

Francesco Bono

Università degli Studi di Parma

Eredità fedecommissaria e *interdictum fraudatorium* nell'opera di Aburnio Valente

ABSTRACT – The fragment that is the subject of this article is the only surviving part of the third book of Aburnius Valens's work on the *fideicommissum* and, according to Lenel's reconstruction, belongs to the section devoted to the restitution of the *fideicommissum hereditatis*. The jurist examines, on a case-by-case basis, the problems that could arise between the restitution of an inheritance by *fideicommissum* and the claims of the creditors; precisely for this reason, he discusses the application of the *interdictum fraudatorium*.

Il lungo frammento, oggetto del presente studio, costituisce l'unica parte rimasta del terzo libro dell'opera sui fedecommissi di Aburnio Valente ¹, e appartiene, nella ricostruzione leneliana, alla trattazione dedicata all'eredità fedecommissaria ².

* Il presente lavoro si inquadra in una più ampia ricerca sulla figura di Aburnio Valente e sulla sua opera.

¹ P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München, 1912, p. 185; R. ORESTANO, s.v. *Valente Aburnio*, in *NNDI*, 20, Torino, 1975, p. 417; T. HONORÉ, *Julian's circle*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32, 1964, p. 31; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, p. 151-153; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 191; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, p. 67; R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, München, 1989, p. 231-233; D. LIEBS, *La contribution de la jurisprudence à la formation du droit*, in *Nouvelle histoire de la littérature latine* (ed. K. SALLMANN), 4, Turnhout, 2000, p. 143 ss.

² Secondo Lenel (*Palinnesia iuris civilis*, 2, Leipzig, 1889, p. 1202-1204), l'opera, divisa in sette libri, si occupa dell'oggetto di un fedecommissario (libri 1 e 2, *De singulis rebus per fideicommissum relictis*), dell'eredità fedecommissaria, con particolare attenzione ai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano (libri 3 e 4, *De hereditatibus fideicommissariis*), della capacità a ricevere (libro 5, che manca però dell'*inscriptio* generale) e delle libertà per fedecommissario (libro 6, *De libertate fideicommissaria*). Va segnalato che il libro 7 è privo di indicazione dell'intitolazione.

Come è noto, mediante fedecommesso era anche possibile trasmettere un'eredità o una quota di essa, onerando l'erede di restituirla ad un terzo fedecommissario; tale disposizione prende il nome di fedecommesso universale³. Per regolare le modalità attraverso le quali doveva avvenire la restituzione dell'*hereditas fideicommissaria*, intervenne un provvedimento senatorio, il senatoconsulto Trebelliano⁴, databile al 56 D. C., poi modificato da un successivo senatoconsulto Pegasiano di età vespasiana. Il Trebelliano rendeva assai più agile la *restitutio*, facendo scomparire le *stipulationes* concluse tra erede e onerato in occasione della vendita *nummo uno dicis causa* dell'*hereditas* e assicurando, con un unico atto di cessione, il trapasso in blocco del patrimonio ereditario⁵. Ad integrazione della precedente disciplina, il Pegasiano, da un lato, riconosceva all'erede onerato il diritto a trattenerne un quarto dell'eredità, detta appunto *quarta Pegasiana*, dall'altro, introduceva una specifica procedura per costringerlo ad accettare l'eredità⁶.

Una conferma del contesto entro cui il passo di Valente è inserito viene perciò dalla scelta compiuta dai compilatori, che lo hanno collocato nel titolo del Digesto *ad senatus consultum Trebellianum*. Certamente non deve stupire la sola menzione da parte dei giustinianeî del primo provvedimento senatorio, visto che fu proprio Giustiniano a varare una riforma in materia di fedecommissi che provocò la fusione delle regole *ex Trebelliano* e *ex Pegasiano* e che comportò la sostituzione nel Digesto di ogni riferimento al secondo *iussum patrum*⁷.

In D. 36.1.69(67) Valente, in particolare, si occupa di alcuni profili riguardanti proprio la restituzione dell'eredità, nella quale è evidentemente richiamata la disciplina introdotta dai due senatoconsulti, e affronta snodi problematici che possono presentarsi tra essa e le pretese dei creditori. L'andamento del testo lascia pensare che la trattazione del giurista fosse certamente più ampia, e che i giustinianeî, pur mantenendo l'ordine di lettura dell'opera, abbiano accostato parti che nella

³ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1963, p. 343 ss.

⁴ Gai 2.253; Iust. *Inst.* 2.23.4; D. 36.1.1 pr.-2 (Ulp. 3 fideic.).

⁵ Una volta compiuto l'atto di restituzione, l'*heres* onerato diventava estraneo all'eredità. Al tempo stesso, il fedecommissario era considerato sul piano dello *ius honorarium* un sostituto dell'erede e il pretore concedeva azioni utili sia a favore sia contro di lui (*quasi heredi et in heredem*). Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 346.

⁶ Gai 2.254; Iust. *Inst.* 2.23.5; Theoph. *Inst. Par.* 2.23.5. Il regime introdotto dal Pegasiano è complesso e articolato: 1. Se l'erede è onerato di restituire non più dei tre quarti dell'eredità, allora essa viene restituita *ex Trebelliano*; 2. Se l'erede è invece onerato di restituire più dei tre quarti o l'intera eredità, allora l'erede che accetta spontaneamente l'eredità può trattenerne un quarto dell'asse (*quarta Pegasiana*). In questo caso, tuttavia, il fedecommissario è considerato *loco legatarii* e pertanto intervengono le stipulazioni del precedente regime; 3. Se l'erede non vuole accettare l'eredità e invoca che essa è passiva (*suspecta*), allora il fedecommissario può ottenere un *decretum* dal pretore per costringere a ciò l'erede, il quale perde il diritto alla quarta.

⁷ Iust. *Inst.* 2.23.7; Tanta 6a; Nov. 1.1.1; Theoph. *Inst. Par.* 2.23.7; cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 349 ss.

versione originaria si trovavano più distanti. Scorrendo il testo, si nota infatti il brusco cambiamento del soggetto delle frasi, che nei primi due paragrafi è declinato alla prima e alla seconda persona singolare (*ego-tu*), mentre in quelli successivi diventa l'*heres*.

Oltre a questo, l'esame esegetico delle diverse parti di cui D. 36.1.69(67) è composto fa emergere uno sviluppo argomentativo ben più articolato, che doveva muovere da una illustrazione della regolamentazione introdotta dai provvedimenti senatori per poi passare all'approfondimento degli eventuali riflessi della restituzione in frode ai creditori, concludendo con questioni attinenti alla capacità. Inoltre, l'impostazione del frammento è certamente casistica, e si nota una propensione del giurista a elevare il caso di specie a paradigma della trattazione, che però vuole avere un respiro più ampio, affrontando specifici profili problematici a cui la restituzione del fedecommesso può dar luogo.

