fratres*», in «RDR.», III, 2003. Anche qui valgano le medesime precisazioni, già espresse in quella sede, circa la necessaria parzialità di alcune prese di posizione, determinata dalla circoscrizione della ricerca ad un ambito specifico.

Il Codice Civile del 1942, così come riformato dalla l. 19.5.1975 n. 151, infatti, contempla e disciplina l'istituto: esso statuisce il conferimento di quanto ricevuto a titolo di donazione, ispirandosi in ciò al principio della presunzione di anticipo sulla futura successione².

Le fonti romane tramandano, soprattutto a mezzo del Digesto³, una casistica giurisprudenziale articolata, che prende le mosse dalla *laudatio edicti* ulpiana contenuta in D. 37.6.1 e si occupa poi variamente della corretta determinazione delle quote spettanti a ciascun avente diritto.

Le fattispecie che si analizzeranno sono accomunate dall'identico atteggiarsi della regola secondo cui la successione dell'*alieni iuris* va a beneficio del patrimonio del *paterfamilias*. Tuttavia, analizzando a fondo i due casi che si intrecciano nella descrizione del problema giuridico, appare evidente la diversità, dal punto di vista della «gerarchia» familiare, degli interessi coinvolti in ciascuno di essi.

Come normalmente accade quando si tratta di rescritti, la pronuncia imperiale prende occasione dalla richiesta di tutela del singolo. Pur nella differenza di opinioni sul punto, della quale si avrà occasione di occuparsi, Marco Aurelio e Lucio Vero sono chiamati in causa per dirimere il dubbio sorto in capo alla figlia di un *de cuius* emancipato. Costei si trova infatti a condividere la successione del padre, che avviene *ex bonorum possessione contra tabulas*, con un suo fratello di sangue, rimasto però sotto la potestà del nonno paterno, ancora in vita.

Si valutano, nel provvedimento, le conseguenze della liberalità di quest'ultimo, il quale, emancipando il nipote, gli consente di succedere *proprio nomine*, contemporaneamente privando del beneficio della collazione la sorella appartenente alla nuova famiglia paterna.

Gli imperatori si pronunciano nel senso della liceità di una simile decisione, che viene motivata con la considerazione secondo cui, avendo i litiganti un nonno in comune, alla morte di costui le eventuali sperequazioni in precedenza prodottesi alla morte del padre potranno essere vanificate dalla divisione tra tutti i nipoti del patrimonio avito, venendosi così a riequilibrare la loro posizione successoria rispetto all'avo. Se ne ricava l'idea di un nucleo familiare comunque considerato nella sua unità di sangue, indipendentemente dalle contingenti vicende della potestà. Si osserva, altresì, la «normalità» di una situazione, tutt'altro che rara nelle fonti, in cui il figlio premuore al padre, ed il problema diventa quello di stabilire se, nell'immediato, debba prevalere l'interesse dell'ascendente o quello del discendente.

A questa fattispecie ne accede un'altra, richiamata per confronto sulla base dell'identità del presupposto giuridico consistente nella collazione imposta all'avente potestà. Si tratta del caso del figlio passato sotto un'altra famiglia a seguito di adozione, il quale concorre, con i fratelli di sangue, alla successione del padre naturale. Anche qui il *paterfamilias* dell'adottivo deve addossarsi in proprio l'obbligo di garantire la collazione, quale condizione per ottenere la successione pretoria contro il testamento per il tramite del sottoposto.

Tuttavia, la valutazione del comportamento del padre adottivo viene sottoposta ad un giudizio più severo rispetto a quello del nonno, protagonista del caso precedentemente descritto: nell'ammettere, infatti, che il *datus in adoptionem* venga estromesso dalla nuova famiglia ad opera del *pater a-*

²) Art. 737 cod. civ.: «I figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali e il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati». L'idea della presunzione anticipatoria, accolta nel testo, riprende la formulazione di P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*¹⁵, Milano, 2003, p. 774. L'individuazione del fondamento dell'istituto non è tuttavia pacifica in dottrina, come descrive G. GAZZARA, «Collazione (diritto civile)», in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 331 (cfr. p. 350 per la bibliografia fino al 1960). Recentemente, in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*¹⁷, Milano, 2004, p. 1019 (§ 591), si afferma presumere la legge che il *de cuius*, pur avendo compiuto donazioni in vita, non intenda falsare la proporzione delle quote previste per i discendenti nel testamento o per successione legittima. Nel senso di una «redistribuzione di un valore (rappresentato dal persistente arricchimento donativo)», cfr. G. CIAN, P. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*⁷, Padova, 2004, p. 671 ss., e, per una articolata discussione su queste prese di posizione, cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in «Trattato di diritto civile italiano, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di F. Vassalli», XII.5, Torino, 1980.

³) D. 37.6; anche il Codice dedica un titolo, il VI.20, all'argomento. Non si rinvengono invece accenni né nelle istituzioni di Gaio né in quelle giustinianee.

adoptivus – spinto, quest’ultimo, dal chiaro intento di non sottoporre il proprio patrimonio alle conseguenze della *collatio* – la giurisprudenza introduce il principio secondo cui l’emancipazione del figlio adottivo da parte del suo nuovo avente potestà debba essere carente da dolo per poter giustificare la privazione a danno degli altri fratelli coinvolti nella successione dei benefici della *collatio* stessa.

Resta quindi in primo piano la salvaguardia della reciproca posizione dei fratelli, pur trovandosi essi in condizione giuridica diversa rispetto ai rapporti potestativi: alcuni sono infatti *sui del de cuius*, mentre l’adottivo è *suus* rispetto al nuovo padre, pur non avendo con lui vincoli cognatizi.

Il legame di sangue svolge un ruolo interessante nella speculazione giurisprudenziale ricollegata al rescritto, che certamente ne tiene conto volgendosi a considerare la liceità dell’emancipazione nelle due ipotesi. Nel rapporto naturale tra nonno e nipoti, il dolo nel procedere da parte del primo nei confronti dei secondi all’emancipazione appare escluso, mentre nel rapporto tra adottante e adottato si valuta la carenza di dolo nel procedere alla relativa *emancipatio*, per stabilire se la collazione a carico del *pater adoptivus* emancipante possa essere evitata.

Il rescritto in tema di *collatio bonorum*, cui si è fatto finora riferimento in via generica, viene citato in più titoli del Digesto con angoli visuali differenti ed è già noto agli studiosi sotto diversi profili⁴. In questa sede ne viene riproposta l’interpretazione, non senza richiamo ad alcune soluzioni date per assodate in dottrina, con l’intento di ridiscutere alcune prese di posizione non completamente prive di zone oscure e di contraddizioni.

⁴) La letteratura specifica sulla *collatio* non è molto vasta ed è piuttosto datata. Si veda E. FEIN, *Das Recht der Collation, dargestellt nach den Grundsatzendes römischen Rechts*, Heidelberg, 1849, R. LEONHARD, ‘*Bonorum collatio*’, in «PWRE.», III.1, Stuttgart, 1897, c. 704 ss., B. W. LEIST, in F. GLÜCK, *Auführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XXXVII-XXXVIII.2-3 (cur. B. Brugi), 1906, p. 514 ss., A. GUARINO, *Collatio bonorum*, Napoli, 1936, A. MOZZILLO, ‘*Collatio*’, in «NNDL.», V, Torino, 1959, p. 444 ss., G. LONGO, ‘*Collazione*’, in «ED.», VII, Milano, 1960, p. 312 ss., ed E. VOLTERRA, ‘*Emancipatio*’, in «NNDL.», VI, Torino, 1960, p. 489 ss.; accenni in O. DILIBERTO, ‘*Successione legittima (diritto romano)*’, in «ED.», XLIII, Milano, 1990, p. 1305 nt. 84, e in J. BURILLO, ‘*Sobre la ‘collatio emancipati*’, in «SDHI.», XIII, 1965, p. 199 ss.; lambisce il tema F. SAMPER, ‘*Pars debita en el derecho romano vulgar*, in «SDHI.», XXXVII, 1971, p. 74 ss. Si occupa ex professo dei nostri testi A. GUARINO, *Di un rescritto dei divi fratres in tema di collatio bonorum*, in «RIL.», LXXIII, 1939-40, p. 1 ss.; del medesimo autore, cfr. *Über den Begriff der Kollation*, in «ZSS.», LIX, 1939, p. 509 ss., ora in *Pagine di diritto romano*, VIII, Napoli, 1995, p. 375 ss., *La classificazione delle ‘stipulationes praetoriae’*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 214 ss., *Sul modo di attuazione della collatio emancipati (D. 37,6,3,2,3)*, in «SDHI.», IV, 1938, p. 521 ss.; da ultimo, si veda A. CABALLÉ-MARTORELL, *Collatio emancipati*, Madrid, 1997: della stessa autrice, cfr. *El rescrito de los divi fratres y el derecho de los sui heredes a la collatio emancipati*, in «Le monde antique et les droits de l’homme: actes de la 50^e session de la société internationale Fernand de Visscher pour l’histoire des droits de l’antiquité», Bruxelles 1998, p. 455 ss.; si veda altresì M.G. VITA, *D. 37,6,1,3 e la collatio emancipati*, Macerata, 2001, p. 1 ss. Incidentalmente, cfr. H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in «ZSS.», L, 1930, p. 95 e nt. 4. Brevi accenni sono contenuti anche nei manuali e nelle trattazioni di diritto ereditario: talvolta in queste ultime si descrive la *bonorum possessio*, senza menzione della *collatio*. Cfr., per la Pandettistica, G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, III, Leipzig, 1847, p. 277 (§ 317), A. von VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Marburg und Leipzig, 1867, p. 376 ss., e B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1900-1906, trad. it. (cur. C. FADDA, P. BENSÀ), 1902-1914, rist. Torino, 1930, III, p. 351 ss. Si vedano inoltre G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 371 ss., B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in «AUPA.», XX, 1949, p. 127 ss., B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Corso di lezioni*, Milano, 1954, p. 138 ss. (ove velocemente si afferma come la *collatio*, in epoca giustiniana, si svincola dalla *bonorum possessio*, senza che a ciò corrisponda un adeguamento formale nella compilazione), e C. ARNÒ, *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*, Torino, 1938, p. 201 ss.; cfr. più recentemente, A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991, p. 151 ss. Un accenno in BIONDI, *Istituti fondamentali del diritto ereditario romano*, Milano 1948, p. 228 ss.; la trattazione di P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano 1967, e *Diritto ereditario romano*, II², Milano 1963, verrà richiamata nella discussione di singoli punti. Non menziona la *collatio*, invece, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Le successioni*, Milano 1974. Per la manualistica, a titolo esemplificativo e con preferenza per i testi più recenti, si ricordino M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 713, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 731 ss. (nt. 20 per la bibliografia), E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961 (rist. 1985), p. 808 ss., G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, a cura di F. SITZIA e L. VACCA, Torino, 1991, p. 663 s., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 670, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 631, T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Derecho privado romano*, Valencia, 1999, p. 287 ss., G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*³, Torino, 2000, p. 271, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² Napoli, 2001, p. 442 ss. (senza approfondimenti sulla *collatio*), e D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, p. 446. Non ci occupiamo, in questa sede, dell’altra forma di collazione, vale a dire la *collatio dotis*.

I testi rilevanti sono D. 37.6.5, D. 37.6.1.14, D. 38.6.6, D. 37.8.4, i primi tre di Ulpiano, il quarto di Modestino⁵. Si tratta, dunque, di soluzioni relative all'obbligo di conferimento gravante sull'avente potestà, nell'ipotesi della successione *ex bonorum possessione* del soggetto *alieni iuris*. Vi si trova espresso il principio di un eventuale, correlativo esonero dalla *collatio*, in caso di preventiva emancipazione dell'interessato da parte del titolare della potestà. Si tratta, come già esplicitato, della *collatio bonorum*, altrimenti designata dalle fonti come *collatio emancipati*.

Il Digesto, come detto, tramanda più testimonianze del provvedimento⁶, anche se, in alcuni casi, manca una espressa attribuzione ai due imperatori⁷. Ciò comporta una intrinseca difficoltà di analisi: infatti, qualora ci si volga a sottolineare le peculiarità di ogni singolo frammento si rischia una eccessiva dispersività dell'indagine; d'altra parte, una visione di sintesi è resa difficile proprio dalle indubbie differenze tra le diverse versioni del rescritto riportate dalla compilazione.

Si deve perciò compiere, *in limine*, una scelta metodologica: per le motivazioni sopra addotte, sembra opportuno procedere in primo luogo ad una esposizione analitica del contenuto di ciascun frammento, nella quale sarà inevitabile, a tratti, la ripetizione di osservazioni già compiute in letteratura; al termine, sarà possibile inquadrare e, se non risolvere definitivamente, almeno rivalutare criticamente alcune questioni-cardine su cui la dottrina si è pronunciata in modo discordante.

Ci si soffermerà, inoltre, sul tenore della *cautio de conferendis bonis*, della quale non conosciamo praticamente nulla in modo diretto e che, pur essendo considerata solo marginalmente dagli autori che hanno affrontato l'esegesi dei nostri testi, presenta profili di rilevante interesse in più direzioni⁸.

2. Il primo testo da considerare è D. 37.6.5 (Ulp. 79 *ad ed.*), tratto dalla *sedes materiae* dell'istituto della *collatio*: in esso confluiscono la pronuncia imperiale e un punto di vista che, anticipiamo fin d'ora, sembrerebbe presentarsi come esclusivamente ulpiano.

D. 37.6.5 (Ulp. 79 *ad ed.*)⁹: 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

⁵) L'ordine nel quale nel testo vengono presentati i frammenti non segue quello della loro comparizione nel Digesto, poiché riflette già l'impostazione di studio che si seguirà: le ragioni dell'individuazione di tale sequenza risulteranno evidenti nel corso dell'analisi.

⁶) Ne parlano in modo articolato VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 760, GUARINO, *Di un rescritto*, cit., p. 367 s., e, da ultimo, anche CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 109 ss.; fatta salva la stringata – e ormai datata – analisi di M. SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi nell'attività giurisdizionale dei Divi fratres*, Catania, 1938, il punto di vista di questi studiosi è sempre quello della *collatio*: restano in tal modo in ombra, o comunque espresse in modo incidentale, le osservazioni relative all'appartenenza dei provvedimenti all'attività imperiale e l'individuazione dei nessi tra un testo e l'altro, oltre che la ricostruzione del principio effettivamente espresso dai *divi fratres*, punto sul quale non esiste uniformità di vedute. All'opposto, solo sulla attribuzione ai *divi fratres* e non sulla critica dei contenuti, si concentra G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I-II, Milano, 1963.

⁷) Non vi sono esplicite indicazioni circa l'apporto imperiale, ma il testo coincide perfettamente con quello del rescritto, in D. 38.6.6 (Ulp. 39 *ad ed.*); esso, nel Digesto, appartiene al titolo '*si tabulae testamenti nullae exstabant. Unde liberi*', mentre il Lenel lo colloca nel titolo ulpiano '*de bonorum possessione contra tabulas*' (*Palingenesia*, II, cit., c. 689, tra D. 37.4.3.pr.-5 e D. 37.4.3.6-9: il titolo 37.4 del Digesto è dedicato, invece, proprio alla *bonorum possessio contra tabulas*. In un altro caso si indica come autore il solo Marco Aurelio: D. 37.8.4, Mod. 6 *pand.*). Lo SCARLATA FAZIO, *Principii*, cit., p. 117 s., afferma trattarsi di più versioni del medesimo rescritto: l'opinione appare condivisibile: i quattro frammenti sono sostanzialmente coincidenti, fatte salve le differenze che si vedranno e delle quali si cercherà di fornire spiegazione nel corso dell'analisi.

⁸) Sul punto, da ultimo, CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 177 ss.; altra bibliografia verrà richiamata al momento opportuno.

⁹) L'appartenenza del testo al libro 79 *ad edictum* (LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 872) chiarisce un punto significativo dell'analisi: Ulpiano si pone dalla visuale della *stipulatio* (siamo nel titolo '*de stipulationibus praetoriis*': cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen 1985, p. 514 s. per l'introduzione al titolo editale; nello specifico, l'autore parla della *stipulatio 'de conferendis bonis et dotibus'* a p. 536 [§ 283]), piuttosto che da quella dell'istituto ereditario, e da questo dipendono, verosimilmente, le osservazioni compiute nell'ultima parte del frammento, quella attribuibile allo stesso giurista e non ad interventi imperiali.

his bonis fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat. nec idcirco ea filia, quae post emancipationem nata patri heres exstitit, iuste queri poterit', inquit, 'quod eo facto a collationi 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. 1. 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. 2. Sive ergo in totum collatio facta non est sive in partem facta, locum habebit haec stipulatio: 3. et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit, quo minus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur.

Il caso presenta il seguente andamento: ad una introduzione, che sembra fare riferimento ad un rescritto imperiale già noto al giurista, segue una precisazione letterale del tenore del provvedimento, in cui si specificano alcuni punti, relativamente alla posizione della figlia nata dopo l'emancipazione paterna.