Purtroppo, l'esiguità del materiale che è pervenuto non permette di avanzare ipotesi circa il contenuto delle parti andate cadute durante l'attività redazionale dei giustiniani, fermo restando che, pur nella brevità della porzione sopravvissuta, si riuscirà a toccare con mano gli apporti della riflessione di Valente alla materia dei fedecommissi.

Venendo ora al testo, D. 36.1.69(67) presenta quattro diverse fattispecie, che hanno alcuni punti di contatto, a testimonianza che i giustiniani hanno cercato di mantenere coerente la trattazione originaria di Valente:

D. 36.1.69(67) (Valens 3 fideicomm.): pr. Si postulante me suspectam hereditatem ex decreto praetoris adieris nec ego postea eam mihi restitui velim nec bonis me immiscere, hoc fieri debet, ut (quod Octaveno non ineleganter videbatur) a praetore perinde actiones in me dentur, ac si hereditatem recepissem, quod est iustius. 1. Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali comodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te ut adires non potuerint. 2. Sed et filius suus heres patri rogatus sit ⁸ a patre hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tamquam suspectam ex decreto praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris eius bona vendere sibi permittatur. 3. Si donationis causa suspectam hereditatem sibi heres dixerit et restituerit ei, qui solidum capere non possit, auferetur ei id quod capere non potest. Idem dicendum est et si citra consilium donandi fiduciarius heres id fecerit.

⁸ Mommsen: si rogatus?

Trad.: Se, su mia richiesta, tu abbia accettato un'eredità sospetta in forza del decreto del pretore ed io successivamente non voglia che mi venga restituita e neppure essere immesso nei beni, si deve far sì, che (cosa che ad Ottaviano sembrava essere non inelungante) le azioni siano concesse dal pretore contro di me, come se avessi ricevuto l'eredità, il che è più giusto. 1. Anche in quel tempo in cui tu avrai concepito l'intento di frodare i creditori, accetterai un'eredità sospetta senza il rischio e pericolo dell'interdetto fraudatorio e la restituirai a me, poiché sia, senza il fedecommissario, era nella tua libertà di frodare i tuoi creditori di tale vantaggio patrimoniale, non volendo accettare l'eredità; sia io non farò nulla di turpe ricevendo quell'eredità, che, tolta la mia richiesta, i creditori non ti avrebbero potuto costringere ad accettare. 2. Ma anche se un figlio erede suo, al quale sia stato dal padre richiesto <per fedecommissario> di dare a me l'eredità, avendo concepito l'intento di frodare i propri creditori, me l'abbia restituita come sospetta in forza del decreto del pretore, difficilmente avrà luogo l'interdetto fraudatorio, poiché, se si vendessero i beni di suo padre, i creditori del figlio stesso non avrebbero potuto prendere proprio nulla per sé da quell'eredità, a meno che forse non si debba dare ascolto ai creditori propri del figlio, se facciano istanza che, una volta soddisfatti <i creditori> del padre, si permetta loro di vendere i beni. 3. Se a scopo di donazione l'erede abbia detto che l'eredità è sospetta per lui e l'abbia restituita a colui che non può ricevere l'intero, gli verrà tolto ciò che non può prendere. Lo stesso va detto anche se l'erede fiduciario abbia fatto ciò senza l'intenzione di donare.

Nel *principium*⁹, pur se sospettato di minimi interventi compilatori¹⁰, Valente presenta il caso di un'eredità *suspecta* per la quale è stata chiesta all'erede la restituzione al fedecommissario. In particolare, quest'ultimo aveva avanzato la richiesta di costringere coattivamente l'erede all'accettazione e l'onerato vi aveva provveduto in forza del decreto del pretore fedecommissario.

⁹ Su D. 36.1.69(67) pr.: P. FIERS SMEDING, *Specimen juridicum inaugurale. De Salvio Aburnio Valente, ejusque quae in digestis adsunt fragmentis*, Lugduni Batavorum, 1824, p. 53-61; S. SOLAZZI, *Sulla revoca degli atti fraudolenti*, Città di Castello, 1901, p. 6-7; S. SOLAZZI, *Studi romanistici*, in *RISG*, 3, 1949, ora in *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, p. 184 nt. 112; VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 362 nt. 91; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 216; R. LAMBERTINI, *D. 36.1.47(45): il consiglio di Modestino all'onerato di fedecommissario universale*, in *Studi in onore di Enrico Bassanelli* (cur. E. CASADEI, G. SGARBANTI), Milano, 1995, p. 817-834; R. LAMBERTINI, *Servo onorato di fedecommissario universale e hereditatis aditio imposta al fiduciario. Contributo allo studio del senatoconsulto Pegasiano*, in *AG*, 218, 1998, p. 260-261; T. KLEITER, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 2010, p. 53.

¹⁰ La critica di maggior impatto sul contenuto di questo paragrafo è quella avanzata, sempre sbrigativamente, da Donatuti (*Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, in *Annali Perugina*, 33, 1921, ora in *Studi di diritto romano*, 1, Milano, 1976, p. 50) e da Beseler (*Römanistische Studien*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 10, 1930, p. 209) con riguardo al sintagma di chiusura *quod est iustus*. Tuttavia, tale proposta di emendazione farebbe venire meno proprio l'opinione di Valente, che si mostrerebbe adesiva con quanto già affermato da Ottaviano.

Tuttavia, successivamente il fedecommissario esprimeva la volontà di non ricevere l'eredità e di non essere immesso nei beni. Ricordando un'opinione di Ottaviano¹¹, vissuto in epoca traianea, Valente affermava che le azioni sarebbero state concesse dal pretore contro l'onorato, come se avesse ricevuto l'eredità.

La fattispecie esaminata riguarda l'applicazione del senatoconsulto Pegasiano, che intervenne sul precedente senatoconsulto Trebelliano. Ciò lo si desume dalla prima parte del paragrafo, ove si accenna all'accettazione coatta, proprio introdotta da questo provvedimento senatorio. Infatti, se l'erede non intendeva accettare l'eredità che gli era stata deferita, il fedecommissario, rivolgendosi al *praetor fideicommissarius*, poteva ottenere un *decretum* con il quale l'onorato della restituzione fosse obbligato ad accettarla. Quando ciò si verificava e l'erede adiva l'*hereditas* forzatamente, avveniva di norma anche il passaggio di tutte le azioni che sarebbero spettate all'erede, visto che il fedecommissario diveniva *loco heredis*¹².

Ora, Valente si trovava ad esaminare un caso nel quale il fedecommissario aveva sì chiesto e ottenuto il decreto di *compulsio*, costringendo l'erede all'accettazione dell'eredità, ma poi si rifiutava di riceverla¹³. Il rifiuto da parte del fedecommissario rientrava in una delle tante situazioni che potevano verificarsi dopo l'accettazione coatta da parte dell'onorato, come lascia intendere Ulpiano, che sottolineava la frequenza con cui si assisteva alla mancanza di un soggetto a cui restituire, quando si trattava di un'eredità *suspecta*: D. 42.6.1.6 (Ulp. 64 ad eD.): *Si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire.*

¹¹ C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Opere di Contardo Ferrini*, 2, Milano, 1929, p. 111-144; KRÜGER, *Geschichte*, cit. (nt. 1), p. 173; KUNKEL, *Herkunft*, cit. (nt. 1), p. 150-151.