La fattispecie presentata è la seguente, ed assurge a principio generale nella relazione ulpiana: un tale ha un figlio *sui iuris* e un nipote in potestà. Il figlio *sui iuris* muore. Conviene tradurre letteralmente la parte successiva del testo, che recita '*si nepos patris sui emancipati accipiat bonorum possessionem, de conferendis suis quoque bonis cavere eum debere et esse similem eum qui adoptavit*': «se il nipote ottenga la *bonorum possessio*¹⁰ del patrimonio del padre suo emancipato, l'avo ('*eum*') deve prestare la *cautio de conferendis* anche sui suoi beni ed è simile a colui che abbia adottato».

Tale lettura della prima parte del *principium* solleva la questione della relazione temporale tra *petitio bonorum possessionis* e prestazione della *cautio de conferendis*. L'uso del verbo '*accipere*' farebbe infatti pensare ad una anteriorità dell'ottenimento della *bonorum possessio* rispetto alla prestazione della *cautio*, che nella nostra ipotesi doveva essere imposta all'avo. La scansione procedurale appena enunciata è senz'altro avallata da quanto affermato da Voci, secondo il quale, appunto, la *bonorum possessio* richiesta e ottenuta sarebbe stata presupposto necessario della prestazione della *cautio*¹¹.

Le fonti sembrano tuttavia testimoniare una differenza di vedute, sul punto, tra Giuliano e Papiniano¹². Di recente, la Caballè-Martorell ha riproposto una articolata esegesi dei testi-chiave, alla quale conviene senz'altro rinviare per ulteriori approfondimenti¹³. Basti qui ricordare come la studiosa si sia analiticamente soffermata sulle singole possibilità di sequenza degli atti di ottenimento della successione pretoria e si sia infine pronunciata per la possibilità di ritenere legittimate dall'edito ambedue le ipotesi¹⁴. Il problema rileva, in questa sede, nella prospettiva della relazione tempo-

¹⁰ Il passo non specifica se debba intendersi la *bonorum possessio* come intestata o *contra tabulas*. Per la verità, in accordo con l'impostazione di VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 756, va precisato che anche la *contra tabulas* è, in ultima analisi, una forma di *bonorum possessio ab intestato*, dato che il risultato pratico di essa è proprio il ricorso alla successione intestata (egli afferma, appunto – p. 757 –, che la *collatio* sia esclusiva della *bonorum possessio ab intestato*). Alla *contra tabulas*, nello specifico, rimanda il confronto con D. 37.6.1.14 (su cui *infra*, nel testo), che la menziona espressamente. Il frammento, come si vedrà meglio in seguito, appartiene alla trattazione sulla *collatio bonorum*, a dimostrazione della non problematicità del riferimento all'istituto anche alla *bonorum possessio contra tabulas*. Tuttavia, occorre ricordare (cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 129) come in realtà la *collatio* sia nata funzionalmente alla *bonorum possessio* intestata e solo successivamente sia stata estesa anche all'altra forma; per la riferibilità del caso alla *contra tabulas* si pronuncia GUARINO, *Collatio*, cit., p. 45).

¹¹ VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 762 nt. 31. Fonte particolarmente significativa sembra essere D. 37.6.3.pr. (Iul. 23 dig.), nella parte in cui dichiara che la *datio bonorum possessionis* debba opportunamente precedere la prestazione della *cautio*, per ragioni di salvaguardia degli eredi ('*Praetor non sub condicione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat, quid data bonorum possessione fieri oportet. alioquin magna captio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intellegetur, nisi cavisset de collatione: nam si interim ipse deceisset, heredi suo nihil relinqueret*'). Cfr. anche CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio* cit., p. 19. LEIST, *op. cit.*, p. 530, definiva la *cautio* come presupposto della *collatio*, pur notando (nt. 34) la contraddittoria testimonianza di *Ulp. ep.* 28.4 e di *Paul. sent.* 5.9.4.

¹² CABALLÈ-MARTORELL, *op. ult. cit.*, p. 160 ss. Si tratta del già riportato D. 37.6.3.pr. (Iul. 23 dig.) e di D. 37.6.8: (Pap. 3 quaest.): '[...] *Unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cavere fratribus noluit, audiendum postea putaverunt, si vellet oblata cautione beneficium bonorum possessionis exercere*'.

¹³ CABALLÈ-MARTORELL, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.

¹⁴ CABALLÈ-MARTORELL, *op. ult. cit.*, p. 174 e nt. 70 e p. 176.

rale non solo tra gli atti attraverso i quali si perfezionava la successione pretoria, ma anche tra essi e il momento della *emancipatio*.

Lo sviluppo della fattispecie concreta prosegue infatti con l'esposizione del testo del rescritto, che viene fatto partire da una frase secondaria, introdotta da 'nisi'. Mantenendo la sfumatura dubitativa con la quale si esprime la cancelleria, ne risulterebbe la seguente ricostruzione: (la soluzione prospettata vale) a meno che, eventualmente, l'avo abbia intenzione di non trarre alcun vantaggio dalla successione del nipote, e decida di emanciparlo, consentendogli in tal modo di beneficiare in proprio della *bonorum possessio*. Ne risulta che, essendo l'emancipazione funzionale all'impetrazione della quota ereditaria, non sarà dovuta alcuna *collatio*, dato che il *nepos* non ha fatto in tempo ad accumulare un patrimonio proprio, da condividere con gli altri eredi.

Ci si può chiedere, allora, in quale momento della procedura finalizzata alla concessione della *bonorum possessio* intervenga l'emancipazione. Come si vedrà tra poco, il confronto con D. 37.6.1.14, che si esprime chiaramente per una *emancipatio* dell'adottivo intervenuta *ante petitionem bonorum possessionis*, indurrebbe a credere che anche nel caso esemplificato in D. 37.6.5.pr. la emancipazione del nipote avesse preceduto ogni iniziativa volta ad ottenere la successione pretoria.

Se, tuttavia, al verbo 'accipere' fosse attribuito il significato di «ottenere» la *bonorum possessio*, rimarrebbe la possibilità di ritenere che, nella fattispecie riportata in D. 37.6.5.pr., l'avo, all'atto della emancipazione, avesse già ricevuto la *bonorum possessio* per conto del nipote. Un indizio in questa direzione potrebbe essere ravvisato nella frase 'nullum ex his bonis fructum acquirere vult', qualora essa venisse intesa come rinuncia a trarre profitto da beni già acquisiti, interpretazione che il tenore complessivo dell'inciso non consente di escludere completamente. Anche accogliendo questa ricostruzione, comunque, il termine 'fructus' sarebbe da intendersi come vantaggio generico, senza necessità di pensare ad una coincidenza con la nozione tecnica¹⁵.

Ciascuna delle eventualità sopra prospettate presenta implicazioni concrete, che si possono ipotizzare in modo più dettagliato, anche se non siamo in possesso di specifici riscontri testuali. Nel caso in cui l'emancipazione precedesse la *petitio bonorum possessionis*, il nipote sarebbe legittimato a compiere in proprio la stessa *petitio* e non sarebbe obbligato alla prestazione della *cautio*, a motivo della carenza di patrimonio e della conseguente impossibilità di arrecare pregiudizio ai *sui* (salvo pensare ad una sottrazione ai danni di questi ultimi degli incrementi patrimoniali apportati dal *nepos* all'avo e rimasti nella titolarità di quest'ultimo); in questo i due frammenti D. 37.5.6 e D. 37.6.1.14 sarebbero in accordo.

Se, viceversa, si accogliesse la possibilità che l'emancipazione avvenisse in un momento successivo all'ottenimento della *bonorum possessio* del *nepos* da parte dell'avo, il ragionamento dovrebbe sdoppiarsi ulteriormente: se la *cautio* non fosse stata ancora prestata, essa non sarebbe stata comunque imposta; se, invece, l'avo avesse già fornito anche la garanzia, sarebbe a questo punto difficile giustificare il vanificarsi dell'effetto obbligatorio prodotti *ex stipulatione*. Le possibili soluzioni di questo problema non sembrano comunque inficiare la *ratio* della decisione imperiale, che si ispira all'idea secondo cui, rimanendo impregiudicata l'aspettativa successoria di tutti i fratelli sui beni dell'avo, a quest'ultimo sarà consentito di emancipare il nipote senza conseguenze. Si precisa, infatti, nel seguito del rescritto, che non risulterà giustificata alcuna recriminazione da parte di una sorella, nata dal *de cuius* dopo l'emancipazione. La motivazione è, insieme, equitativa e tecnica, dato che i due nipoti, al momento della morte dell'avo, potranno succedere insieme, ed allora l'imposizione della collazione permetterà di arrivare, sebbene in ritardo, al corretto riequilibrio delle quote.

Il *principium* del frammento si chiude, come accennato, con il rinvio analogico alla situazione del padre adottivo¹⁶. Afferma il giurista come la liberazione di costui – giuridicamente collocato

¹⁵ Nessun accenno alla fonte specifica né in R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, né in F. ZUCCOTTI, *Fruget fructusque (studio esegetico su D. 50.16.77)*, Padova, 2000.

¹⁶ GUARINO, *Collatio*, cit., p. 51, e *Di un rescritto*, cit., p. 373, ritiene l'inciso insitico. Sul confronto con D. 37.6.1.4, correttamente, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, Milano, 1990, p. 466 s., ritiene di poter fondare, contrariamente a quanto espresso dal Guarino, la genuinità – o quantomeno l'ininfluenza sostanziale dell'interpola-

nella medesima posizione dell'avo – dal conferimento a favore dei fratelli di sangue dell'adottivo rimasti in potestà, in caso di emancipazione dell'adottato, non potrà essere giustificata dalla medesima *ratio* sopra vista¹⁷: infatti, i fratelli che chiamiamo naturali non avranno alcun titolo per invocare, in un secondo tempo, la successione del *pater adoptivus*.

Tuttavia Ulpiano applica al padre adottivo la regola enunciata dai *divi fratres* per l'*avus*, intendendola con l'inciso '*si sine dolo emancipaverit*'. Per meglio dire, il giurista sembra richiamare quest'ultima situazione in funzione di appoggio alla soluzione enunciata in precedenza.

Per ora siano sufficienti questi brevi cenni: per concludere l'esposizione del contenuto di D. 37.6.5, il § 1 ed il § 2 riportano due osservazioni, rispettivamente introdotte da '*committitur*' e da '*locum habebit*'. In primo luogo si chiarisce in quale caso, in particolare, la *stipulatio* cominci a produrre l'effetto giuridico che le è proprio; in seconda battuta, e su questo si imporrà un approfondimento più specifico, sembra che ci si riferisca ai caratteri dell'azione così individuata, la quale, appunto, è conseguenza dell'inadempimento alla promessa garantita. Come si vedrà più avanti, il frammento rappresenta, in questo punto, l'unica testimonianza diretta del tenore della *cautio de conferendis bonis*, ed è infatti preso a modello dagli studiosi per la ricostruzione, non sempre univoca, della formula della stessa.

Si rinvia perciò la trattazione specifica ad un successivo paragrafo, espressamente dedicato ai caratteri dell'azione *ex cautione*.

E' invece opportuno trattare, in questa sede, la questione del rapporto tra D. 37.6.5 e D. 37.6.1.14, specificamente riferito al caso dell'*adoptio*.

Premessa necessaria all'esegesi del secondo testo è il richiamo ad alcuni principii relativi alla successione degli adottivi¹⁸, con particolare attenzione alle peculiarità di essa rilevanti nelle fattispecie analizzate. Le fonti forniscono alcune notizie circa la possibilità del figlio adottivo di ottenere la *bonorum possessio*, ma il riferimento è di solito alla successione al padre naturale. Nei confronti di quest'ultimo, il *datus in adoptionem* mantiene il vincolo di *cognatio*¹⁹, stringendo invece quello di *agnatio* con la nuova famiglia²⁰.

Vi sono diversi testi significativi nel senso sopra ricordato. Per esempio, in Ulp. 39 *ad ed.* D. 37.4.1.pr. si legge '*in contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt*'. Evidentemente, viene qui in considerazione l'*agnatio* che lega l'adottato al nuovo padre, quale fondamento dell'equiparazione tra figli.

In Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.6.1.6 si afferma chiaramente che l'adottato ha diritto alla *bonorum possessio ab intestato*, ma '*adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione*'²¹. Il *datus in adoptionem* può invece succe-

zione – del rinvio all'*adoptio*, che sarebbe già stato assodato in età classica. Se ne parlerà *ex professo* più avanti.

¹⁷ Cfr. R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano riordinate*, III, Venezia, 1842, p. 229 s., che interpreta il riferimento alla *ratio* nel senso che sia del tutto escluso che tale giustificazione si possa addurre per l'adottato: egli afferma, infatti, che la collazione non abbia luogo perché il padre adottivo, con l'emancipazione, perde anche il vantaggio della successione. D'altra parte, l'adottivo emancipato, non avendo beni propri, non potrà essere obbligato a conferire. Il principio sembra desunto da J. CUJACIUS, *Commentarius in tit. VI de coll. bon. lib. XXXVII dig.*, in *Opera*, VI, Prato, 1836, p. 976.

¹⁸ Sull'*adoptio* in particolare, cfr. R. LEONHARD, '*Adoption. 2.*', in «PWRE.», I,1, Stuttgart, 1893, c. 398 ss., G. BRANCA, '*Adozione (diritto romano)*', in «ED.», I, Milano, 1958, p. 579 ss., e recentemente M.D. DEIBMANN-MERTEN, '*Adoption*', in «Der neue Pauly», I, Stuttgart, 1996, c. 122 ss. Il versante dei rapporti successori resta comunque sempre sullo sfondo, e mai si parla, specificamente, della successione degli adottivi *ex bonorum possessione*. Su di essa, invece, si diffonde RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 443 ss.

¹⁹ Ergo, ricorda il VOICI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 759 nt. 16, «il figlio *alieni iuris* non appartiene alla prima categoria dei successori pretori *ab int. (liberi)*, ma alla terza (*cognati*): tuttavia è ammesso alla *bpct.* in dati casi». Si vedano anche VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 648, e RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 447. Ne parla, d'altronde, lo stesso Gaio, *inst.* 3.27: '*... licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent ...*' e 3.31: '*Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt ad naturalium parentum hereditatem hoc gradu vocantur*'; cfr., oltre a Gai. *ep.* 2.8.7, Ulp. *ep.* 28.9 e *Iust. Inst.* 3.5.1-3 e 3.1.13.

²⁰ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 129.

²¹ Peculiare il caso enunciato nel § 7 dello stesso frammento: '*Si quis filium suum emancipatum in locum nepotis adoptavit et emancipavit, cum haberet et nepotem ex eo, quaesitum est apud Marcellum, an adoptio rescissa impediatur nepotem. sed cum*

dere *ab intestato* al padre naturale nella categoria *unde cognati*, perché l'*agnatio*, come detto, si è costituita con la famiglia adottiva, ma la *cognatio* resta legata al vincolo di sangue. Quanto all'ottenimento della *bonorum possessio contra tabulas* del padre naturale, al *datus in adoptionem* essa normalmente non sarebbe spettata: faceva però eccezione l'ipotesi in cui il padre suddetto avesse istituito erede il *datus in adoptionem* e contemporaneamente pretermesso un figlio naturale²². Se quest'ultimo fosse ricorso alla *bonorum possessio contra tabulas*, anche l'adottato avrebbe potuto concorrervi²³.

Si può ora passare all'altra enunciazione del rescritto, riportata in Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.6.1.14 (sia ancora nella *sedes materiae* della *collatio bonorum*, ed in particolare nel contesto della *laudatio edicti*), in cui il giurista presenta il riferimento al padre adottivo come oggetto diretto dell'intervento imperiale.

Leggiamo, dunque, il paragrafo in parola:

D. 37.6.1.14 (Ulp. 40 *ad ed.*): *Is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est non ipse, sed is qui eum habet, si maluerit contra tabulas bonorum possessionem accipere. plane si hic adoptivus pater ante bonorum possessionem petitam emancipaverit eum, non cogetur ad collationem, et ita rescripto divorum fratrum expressum est: sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit.*

L'obbligo di procedere alla collazione grava anche su colui che si trovi presso una famiglia adottiva: in questo caso, specifica il giurista, non sarà il diretto interessato, al quale spetterebbe la *bonorum possessio contra tabulas*²⁴, a farsene carico, ma, ovviamente, l'avente potestà su di lui. Questa enunciazione conferma senz'altro il principio, generalissimo, di mediazione del *paterfamilias* a favore dei figli *alieni iuris*²⁵, che già D. 37.6.5 richiamava.

Infatti il figlio adottivo, pur essendo uscito dalla famiglia originaria, rimane, dal punto di vista patrimoniale, nella medesima condizione di dipendenza dal *paterfamilias* nella quale si trovavano i fratelli *alieni iuris* rispetto al padre naturale. Perciò, in caso di aspirazione alla successione *ex bonorum possessione contra tabulas* di quest'ultimo sarà il nuovo *paterfamilias* a dover conferire, sulla base del principio secondo cui i guadagni del figlio vanno ad incrementare il suo patrimonio.

In D. 37.6.1.14 il giurista riassume la parte del provvedimento imperiale relativa all'*adoptio*, in cui si dice pianamente che la emancipazione precedente la *petitio bonorum possessionis* rende inutile la prestazione della *cautio* da parte dell'avente potestà. Dal frammento si evince che essa non dovrà essere prestata nemmeno dall'adottivo divenuto *sui iuris*, il quale avrà ciononostante diritto alla richiesta della *bonorum possessio*. Ciò rappresenta una variante in senso opposto della regola generale, valevole per il figlio emancipato dal padre, al quale succede: egli, lo si è già ricordato, doveva pareggiare il conto con i suoi fratelli in potestà, conferendo la quota di beni in più di cui, in quanto *sui iuris*, fosse stato titolare. Data la diversità di presupposti nei due casi, l'incongruenza è solo apparente.

Il rescritto, dunque, sembra accogliere il principio della prevalenza della rottura dell'*agnatio* (quella esistente tra padre adottivo e *filius*) sulla tutela della *cognatio* (rapporto tra l'*adoptivus* e i suoi fratelli di sangue).

Tale interpretazione, in realtà, non esaurisce la questione, come risulta dalla lettura della chiusa del frammento, che anche in questo punto ricalca la formulazione di D. 37.6.5. Ulpiano aggiunge in-

soleat emancipato patri iungi nepos, quis non dicat, etsi adoptatus sit et quasi filius, nihilo minus filio suo eum non ostare, quia quasi filius adoptivus est in potestate, non naturalis?

²² Così tramanda, datando all'epoca labeoniana, D. 37.4.8.11 (Ulp. 40 *ad ed.*): *'In adoptionem datos filios non sum-moveri praetor voluit, modo heredes instituti sunt, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in toto extranei sunt. ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis qui solent committere edictum [...]'*. Il frammento è escerpito dal titolo ulpiano sulla *contra tabulas* (LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1106).

²³ RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., p. 456 ss.

²⁴ CUJACIUS, *Commentarius*, cit., p. 976, interpreta *'maluerit'* nel senso di *'maluerit contra tabulas accipere, quam adire hereditatem ex institutione'*: a parziale critica di tale commento, si può affermare che, in realtà, l'adizione *ex institutione* perderebbe efficacia con la richiesta della *contra tabulas* da parte degli altri fratelli.

²⁵ MOZZILLO, *Collatio*, cit., p. 445 e nt. 3.

fatti la specificazione ‘*si sine fraude emancipaverit*’, come correttivo della regola posta dai *divi fratres*. In tal modo il principio, espresso in termini all’inizio lapidari, viene poi ripensato alla luce di una valutazione interna alla sfera dei soggetti coinvolti: il figlio, definito *adoptivus emancipatus*, per indicare la doppia, diversa condizione nella quale egli si viene a trovare in due successivi momenti, potrà privare i fratelli della collazione, solo a condizione che la sua emancipazione non sia stata fraudolenta.

Occorre ricordare, per completezza, come l’inciso ‘*sed ita demum ... - ... hoc factum sit*’, che, lessicalmente, presenta le tipiche caratteristiche del glossema, sia stato oggetto di sospetti: si è cioè affermato che il commento, aggiunto da mani estranee alla originaria stesura del testo, fosse stato in esso integrato solo in seguito²⁶. Prescindendo da tale dubbio, vi sono diverse ipotesi possibili, che la dottrina ha già vagliato: una è quella di salvarne l’appartenenza all’opera ulpiana e attribuire allo stesso Ulpiano la specificazione, anche sulla scorta del confronto con D. 37.6.5, il rimaneggiamento del quale sembrerebbe meno probabile²⁷. Diversamente, si enuclea un’altra possibile alternativa, vale a dire quella di vedervi una ulteriore osservazione dei *divi fratres*. A tale proposito, lo Scarlata Fazio si è espresso in termini chiari, ritenendo comunque estranea al contesto della legislazione imperiale l’osservazione contenuta al termine del frammento: ciò perché, secondo lo studioso, anche ammettendosi la genuinità dell’inciso, esso sarebbe comunque da ascrivere al giurista e non agli imperatori²⁸.

La paternità ulpiana del tratto si può senz’altro ritenere acquisita, anche se l’*iter* interpretativo seguito dal giurista per giustificare la limitazione non ci è stato trasmesso, così come non conosciamo i dettagli concreti della fattispecie occasione del rescritto.

Ogni ricostruzione deve perciò avvenire in via congetturale e pensando alle implicazioni pratiche della fattispecie. Sul momento della emancipazione abbiamo una chiara indicazione: ‘*ante bonorum possessionem petitam*’. Ciò non esclude, tuttavia, che il *pater adoptivus*, all’atto della *petitio*, avesse già aggiunto i beni ereditari al proprio patrimonio, come subito verrà chiarito.

Occorre innanzi tutto ribadire come le fonti prevedano un unico caso per l’ammissione dell’adottivo alla *bonorum possessio contra tabulas*: si tratta della istituzione di erede di costui, con contemporanea preterizione dei fratelli di sangue e conseguente richiesta da parte di questi ultimi della *bonorum possessio contra tabulas*. A tale *bonorum possessio* l’adottivo deve decidere di concorrere per non perdere il diritto alla successione²⁹. Ne risulta una possibile conseguenza: se l’adottivo, istituito erede, abbia già accettato l’eredità, quest’ultima si trova nella concreta disponibilità del padre adottivo già prima dell’emancipazione. E’ evidente come l’emancipazione, azzerando il patrimonio dell’adottivo stesso, procurerebbe un pregiudizio ai fratelli di sangue, qualora essi intendessero addivenire alla *bonorum possessio contra tabulas*.

Viceversa, se l’emancipazione intervenga prima della accettazione dell’eredità da parte dell’adottivo, attenendosi al rescritto si dovrebbe pensare che l’ottenimento della *bonorum possessio* comportasse la divisione in parti uguali, tra i fratelli, del patrimonio del padre defunto, senza aggiustamenti

²⁶ Cfr. SOLAZZI, *Note esegetico-critiche di diritto romano*, in «AG.», C, 1928, p. 21 nt. 2; GUARINO, *Collatio*, cit. p. 48, ritiene che l’amanuense abbia tralasciato di copiare le parole ‘*in potestate*’, che si sarebbero trovate tra ‘*habet*’ e ‘*si*’. L’appunto non sembra però avere rilevanza sostanziale. Egli riporta le opinioni, più radicalmente interventiste, di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 51, e di C. G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund-Leipzig, 1912, p. 63. Lo stesso GUARINO, *Di un rescritto*, cit., p. 378, in polemica con Beseler, ed in congruenza con le opinioni espresse su altri testi, ritiene opera di un postclassico il tratto da ‘*sed ita demum*’ in poi. In precedenza, l’opinione era stata espressa dallo studioso in *Collatio bonorum*, cit., p. 49.

²⁷ Il BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Leipzig, 1931, p. 62, ha considerato spurio tutto il tratto da ‘*ut*’ alla fine; al contrario SCARLATA FAZIO, *Principii*, cit., p. 115, ritiene classico il nucleo del frammento. Lo stato della dottrina interpolazionistica è riassunto, da ultimo, da CABALLÉ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 110 ss. Implicitamente, la studiosa accoglie l’idea della genuinità, chiarendo (p. 137 s.) anche il significato di ‘*fraus*’ e la conseguente possibilità di obbligare, in tal caso, il padre adottivo alla collazione.

²⁸ SCARLATA FAZIO, *Principii*, cit., p. 117 nt. 1. Riprende l’enunciazione CABALLÉ-MARTORELL, *La collatio*, p. 137 nt. 150.

²⁹ RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., p. 457 ss., fondandosi sulla testimonianza di D. 37.4.8.11 (Ulp. 40 *ad ed.*).

(senza, cioè, che all'*adoptivus emancipatus* fosse richiesta la collazione). Anche in questa seconda even-tualità, comunque, si deve tenere conto di alcuni principii generali circa i rapporti tra soggetti *sui iuris* e soggetti *alieni iuris*: è evidente come in costanza di adozione l'attività giuridica dell'adottivo sia andata ad arricchire il nuovo *pater*; ancora, se l'adottivo avesse ottenuto la disponibilità di un pecu-lio, il padre adottivo, trattenendolo, avrebbe agito fraudolentemente³⁰. In ciascuna di queste ipotesi sarebbe quindi possibile configurare uno svantaggio patrimoniale procurato dall'emancipazione dell'adottivo ai *sui* in potestà del defunto.

A ciò si aggiunge l'ovvia considerazione secondo cui nessuno dei *bonorum possessores* avrebbe potuto vantare in futuro aspettative successorie sui beni del *pater adoptivus*³¹ e quindi non sarebbe adattabile a questa fattispecie la motivazione addotta in D. 37.6.5.pr. per esonerare il *nepos emancipa-tus* dalla garanzia.

Sulla base di consimili valutazioni, sarà forse sembrato opportuno al giurista fornire una solu-zione più equa e conforme alle conseguenze pratiche della fattispecie e precisare che non in tutti i casi il padre adottivo avrebbe potuto sottrarsi agli oneri della collazione. Non potendo, ovviamente, sintetizzare una casistica che poteva essere variegata, Ulpiano ricorre alla nozione di '*fraus*': legitti-mando in tal modo il pretore, in sede di valutazione preventiva circa l'opportunità di concedere la *bo-norum possessio*, a vagliare le particolarità del caso concreto e a decidere, eventualmente, di subordinare ugualmente la concessione del rimedio alla prestazione della *cautio* da parte del *paterfamilis* adottivo.

La *fraus*, allora, in mancanza di indicazioni più specifiche desumibili dalle fonti e tenendosi conto delle osservazioni sopra svolte, si potrebbe individuare in due fattispecie generiche: 1) eman-cipazione dell'adottivo non accompagnata dall'attribuzione di un patrimonio con il quale egli possa procedere al conferimento reale; 2) emancipazione fittizia³², con conseguente godimento della quo-ta ereditaria anche da parte del *pater*.

Comune a tutti i casi ipotizzati è la circostanza che il *pater adoptivus*, emancipando, finisce per sottrarre alla successione ereditaria beni che essa avrebbe dovuto comprendere, cagionando in tal modo un pregiudizio agli altri successori. Su questa base egli sarà comunque chiamato dal pretore a prestare la *cautio de conferendis* al posto dell'*adoptivus emancipatus*, e potrà essere convenuto in giudizio in caso di inottemperanza.

Come si vede, i comportamenti dolosi appena esemplificati, pur ricollegandosi a profili diversi e pur attinenti ad una fase precedente rispetto alla prestazione della garanzia, finiscono per avvicinarsi a quelli presi in considerazione dalla formula della *cautio*, poiché la dicitura '*quicquid moriente pa-tre in bonis habuisti dolove malo fecisti quo minus haberes ...*' indica proprio la scorrettezza nell'attuazione del conferimento concretantesi nel depauperamento del patrimonio da conferire.

Sulla misura del conferimento vale la pena, in questa occasione, di spendere qualche parola ul-

³⁰ Se, inoltre, all'emancipato fosse stata data in proprietà una porzione di beni allo scopo di consentirgli di meglio gestire la conquistata autonomia, il suo patrimonio risulterebbe di fatto un *plus* rispetto allo zero dei fratelli di sangue *in potestate*, e non sarebbe perciò fuori luogo procedere alla *collatio*, esattamente sulla base della stessa *ratio* che presiede alla collazione imposta al padre adottivo. A. BERRUTI, '*Emancipazione (diritto romano)*', in «ED.», XIV, 1965, p. 808, indica l'età dei Severi come il momento a partire dal quale il peculio, già in gestione del *filius*, gli sarebbe stato concesso a titolo di *iusta causa possidendi*, perciò con possibilità di usucapione; cfr. l'omonima voce ('*Emanci-pazione*') di E. VOLTERRA, in «NNDL.», VI, Torino, 1960, p. 489 ss.; accenni, comprensivi della procedura dell'*adoptio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Patria potestà (diritto romano)*', in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 248. Sul tema i due saggi di P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in Iura XXXI, 1980, p. 37 ss., e *Storia della patria po-tes-tas da Costantino a Giustiniano*, in «SDHL.», LI, 1985, p. 1 ss.: in età giustiniana c'è autonomia del figlio.

³¹ Una volta compiutasi l'emancipazione, i successivi incrementi patrimoniali ottenuti dall'*ex filius* dovrebbero essere, al limite, considerati di pregiudizio rispetto ai fratelli adottivi: ma ciò resta privo di rilevanza, dal momen-to che la *bonorum possessio contra tabulas* non potrà essere invocata dal primo sui beni del padre adottivo alla sua mor-te. Conseguentemente, non esiste alcuna posizione di privilegio economico dell'emancipato, che è divenuto tale so-lo dopo aver contribuito, con la sua attività giuridica, ad arricchire un soggetto terzo rispetto alla successione di cui si tratta; di fatto, il calcolo del vantaggio normalmente ricollegabile allo stato di *sui iuris* conduce, inevitabilmente, ad un totale pari a zero, anche se ad esso si andrebbe ad aggiungere la quota ereditaria.

³² Così VOCI, *Diritto ereditario romano* I, cit., p. 764.

teriore. Il punto è stato oggetto di disputa ed è stato risolto in due direzioni differenti: a fronte di chi ha ritenuto che dovesse essere restituito alla massa ereditaria solo l'incremento patrimoniale maturato dal figlio dopo l'ingresso nella nuova famiglia, c'è stato chi, ed è l'opinione più accreditata nelle opere specifiche sul tema, ha esteso l'obbligo a tutti i beni dell'avente potestà³³. Recentemente, Caballè-Martorell ha proposto la seguente ipotesi: il paragone con il padre adottivo, presente nei frammenti ulpiani, sarebbe appunto funzionale alla determinazione della misura del conferimento, che sarebbe fissata nella totalità dei beni dell'avente potestà, con conseguente notevole sacrificio economico per quest'ultimo. In sostanza, per mezzo del rescritto si sarebbe esteso anche all'avo l'onere della collazione totale che già gravava sul padre adottivo³⁴. In D. 37.6.5.pr. la specificazione *'de suis quoque conferendis bonis'* lascia in effetti presumere che la promessa coinvolgesse anche i beni dello stesso avente potestà e non solo quelli eventualmente riconducibili ad incrementi apportati dal nipote, anche se il punto nodale del rescritto sembra essere un altro, come si vedrà.

Consideriamo ora il terzo frammento ulpiano, certo il più problematico in relazione alla storia della trasmissione delle fonti:

D. 38.6.6 (Ulp. 39 ad ed.): Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit: et rei aequitas et causa edicti, quo 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 existit, conferre cogatur avus, qui per eum bonorum possessionis emolumentum adquisiturus est: nisi forte avus iste nullum ex his fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum emolumentum omne bonorum possessionis perveniat. nec idcirco soror, quae patri heres existit, iuste queri poterit, quod eo facto a collationis commodo excluditur, cum avo quandoque intestato defuncto ad bona eius simul cum fratre possit venire.

Come si vede, anche qui il testo del rescritto è riprodotto letteralmente, ma nella forma del discorso indiretto³⁵.

Il titolo 38.6 del Digesto è rubricato *'si tabulae testamenti nullae exstabant. unde liberi'*. La ricostruzione di Lenel pone invece in evidenza la collocazione del frammento, nel contesto dell'opera ulpiana, nel titolo del libro 39 dedicato alla *bonorum possessio contra tabulas*³⁶. Ciò servirebbe a dimostrare l'originaria riferibilità del passo a quest'ultima forma di *bonorum possessio* e potrebbe avvalorare l'ipotesi secondo cui sarebbero stati i compilatori ad adattare il passaggio per l'inserimento nel titolo del Digesto sulla *bonorum possessio intestata*³⁷.

Tuttavia, occorre ulteriormente sottolineare come esistano differenze rispetto alla versione ulpiana di D. 37.6.5.pr.: innanzi tutto, possiamo notare come, anziché riferirsi alla *'filia post emancipationem nata'*, si impieghi qui, per indicare la stessa persona, il termine *'soror'*³⁸. Dunque, mentre il primo testo presenterebbe la questione giuridica dal punto di vista dell'interesse della figlia del *de cuius* emancipato, il secondo si porrebbe dall'angolo visuale dei fratelli consanguinei rimasti in pote-

³³) Discute il punto la RUSSO RUGGERI, *La datio*, cit., pp. 467 ss., riportando le discordi opinioni di FEIN, *Das Recht*, cit., p. 22, secondo cui la *collatio* sarebbe circoscritta ai soli beni acquisiti *post adoptionem*, e di GUARINO, *Collatio bonorum*, p. 64, con cui concorda VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 759, che invece estendono il rimedio a tutti i beni dell'adottante, con le evidenti, gravose conseguenze. LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 373, ricollega il conferimento *pro quota* alla sola *bonorum possessio contra tabulas*; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 767 parla di quota; così anche BURDESE, *Manuale*, cit., p. 699, con richiamo al *boni viri arbitratu* per la determinazione della stessa, e DILIBERTO, *Successione legittima*, cit., p. 1305 nt. 84.

³⁴) CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 128 ss.: mentre l'emancipato istituito erede non avrebbe avuto l'obbligo di *collatio*, detto obbligo sarebbe stato invece imposto all'emancipato pretermesso, ma nella sola misura degli acquisti successivi alla emancipazione e precedenti la morte del *de cuius*. Per l'opinione di chi scrive circa il contenuto del rescritto, cfr. *infra*, § 4.

³⁵) Così, sostanzialmente, anche GUALANDI, *Legislazione imperiale*, II, cit., p. 50.