¹² Gai 2.258: *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano*; Epit. Ulp. 25.16: *Si heres damnosam hereditatem dicat, cogitur a praetore adire et restituere totam, ita ut ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur, proinde atque si ex Trebelliano senatus consulto restituta fuisset*. Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 347.

¹³ Diverso è il caso nel quale, dopo l'accettazione coatta, non ci sia un soggetto a cui possa essere eseguita la restituzione dell'eredità: D. 42.6.1.6 (Ulp. 64 ad ed.): *Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire. Et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subveniemus: hoc et divus Pius rescipit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset, creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur*. Per trovare una soluzione a questa situazione, che per Ulpiano non era poi così infrequente, intervenne un rescritto di Antonino Pio. Sempre ricorrendo ad una finzione, l'imperatore decise che venisse compiuta la vendita dei beni del testatore, come se l'eredità non fosse stata adita. Cfr. K.P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, p. 314; A.G. BUSTELO, *Fideicomiso sub condicione y adicion ex Pegasiano*, in *RIDA*, 33, 1986, p. 124.

Per Valente, che riprendeva il precedente pensiero di Ottaviano¹⁴, l'onorato, dopo che aveva ottenuto dal pretore l'accettazione coatta e aveva deciso poi di respingere la restituzione in suo favore del fedecommissario d'eredità, veniva considerato in ogni caso titolare del patrimonio. Così facendo, contro di lui venivano concesse le azioni che spettavano ai creditori del *de cuius*¹⁵, visto che l'eredità sembrava presentare delle passività, essendo descritta come *suspecta*.

Per superare l'*impasse* del rifiuto del fedecommissario, Valente appoggia tecnicamente la propria soluzione ad una *fictio*¹⁶, come si desume chiaramente dalla presenza dell'espressione *perinde ac*: infatti, il fedecommissario, che non intendeva ricevere l'eredità, era considerato come se l'avesse invece ricevuta. Il

¹⁴ Ottaviano si era certamente occupato nella sua opera di materia successoria, anche con riguardo al senatoconsulto Trebelliano. Ciò è confermato anche da un ulteriore testo, D. 40.5.20 (Pomp. 7 epist.): *Apud Iulianum ita scriptum est: "si heres rogatus servum manumittere ex Trebelliano senatus consulto hereditatem restituerit, cogi debet manumittere, et, si latitabit vel si iusta ex causa aberit, praetor causa cognita secundum senatus consulta ad eas causas pertinentia pronuntiare debet. Si vero servum usuceperit is, cui hereditas restituta fuerit, ipsum competit manumittere et eadem in personam eius observari conveniet, quae circa emptores custodiri solent". An haec vera putes? Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum eius sententiae, qui dixisse fertur: καὶ τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῶ ἔγω, προσμαθεῖν τι βουλομένην. Bellissime Aristo et Octavenus putabant hunc servum, de quo quaeretur, fideicommissae hereditatis non esse, quia testator rogando heredem, ut eum manumitteret, non videtur de eo restituendo sensisse: si tamen per errorem ab herede datus fuerit, ea dicenda sunt quae Iulianus scribit.* Pomponio muove da una fattispecie che era stata rinvenuta in Giuliano. Secondo quest'ultimo, se un erede, gravato per fedecommissario della restituzione di un'eredità, fosse pure onerato della manomissione di uno schiavo, egli sarebbe stato costretto a manomettere nell'ipotesi in cui con la *restitutio ex Trebelliano* avesse consegnato al fedecommissario anche lo schiavo stesso; se, però, lo schiavo era già in possesso per usucapione di colui che era destinatario dell'eredità fedecommissaria, spetterà a lui compiere l'atto. Di fronte alla richiesta avanzata circa la ragionevolezza della soluzione giuliana, Pomponio ricorda che Ottaviano e Aristone ritenevano in maniera molto sensata che lo schiavo non facesse parte dell'eredità fedecommissaria perché il testatore, incaricando l'erede della sua manomissione, aveva espresso l'intenzione che quello non venisse restituito con l'eredità. Per un'analisi di D. 40.5.20, FERRINI, *Ottaviano*, cit. (nt. 11), p. 137; P. LAMBRINI, *Senatus consulta e interpretazione giurisprudenziale da Augusto all'avvento dell'età Antonina*, in *Darstellung und Gebrauch der senatus consulta in der römischen Jurisprudenz der Kaiserzeit* (cur. P. BUONGIORNO, S. LOHSSE), Stuttgart, 2022, p. 33-34.

¹⁵ Diversamente SOLAZZI, *Studi romanistici*, cit. (nt. 9), p. 184 nt. 112, per il quale vi sono la concessione dell'azione all'erede contro il fedecommissario e la *denegatio* dell'*exceptio hereditatis non receptae*. A tutte le azioni contro il fedecommissario, che passano immediatamente nel momento in cui avviene l'*aditio hereditatis* forzata, fanno, però, riferimento sia Gaio che i *Tituli ex corpore Ulpiani*: Gai 2.258: ... *desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit actiones dentur* ... ; Epit. Ulp. 25.16: *Si heres damnosam hereditatem dicat, cogitur a praetore adire et restituere totam, ita ut ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur*

¹⁶ Sul ruolo giocato dalla *fictio* nella riflessione giurisprudenziale: Y. THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, Paris, 1995; E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997.

ricorso a questo strumento con il quale si considera la restituzione fedecommissaria come avvenuta si rendeva necessario di fronte al comportamento del fedecommissario, che impediva, con il diniego, espresso o tacito, di ricevere l'eredità, la *restitutio* stessa¹⁷. Pertanto, Valente, rifacendosi a una precedente *opinio* di Ottaviano, configurava come successo un fatto che in realtà non aveva avuto luogo, sfruttando a pieno il meccanismo finzionistico.

L'intervento di Valente permetteva così di colmare una evidente lacuna, presente nella regolamentazione del Pegasiano, che non era intervenuto per scongiurare l'evidente rischio per l'erede onerato di un rifiuto del lascito da parte del fedecommissario¹⁸. Valente, pertanto, accogliendo l'*interpretatio* di Ottaviano, che doveva essere certo risolutiva di una precedente *quaestio*, stabiliva il passaggio automatico delle azioni ereditarie a favore e contro il fedecommissario qualora l'onerato avesse coattivamente compiuto l'*aditio* e il fideicommissario avesse rifiutato.

Purtroppo, il testo non riporta le ragioni che hanno spinto i due giuristi a adottare tale decisione. Non è però mancato chi vi ha visto un richiamo al principio dell'equità, posto che l'erede era stato costretto all'accettazione, e pertanto era giusto che chi avesse avviato la procedura di accettazione coatta si facesse poi carico anche degli eventuali oneri dell'eredità¹⁹.