³⁶) LENEL, *Paltingenesia*, II, cit., c. 689 (n. 1101).

³⁷) GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 52 ss. Cfr. CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, p. 131 nt. 123.

³⁸) CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, p. 131 nt. 124, definisce la differenza «de indole meramente formale». Per la verità, il passo passa sotto silenzio anche la circostanza che costei sia nata dopo l'emancipazione del padre.

stà dell'avo. Si precisa, infatti, che le regole che vengono in considerazione sono quelle della *bonorum possessio ab intestato*: nella categoria dei 'liberi' potranno essere compresi, oltre alla figlia *heres necessaria* del defunto, anche gli altri di lei fratelli rimasti sotto la potestà dell'avo. La giustificazione '*rei aequitas et causa edicti*' sarebbe necessaria, pensando che questi ultimi non rientrassero nel caso tipico della *bonorum possessio unde liberi*, a causa della loro posizione di *alieni iuris* rispetto ad un soggetto diverso dal *de cuius*³⁹. A rigore, essi avrebbero certo diritto alla *unde liberi*, ma dell'avo, e solo alla *unde cognati* del padre⁴⁰.

Contro questa ricostruzione, o comunque a favore dell'ammissibilità, già prima di Ulpiano, dei principii espressi da D. 38.6.6, sembrerebbe porsi il testo che precede quest'ultimo nel Digesto, vale a dire

D. 38.6.5.1 (Pomp. 4 *ad Sab.*): [...] quin etiam hi quoque, qui in potestate numquam fuerunt nec sui heredis locum optinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentum. nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio: et si post emancipationem procreaverit, ita nato dabitur avi bonorum possessio, scilicet non obstante patre suo.

Da notare, però, come anche qui la *bonorum possessio* sia citata genericamente, senza specificazione della classe coinvolta. L'ultima parte del paragrafo si riferisce alla possibilità per il nipote fuori di potestà di avere la *bonorum possessio* dell'avo, che è la stessa giustificazione data dai *divi fratres* a conforto delle aspettative, compensatorie rispetto alla perdita della *collatio*, della figlia dell'emancipato defunto, a conferma della validità dell'enunciazione contenuta anche nel rescritto imperiale⁴¹.

La Palingenesi⁴² colloca il frammento che, ricordiamo, è tratto dai *libri ad Sabinum* – di commento, perciò, al *ius civile* –, nel titolo '*de hereditate legitima et bonorum possessione c.t. et intestati*'. Gli altri frammenti inseriti in questo titolo non sembrano presentare attinenza con la *bonorum possessio contra tabulas*, ma piuttosto solamente con quella intestata⁴³. Due notazioni dello stesso Lenel ci pongono

³⁹) Questa spiegazione, fondata su considerazioni tecniche inerenti alla individuazione dei beneficiari della prima classe intestata, mi sembra più pregnante di quella secondo cui si sarebbero voluti genericamente estendere alla *bonorum possessio ab intestato* i presupposti di quella *contra tabulas* (CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 131 e nt. 125, per l'opinione di Guarino secondo cui il testo sarebbe opera dei giustiniani: cfr. *Di un rescritto*, cit., p. 381, per l'attribuzione del tratto da '*rei aequitas*' a '*possit venire*' a Triboniano). In sostanza, propenderei per intendere l'applicazione dell'equità e dell'interpretazione estensiva dell'editto all'interno della clausola *unde liberi* e non nell'interazione tra le due forme di *bonorum possessio*. BESELER, *Beiträge* V, cit., p. 62, e *Miszellen (Aequitas)*, in «ZSS.» XLV, 1925, p. 454, ritiene l'espressione interpolata. Cfr. anche BIONDI, *La inerenza delle «exceptiones» nei «iudicia bonae fidei»*, in «AUPA.», VII, 1918, p. 52 nt. 1.

⁴⁰) VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit. p. 190, afferma, per questo caso, la possibilità della concessione della *bonorum possessio*, senza specificarne la classe; a p. 759 menziona la '*unde cognati*' a favore del *datus in adoptionem*, ma nulla dice del *nepos ex filio emancipato*.

⁴¹) Coevo a Pomponio: cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 15, G. WESEMBERG, '*Sex. Pomponius*' (n. 106), in «PWRE.», Stuttgart, 1952, c. 2416 s., SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 279, nonché E. STOLFI, *Studi sui libri «ad edictum» di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 21 e nt. 28, per ragguagli bibliografici e descrizione dell'ambiente culturale dell'età di Pomponio. Cfr. anche ID., *Studi sui libri «ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, p. 24 ss.

⁴²) LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 93.

⁴³) Fa eccezione il solo D. 37.4.16 (n. 428): '*Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset: si suspectus avus sit quasi consumpturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem*'. Vi si presenta una possibile ragione di *denegatio bonorum possessionis* all'avo, che la chiederebbe per il nipote: non gli viene concessa la *bonorum possessio* (probabilmente *contra tabulas*, data l'istituzione di un estraneo) se ci sia il sospetto che abbia intenzione di dilapidare i beni del nipote. C'è concorso tra fedecommissato e *bonorum possessio*: la seconda funge da provvedimento «cautelare» e anticipatorio degli effetti della successiva emancipazione del nipote. La *denegatio* potrebbe essere intesa come sanzione alternativa alla azione *ex cautione*, nel caso in cui la garanzia fosse stata chiesta prima della *petitio bonorum possessionis*. In D. 37.6.5 però la *bonorum possessio* è definita già '*accepta*', e la sanzione all'eventuale emancipazione maliziosa del nipote è insita nelle aspettative successorie future della sorella di sangue figlia del padre emancipato, di cui nel testo. Gli altri testi sono i seguenti: D. 38.6.5 (n. 429); il n. 430 accorpa D. 38.8.5 ('*Legitimis capite deminutis non datur bonorum possessio iure heredis legitimi, quia non eadem*

nel medesimo ordine di idee ⁴⁴: all'indicazione del libro IV, lo studioso appone una nota di rinvio a Ulp. 12-14 e a Paul. 2 *ad Sab.* sub *rubr. 'de her. legit.'*, a dimostrazione della presumibile riferibilità dei frammenti alla successione legittima. Inoltre, una seconda nota, questa volta relativa alla rubrica, recita «*Quae ex hoc libro reliqua sunt, fere omnia pertinent ad bonorum possessionem; apparet autem ex Ulpiani et Pauli ad Sab. libris haec iniecta esse in tractatu de hereditate legitima*».

In effetti, nella rubrica restituita da Lenel si nomina espressamente la *bonorum possessio contra tabulas*; tuttavia, è altrettanto evidente come l'angolo visuale in essa privilegiato sia comunque quello della successione intestata. La fattispecie, dunque, sembra sovrapponibile a quelle di cui si occupano i *divi fratres*, ma la presentazione giuridica del caso si ferma ad uno stadio anteriore, quello, cioè, della possibilità di avere la *bonorum possessio* dell'avo anche da parte dei nipoti *ex filio emancipato*. Ad ulteriore avallo di quanto osservato, si può aggiungere che la *bonorum possessio* in questione sembrerebbe essere quella *unde liberi*, tanto che i compilatori ritennero, appunto, di collocare il frammento nel titolo 38.6.

Quindi, tornando alla critica testuale di D. 38.6.6, occorre liberare il campo dalle ipotesi interpolazionistiche troppo radicali: tra esse, quella che il frammento sia stato completamente «inventato» ad opera di mani non classiche ⁴⁵. La soluzione pare da escludersi, sia per la sua ascrivibilità ad una impostazione esegetica ormai superata, sia perché sembra obiettivamente difficile pensare ad un postclassico che adduca '*rei aequitas et causa edicti*' come motivazioni; inoltre, dal confronto con D. 38.6.5.1 si desume la classicità del principio espresso nel rescritto imperiale, e, seppure dubitativamente, la possibilità di individuare anche la successione *ab intestato* come ambito di incidenza dello stesso.

La questione interpolazionistica può tuttavia giungere ad un'altra soluzione, che la dottrina non sembra aver vagliato, e che coinvolge anche la critica palinogenetica: la proposta è quella di salvare quanto meno la paternità ulpiana della prima parte del frammento, fino ad '*acquisiturus est*'. Da ciò deriva la possibilità dell'attribuzione allo stesso Ulpiano della precisazione '*rei aequitas et causa edicti*', pur in via congetturale: a tal proposito si può ulteriormente rilevare che, togliendo la riproduzione sostanziale del rescritto, il passo assumerebbe la portata di una enunciazione generale, che il giurista avrebbe certo potuto esprimere anche nella prima sezione del libro 39 *ad edictum*, quella cioè dei principii applicativi di tutte le forme di *bonorum possessio*.

Non mancano certamente profili giustificativi per la collocazione leneliana ⁴⁶ della fattispecie in sede di *bonorum possessio contra tabulas*, pur ponendosi la questione di ricostruire, in tal caso, gli intenti del giurista: si dovrebbe pensare allo scopo di tracciare, nel contesto della enunciazione delle regole sugli emancipati – tipicamente collegate alla *contra tabulas* – un parallelo con la *bonorum possessio ab intestato*. Ciò giustificerebbe il ricorso all'*aequitas* e all'editto come basi d'appoggio, poiché la prima permetterebbe l'emancipazione del beneficiario della *bonorum possessio*, il secondo la successiva richiesta di essa alla morte dell'avo.

In quest'ordine di idee si allineerebbe anche Bas. 45.1.6 ⁴⁷, corrispondente al nostro frammento: Τοῦ ἀντεξουσίου τελευτώντος καὶ ὁ μείνας ἐξ αὐτοῦ παρὰ τῷ πάππῳ καὶ ὁ μετὰ τὴν ἀντεξουσίῳτητα τεχθεὶς αὐτῷ κολοῦνται. Il titolo dei Basilici cui il testo appartiene è infatti rubricato Περὶ τῆς ἀδιαθέτου κληρονομίας τῶν συγγενῶν ('*de successione ab intestato cognatorum*'): si tratta di un altro modo di descrivere la situazione del soggetto parente di sangue che, chiedendo la *bonorum possessio contra tabulas*, stimola l'apertura della successione intestata, anche se, com'è ovvio, la successione pretoria non è più e-

causa eorum est, quae liberorum: sed gradu cognatorum rursus vocantur) e D. 50.17.8 ('*Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*'); D. 38.16.4 ('*Hi, quorum parens capite minutus est, legitimae hereditatis ius et in ceteris personis et inter se retinent et alii adversus eos*'). D. 48.22.1 (n. 431): '*Caput ex rescripto divi Traiani ad Didium Secundum: 'Scio relegatorum bona avaritia superiorum temporum fisco vindicata. sed aliud clementiae meae convenit, qui inter cetera, quibus innocentiam rationum mearum temporum, hoc quoque remisi exemplum*'. Come si vede, i testi sono collocati, nel Digesto, in titoli di materia eterogenea.

⁴⁴) LENEL, *loc. ult. cit.*, nt. 1 e 2.

⁴⁵) Così GUARINO, *Collatio*, cit., p. 54.

⁴⁶) *Palinogenesia*, cit., II, c. 689.

⁴⁷) «*Basilicorum libri LX*» (cur. H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA), A. VI, Groningen, 1969, p. 2073; «*Basilicorum libri XL*» (cur. G. E. HEIMBACH), IV, Leipzig, 1846, p. 472: «*Emancipato decedente, nepos ex eo susceptus, qui apud avum remansit, et qui ei natus est post emancipationem, vocantur*».

spressamente indicata. A quest'ultimo profilo avrebbero dato rilievo, indirettamente, anche i giustiziani, attraverso l'inserzione del passo nel titolo 38.6, pur senza rinunciare a riportare anche l'*occasio* del rescritto.

Tuttavia, alle addotte argomentazioni fanno da contrappeso altre considerazioni: innanzi tutto, dell'editto *unde liberi* parla espressamente lo scolio alle parole τοῦ ἀντεξουσίου τελευτῶντος, costruito come parafrasi del frammento 38.6.6⁴⁸.

... καὶ αὐτὴ ἡ τοῦ πράγματος δικαιοσύνη καὶ τὸ ἔδικτον τοῦ πραιτωρός τὸ διαγορευδὸν περὶ τῆς τοῖς παισὶν ἀρμοζοῦσης διακατοχῆς παρασκευάζει λόγον γίνεσθαι τούτου τοῦ ἐκγόνου καὶ ἀρμοζειν αὐτῷ τὴν ἐξ ἀδιαθέτου τοῦ πατρὸς αὐτοῦ διαδοχὴν

A tale editto rinvia anche il commento della Glossa, che si focalizza sulla *bonorum possessio ab intestato*⁴⁹; da notare, soprattutto, l'annotazione al termine 'bona', così formulata⁵⁰:

Bona. Huius nepotis. Qui nepos quo ad patrem suum habetur pro emancipato.

Si precisa che il nipote, per poter succedere *unde liberi*, debba essere considerato, rispetto al proprio padre che si trova fuori dalla potestà dell'avo, alla stessa stregua di un emancipato; ciò rappresenta un avallo all'ipotesi sopra proposta, secondo cui l'ammissione del nipote nella classe, appunto, *unde liberi* sarebbe frutto di una interpretazione estensiva dell'editto, guidata dall'equità del caso concreto.

Nella medesima prospettiva si pone la circostanza che gli altri frammenti che Lenel ipotizza appartenere alla trattazione ulpiana sulla *contra tabulas* sono stati tramandati dal titolo 37.4 del Digesto, *sedes materiae* di quest'ultima: rispetto ad essi, quindi, D. 38.6.6 appare disomogeneo.

Questi ultimi spunti consentono di rafforzare la diversa proposta interpretativa sopra accennata: pensando ad un originale di Ulpiano limitato alla prima parte del testo, si potrebbe cioè ipotizzare la possibilità che quest'ultimo provenisse dalla parte introduttiva del libro 39 *ad edictum*, quella intitolata semplicemente 'De bonorum possessionibus'⁵¹, anziché dal titolo specifico sulla *contra tabulas*, come sostenuto dal Lenel.

Ma il richiamo al rescritto potrebbe anche non ritenersi insitico: Ulpiano, in questo punto, potrebbe averne riferito il contenuto, non limitandosi soltanto ad esprimere un principio generale⁵².

Concludiamo l'esegesi del frammento tornando per un momento al contenuto, ed in particolare alle conseguenze pratiche della vista differenza tra 'filia' e 'soror'; essa si riverbera anche sulla individuazione dei possibili destinatari del rescritto: mentre, infatti, il Guarino⁵³ ha ritenuto che il provvedimento sia stato enunciato su richiesta della figlia che reclamava il diritto alla collazione, la Caballè-Martorell indica invece nell'avo il soggetto interessato alla pronuncia, in relazione all'ammonizione del conferimento⁵⁴. La lettura e il confronto tra le diverse versioni del provvedimento inducono a preferire la prima soluzione.

Un'ultima testimonianza è quella di Modestino, il quale riprende la fattispecie nelle linee generali⁵⁵, senza però dare rilievo al profilo della *fraus*:

⁴⁸ «Basilicorum libri LX», B.VII, Groningen, 1965, p. 2645; «Basilicorum libri LX», IV, Leipzig, 1846, p. 472: «... ipsa rei aequitas, et edictum Praetoris, quod loquitur de bonorum possessione liberis competent, efficit, ut ratio habeatur huius nepotis, et ei competat bonorum possessio ab intestato patris sui ...».

⁴⁹ «Pandectarum seu digestorum iuris civilis quibus iurisprudencia ex veteribus iureconsultis desumpta, libri L continetur, tomus secundus, quod infortiatum vulgo appellant, cum Accursii Commentariis, et doctissimorum virorum annotationibus», Venezia, 1581, p. 1347, *gl. ad 'de bonorum possessione] Unde liberi. Accur.'*.

⁵⁰ *Loc. ult. cit.*

⁵¹ *Palingenesia*, II, cit., c. 685 s.

⁵² Se ne riparlerà brevemente: cfr. *infra*, § 4.

⁵³ *Di un rescritto*, cit., p. 370 e 379; *Collatio bonorum*, cit., p. 57.

⁵⁴ *La collatio*, cit., p. 130.

⁵⁵ LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 723 s. Siamo nel libro VI *pandectarum* di Modestino: il titolo è quello 'de bonorum possessione contra tabulas', composto, oltre che dal frammento in oggetto (n. 117), da D. 37.4.21 (n. 116), che presenta

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 adquirent: idque ita divus Marcus rescripsit.

Il titolo 37.8 del Digesto è rubricato ‘*de coniungendis cum emancipato liberis eius*’. In questo caso il giurista tardo-classico, allievo di Ulpiano, al quale probabilmente egli si richiama, costruisce la fattispecie in modo più rigidamente schematico, trasformandola in principio di respiro più generale⁵⁶.

Vale la pena di ripercorrere il caso secondo la descrizione di Modestino, prendendo le mosse dai presupposti di fatto: un *paterfamilias* emancipa un figlio, trattenendo sotto la propria potestà i nipoti nati da lui. La *bonorum possessio*, nella forma *decretalis*⁵⁷, potrà essere concessa, contemporaneamente, ai suddetti nipoti ed ai figli successivamente nati dall’emancipato. Il discorso prosegue con una struttura chiastica, in cui il giurista indica due possibili conseguenze giuridiche. Se l’avo intenda acquistare i beni ereditari, sarà obbligato alla *collatio*; diversamente, egli potrà emancipare i nipoti, affinché questi ultimi acquistino per sé.