La posizione assunta da Valente circa la restituzione viene confermata in linea di principio da Marcello, sebbene non sia possibile parlare di un suo diretto influsso:

D. 36.1.46 pr. (Marcell. 15 dig.): Postulante Sticho, qui eodem testamento libertatem et fideicommissam hereditatem acceperat, heres suspectam adiit: mox Stichus, antequam moram in recipienda hereditate faceret, decessit relicto herede Titio. Quaro, an in Titium, si nolit recipere fideicommissam hereditatem, actiones ex senatus consulto competant. Respondi: quoniam fere is, qui compulsus est adire hereditatem, confestim ei restituet, de manumisso dumtaxat senatus consulto comprehensum est nec heredis facta est mentio. Potest tamen evenire, ut restitutionem distulerit heres, veluti si pecuniam ei debuerit defunctus, quam retinere maluit quam petere. Ceterum existimo idem in herede eius constituendum, quod in illo constitutum est: cur enim recusaret, quam recusare non potuit is, cuius hereditatem suscepit? quod si forte ante hereditatis restitutionem sine herede decesserit libertus, perinde bona eius creditoribus hereditariis vendere permittendum est, ac si restituta hereditate decessit.

¹⁷ VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 361 rileva che anche l'onerato avrebbe potuto rifiutare la restituzione, dopo l'*aditio*; tuttavia, il fedecommissario, per tutelare le proprie ragioni, avrebbe potuto agire per il risarcimento del danno o per la *missio in bona*.

¹⁸ L'assenza di una specifica regolamentazione su questo punto è già segnalata da: LAMBERTINI, *D. 36.1.47(45)*, cit. (nt. 9), p. 828-829; LAMBERTINI, *Servo onorato di fedecommissario*, cit. (nt. 9), p. 260-261.

¹⁹ FIERS SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 60.

Il caso è il seguente. Su istanza dello schiavo Stico, che nello stesso testamento era stato liberato e aveva ricevuto un'eredità fedecommissaria, l'erede onerato aveva accettato un'eredità *suspecta*; in seguito, Stico, prima di essere stato messo in mora per ricevere l'eredità, muore, lasciando erede Tizio.

Marcello si chiede se le azioni in forza del senatoconsulto Trebelliano passeranno contro Tizio, qualora non voglia ricevere l'eredità fedecommissaria. Dopo aver ricordato che generalmente l'onerato che è stato costretto ad accettare l'eredità procede immediatamente alla restituzione al fedecommissario, e che nel senatoconsulto è contemplato solo il manomesso, ma non il suo erede, il giurista afferma che rispetto all'erede di Stico sia da seguire ciò che è stato stabilito nei confronti dello stesso Stico, e che pertanto l'erede gli subentrerà. Se, poi, il liberto sia morto senza erede, si consente ai creditori ereditari di vendere i suoi beni come se fosse morto essendogli stata data l'eredità fedecommissaria.

Come si vede nella parte finale di D. 36.1.46 pr., i beni del fedecommissario defunto sono venduti e si può perciò rilevare che la restituzione, anche se è mancata per la morte, viene comunque considerata avvenuta, come lo era per Valente, e questo succede sempre sulla base di una *fictio: perinde bona eius creditoribus hereditariis vendere permittendum est, ac si restituta hereditate decessit.*

1. Nel primo paragrafo di D. 36.1.69(67)²⁰, anch'esso caduto sotto la scure degli interpolazionisti²¹, Valente introduce un nuovo caso, che è apparentemente collegato a quello precedente, visto che ancora una volta l'oggetto del fedecommissario universale viene a coincidere con un'eredità descritta *prima facie* come

²⁰ Su questo paragrafo, FIERS SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 62-66; M. GUAY, *De l'action paulienne*, Paris, 1875, p. 93; E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore*, 1, Pisa, 1887, p. 29-30; E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore*, 2, Pisa, 1889, p. 161-162; A. MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Firenze, 1898, p. 110; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*³, 1, Napoli, 1945, p. 102; S. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 10, 1943, p. 218 nt. 31; G. SEGRÈ, *Interdictum fraudatorium*, in *BIDR*, 48, 1941, p. 39; G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, p. 118-119; H. ANKUM, *De Geschiedenis der "Actio Pauliana"*, Zwolle, 1962, p. 89; G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, Göttingen, 2003, p. 105.

²¹ Beseler interviene sul passo in due lavori. In *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911, p. 45 lo studioso tedesco emenda *citra-fraudatorii* con *recte*; in *Romanistische Studien*, cit. (nt. 10), p. 209 non solo elimina parti consistenti di testo, ma compie una completa riscrittura per alcune di esse: la più evidente testimonianza di questo modo di operare è l'inserzione della frase *postquam creditores tui in bona tua missi sunt* che sostituisce *eo tempore-inieris*. SOLAZZI *La revoca*, cit. (nt. 20), p. 102 accetta solo la sostituzione di *recte*.

A favore della genuinità del passo: IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi*, cit. (nt. 20), p. 118-119; ANKUM, *De Geschiedenis*, cit. (nt. 20), p. 89; GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), p. 105.

suspecta. Il giurista introduce però un nuovo elemento, menzionando l'*interdictum fraudatorium*²², mezzo processuale che, accanto all'*actio Pauliana*, viene in aiuto al creditore per tutelarsi da atti di disposizione del debitore²³. D. 36.1.69(67) è, così, una delle poche attestazioni di questo interdetto in età classica, insieme a un altro passo di Papiniano²⁴ e una costituzione di Costantino²⁵.

Così, mentre nel *principium* Valente affronta le conseguenze del rifiuto dell'onorato di fedecommesso al trasferimento dell'*hereditas* dopo che si è proceduto all'accettazione coattiva da parte del pretore, ora il discorso del giurista si rivolge ad un altro tema. A venire in considerazione è certo una restituzione di una *hereditas*, ma questa volta essa è compiuta da un soggetto che è al contempo debitore. Valente si interroga sulla possibilità che tale *restitutio* venga qualificata come atto fraudolento da parte dei creditori dell'onorato, che potrebbero perciò azionare l'interdetto per tutelare le proprie ragioni.

Più in particolare, la fattispecie esaminata mette a fuoco il punto di contatto tra la restituzione dell'eredità fedecommissaria e l'interdetto, posto che si dice che l'erede onorato di un fedecommesso universale aveva concepito l'intento di frodare i creditori (*eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris*)²⁶.

L'*hereditas* doveva essere nei fatti più positiva che *suspecta*, dato che poi si parla di un possibile *commodum* in favore dei creditori dell'erede²⁷; *suspecta*, pertanto, starebbe a indicare la scusa adottata dall'erede per la sua decisione di procedere alla *restitutio*.

L'erede aveva quindi accettato l'eredità e restituita nella sua interezza, e, così facendo, rinunciava alla *quarta* parte che gli spettava *ex Pegasiano*²⁸ e sulla quale proprio i suoi creditori avrebbero potuto soddisfare le proprie pretese; il

²² In storiografia si è discusso sulla classicità del nome dell'interdetto. Si deve rilevare, tuttavia, che le forti critiche avanzate dagli interpolazionisti (Beseler; Solazzi) sono state superate e si registra un generale consenso sull'autenticità del nome (Impallomeni, Ankum, D'Ors, Grevesmühl). Per la ricostruzione delle diverse opinioni rinvio a: X. D'ORS, *El interdictio fraudatorio en el derecho romano clasico*, Madrid, 1974, p. 68-73.

²³ Su questo strumento di tutela, ANKUM, *De Geschiedenis*, cit. (nt. 20), p. 52-60; D'ORS, *El interdictio*, cit. (nt. 22), p. 68-73; GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), p. 36-42.

²⁴ D. 46.3.96 pr. (Pap. 11 resp.).

²⁵ C.Th. 2.16.1 (=C.I. 2.27.2).

²⁶ Il testo di Valente parla di *consilium*. Esso alluderebbe all'elemento soggettivo che sorregge il comportamento fraudolento, e che si trova richiamato nelle clausole edittali: D. 42.8.1 pr. *fraudationis causa gestum*; D. 42.8.10 pr. *fraudandi causa fecit*. La classicità di tale requisito è stata criticata da Beseler, ma la dottrina è unanimemente concorde nel riconoscerla; per un quadro del dibattito: GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), p. 110-121.

²⁷ Il contrasto che sorge all'interno del passo tra *bereditas suspecta* e *commodum* viene colto anche da: SOLAZZI, *Sulla revoca*, cit. (nt. 9), p. 10.

²⁸ Che tale situazione possa essere contemplata emerge anche da un testo di Modestino: D. 36.1.47 (Mod. l. s. de heuremat.), su cui *infra*.

commodum, appunto.

Valente esclude che l'interdetto fraudatorio possa essere esperito²⁹. Infatti, senza il fedecommissario, l'erede fiduciario avrebbe comunque potuto rifiutare l'eredità, rendendo in ogni caso prive di soddisfacimento le pretese creditorie. Allo stesso tempo, anche l'onorato che avesse ricevuto tale eredità non avrebbe commesso alcun comportamento scorretto nei confronti dei creditori dell'erede³⁰: escludendo l'esercizio della *postulatio* che, però, spetta solo al fedecommissario, essi non avrebbero avuto alcun diritto per costringere l'erede a adire l'*hereditas*.

Va però detto che la storiografia ha proposto una diversa interpretazione del passo³¹, che, come si vedrà, incontra alcune obiezioni. Secondo la differente ricostruzione della fattispecie, che qui non trova accoglimento, l'erede onerato ver-

²⁹ In dottrina si discute sulla legittimazione passiva del *fraudator*. I passi dai quali essa si dovrebbe desumere sono: D. 42.8.1 pr. (Ulp. 66 ad ed.): *Ait praetor: "Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo"*; D. 42.8.10.24 (Ulp. 73 ad ed.): *Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret*; D. 42.8.25.7 (Ven. 6 interd.): *Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent. si vero quaedam disperdidisset, si nulla ratione recipere possent, nihilo minus actio in eum dabitur et praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam*. Per Lenel (*Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner wiederherstellung*, 2, Leipzig, 1907, p. 475-481; *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner wiederherstellung*, 3, Leipzig, 1927, p. 499) che valorizza il frammento di Venuleio, l'interdetto possa essere concesso contro il debitore, ma esso andrebbe modificato nella sua formulazione. Solazzi (*La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Napoli, 1934, p. 184-203), al contrario, considerando interpolati i testi, si schiera a favore di un'azione in favore del *bonorum emptor*, mentre esclude la possibilità di esperire l'interdetto contro il *fraudator*. Il dibattito è poi continuato da D'ORS, *El interdictio fraudatorio*, cit. (nt. 22), p. 175-176, che limita l'esercizio dell'interdetto alla ipotesi in cui non ci sia altro modo per il recupero della diminuzione del patrimonio del debitore. Impallomeni, *Studi sui mezzi* cit., 101, 105-108, anche lui basandosi sul testo di Venuleio, ritiene che l'interdetto possa essere azionato contro il *fraudator*, anche in considerazione della natura penale dello stesso. Più di recente, GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), 140-148, per il quale la testimonianza di Venuleio porterebbe ad ammettere la concessione di *actio in factum* contro il *fraudator*.

³⁰ La posizione dell'onorato potrebbe essere venuta in considerazione nel ragionamento di Valente in virtù del fatto che avrebbe potuto essere a conoscenza della frode perpetrata dall'erede onerato. Infatti, rientra tra i presupposti della revoca il possesso della *scientia fraudis* da parte di colui che acquista dal *fraudator*, come è ben evidenziato dai seguenti passi: *'cum eodem non ignoraverit'* (D. 42.8.1 pr.), *'sciente te'* (D. 42.8.10 pr.).

³¹ MAIERINI, *Della revoca*, cit. (nt. 20), p. 111; SOLAZZI, *La revoca*, cit. (nt. 20), 102; IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi*, cit. (nt. 20), p. 118-119; GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), p. 105.

rebbe costretto, secondo quanto disposto dal senatoconsulto Pegasiano, all'accettazione da parte del fedecommissario, al quale verrebbe restituita l'eredità *ex decreto praetoris*. L'obbligo di restituzione avrebbe comportato la perdita della *quarta*³². Inoltre, quasi a corollario, la minaccia dell'interdetto non cadrebbe in capo all'erede, ma piuttosto in capo al fedecommissario, a cui l'*hereditas* è destinata³³.

Ora, pur nella plausibilità di questa rappresentazione del caso esaminato da Valente, vi sono alcuni elementi che spingono a respingerla. Un primo argomento è l'assenza espressa di un riferimento al provvedimento coattivo del pretore, che, invece, è presente nel precedente paragrafo. Un indiretto riferimento a questa procedura potrebbe scorgersi nell'espressione *remota postulatione mea*, che alluderebbe alla richiesta avanzata al magistrato dal fedecommissario. Tuttavia, a ben vedere, anche questo fatto è calato in un contesto che pare essere più generale, visto che esso serve solamente a precisare che i creditori dell'erede non hanno alcuno strumento per costringerlo ad accettare l'eredità, al contrario di quanto avviene per il fedecommissario che può esercitare una *postulatio*.

Un secondo argomento a sostegno del comportamento volontario dell'erede discende dalla precisazione contenuta in *remoto fideicommissio*. Questo sintagma richiama il fedecommissato di cui si discute, e, se non ci fosse, l'erede onerato sarebbe libero di rifiutare l'eredità, provocando in ogni caso la perdita dei possibili benefici patrimoniali per i propri creditori. Pertanto, l'espressione alluderebbe specularmente all'intenzione dell'erede onerato di adempiere alla disposizione del *de cuius*, da lui considerata come vincolante.

Perciò, il rispetto della volontà del disponente basterebbe a giustificare la situazione qui prospettata di un'accettazione e di una conseguente restituzione dell'eredità al fedecommissario, senza pertanto immaginare l'intervento del pretore, configurato, invece, da parte della storiografia.