La lettura critica del frammento di Modestino potrebbe spingersi a formulare una congettura analoga a quella avanzata per D. 38.6.6. Anch’esso, infatti, si riferisce ai *liberi* e sotto questo profilo potrebbe essere accostato al primo e ritenersi perciò attinente alla *bonorum possessio* intestata. Contro questa ipotesi si dovrebbe addurre il fatto che, normalmente, la clausola ‘*de coniungendis cum emancipato liberis suis*’ poteva accedere anche alla *bonorum possessio contra tabulas*⁵⁸. Tuttavia, non solo il frammento non ne fa espressa menzione, ma definisce addirittura la *bonorum possessio* come concessa *decreto*, a testimonianza di una applicazione di essa comunque non usuale, come già sottolineato.

A seguito di tali osservazioni, non si dovrebbe escludere la possibilità di ripensare la collocazione palinogenetica anche di questo testo, ritenendolo pertinente al titolo delle *Pandectae* dedicato dall’ultimo giurista classico alla *bonorum possessio ab intestato*.

Tornando alla lettera del frammento, pare secondaria la circostanza che il giurista attribuisca la paternità del rescritto al solo Marco Aurelio⁵⁹: interessa, in questa sede, la disamina del contenuto della pronuncia, che per il resto appare perfettamente assimilabile alle altre versioni sopra viste, salvo il fatto che è scomparsa la menzione del dolo. Sull’inciso ‘*idque divus Marcus rescripsit*’, comunque,

una casistica incentrata sul rapporto tra figlio emancipato e nipote in potestà, con ipotesi di *datio in adoptionem*.

⁵⁶ Per GUALANDI, *La legislazione imperiale*, II, cit., p. 75 s., Modestino, compendiando l’originale ulpiano, sarebbe stato in grado di estrarre l’«essenziale» dal testo del rescritto.

⁵⁷ La qualifica di ‘*decretalis*’, proprio per la sua presenza nel più recente dei frammenti analizzati, ha creato in dottrina ovvie perplessità. Il quesito è quello della natura *pro tribunali* della concessione del rimedio, piuttosto che della possibilità di procedere, a fronte del consolidamento del principio, come se si trattasse di *bonorum possessio edictalis*. Cfr. CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio* cit., p. 125 e 133 s., con bibliografia più risalente, e SOLAZZI, *Note esegetico-critiche*, cit., p. 17, secondo cui comunque la terminologia farebbe riferimento al fatto che in ogni caso la *bonorum possessio* venisse concessa con decreto del pretore. Interpreta invece il termine nel senso della prassi della *causae cognitio* VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 187 ss. (così anche LEIST, *op. cit.*, p. 449, e L. VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 182 nt. 86, richiamati da CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 133 nt. 131). Cfr. anche VANGEROW, *Pandette*, II, cit., p. 23, nel senso di una uniformità di procedura sostanzialmente equiparabile ad una previsione edittale generale. Il POTHIER, *Le Pandette* cit., p. 230, afferma essere necessario il decreto per coloro che, rimasti nella famiglia dell’avo, non furono mai nella famiglia del padre. Già CUJACIUS, *Commentarius*, cit., p. 976, diceva: «ille, qui est in potestate filii mei admittetur ex edicto: alter, qui est in potestate mea ex decreto, quoniam nunquam fuit in potestate patris sui».

⁵⁸ In effetti, anche LENEL, *Palinogenesi* I, cit., c. 724, inserisce il frammento nel titolo ‘*de bonorum possessione contra tabulas*’. Lo stesso Lenel (*loc. ult. cit.*, nt. 1), traccia il collegamento solo con D. 37.6.5. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 712 ss. riferisce la clausola alla *unde liberi*, poi estesa alla *bonorum possessio contra tabulas*, così come BURDESE, *Manuale*, cit., p. 642, e GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 446; lo stesso collegamento con la *unde liberi* già in PUCHTA, *Cursus*, cit., p. 276 (§ 317).

⁵⁹ GUALANDI, *La legislazione imperiale*, II, cit., p. 76 nt. 10, ritiene che non desti meraviglia la citazione di un solo imperatore, poiché spesso i giuristi tendono a riferire il provvedimento richiamato al più importante degli imperatori.

si può ulteriormente osservare l'oggettiva difficoltà di ricollegare l' 'id' all'una o all'altra affermazione, con conseguente indeterminazione del preciso contenuto del rescritto, che andrà valutato con la mediazione di confronti incrociati tra i frammenti analizzati.

3. Per giungere ad una interpretazione convincente delle quattro testimonianze sopra presentate, sia dal punto di vista della critica testuale, che, soprattutto, da quello del contenuto, occorre liberare il campo dai dubbi relativi ai paragrafi dall'1 al 3 di D. 37.6.5 (Ulp. 79 *ad ed.*), il cui tenore è peculiare rispetto a quello degli altri frammenti che riportano il rescritto. La questione della presenza o meno della clausola 'quanti ea res erit' nella stipulazione cauzionale collegata alla *collatio* diventa significativa, laddove si pensi che il testo qui analizzato rappresenta l'unica base di appoggio per la ricostruzione della formula stipulatoria.

Ripetiamo, per comodità di lettura, l'ultima parte del testo rilevante:

1. Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime cum boni viri arbitrato collationem fieri edicto praetoris insertum est. 2. Sive ergo in totum collatio facta non est sive in partem facta, locum habebit haec stipulatio: 3. et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit, quo minus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur.

Come si vede, nel § 3 si fa riferimento alla condanna nella misura del *quanti ea res erit*, che sarebbe conseguita alla inottemperanza alla *cautio* denominata 'de conferendis bonis'⁶⁰. Il supposto tenore della *stipulatio*, ricostruito dal Lenel⁶¹, sarebbe stato il seguente:

Quicquid moriente patre in bonis habuisti dolove malo fecisti quo minus haberes, id boni viri arbitrato collaturum te dolumque malum abesse a futurumque esse spondesne?

Ha osservato Kaser⁶² che la supposizione leneliana secondo cui, in realtà, il riferimento al 'quanti ea res erit' sarebbe stato estraneo alla formula della stipulazione, deriverebbe proprio dalla lettura di D. 37.6.5.3, nella parte in cui il paragrafo ulpiano recita 'quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur'⁶³.

Lo studioso ha commentato la ricostruzione di Lenel affermando che essa sarebbe «Wahrscheinlich, wenn auch nicht völlig zwingend»: infatti, secondo Kaser, la condanna al 'quanti ea res erit' sarebbe stata ammissibile, laddove la relativa clausola avesse trovato spazio già nella formula stipulatoria. In altri termini, sembra che Kaser propugni, o quantomeno non escluda, la presenza del 'quanti ea res erit' anche nella formula della *stipulatio*, ritenendo che solo in tal modo sarebbe stato possibile applicare lo stesso criterio alla condanna formulare⁶⁴. Egli precisa anche che una valutazione corretta del contenuto della *cautio* sarebbe direttamente dipendente dalla presenza, in essa, del-

⁶⁰ M. KASER, *Die Stipulationsklausel «quanti ea res erit»*, in «ZSS.», XC, 1973, p. 190. In generale, sulle stipulazioni pretorie, sia per ora sufficiente richiamare A. PEZZANA, 'Cautio', in «NNDL.», III, Torino, 1959, p. 53 ss., e V. COLACINO, 'Satisfactio', ivi, XVI, Torino, 1969, p. 661 ss.

⁶¹ O. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 346 (§ 144). Non ne fa menzione invece D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999: cfr. il capitolo sulle *stipulationes*, p. 103 ss. Si veda la ricostruzione precedente di K.G.L. DE WEYHE, *Libri tres Edicti sive libri de origine potisque iurisprudentiae Romanae praesertim edictorum praetoris ac de forma Edicti Perpetui*, 1821, p. 236. Cfr. anche, pur senza ricostruzione della *cautio*, A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, rist. Pamplona, 1997, p. 142 s.

⁶² *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 190 e nt. 39.

⁶³ Nella prima parte del saggio, KASER (*op. ult. cit.*, p. 184 s.) si sofferma brevemente sulla stessa utilità della clausola, ricordando il principio della necessaria quantificazione economica della pretesa, collegato alla *condemnatio* formulare. Egli manifesta altresì l'intento di individuare la funzione del 'quanti ea res est' nei diversi ambiti in cui esso compare nelle fonti: di qui la necessità di suddividere l'analisi occupandosi dei singoli istituti. Ne consegue una certa frammentarietà dello studio, che riflette, del resto, quella presente nelle testimonianze giurisprudenziali in nostro possesso.

⁶⁴ Per la verità, lo studioso tedesco sembra qui ritrattare opinioni precedentemente espresse nella monografia dedicata al 'quanti ea res est': cfr. KASER, *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 209 nt. 13, in cui la nostra stipulazione viene annoverata tra quelle non contenenti la clausola in parola.

la clausola di dolo ⁶⁵.

Per Lenel, invece, la stipulazione non avrebbe compreso la clausola ‘*quanti ea res erit*’, che, quindi, sarebbe stata espressa soltanto nella conseguente azione formulare. Nella ricostruzione dell’Editto perpetuo ⁶⁶, egli ipotizza inoltre che il pretore non si occupasse delle conseguenze del rifiuto di procedere alla *collatio*, conseguenze che sarebbero rimaste affidate alla pratica: quindi l’idea di fondo è quella secondo cui, in caso di mancata *collatio*, l’azione sarebbe stata intentata sulla base della *cautio*, secondo il normale meccanismo delle stipulazioni di garanzia ⁶⁷.

Una digressione generale sul tema esulerebbe dai confini della nostra analisi: sia sufficiente perciò limitarsi al caso specifico e accettare, innanzi tutto, la proposta interpretativa più ovvia sulla identificazione dell’azione *ex cautio*. Dallo studio specifico di Fein desumiamo la coincidenza della stessa con una ordinaria *actio ex stipulatu incerti*, nella quale però la condanna avrebbe avuto ad oggetto «das Interesse der nicht vorgenommenen Realcollation» ⁶⁸. Tale affermazione apre un altro ordine di questioni.

Infatti, in questa prospettiva, la clausola ‘*quanti ea res erit*’ viene strettamente collegata con l’‘*id quod interest*’, secondo una tendenza rinvenibile nelle stesse fonti romane, ma dalla quale sorgono diverse difficoltà interpretative. Il punto è ben noto alla dottrina, che se ne è da sempre occupata, anche se in relazione ad istituti diversi da quello qui analizzato ⁶⁹. I due poli intorno ai quali si è

⁶⁵ *Loc. ult. cit.*, richiamando l’opinione di COING, *Die clausula doli im klassischen Recht*, in «Festschrift F. Schulz», I, Weimar, 1951, p. 98 e nt. 2 *sub f*, sia pure a livello di «*Vermutung*». Non sembra potersi porre in dubbio il riferimento al dolo, accolto senza problemi anche dal Lenel (esso era del resto proprio di altre formule stipulatorie). Altro richiamo espresso al dolo si trova in D. 37.6.1.23: ‘*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 desiit dolo malo: ceterum si id egit, ne adquiret, non venit in collationem: nam hic et sibi insidiatus est*’. Da ultimo, sulla clausula doli, D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», CXXI, 2004, p. 152 ss. (in particolare, p. 173 ss.).

⁶⁶ LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 346; identicamente, ID., *Essaie de reconstitution de l’Edit perpetuel, ouvrage traduit en français par Frédéric Peltier sur un texte revu par l’Auteur*, Paris, 1903, p. 70.

⁶⁷ Sul tema, cfr. A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Napoli, 1960. L’autore, rifacendosi al VON WÖSS, *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in «ZSS.», LIII, 1933, p. 372 ss., richiama il cd. «Verdeckungsprinzip», ossia «l’esigenza romana di individuare nuove forme di tutela per via indiretta» (p. 9); a p. 29 e nt. 29, parla delle collazioni ereditarie come istituti particolari anche nell’ambito delle stesse stipulazioni pretorie, giungendo a negare l’applicabilità del citato principio alla nostra stipulazione, dato che essa non sarebbe «un altro istituto destinato a correggere iniquità del diritto civile» (così PEROZZI, *Istituzioni* ², Roma, 1928, p. 639), ma esaurirebbe la sua operatività nell’ambito del *ius praetorium*. In realtà, la *bonorum possessio ab intestato*, della quale la *collatio* rappresenta una emanazione, fu senz’altro innovativa rispetto al *ius civile*, e si può affermare che la stipulazione di garanzia sia effettivamente uno strumento introdotto in mancanza di azione e quindi per colmare una lacuna di tutela giuridica, se si esclude il ricorso alla *denegatio actionis*.

⁶⁸ Afferma correttamente il FEIN, *op. cit.*, p. 101, che l’*actio ex stipulatu* sarebbe stata operativa solo nell’ipotesi in cui non fosse stata adempiuta la promessa. Sulla identificazione dell’azione si può compiere qualche altro rilievo. Molti dubbi, che certo non possono essere fugati in questa sede, ha sollevato in dottrina la formula della *condictio incerti*. Per brevi ragguagli, cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 50 nt. 107, che riporta una ricostruzione con condanna espressa in termini di ‘*quanti ea res est*’ e non ‘*erit*’. Su alcune questioni legate alla *condictio incerti*, alla presenza di essa nell’editto e alla differenza con l’*actio ex stipulatu* si veda TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-90, p. 739 ss.; di *actio ex stipulatu incerti* parla anche COING, *Die clausula doli*, cit., p. 122, richiamandosi a Pap. 1 *resp.* D. 45.1.121: ‘*dolumque malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse stipulatus est ille, spondit ille, incerti agetur*’. Sul tema ancora M. KASER, *Formeln mit «intention incerta», «actio ex stipulatu» und «condictio»*, in «Labeo», XXII, 1976, p. 7 ss.; sulla *condictio incerti*, da ultimo, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianeae*, Milano, 2002; si è recentemente occupato della formula dell’*actio ex stipulatu incerti* L. PELLECCI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 273 ss. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 180 ss. (cfr. p. 182 nt. 333 per la bibliografia) richiama la *condictio incerti*, nella sua applicazione ai contratti innominati. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ², München, 1996, p. 317 (nt. 41 per la bibliografia) parlano, in riferimento alla *stipulatio* di garanzia, di ‘*condemnatio incertae pecuniae*’.

⁶⁹ S. TAFARO, *La interpretatio ai verba «quanti ea res est» nella giurisprudenza romana. L’analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 9, nota la tendenza, propria della Pandettistica, ad equiparare i due criteri di valutazione (anche se il ‘*quanti ea res est*’ può essere definito «oggettivo» e l’‘*id quod interest*’ «soggettivo»). Prima ancora F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1840-49, p. 441 ss., tendeva alla ricerca di una uniformità tra i due concetti. Cfr., in tal senso, anche E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919,

snodata la discussione sono, com'è ovvio, quello del valore oggettivo della cosa e quello del più generale interesse dell'attore: in questa seconda accezione l'«*id quod interest*» deve intendersi come possibile risultato della valutazione del «*quanti ea res est*» («*fuit*», «*erit*») ⁷⁰.

Non è mancata, in letteratura, l'opinione secondo cui sarebbe da ascriversi proprio ad Ulpiano una nuova interpretazione dei *verba* «*quanti ea res est*»; il giurista severiano, infatti, come testimonierebbe in modo chiaro la lettura comparata di diversi luoghi, avrebbe privilegiato l'idea di una condanna commisurata non tanto al valore del bene in sé, quanto al complesso delle circostanze interessate ⁷¹.

Senza potersi addentrare *ex professo* nella disamina di tali questioni, si può ritenere che quest'ultima interpretazione ben si attagli al caso della determinazione dell'interesse dei soggetti coinvolti nella concessione della *bonorum possessio*; in questo ambito non viene in considerazione, infatti, soltanto il valore oggettivo di un singolo bene o di un complesso di beni, ma il confronto tra la situazione dei figli in potestà rispetto a quelli fuori di potestà e l'eventuale maggior vantaggio che questi ultimi guadagnano dall'attività giuridica autonoma, rispetto alla situazione dell'*alieni iuris*. Se, inoltre, l'ammontare dell'eredità è certo, incerta è invece la consistenza del patrimonio dell'obbligato alla *collatio* al momento della sentenza: quest'ultima è il risultato di una attività in divenire che, nei casi sopra visti, può anche ridurla a zero ⁷².

p. 33 ss., in cui parla *ex professo* delle stipulazioni di garanzia e delle conseguenti azioni di stretto diritto, con stima dell'interesse, riferendosi però esclusivamente a compravendita e *vadimonium*; a p. 57 s., altri accenni alle *actiones incerti ex stipulatu* conseguenti alle garanzie; cfr. F. M. DE ROBERTIS, «*Quanti res est - id quod interest*» nel sistema della Grande Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano), in «SDHI», XXXII, 1966, p. 114 e nt. 2, e P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 54 e 75 ss. In KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 280 nt. 20, la nostra clausola è definita «Interesseklausele»; a p. 318, attraverso il parallelo con le «gemischten» Strafklagen» si sottolinea il passaggio dal «*quanti ea res est/erit*» come recupero del valore oggettivo a parametro della ricerca dell'interesse dell'attore. Ribadisce la stretta relazione tra i due criteri D. MEDICUS, *Restituere - quanti ea res est - id quod interest*, in «ZSS», CXV, 1998, p. 75.