Un terzo argomento, infine, proviene dall'attenzione posta nel frammento all'atto dispositivo di restituzione dell'eredità compiuto dall'erede fiduciario, che si

³² L'onerato di fedecommissato di restituzione perde il diritto alla quarta in caso di accettazione coatta: D. 36.1.4 pr. (Ulp. 4 fideicomm.): *Quia poterat fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem veritus, ne damno adficeretur, prospectum est, ut, si fideicommissarius diceret suo periculo adire et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a praetore adire et restituere hereditatem. quod si fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano nec quartae commodo heres in restitutione utetur: nam cum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur*; D. 36.1.57.2 (Pap. 20 quaest.): *Qui fideicommissam hereditatem ex Trebelliano, cum suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere, totum restituere cogetur. et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus: quartam enim Falcidiae iure fideicommissarius retinere non potuit*.

³³ Questa impostazione risente della discussione dottrinale circa la legittimazione passiva del *fraudator*. In particolare, il più strenuo propugnatore di una possibile concessione dell'interdetto solamente nei confronti del fedecommissario è Solazzi, che recepisce uno spunto di Beseler: SOLAZZI, *Sulla revoca*, cit. (n. 9), p. 10; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, 23, 1902, p. 164.

collega alla questione relativa alla legittimazione passiva dell'*interdictum*. Se l'interdetto a tutela dei creditori minacciasse solo il fedecommissario e non invece l'erede onerato, si dovrebbe emendare, come del resto proponeva il Beseler, significativamente il passo, togliendo ogni riferimento proprio alla posizione dei creditori dell'*heres*; il che, anche per prudenza, non pare la via da seguire. Si aggiunga, poi, che il giurista presenta una duplice motivazione, una che guarda al comportamento del debitore, l'altra a quello del fedecommissario. Si dovrebbe quindi concludere che l'interdetto fraudatorio possa riguardare entrambi i soggetti, e non uno dei due, quale che sia.

Del resto, affermare che l'accettazione e la conseguente restituzione dell'intera eredità possano non essere la necessaria conseguenza della procedura coattiva attivata dal fedecommissario non è ipotesi frutto di una lettura sbrigativa o quantomeno azzardata. Infatti, più in generale, trattandosi di un'eredità qualificata come *suspecta*, l'onerato potrebbe sempre ritenere di restituirla nella sua totalità al fine di evitare ogni tipo di onere o di rischio³⁴.

Che tale situazione possa essere contemplata emerge anche da un testo di Modestino³⁵:

D. 36.1.47(45) (MoD. l. s. de heurmat.): Qui totam hereditatem restituere rogatus quartam retinere non vult fidumque obsequium defuncti precibus praebere desiderat, sua sponte adire debet hereditatem, quasi ex <Pegasiano> [Trebelliano] eam restitutus. Suaserim tamen, suspectam potius dicat hereditatem coactusque a praetore restituat: hoc enim casu ex [ipso] Trebelliano restituere videtur expositoque hereditario metu universas actiones in eum transfert, qui recepit hereditatem.

Il giurista distingue tra l'eventualità che l'onerato volontariamente non voglia trattene la quarta e adisca l'eredità spontaneamente per poi restituirla e l'ipotesi, da

³⁴ In questo senso D. 36.1.31 pr. (Marcian. 8 inst.): *Si legatus suspectam hereditatem dicat, et legationis tempore compellendus est accipere iudicium, quia hic non multum officio occupatur: et licet deliberare se dicat an adeat, cogendus est adire, sed non ut statim restituat, sed ut reversus domum, si putaverit sibi expedire, commodo Falcidiaae vel testamenti utatur vel, si non putaverit, restituat totam hereditatem, ne onera patiat. L'eventualità che l'eredità sia restituita dall'onerato senza trattenimento della quarta a causa di un errore è esaminata in: D. 36.1.22 (Pomp. 22 ad Sab.): *Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavet sibi stipulatione proposita. similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denunciare, ne solveretur.**

³⁵ Sul passo, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, Milano, 1889, p. 426; G. DULCKEIT, *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, 2, Weimar, 1939, p. 336-337; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, p. 340 nt. 1; U. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1985, p. 187; R. LAMBERTINI, *D. 36.1.47(45)*, cit. (nt. 9), p. 817-834.

lui consigliata, nella quale lo stesso la dichiara *suspecta* e sia costretto poi dal pretore all'accettazione. Nel primo caso, essendo una restituzione integrale, si ripristinano le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*; nel secondo caso, invece, il passaggio delle azioni avviene come se operasse la restituzione disposta dal Trebelliano.

Un ulteriore passo che va in questa direzione proviene poi dalle parole dello stesso Valente, che, nel quarto libro dell'opera sui fedecommessi, tratta ancora delle restituzioni di eredità fedecommissarie ³⁶:

D. 36.1.70.1 (Valens 4 fideicomm.): Si totam hereditatem rogatus restituere tu sponte adieris et, sine deductione quartae partis restitueris, difficile quidem crederis per ignorantiam magis, non explendi fideicommissi causa, hoc fecisse: sed si probaveris per errorem te quartam non retinuisse, recipere eam poteris.

Valente presenta l'ipotesi di colui che, avendo ricevuto per fedecommesso la richiesta di restituire al fedecommissario tutta l'eredità ricevuta, l'accetta spontaneamente ³⁷ e la restituisce senza dedurre la quarta *ex Pegasiano* che gli spetta. Il giurista ritiene che un tale comportamento non possa essere sorretto dalla non conoscenza delle norme in vigore (*per ignorantiam*), ma piuttosto risponda al desiderio di voler adempiere fedelmente al fedecommesso, di cui l'onerato è gravato.

In entrambi i testi si fa il caso di un'*aditio hereditatis* che avviene per volontà dell'onerato (*sua sponte/sponte*) e a cui fa seguito una *restitutio* senza il trattenimento della quarta. Essi, quindi, provano la possibilità che una tale eventualità possa darsi, e che quindi anche in D. 36.1.69(67).1 Valente l'abbia considerata.

Se quanto qui emerso può essere una prova indiretta della ricostruzione della fattispecie qui proposta, non minore forza per sostenerla viene da due ulteriori testi, uno di Callistrato e uno di Papiniano, nei quali, oltre a una restituzione dell'intera eredità da parte dell'onerato, si menziona l'ulteriore profilo della frode ai creditori, sul quale Valente si è soffermato.

D. 42.8.20 di Callistrato è certamente accostabile a quanto si legge in Valente proprio per questi profili:

D. 42.8.20 (Callistrat. 2 quaest.): Debitorem, qui ex senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.

³⁶ Su D. 36.1.70.1: DULCKEIT, *Voluntas und fides*, cit. (nt. 35), p. 337-338; G.G. ARCHI, *Variazioni in tema di indebiti solutio*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, 3, Napoli, 1953, p. 381.

³⁷ ARCHI, *Variazioni*, cit. (nt. 36), p. 381 traccia una interessante corrispondenza tra *sponte adieris* di Valente e *sua voluntate adierit* di Gaio, che è un'ulteriore testimonianza della eventualità che l'erede restituisca senza deduzione della quarta: Gai 2.257: *Sed is qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet.*

Secondo Callistrato³⁸, se l'erede – che si trova in condizione di forte indebitamento – ha restituito tutta l'eredità in forza del senatoconsulto Trebelliano, si deve ritenere che non abbia trasferito in frode ai creditori la porzione che avrebbe potuto trattenere, ma che abbia agito invece non solo correttamente ma anche fedelmente alla volontà del *de cuius*³⁹.

Ora, in Callistrato la *restitutio* senza trattenimento della quarta pegasiana avviene spontaneamente, vista ancora una volta l'assenza di un riferimento alla accettazione coatta ordinata dal pretore. Il punto problematico è se un adempimento fedele dell'onere imposto dal fedecommissario possa essere considerato un atto a danno dei creditori, che, perdendo appunto la quota riservata al fiduciario, possono considerarsi vittima di una condotta fraudolenta. Per Callistrato il compimento di un atto sentito come dovuto quale è la restituzione di un fedecommissario esclude la frode a danno dei creditori, e, pur se si basa su una diversa motivazione rispetto a quelle presentate in D. 36.1.69(67).1, è evidente che la soluzione alla fattispecie sia conforme a quella di Valente.

Così pure, Papiniano, in uno dei suoi *Responsa*, affronta un caso che ha evidenti analogie con quello di Callistrato, non solo per quanto attiene gli elementi della fattispecie, ma anche per la soluzione adottata⁴⁰:

D. 42.8.19 (Pap. 11 resp.): Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit omnia ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse.

³⁸ Su D. 42.8.20: DULCKEIT, *Voluntas und fides*, cit. (nt. 35), p. 341-342; ARCHI, *Variazioni*, cit. (nt. 36), p. 381-382; M. BARTOSEK, *Il Senato Consulto Trebelliano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3, Milano, 1948, p. 319; F. SCHWARZ, *Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich Oder teilweise nicht geschuldeter Fideikommisses*, in *ZSS*, 68, 1951, p. 308-312; IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi*, cit. (nt. 20), p. 116-117; L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissari da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano 2003, p. 31 n. 96; GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), pp. 103-105; S. PULIATTI, *Callistratus Opera*, Roma, 2022, p. 229.

³⁹ Analogamente, in materia di legati, la *quarta Falcidia* può essere disapplicata dall'erede, proprio per seguire la *voluntas testatoris*: D. 35.2.46 (Ulp. 76 ad ed.): *Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum, cogendus est solvere*; D. 39.5.20.1 (Marcell. 22 dig.): *De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum: sed magis est, ut non possit suae confessioni obviare. quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatoris suo adimplese videbatur et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione procedente contra fidem testatoris, quam agnovit, venienti ei merito occurreret*.

⁴⁰ Su D. 42.8.19: DULCKEIT, *Voluntas und fides*, cit. (nt. 35), p. 340-341; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *ZSS*, 68, 1930, pp. 376-377; ARCHI, *Variazioni*, cit. (nt. 36), p. 381-382; BARTOSEK, *Il Senato*, cit. (nt. 38), p. 319; SCHWARZ, *Die Funktion*, cit. (nt. 38), p. 308-312; IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi*, cit. (nt. 20), p. 116-117; D. DALLA, *Praemium emancipationis*, Milano 1983, p. 27; DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit. (nt. 38), p. 30-31; GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung*, cit. (nt. 20), p. 103-105.

Il giurista decide che il padre, che, gravato di fedecommissario riguardante l'eredità materna, la restituì prima della sua morte al proprio figlio emancipato, omettendo di trattenere la quarta, non incorre in alcuna frode nei confronti dei creditori. La ragione è analoga a quella presentata da Callistrato, essendo contenuta nell'inciso nel quale si descrive la condotta paterna come dettata dal rispetto di una *plena fides*⁴¹ che gli era stata imposta dalla moglie e una *debita pietas* verso il figlio, destinatario del lascito materno.

Quindi, se da un lato il passo di Papiniano presenta una natura maggiormente casistica rispetto a quello di Callistrato, dall'altro è altrettanto evidente che la fattispecie considerata da Valente possa essere del tutto analoga sia per quanto attiene alla ricostruzione del fatto alla base sia per quanto attiene alla mancata qualificazione di frode in danno ai creditori. L'unico punto di distacco è la motivazione, visto che, come in Callistrato, Papiniano sottolinea l'importanza dell'ossequio della volontà del testatore da parte dell'erede fiduciario.

Ora, va però detto che la differenza che cade sulle diverse ragioni adottate dai giuristi per escludere la frode permette di valorizzare l'originalità di Valente, che appunto si discosta dalle considerazioni svolte da Callistrato e da Papiniano. Come si è visto, Valente adduce due diverse argomentazioni per sorreggere l'esclusione dell'*interdictum fraudatorium*, che, per certi versi, si fanno apprezzare per la loro completezza di valutazione.

Il nostro giurista, infatti, esamina la problematica alla luce di entrambe le posizioni, sia quella del *fraudator* sia quella del fedecommissario onorato della restituzione. Così, l'atto non è revocabile, perché, se si guarda all'erede fiduciario, permane sempre la libertà del debitore di non accettare un'eredità⁴², e, se poi si valuta la condotta del fedecommissario, essa non può essere inquadrata in un *turpiter*

⁴¹ Il riferimento alla *fides* quale giustificazione della restituzione con omissione della quarta si ritrova anche in: Paul. Sent. 4.3.4: *Qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest. Nec enim indebitum solvisse videtur qui plenam fidem defuncto praestare maluit*; D. 24.1.5.15 (Ulp. 32 ad Sab.): *Si quis rogatus sit praecepta certa quantitate uxori suae hereditatem restituere et is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo digestorum scripsit magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum quam donasse videri: et rectam rationem huic sententiae Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum quam donant nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti: nec immerito saepe credimus aliquid defunctum voluisse et tamen non rogasse. quae sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta quarta rogatus restituere et tamen integram fidem praestitit omissio senatus consulti commodo: hic enim vere fidem exsolvit voluntatem testatoris obsecutus. hoc ita, si non per errorem calculi fecit: ceterum indebiti fideicommissi esse repetitionem nulla dubitatio est.*

⁴² Non va infatti trascurato il principio secondo il quale l'omissione di un acquisto non è considerato un atto soggetto alla revoca, poiché si tratta di un atto che non provoca la diminuzione del patrimonio proprio del debitore; cfr. D. 42.8.6.2 (Ulp. 66 ad ed.): *Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.*

facere a danno dei creditori.

Valente pare perciò ponderare attentamente le istanze dei creditori, che, mediante la rinuncia dell'erede, si vedono diminuire il patrimonio a garanzia dell'adempimento delle loro pretese, e tener conto dello strumento dell'*interdictum*, posto a loro tutela per ottenere la revoca dell'atto compiuto, finendo per non ravvisarne gli estremi per una sua applicazione⁴³.