⁷⁰ In tema di «*id quod interest*» la bibliografia è vasta. Ci si limiti, in questa sede, a ricordare i testi più significativi, con l'avvertenza che in essi i riferimenti all'azione *ex cautione de conferendis* sono pressoché inesistenti. Oltre ai due studi di D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln, 1962, e di H. HONSELL, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, si vedano il già ricordato BETTI, *La litis aestimatio*, A. EHRHARD, *Litis aestimatio im römischen Formularprozess*, Berlin, 1934, in particolare, p. 86 ss., V. COLACINO, «*Litis aestimatio*», in «NNDI», IX, Torino, 1963, p. 967 ss., con bibliografia, A. BONTEMPS, *Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droit savants*, Paris, 1968, B. KUPISCH, «*Id quod interest*» bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers. *Pomp. D. 19.1.3.3. und Paul. D. 19.1.21.3*, in «TR», XXXIII, 1975, p. 1 ss., P. VOCI, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, E. BETTI, «*Id quod interest*», in «NNDI», VIII, Torino, 1962, p. 133, e MEDICUS, «*Restituere - quanti ea res est - id quod interest*», cit., p. 66 ss. Recentemente, cfr. G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 3 e nt. 13, con bibliografia, e p. 8 nt. 18 per analoghe problematiche in ordine alla *lex Aquilia*, con particolare riferimento alla identificazione del «*quanti ea res est*» con l'interesse dell'attore. Accenni al «*quanti ea res est*» nel pensiero pomponiano in STOLFI, *Studi*, II, cit., p. 292.

⁷¹ Pur nella consapevolezza della complessità della questione, cfr. per tutti TAFARO, *La interpretatio*, cit., p. 35. Lo scontro di concezioni prenderebbe le mosse dai giuristi precedenti ad Ulpiano. Nello stesso senso già MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 294 ss., secondo il quale il concetto era ben presente ai giuristi già dalla prima età classica, anche se trovò il suo svolgimento più compiuto sul finire dello stesso periodo. Cfr., in apparente contrasto, l'affermazione contenuta in D. 46.5.11 (Ven. 8 act.): «*in eiusmodi stipulationibus, quae quanti ea res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit, et ad exigam summam deducitur*». Il frammento è tratto dai *libri actionum* di Q. Claudio Venuleio Saturnino, coevo dei *divi fratres* (LENEL, *Palinnesia*, II, cit., c. 1207-1208), a testimonianza, seppur esigua, di un interesse giurisprudenziale volto, contemporaneamente, alla *stipulatio* in cui testualmente sia contenuta la promessa del «*quanti ea res est*» e alla stima dell'interesse. Certo, il giurista sembra preferire l'idea secondo cui tali *stipulationes* dovrebbero essere formulate con riferimento ad una somma certa; nel nostro caso, tuttavia, tale soluzione sembra poco compatibile con il calcolo delle quote ereditarie. Sul passo di Venuleio cfr. anche MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 266: egli afferma come nelle stipulazioni si usino con naturalezza i due concetti di «*quanti ea res est*» e di «*id quod interest*» quasi come intercambiabili. Al contrario, a p. 312 e nt. 2, si ricorda la compresenza, nelle fonti, anche di una contrapposizione tra i due criteri.

⁷² Nella prima parte del frammento, quella in cui si riporta il parere imperiale, si fa riferimento anche al «*fructum adquirere*»: TAFARO, *La interpretatio* cit., p. 88 ss., si è occupato *ex professo* della relazione tra «*fructus*» e «*id quod interest*», ma nella prospettiva dell'*actio servitutis*. Nel nostro frammento «*fructus*» va inteso, più che in senso tecnico, come sinonimo di «vantaggio economico».

Prima di trarre ulteriori conseguenze da quanto osservato, occorre tornare brevemente al frammento: il criterio di computo menzionato da Ulpiano si concentra, come detto, sul *'quanti ea res erit'*, sollevando i problemi interpretativi sopra visti, relativi alla possibilità di ritenere operante la clausola già in sede di promessa cauzionale, piuttosto che soltanto in via processuale. Premettendo che il tratto ulpiano non sembra sospettato di interventi⁷³, dovremmo ascrivere al giurista la specificazione relativa alla mancata ottemperanza, in tutto o in parte, all'obbligo di conferire.

Non è facile prendere una posizione univoca sul punto, data la insufficienza delle fonti a nostra disposizione. Si è già osservato come lo stesso Kaser, dopo essersi pronunciato, nello studio monografico dedicato al *'quanti ea res erit'*, in senso contrario alla presenza della clausola condennatoria nella stipulazione, abbia poi mutato opinione sul punto⁷⁴.

Sembra comunque opportuno esprimere, sia pur cautamente, una preferenza ricostruttiva. Il tenore del testo ulpiano lascia presumere che il *'quanti ea res erit'* fosse contenuto, in realtà, nella sola formula dell'azione: in tal senso si dovrebbe interpretare la stretta connessione del criterio di computo con la menzione della *condemnatio* processuale. Notiamo, inoltre, come la formulazione della *cautio*, per la quale accogliamo la proposta del Lenel, faccia riferimento ad un rifiuto di procedere alla collazione reale, o, in equiparazione, ad una attività di depauperamento del patrimonio da conferire, ovviamente progressi rispetto alla possibilità di convenire in giudizio il promittente (la formulazione è *'dolo malo fecisti ...'*). Dunque, potremmo pensare ad un pensiero ulpiano: il giurista, in sede di esposizione dei caratteri della *cautio de conferendis*, si sarebbe espresso, in conformità al tenore della *condemnatio* formulare dell'*actio ex cautione*, circa la possibilità di commisurare l'eventuale condanna al *'quanti ea res erit'*, a motivo della necessità di valutare complessivamente gli interessi dei soggetti coinvolti, giungendo ad abbracciare tutto il tempo intercorso tra l'apertura della successione⁷⁵ e la definizione della medesima in via giudiziale.

La condanna, come detto, non avrebbe potuto risolversi in una costrizione del *pater* promittente a procedere alla concreta *collatio*, ma sarebbe consistita nell'equivalente in denaro, coincidente con l'*aestimatio* dell'interesse⁷⁶. Tuttavia, solo nella già adombrata ipotesi in cui l'ammontare della condanna fosse stato superiore (ma nel caso concreto avrebbe potuto anche essere inferiore) a quello oggettivo corrispondente al conferimento reale, il rischio di tale condanna avrebbe potuto fungere da coazione psicologica per l'avente potestà. Si sarebbe comunque dovuto calcolare, oltre che l'entità della quota ereditaria spettante ai coeredi nel caso fosse avvenuto il conferimento, lo svantaggio ad essi procurato dalla mancata collazione o dal depauperamento nel frattempo provocato dall'obbligo al patrimonio oggetto di quest'ultima.

Tale calcolo, pur muovendosi all'interno del confronto tra le quote ereditarie, quali risultano a seconda che avvenga o meno il detto conferimento, prescinde, comunque, dall'applicazione di criteri generali, e finisce per dipendere strettamente, di volta in volta, dalle concrete caratteristiche della fattispecie, dalle quali soltanto è desumibile la posizione di ciascun coerede rispetto agli altri⁷⁷. Di

⁷³ Cfr. «Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur», III, Weimar, 1935, c. 38 s.

⁷⁴ Cfr. *supra*, nt. 60.

⁷⁵ L'espressione «apertura della successione» è volutamente generica, volendosi in questo luogo eludere la questione del contrasto tra *bonorum possessio 'petita'* e *'accepta'*, di cui ci si è occupati *supra*, § 2.

⁷⁶ Si tratterebbe comunque sempre di «quantitativ-Interesse», calcolabile con una operazione volta a determinare la «Differenz objektiv verstandener Sachwerte», criterio che sembra privilegiato dalle fonti in cui ci si richiama ad un *incertum*: cfr. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 224. Di opinione opposta tuttavia HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 175, che in sede di conclusioni afferma invece essere del tutto estraneo alle fonti il concetto di «Vermögensvergleich»; egli propende per una determinazione in positivo, fondata sulla finzione che all'attore non sia occorso alcun danno né, specularmente, che il medesimo abbia perso alcun vantaggio.

⁷⁷ Il calcolo dell'*'id quod interest'*, così come proposto nel testo, potrebbe presentare qualche elemento di affinità con il principio, teorizzato da Rudolf von Jhering in tema di responsabilità precontrattuale, della determinazione dell'interesse (che egli specifica «dell'acquirente», nella elaborazione in tema di compravendita), operata sui due fronti dell'interesse positivo e di quello negativo: si vedano, a tal proposito, le esemplificazioni contenute in *Culpa in contrahendo oder Schadensatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in «Jahrbücher für die Dogmatik», IV, 1861, p. 16 ss. (p. 33 ss. nella versione italiana del saggio, in corso di pubblicazione [Napoli, 2005], a cura di F. PROCCHI, al quale spetta

qui la discrezionalità concessa al giudice (giustificata anche dalla formula della *cautio*, espressa in termini di «*boni viri arbitratus*») nella determinazione della somma in parola.

Ancora a proposito dell'ammontare della condanna commisurato all'interesse dei *sui*, ossia dei beneficiari della *collatio*, sembra significativo occuparsi brevemente di un'altra fonte. Infatti, a tale interesse fa riferimento in via esclusiva la sintesi di Bas. 41.7.5⁷⁸, corrispondente a D. 37.6.5, in cui, tra l'altro, non si menzionano nemmeno i *divi fratres* e si salva la sola massima relativa alla garanzia, a conferma ulteriore della attinenza di D. 37.6.5 alla elaborazione sulla *cautio de conferendis*.

Ἡ περὶ τῆς συνεισφορᾶς ἐπερώτησις τότε βεβαιούται, ὅτε ὀχληθεὶς μετὰ τινος διαστήματος οὐ συνεισήγαγε δυνάμενος ἢ ἦτον συνεισήγαγε· καὶ καταδικάζεται εἰς τὸ διαφέρειν.

Ἡ περὶ τῆς συνεισφορᾶς ἐπερώτησις] ⁷⁹ Ὅτε ὁ καθόλου μέλλον συνεισφέρειν ἀσφαλίζεται τὸν υἱὸν περὶ τῆς συνεισφορᾶς, τότε ὑποπίπτει τῇ οἰκείᾳ ἐπερωτήσει, ὅτε ὀχληθεὶς ὁ προθεσμίαν λαβὼν, ἢς ἐντὸς δύναται συνεισενεγκεῖν, < οὐ συνεισήγαγε >, μάλιστα ἐπειδὴ ὁ προῖτωρ ἀνδρὸς ἀγαθοῦ δοκιμασίᾳ τὴν συνεισφορὰν γίνεσθαι κελεύει. Εἴτε τοῖνον παντελῶς μὴ συνεισήγαγε δεδωκὼς ἅπαξ τὴν καυτίονα εἴτε ἀτελῶς συνεισήγαγε, ἀρμόζει κατ'αὐτοῦ ἢ ἐπερωτήσις, ἢ ὅτι ὄλως οὐ συνεισήγαγε < ἢ ὅτι δόλον ἐποίησεν εἰς τὸ μὴ συνεισενεγκεῖν >, καὶ εἰς εἴτι διέφερε τῷ λαβόντι τὴν καυτίονα, εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται.

Sia nel testo che nello scolio si fa riferimento all' «*id quod interest*», che sostituisce completamente, nell'epoca postgiustiniana, il «*quanti ea res erit*», ormai anacronistico perché legato alla condanna formulare. Le fonti dunque si focalizzano, anche nella tradizione successiva al Digesto, sulla necessità del computo dell' «*id quod interest*» in caso di comportamento dell'avente potestà incompatibile con la collazione. E' vero anche, però, che già in età giustiniana, e probabilmente anche prima, il miglioramento della disponibilità patrimoniale degli *alieni iuris* doveva aver reso desueto l'aggancio delle suddette regole con i casi concreti dai quali esse erano state estrapolate.

Passiamo ora ad analizzare il punto di vista del meccanismo successorio. Su di esso si può osservare che il contesto peculiare nel quale Ulpiano si occupa della *cautio* – vale a dire la stretta relazione con la collazione imposta all'avente potestà – nonché l'unicità del richiamo, fanno pensare ad una limitata rilevanza della *cautio de conferendis* già nel diritto classico, a favore della collazione reale⁸⁰.

La ragione della espressa considerazione, da parte di Ulpiano, delle fattispecie concrete sopra

un ringraziamento per avermi concesso la consultazione del manoscritto); altri accenni in ID., *Die Reflerwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in «Jahrbücher» cit., X, 1871, p. 245 ss., e *Geist des römischen Rechts*, III⁴, 2^a parte, Leipzig, 1888, p. 341 ss. (§ 60). Certo, la trasposizione del principio all'ambito successorio, anche se si tratta in ultima analisi di una responsabilità contrattuale *ex stipulatione*, potrebbe apparire come una forzatura: sembra questa tuttavia una via praticabile per attribuire una reale portata sanzionatoria all'azione conseguente alla *cautio de conferendis*. Sulla scorta di alcune osservazioni svolte in generale da MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 300, si potrebbe ulteriormente avvicinare il calcolo della condanna sopra suggerito con il tipo di interesse che lo studioso tedesco definisce «das, was dazwischen liegt», vale a dire la differenza tra due date grandezze. Si tratta di una delle possibili definizioni dell' «*id quod interest*» desumibili dallo studio delle singole fonti. Le altre due nozioni sarebbero quella di «Verteilungsprinzip», che quantificherebbe, per ciascun partecipante ad una divisione, «was auf ihn entfällt» (p. 300-301) e di «Zuschlag zu einer Hauptleistung» (p. 301). Da precisare come Medicus non creda (*op. ult. cit.*, p. 311 ss.) alla distinzione, nelle fonti romane, tra interesse positivo e interesse negativo: anche nei passi nei quali questa distinzione sembrerebbe concretamente utilizzata, essa sarebbe inconcepibile e certo non potrebbe assurgere al rango di teorizzazione. Egli nega, inoltre (p. 299), la stessa possibilità di configurare un generale «Interesseprinzip», che sarebbe assente anche nei testi in cui la nostra nozione risulta in collegamento con la condanna al «*quanti ea res est*» (cfr. p. 361). Come già ripetutamente osservato, manca, nella dottrina specifica, qualsiasi riferimento al frammento commentato.

⁷⁸) «Basilicorum libri LX», A.V, Groningen, 1967, p. 1881; «Basilicorum libri LX» (HEIMBACH), IV, cit., p. 170: «Stipulatio collationis tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatio non contulit, cum potuit: vel minus contulit, et condemnatur in id, quod interest».

⁷⁹) «Basilicorum libri LX», B.VI, Groningen, 1964, p. 2482; «Basilicorum libri LX» (HEIMBACH), IV, cit., p. 170: «Stipulatio collationis] Cum qui omnino collaturus est, filio de collatione cavet, tunc stipulationi suae subiacet, cum interpellatus spatio accepto, intra quod conferre potuit, id non facit: maxime cum boni viri arbitratu collationem fieri Praetor iubet. Sive ergo plane non contulerit, qui de collatione cavit, sive non omnia contulerit, actio ex stipulatu competit: et sive non contulerit, sive dolo fecerit, quominus conferret, quanti interest eius, qui cautionem accepit, in tantum condemnatur».

⁸⁰) D. 37.6.1.11 (Ulp. 40 ad ed.): «*Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit. aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est ...?*».

descritte, può essere ricercata nella circostanza che la suddetta collazione reale, nel caso dei soggetti *in potestate*, non avrebbe potuto essere compiuta direttamente: forse per questo possiamo affermare di essere di fronte ad uno degli ormai rari impieghi della stipulazione di garanzia. Anche Fein⁸¹ si esprime in termini di «Seltendmachung» della collazione, fondandosi sulla possibilità che gli stessi principii venissero accolti, in sede patologica, nell'ambito dell'azione divisoria (*actio familiae erciscundae*).

Trasponendo tale osservazione alla interpretazione testuale, potremmo ritenere che Ulpiano avesse utilizzato il rescritto dei *divi fratres* semplicemente come paradigma di un caso, da essi affrontato, in cui sarebbe stata imprescindibile la promessa al posto della collazione reale. In particolare, come verrà esplicitato nella sede apposita, si dovrebbe ipotizzare che la pronuncia imperiale avesse esteso dall'adottivo al *nepos in potestate* (in tal senso la frase, altrimenti incomprensibile, «*et esse similem ei qui adoptavit*») la necessità della *stipulatio* di garanzia da parte dell'avente potestà, come necessario tramite per la collazione fatta da un *alieni iuris*. Di Ulpiano, invece, le ulteriori osservazioni contenute nella chiusa del *principium*, sulla base del ragionamento già noto: per l'emancipazione del *nepos* non sarebbe stato necessario indagare l'eventuale dolo dell'avo, data l'esistenza di aspettative successorie in capo alla sorella naturale *in potestate patris*. Diversamente, per il caso della emancipazione dell'adottivo occorre una maggiore tutela dei fratelli di sangue, che il giurista individua, con procedimento analogico opposto a quello usato nella prima parte del *principium*, nell'aggiunta della distinzione relativa al dolo («*quod eo facto a collationi 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*»).

Non sembra sussistano, dunque, ragioni plausibili per negare l'attribuzione al giurista sia delle osservazioni sulla operatività della *cautio* sia della distinzione tra emancipazione dolosa e non dolosa⁸². Rimane per ora impregiudicata la corretta paternità del frammento direttamente collegato a quello in esame, vale a dire D. 37.6.1.14, che, alla stregua di quanto appena osservato, si potrebbe ritenere frutto di una «massimazione»⁸³ operata proprio da Ulpiano, in funzione della digressione introduttiva sui principii della *collatio bonorum*⁸⁴.

Per completezza ricordiamo come, accogliendo l'interpretazione di «*accipere*» (in D. 37.6.5) come indicazione della *bonorum possessio* già concessa, resterebbe il problema di giustificare il diverso modo in cui Ulpiano presenta la fattispecie nei due casi, indicando, appunto, in uno la *bonorum possessio* come solo «*petita*» (D. 37.6.1.14) e nell'altro come già «*accepta*» (D. 37.6.5)⁸⁵ al momento della emancipazione. Se si volesse accettare la genuinità di ambedue le enunciazioni ulpianee, si dovrebbe pensare al giurista che si esprime diversamente nei due luoghi, perché in D. 37.6.5 si riferisce al concreto rescritto e in D. 37.6.1.14 generalizza, staccandosi dal contesto fattuale e concentrandosi sulla posizione di principii generali in tema di collazione. Diversamente, si dovrebbe accogliere l'idea

⁸¹) *Das Recht der Collation*, cit., p. 102. Cfr. in breve, pur nella peculiarità della ricerca condotta, STOLFI, *Studi*, I cit., p. 557 s.

⁸²) Contro l'ipotesi interpolazionista si può osservare che se il riferimento a dolo e frode fosse sempre interpolato, non si spiegherebbe perché i compilatori l'avrebbero fatto diversamente nei due frammenti, dato che in uno si dice «*dolo malo*» e nell'altro «*fraus*». Il rinvio al dolo sembrerebbe invece classico e avrebbe un senso, in D. 37.6.5, in collegamento con la parte relativa alla *stipulatio*, della quale il parallelo con l'adottivo sembrerebbe costituire la premessa, come si dirà subito nel testo. GUARINO, *Di un rescritto*, cit., p. 11, citato da CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 113 nt. 51, nell'attribuire ad un postclassico il riferimento al dolo, si basa su considerazioni relative all'interesse del *pater adoptivus*, per il quale il *dolus malus* sarebbe escluso dalla circostanza che egli, emancipando, esercita un proprio diritto. Anche qui non si tiene conto della funzionalità del caso rispetto alla *cautio*.

⁸³) Com'è noto, il tema della cd. «massimazione» prende avvio dai fondamentali studi di E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in «Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto», Firenze, 1971, p. 821 ss., ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, p. 3 ss.; sul significato di «massimazione» si veda G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta massimazione delle costituzioni imperiali*, in «SDHI», LII, 1986, p. 161 ss.

⁸⁴) Ciò sarebbe confermato dal fatto che il frammento D. 37.6.1.14 è escerpito dal libro 40 *ad edictum*, in particolare dal titolo in cui il giurista si occupa specificamente di *collatio bonorum*: cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 696.

⁸⁵) Si rinvia, a tal proposito, a quanto osservato nel § 2, anche con riguardo all'inciso «*nisi nullum ex his bonis fructum acquirere vult*».

di un intervento sull'originale di uno dei due frammenti, ma la congettura appare priva di decisivi elementi probatori.

A tal proposito si impone una ulteriore osservazione, che rende meno significativa la soluzione del problema interpolazionistico. Ponendosi nell'ordine di idee già espresso da Fein, secondo cui, in casi di ordinario conflitto fra aventi diritto alla successione, l'*actio familiae erciscundae* sarebbe forse servita allo scopo meglio dell'azione *ex cautio*, sembra possibile affermare la irrilevanza, dal punto di vista sostanziale, della discussione sulla differenza tra *bonorum possessio 'petita'* e '*accepta*'. Afferma l'autore⁸⁶ che già in diritto classico il ricorso all'azione divisoria, anziché a quella *ex stipulatu*, avrebbe reso possibile procedere ai necessari conguagli, tenendosi conto degli interessi dei soggetti coinvolti. Non sarebbe stato allora necessario giungere alla condanna del promittente *ex cautio*. Ciò avrebbe potuto accadere, a maggior ragione, anche in epoca successiva, con lo sfumare delle differenze tra *hereditas* e *bonorum possessio*.

Conviene ora ribadire, anche in questa sede, alcune precisazioni relative al *dolus emancipationis*, per concludere sul punto.

Come detto sopra, sembra opportuno riferire la formulazione '*si sine dolo malo emancipaverit*' al solo caso del *datus in adoptionem*, perché la morte del padre adottivo non avrebbe potuto in alcun modo sanare il pregiudizio dei fratelli di sangue *in potestate avi*, a differenza di quanto accadeva nel caso dei rapporti tra nipote in potestà e figli dell'emancipato. Posta, perciò, in via interpretativa, la connessione tra la necessità dell'indagine sul dolo e la posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'adozione, resta il compito, non agevole, di identificare i presupposti del suddetto dolo.

Le trattazioni sulla *collatio* tendono ad identificare il dolo con il pregiudizio per i *sui*⁸⁷: in realtà, il pregiudizio ai *sui* rappresenta il presupposto dell'obbligo di collazione e sembra illogico pensare ad esso anche come pretesto per l'emancipazione⁸⁸.

Su quest'ultima occorre soffermarsi ancora. Il padre adottivo che emancipa il figlio rompe il vincolo di *agnatio* e non ha mai avuto quello di *cognatio*. Tecnicamente, l'emancipazione dell'adottivo lo rendeva titolare in proprio della *bonorum possessio* e, poiché egli non aveva beni propri, rendeva nullo l'ammontare della *collatio*. Di qui l'idea, espressa nei frammenti, che fosse possibile in alcuni casi privare i *sui* della collazione. Emancipato l'adottivo, infatti, viene meno un presupposto fondamentale dell'obbligo di prestare la *cautio* stessa, vale a dire l'esercizio della potestà. Tuttavia le fonti lasciano intendere che il padre possa essere chiamato a rispondere del suo comportamento doloso (forse, in mancanza di prestazione della *cautio*, proprio con *actio doli*).

Sembra quindi venire in primo piano la necessità dell'indagine sulla reale intenzione dell'emancipante, ma sulle possibili ragioni della emancipazione ancora una volta le fonti tacciono. In termini di *favor emancipati* si esprime D. 37.6.5, ma solo perché la posizione di favore del nipote verrà in seguito compensata dalla possibilità della sorella di sangue di succedere con lui all'avo ('*nisi forte avus iste nullum ex his bonis fructum acquirere vult paratusque est de potestate nepotem dimittere, ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat*'): per questo, probabilmente, gli imperatori sconsigliano alla sorella stessa di promuovere qualsiasi iniziativa. Non sembra altrettanto giustificata invece l'ipotesi della liberalità nei confronti dell'adottivo, al quale, è vero, sarebbe così concessa la possibilità di succedere in proprio, ma con la conseguenza di un pregiudizio permanente ai fratelli naturali *in potestate patris*⁸⁹.

⁸⁶ *Das Recht*, cit., p. 102 (cfr. nt. 82).

⁸⁷ Cfr. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 760, e CABALLÈ-MARTORELL, *La collatio*, cit., p. 137.

⁸⁸ Parte da un presupposto analogo, ma giunge a conclusioni diverse, GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 62: Egli ritiene che la nozione di '*fraus*' sia propria di un rapporto di obbligazione o di patronato, evidentemente non individuabili tra l'adottante ed il *suius heres*. Perciò il concetto sarebbe stato impiegato scorrettamente e ciò renderebbe evidente la mano di un compilatore postclassico.

⁸⁹ Ciò a meno che, ripetiamo, l'avente potestà accompagnasse l'emancipazione con la concessione all'*ex alieni iuris* di un complesso di beni sufficiente per poter procedere alla collazione reale. E' evidente come tale concessione avrebbe escluso *a priori* sia la valutazione del dolo del *pater* sia il problema dell'azione contro costui.

Un'altra possibile interpretazione è ricavabile dalla Glossa, ove si dà rilievo, inaspettatamente, anche al dolo dello stesso *adoptivus emancipatus*. Conviene riportare testualmente i passaggi più significativi:

gl. ad 'fraude'⁹⁰: Sua scilicet collationis non faciendae. alterius enim dolus sibi nocere non debet. [...] sed quare privatur? Respondit quia emancipatus ea demum confertur, quae tempore mortis patris habentur. [...] sed iste tempore mortis patris nihil habebat: quia erat in potestate patris adoptivi, cuius omnia erant, sed tamen propter suam fraudem, scilicet: si fecit se emancipari, ut nec a se nec a patre adoptivo conferatur, et ipse confert. Azo.

Il punto di vista è interessante: il dolo deriverebbe non dal comportamento di un solo soggetto, ma dal concorso tra l'adottivo e il padre emancipante. Sarebbe il primo a determinare la volontà dell'avente potestà, avendo di mira un vantaggio per ambedue: l'adottivo, non avendo un patrimonio, non sarebbe stato obbligato alla collazione; dal canto suo, il *pater adoptivus* se ne sarebbe liberato proprio attraverso l'emancipazione. La prova dell'accordo fraudolento, però, avrebbe escluso la fruizione del beneficio e reso operante l'obbligo di garanzia attraverso il ricorso all'azione, nella quale la responsabilità sarebbe stata ricollegata all'avente potestà. Probabilmente, in questa prospettiva, ciò sarebbe avvenuto non tanto in conseguenza della garanzia prestata (tanto più che, in questa versione del frammento commentato, la *bonorum possessio* non è stata nemmeno chiesta), quanto, piuttosto, per la diversa ragione, sempre tecnica, dalla disponibilità patrimoniale del *pater* in confronto alla insolvibilità dell'emancipato, non ancora titolare di un patrimonio proprio.

E' ora il momento di tirare le fila del discorso. La valutazione del dolo legato alla *emancipatio* si compiva in via preventiva da parte del pretore, funzionalmente alla concessione della *bonorum possessio* (o, se questa fosse già stata assegnata, alla prestazione della garanzia); tuttavia, nell'ipotesi in cui sorgessero controversie in un momento successivo e si arrivasse all'azione *ex cautione*, il compito di indagare il dolo in sede patologica sarebbe spettato al giudice, sulla base della omonima clausola presente nella *stipulatio*. E' senz'altro vero che i comportamenti oggetto del *dolus emancipationis* attecchivano a profili diversi rispetto a quelli ricadenti nel dolo considerato dalla formula della *cautio*; tuttavia, come si è visto sopra, il risultato pratico delle attività dolose poteva essere il medesimo, vale a dire la sottrazione di beni alla successione.

Quanto alla pronuncia del giudice in sede di *actio ex stipulatu*, essa doveva rappresentare una eventualità non frequente, che si verificava solo qualora gli eventi si fossero succeduti secondo il seguente ordine: ottenimento della *bonorum possessio* da parte dell'adottivo, prestazione della *cautio* da parte dell'avente potestà, successiva emancipazione ed esperimento dell'azione *ex cautione* da parte degli altri *bonorum possessores*. In queste circostanze, le due facce del dolo sopra descritte avrebbero finito per sovrapporsi e il giudice avrebbe potuto discrezionalmente pronunciare una condanna che tenesse conto della complessiva vicenda successoria.

Concludendo, possiamo confermare che il riferimento al dolo della *emancipatio* sia nato in via giurisprudenziale come criterio-guida per l'operato del pretore. In tal senso, si può affermare che venisse anticipato al piano sostanziale un accertamento che avrebbe potuto riproporsi, sebbene sotto aspetti diversi, in sede processuale. Come si è visto, sui dettagli della valutazione il Digesto non fornisce uno svolgimento critico e la massima '*si sine dolo malo (o fraude) emancipaverit*' resta enunciata come regola tralattizia. Quanto alla responsabilità per dolo addossata al promittente *ex cautione*, è verosimile pensare, in base a quanto detto sopra, che essa venisse in considerazione in casi limitati e come *extrema ratio*.

4. Giunti a questo punto, si può finalmente procedere a sintetizzare in due diverse enunciazioni una proposta di ricostruzione del contenuto del rescritto:

⁹⁰ Ad D. 37.6.1.14 (p. 1254 dell'edizione citata *supra*, nt. 50).

1) Innanzi tutto, esso non sembra equiparare l'adottivo all'emancipato, ma viceversa, nella posizione del principio della collazione imposta all'avente potestà. Questa parte non ci è pervenuta direttamente, ma per il tramite di Ulpiano. Da come il giurista si esprime, sembra che fosse già assodata, anche al tempo dei *divi fratres*, l'idea che il *datus in adoptionem* istituito erede dal padre naturale, per poter beneficiare della *bonorum possessio contra tabulas*, dovesse servirsi, come tramite, della promessa cauzionale del padre adottivo. Sulla base di questo principio, applicato analogicamente, gli imperatori avrebbero formulato la regola anche per il nipote in potestà istituito erede dal padre naturale emancipato.

Per tale ragione sarebbe quindi da rigettare l'opinione della Caballè-Martorell, secondo cui gli imperatori avrebbero equiparato l'avo all'adottante sotto il profilo dell'entità della *collatio*⁹¹. Più correttamente, per Guarino, «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»⁹². Per l'autore, però, non si tratterebbe che della conferma di un principio già esistente, mentre in questa sede si vuole avanzare la diversa idea, appena vista, della derivazione dalla disciplina dell'*adoptio*. Da ciò si desumerebbero anche aspetti di originalità nella pronuncia dei *divi fratres*, contrapponendosi alla opposta valutazione dello Scarlata Fazio⁹³, che l'aveva ritenuta priva di autonomo valore nel contesto di regole già note.

2) La lamentela della *soror*, figlia del padre emancipato, avrebbe invece dato l'occasione per confermare la possibilità dell'avo di emancipare il nipote, rendendo inoperante la *cautio*.

Veniamo, ora, agli apporti di Ulpiano. A lui apparterebbe dunque il riferimento al *datus in adoptionem*, che in D. 37.6.5 compare in collegamento con la descrizione dei caratteri della *cautio*, mentre in D. 37.6.1.14 rappresenta una normale indicazione (ed è una menzione esclusiva, indipendente dal caso del *nepos in potestate*), in sede di *laudatio edicti*, dei soggetti obbligati alla garanzia⁹⁴.

Il Voci⁹⁵ ha ricordato, con osservazioni pregnanti, le dinamiche dell'interesse dei diversi soggetti, ma anch'egli non pare aver distinto, nel descrivere il possibile stato psicologico del conferente, tra l'ipotesi del *nepos in potestate* e quella del padre adottivo, limitandosi a notare che da un lato l'avente potestà (anzi, l'autore parla espressamente solo di «avo») avrebbe interesse all'acquisto, per il tramite del soggetto *alieni iuris*, dei beni facenti parte della successione; d'altro canto, per lui sarebbe apparsa troppo gravosa la conseguenza di dover conferire tutti i suoi beni. Perciò, secondo Voci, la decisione imperiale rappresenterebbe «il male minore», dato che l'emancipazione del nipote priverebbe, ma solo nell'immediato, i fratelli del beneficio della collazione; tale vantaggio sarebbe tuttavia rimandato, come detto, al momento della morte dell'avo⁹⁶.

Sempre ad Ulpiano attribuirei la distinzione relativa al dolo, che egli avrebbe espresso solo in D. 37.6.5, e che sarebbe stata ripresa, nell'altro testo, dai giustinianeî. La dottrina, come accennato nel paragrafo precedente, non ha sempre chiarito che la specificazione del dolo è compiuta solo in

⁹¹) Cfr. *supra*, § 2. Si aggiunga quanto schematizzato dalla stessa autrice in *El rescripto*, cit., p. 468 s.: il provvedimento avrebbe confermato la possibilità del *nepos* emancipato di succedere *ex bonorum possessione* all'avo, ma in via *decretalis*; l'elemento innovativo del rescritto, secondo l'autrice, sarebbe stato l'attribuzione all'avo della possibilità di emancipare il nipote, per permettergli di acquisire il vantaggio della successione; infine, ad opera di Ulpiano, la stessa possibilità di emancipazione sarebbe stata estesa all'avente potestà nei confronti del figlio adottivo che volesse succedere *ex bonorum possessione* al padre naturale, purché, naturalmente, l'*emancipatio* stessa avvenisse *sine fraude*. Come si vede, la prospettiva della Caballè-Martorell appare rovesciata rispetto all'interpretazione proposta nel testo, pur nella coincidenza di vedute circa l'apporto ulpiano in tema di *fraus*.

⁹²) *Collatio bonorum*, cit., p. 57.

⁹³) Cfr. *supra*, § 2.

⁹⁴) Anche l'opinione ricostruttiva del CUJACIUS, *Commentarius*, cit., c. 976, prescinde dall'adozione, perciò se ne ricava indirettamente l'idea che essa non fosse contemplata dal rescritto. Quanto al dolo, egli lo definisce '*fraus*', senza però esplicitarne i contenuti e le implicazioni.

⁹⁵) *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 260.

⁹⁶) Si veda anche D. 37.4.10.2, Ulp. 40 *ad ed.* (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit. II, c. 691, nel titolo sulla *contra tabulas*): '*Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere hereditatemque ipse potius habebit, quam pater adoptivus*'. In tal caso il padre adottivo, però, è l'avo materno.

riferimento all'adottivo, ma ciò è logico, proprio perché non c'è possibilità di recupero dei beni del *de cuius* in un secondo momento, come accadeva per l'avo ⁹⁷.

Resta da concludere la critica testuale di D. 38.6.6: esso appartiene al libro 39 *ad edictum*, che si può presumere sia stato scritto prima del libro 79, dal quale è tratto D. 37.6.5 ⁹⁸. A favore di tale ipotesi, oltre che l'*inscriptio* del frammento, milita una ragione sostanziale: il giurista enuncia la regola, riferita alla *bonorum possessio ab intestato*, chiamando a fondamento considerazioni di equità e di interpretazione dell'editto. Si potrebbe confermare perciò la già propugnata genuinità del primo tratto del frammento, e avanzare l'idea che Ulpiano, avendo presenti le pronunce dei *divi fratres*, abbia elaborato i principii in esso contenuti in relazione ad una diversa forma di *bonorum possessio*, allo scopo di sottolineare la lacuna dell'editto '*unde liberi*' in relazione al caso concreto affrontato nel rescritto. Sarebbe stata questa la prima occasione in cui il giurista avrebbe utilizzato il contenuto di quella pronuncia, il cui secondo troncone egli avrebbe poi ripreso letteralmente, nel libro 79 *ad edictum*, come base d'appoggio per l'analisi sulle clausole della *cautio* svolta in quella parte dell'opera.

Osservazioni analoghe si possono compiere, come già notato, per D. 37.6.1.14: anche nel libro 40 *ad edictum*, Ulpiano avrebbe enunciato il principio in via generale, parlando dei soggetti tenuti alla *collatio*; solo in sede di spiegazione della *cautio de conferendis*, e quindi solo nel già ricordato libro 79, egli si sarebbe occupato della differenza tra *nepos in potestate* e *datus in adoptionem* e avrebbe notato come la regola '*si sine fraude emancipaverit*' fosse propria di quest'ultimo.

Concludiamo con un breve accenno alle due pronunce che leggiamo in Modestino (6 *Pand.* D. 37.8.4), in cui si individua una sintesi dei principii in precedenza espressi, più criticamente, dal suo maestro Ulpiano. La formulazione di Modestino sembra più consona, come già ipotizzato ⁹⁹, alla *bonorum possessio* intestata e sarebbe quindi direttamente dipendente da D. 38.6.6, confermando così le osservazioni appena svolte su di esso.

5. Una volta individuato il contenuto letterale e giuridico del rescritto, una volta, cioè, che si siano analizzati, per quanto possibile, il senso e l'entità dell'apporto imperiale, conviene spendere qualche parola ulteriore sul significato, certamente più ampio, di simili decisioni in relazione alla struttura familiare romana e all'evolversi della tutela giuridica dei rapporti ad essa ricollegati. Ciò anche allo scopo di riprendere alcune enunciazioni di principio anticipate in apertura.

Rileva, evidentemente, in maniera significativa la relazione tra *agnatio* e *cognatio*, concezioni della parentela profondamente diverse e ciononostante in continua dialettica; tale relazione rappresenta uno degli elementi fondamentali intorno a cui si snoda tutta la vicenda romana delle regole successorie ¹⁰⁰.

In particolare, in riferimento alla situazione del figlio adottivo, sono varie le osservazioni che vengono alla mente sul versante dei rapporti di parentela. Nel valutare la posizione di questo soggetto, si è dovuti necessariamente partire dalla tradizionale contrapposizione, propria della fase più risalente della famiglia romana, tra vincoli potestativi e vincoli di sangue. Si è già osservato in apertura come i primi abbiano rappresentato, per molto tempo, il fondamento pressoché esclusivo della successione, mentre i secondi abbiano cominciato ad avere rilevanza con l'introduzione della *bonorum possessio*. Questa osservazione generale deve essere adattata al sistema della successione del figlio

⁹⁷ Il GUARINO, *Collatio bonorum*, cit., p. 57 ss., attribuisce ad un lettore postclassico l'estensione all'*adoptio* e ritiene di secondaria rilevanza la giustificazione addotta nel testo ulpiano, relativa alla possibilità dell'emancipato di succedere all'avo in un secondo momento. Per lo studioso, la regola sarebbe stata *tout court* quella secondo cui l'emancipazione del nipote avrebbe eliminato «ogni nesso tra la *bonorum possessio* dell'emancipato e il patrimonio dell'avo».

⁹⁸ Cfr. T. HONORÉ, *Ulpian* ², Oxford, 2002, p. 158 ss. (in particolare, p. 176). La deduzione è fin troppo ovvia, anche se non si può escludere che per un singolo punto il giurista sia tornato in seguito sui suoi passi, integrando un libro già scritto: tuttavia, si vedano le argomentazioni addotte nel testo.

⁹⁹ Cfr. *supra*, § 2.

¹⁰⁰ Si veda LA PIRA, *La successione ereditaria*, cit., p. 371, per l'idea che la *collatio* sia nata sul terreno agnatizio; cfr., sul tema, E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e III secolo d.C.*, in «BIDR.», 69, 1966, p. 145 ss.

adottivo, con particolare riguardo a quanto emerge, anche dai passi sopra esaminati, sull'evoluzione della concezione della famiglia ¹⁰¹.

Le fonti romane, e lo stesso atteggiarsi del vincolo agnatizio, indicano come ovvia la successione dell'adottivo al nuovo padre, nella posizione di *heres suus*, secondo il sistema di *ius civile* e, di riflesso, anche nelle corrispondenti classi della *bonorum possessio ab intestato*, come si desume pianamente dai casi riportati nel titolo D. 38.6; lo stesso vale per la *bonorum possessio contra tabulas*, come indicato testualmente dal frammento ulpiano (39 *ad ed.*) di esordio di D. 37.4 («*de bonorum possessione contra tabulas*»): «*In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt*»; quanto alla successione testamentaria, è attestata la possibilità anche per il padre naturale di istituire erede il *datus in adoptionem*; contemporaneamente, quest'ultimo è ammesso alla *bonorum possessio contra tabulas*, in concorrenza con il figlio in potestà, nel caso in cui costui, escluso dal testamento, a propria volta chieda questa *bonorum possessio*.

D'altra parte, lo stesso Ulpiano (46 *ad ed.*, D. 38.8.1.4, richiamato nel titolo di questo studio) ammette espressamente la possibilità, individuata *iure praetorio*, di considerare gli adottivi come se fossero *cognati* anche nei confronti della nuova famiglia, con le conseguenti prerogative successorie.

Se ne ricava un doppio ruolo della *cognatio* come base d'appoggio per la concessione delle diverse forme della *bonorum possessio* e contemporaneamente una tendenza giurisprudenziale a non uscire dai confini della dialettica tra *agnatio* e *cognatio* anche nei casi in cui, in realtà, queste nozioni risultano notevolmente forzate, se non addirittura snaturate per poter costituire il perno della successione. Di qui la specificazione secondo cui la *cognatio* rispetto alla famiglia adottiva deve essere intesa in un senso più ristretto rispetto a quella con la famiglia d'origine, vale a dire come corollario del rapporto di *agnatio* e non come *status* naturale, quale si presenta, invece, in quest'ultima (in D. 38.8.1 si legga la fine del § 4: «*evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat quam in familia adoptiva nanciscatur: sed eorum tantum cognationem in adoptiva familia nanciscetur, quibus fit adgnatus, in naturali autem omnium retinebit*»).

L'interpretazione proposta nel § 4 del presente contributo, secondo cui il rescritto imperiale avrebbe preso a prestito un principio nato per gli adottivi e lo avrebbe applicato ad un caso in cui i soggetti coinvolti erano tutti legati da vincoli di *cognatio*, rappresenterebbe una ulteriore conseguenza di questa possibilità di rendere strumentali le nozioni tradizionali di parentela alle esigenze del caso concreto. I *divi fratres*, pur rimanendo, tecnicamente, nell'ambito delle regole della collazione, sarebbero giunti ad ammettere una conseguenza giuridica grave e contrastante con la *ratio* della collazione stessa, vale a dire la possibilità, per l'avo, di evitare il conferimento emancipando il nipote. La decisione, però, teneva conto, con visione temporale più ampia rispetto all'occasione della controversia, della successiva possibilità di riportare ad equità l'apparente ingiustizia, a mezzo dell'applicazione, alla morte dell'avo, delle tradizionali regole della *bonorum possessio* intestata: ad essa infatti sarebbero pervenuti insieme il nipote emancipato e la di lui sorella di sangue (fuori dalla potestà dell'avo) in precedenza frustrata nelle sue pretese. La rilevanza della sola *cognatio* avrebbe così riequilibrato l'iniquità che, nella fattispecie sottoposta agli imperatori, non costituiva che la diretta derivazione della rottura del vincolo agnatizio.

Al termine dell'analisi esegetica, anche se le fonti prese in considerazione sono state scelte in funzione dello studio sui *divi fratres* e sono in numero talmente esiguo da non poter seriamente fondare alcuna ricostruzione generale, sembra ugualmente possibile compiere brevi osservazioni di più ampio respiro, coinvolgenti la *ratio* stessa dell'istituto della collazione. Si è richiamato, nella «pre-

¹⁰¹) Significativa l'osservazione di FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 40, secondo cui «in nessun sistema sociale una linea di parentela esclude totalmente la rilevanza dell'altra». Da ricordare come la dottrina, a partire dallo stesso FEIN, *Das Recht der Collation*, cit., p. 1 ss., seguito pacificamente anche dalla dottrina moderna (a titolo esemplificativo, cfr. i già citati LA PIRA, *La successione ereditaria*, p. 371, GUARINO, *Diritto privato*, p. 446, e BURDESE, *Manuale*, p. 642), abbia ricostruito anche i principi della collazione accogliendo la nozione, desumibile dalle fonti romane, di «*factio suitatis*», a dimostrazione della imprescindibilità del ricorso ai tradizionali capisaldi della parentela fondata sul vincolo potestativo, oltre che agnatizio.

mess», il punto di vista secondo cui il fondamento della collazione ereditaria moderna sarebbe la presunzione di anticipazione di una futura successione, realizzata attraverso atti di liberalità compiuti dal disponente durante la vita. Questa ricostruzione, sebbene ancora accolta da una parte della manualistica moderna¹⁰², è stata corretta da Burdese, con l'affermazione secondo cui l'anticipo di eredità sarebbe accettabile solo se inteso come «riflesso della forza attrattiva della successione a causa di morte a titolo universale»¹⁰³. Si esclude, contemporaneamente, che ci sia una comunicazione diretta tra le regole romane e le moderne ricostruzioni dottrinali¹⁰⁴.

La collazione moderna, tra l'altro, trae la sua configurazione non tanto dalla classica *collatio bonorum*, quanto, piuttosto, dalla *collatio dotis* di età tardo-imperiale, con la quale presenta maggiori affinità di struttura¹⁰⁵.

Ciò nonostante, può non essere inutile compiere qualche rilievo ulteriore sulla *ratio* dell'introduzione della *collatio*, che nasce indubitabilmente come *collatio bonorum*¹⁰⁶. Essa aveva, in origine, una struttura giuridica complessa, fondata sull'adattamento delle tipiche stipulazioni di garanzia alle esigenze della successione. Era necessaria l'iniziativa dell'avente diritto alla *bonorum possessio*, il quale, per ottenere i beni, aveva l'onere giuridico di prestare la *cautio*; a quest'ultima si ricollegava una vera e propria obbligazione di contenuto pecuniario, sospensivamente condizionata alla correttezza del conferimento reale. Il caso tipico era quello del figlio emancipato, che chiedeva di partecipare alla successione insieme ai fratelli in potestà.

Quanto allo scopo pratico, si può affermare che il rimedio fosse finalizzato al riequilibrio delle quote spettanti a ciascun successore; conseguentemente, non sembra si possa negare l'esistenza di una *ratio* di fondo secondo cui gli acquisti del figlio, anche *post emancipationem*, venivano computati economicamente ancora nel patrimonio paterno, e come tali avrebbero dovuto necessariamente essere riaccorpatis alla massa ereditaria.

Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se nelle decisioni relative alle fattispecie presentate dai nostri frammenti sia possibile individuare un principio ispiratore più generale, applicato, pur «inconsapevolmente», dagli imperatori.

Senza volersi spingere ad accogliere una nozione superiore di «comunione patrimoniale familiare»¹⁰⁷, un ragionamento di considerazione complessiva del patrimonio familiare, con il connettivo del vincolo di sangue, sembra aver guidato i *divi fratres* nel valutare la fattispecie, più articolata rispetto al caso ordinario di *collatio bonorum*, della sorella di sangue che pretendeva, ma inutilmente, la collazione dal fratello *in potestate avi*, anche se emancipato dopo l'apertura della successione.

I passaggi logici sembrano essere i seguenti: il fratello ormai *sui iuris* e la sorella avrebbero entrambi acquistato, nell'immediato, una quota del patrimonio paterno, non «bilanciata» dalla collazione dell'avo; tuttavia il giudizio finale sulla distribuzione dell'eredità viene rinviato dagli imperatori al momento della morte dell'avo stesso, alla successione del quale vengono sostanzialmente ricon-

¹⁰² Si veda TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., p. 774.

¹⁰³ BURDESE, *La divisione*, cit. p. 273.

¹⁰⁴ Per una rassegna di esse, cfr. lo stesso BURDESE, *La divisione*, cit., p. 269 ss., nonché N. VISALLI, *La collazione*, Padova 1988, p. 3 ss., e CIAN, TRABUCCHI, *Commentario*, cit., p. 671 ss. Cfr. anche *supra*, nt. 2.

¹⁰⁵ La dottrina ritiene che il primo provvedimento riformatore di stampo «moderno» sia da identificarsi con C.I. 6.20.17, una costituzione di carattere generale dell'Imperatore Leone (a. 472). In essa viene disciplinata *ex professo* la *collatio dotis*, con estensione analogica dei principii espressi anche all'altra forma di collazione, ormai detta 'emancipati' e non più 'bonorum'. Non è possibile, in questa sede, diffondersi ulteriormente sui rapporti tra *collatio dotis* e art. 737 cod. civ. Sia perciò sufficiente rinviare, per una descrizione dei contenuti del provvedimento imperiale, a VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 774 ss.

¹⁰⁶ E' evidente la disparità dei presupposti di fatto della collazione di epoca romana rispetto alla norma codicistica: quest'ultima contiene un espresso riferimento alla «donazione», realizzata «direttamente o indirettamente»; l'emancipazione del *suus*, invece, pur potendo essere considerata un atto di «liberalità» del *pater*, certo non era assimilabile ad una donazione, anche se conseguenza indiretta di essa era proprio un vantaggio economico dell'emancipato rispetto ai fratelli ancora *alieni iuris*.

¹⁰⁷ Essa viene recisamente negata da BURDESE, *La divisione*, cit., p. 269, come estranea alla *ratio* romana dell'istituto e di derivazione germanica.

dotte anche le vicende, temporalmente precedenti, del patrimonio del figlio emancipato, padre dei due litiganti, a lui premorto. Dunque, l'ispirazione della decisione imperiale sembra proprio essere quella di salvaguardare l'equa distribuzione del patrimonio, considerato come un complesso unitario proprio della famiglia in senso lato, ed a questo fine essi ricordano la necessità della *collatio* imposta, nella successione all'avo, ad ambedue i nipoti.

In altri termini, l'iniziativa dell'avo volta ad emancipare il nipote viene considerata, sul momento, produttiva di una sperequazione, ma ciononostante ammessa sulla base della sua futura sanabilità, direttamente dipendente dall'esistenza di un vincolo cognatizio tra i protagonisti del caso.

La stessa possibilità di sanatoria non si verifica, invece, nel caso delle ingiustizie prodotte dall'emancipazione del *datus in adoptionem*, proprio perché manca un legame di sangue idoneo a produrre un successivo equilibrio in seno alla famiglia di origine dell'adottato. In questa ipotesi i Romani, lungi dall'individuare una *ratio* più generale, che potrebbe essere effettivamente coincidente con il persistente pregiudizio per i fratelli naturali, spostano l'attenzione sull'atteggiamento eventualmente doloso dell'emancipante.

In ambedue le situazioni richiamate dal rescritto sembra dunque, come già affermato, operare il «principio» superiore della tutela della famiglia di sangue: esso non viene esplicitamente citato né dai *divi fratres* né da Ulpiano, i quali si appoggiano piuttosto a considerazioni di carattere tecnico, salvo doversi ricorrere, da parte di quest'ultimo, ad una distinzione fondata su possibile frode nell'emancipazione del figlio dato in adozione (a differenza del figlio rimasto in potestà dell'avo), quasi a giustificare una soluzione che altro non è se non una naturale conseguenza del mutamento della rispettiva rilevanza tra *agnatio* e *cognatio*.