2. La terza fattispecie esaminata da Valente richiama ancora l'ipotesi di un'eredità *suspecta* e l'interdetto fraudatorio, come nella precedente⁴⁴; tuttavia, va subito detto che il caso se ne distanzia per alcuni profili, come si avrà modo di segnalare e come la congiunzione avversativa *sed* di avvio lascia supporre.

Ferma restando la genuinità del testo, a dispetto delle proposte di emendazione avanzate dalla critica interpolazionistica⁴⁵, il giurista presenta ancora un fedecommissario di eredità, della cui restituzione è gravato un *filius familias*, che è un *suus heres*⁴⁶. L'erede, onerato dal proprio padre della restituzione di un'eredità denunciata come *suspecta*, aveva maturato la volontà di frodare i propri creditori e si rifiuta di adempiere alle disposizioni paterne, esercitando lo *ius abstinendi*. Essendo poi intervenuto il *decretum* del pretore che dispone la sua accettazione coatta, il giurista si chiede se i creditori del figlio possano esperire l'interdetto fraudatorio.

La risposta è negativa, perché, se fossero stati venduti i beni del padre, i creditori del figlio non avrebbero ottenuto nulla. A fronte di questa situazione, emersa nella prima parte del frammento, che comporterebbe la sicura insoddisfazione delle pretese creditorie, Valente, seppur dubitativamente, prevede a conclusione

⁴³ Come rileva S. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 10, 1944, p. 218 n. 31, il riferimento all'*interdictum* deve essere considerato corretto, posto che l'applicazione dell'*actio Pauliana*, altro rimedio per i creditori contro la frode, deve ammettersi senza alcun dubbio.

⁴⁴ FIERS SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 66-68; P.E. HUSCHKE, *P. Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, 14, 1857, p. 85; MAIERINI, *Della revoca*, cit. (nt. 20), p. 111; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit. (nt. 33), p. 166-167; IMPALLOMENE, *Studi sui mezzi di revoca*, cit. (nt.) 20, p. 118.

⁴⁵ BESELER, *Romanistische Studien*, cit. (nt. 10), p. 209, oltre all'eliminazione delle parole *filius* e *pater*, riscrive ampie porzioni di testo: *cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset diventa creditores eius in bona eius missi essent*; prima di *vix*, che è considerato pure esso spurio, viene aggiunto *praetor ratam habebit restitutionem nec*. Inoltre, viene eliminata la frase di chiusura *nisi permittatur*. Tuttavia, come si può immediatamente cogliere, gli interventi dello studioso tedesco comportano un'alterazione del significato del passo, e mutano la stessa fattispecie; il che costituisce un vizio di metodo difficilmente superabile.

⁴⁶ Un caso simile è trattato da Giuliano, che riferisce del figlio onerato dal proprio *pater*, che dichiara l'eredità *suspecta*: D. 36.1.28.3 (Iul. 40 dig.): *Si pater filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit et ab eo petierit, ut hereditatem Sempronii restitueret, isque suspectam sibi esse dicet, poterit ex Trebelliano senatus consulto hereditas restitui. Quare et si non inmiscuerit se hereditati, nihilo minus actiones, quae ei et in eum competeabant, ad Sempronium transferentur*.

un'eccezione, introdotta da *nisi* e sulla quale dovremo tornare.

Per comprendere a pieno il passo va innanzitutto precisato che l'erede, essendo stato costretto a adire in forza del senatoconsulto Pegasiano, perde il diritto alla *quarta*. Di qui la ragione che avrebbe spinto i creditori del figlio ad azionare l'interdetto in loro difesa, posto che si sarebbero visti sottrarre dei potenziali beni sui quali rifarsi.

Verso questa interpretazione depone un passo di Paolo, nel quale si dà una definizione di *alienatio*, che, nell'ottica dei comportamenti in frode ai creditori, rappresenta certo il principale atto dispositivo compiuto a loro danno:

D. 50.16.28 pr. (Paul 21 ad eD.): "Alienationis" verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione acquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.

A rilevare in questa sede è la frase di chiusura, ove si afferma che il soggetto che non sfrutta un'occasione di acquisto non viene considerato aver alienato. Segue poi un'esemplificazione, nella quale il giurista ricorda, per indicare le condotte che non sono inquadrabile nell'*alienare*, colui che omette di ricevere un'eredità o colui che non esercita un'opzione entro il tempo stabilito.

Il passo di Paolo, ricordando il caso di *qui hereditatem omittit*, può rappresentare un termine di paragone significativo per valutare quanto compiuto dall'*heres* nel testo di Valente. Infatti, l'esercizio dello *ius abstinendi*, che rappresenta il presupposto della successiva *postulatio* al pretore del fedecommissario onorato, è facilmente accostabile alla omissione nell'accettare l'eredità.

Certamente, anche se i due comportamenti sono paragonabili, è pur sempre vero che permangono alcuni punti di distacco. Se in D. 36.1.69(67).2 il *suus* non avesse deciso di esercitare il *beneficium abstinendi*, l'erede avrebbe potuto aspirare alla sola quarta riconosciutagli dal senatoconsulto Pegasiano, e quindi i suoi creditori non avrebbero potuto far conto sull'eredità nel suo complesso, come, invece, sembra potersi presupporre da D. 50.16.28 pr., ove si parla di *hereditas*.

Tuttavia, grazie a quanto è emerso circa il significato di *alienare* in D. 50.16.28 pr., si può prospettare che i creditori del figlio avessero tentato di dimostrare che già l'esercizio dello *ius abstinendi* potesse essere considerato una sorta di sottrazione fraudolenta dei beni.

Più esplicito rispetto a Paolo in tal senso è Ulpiano, secondo il quale:

D. 50.17.134 (Ulp. 21 ad eD.): Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur.

Sia Valente sia Ulpiano respingono le istanze dei creditori, e in questo aspetto si

potrebbe leggere una convergenza tra le due posizioni dei giuristi. Per Ulpiano un'omissione di acquisto non provoca un impoverimento del patrimonio del debitore e pertanto va esclusa una sua revoca; per Valente, invece, è più importante descrivere gli effetti che lo *ius abstinendi* ha sui creditori⁴⁷.

La possibilità che il figlio rimanga libero di non acquistare l'eredità mediante lo *ius abstinendi* è proprio richiamata implicitamente in D. 36.1.69(67).2, nella frase in cui Valente afferma che i creditori del figlio non possono trarre nulla dalla vendita dei beni paterni (*bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint*). Infatti, esercitando lo *ius abstinendi*, i beni paterni sono venduti in nome del *pater* (*bonis patris eius venditis*)⁴⁸.

Se fin qui è stato chiarito il motivo dell'esclusione dell'interdetto fraudatorio, maggiori difficoltà comporta la ricostruzione della frase di chiusura introdotta dal *nisi*. Essa, infatti, si presenta sul piano logico come una conseguenza della non netta posizione assunta da Valente, ed emblematicamente espressa con *vix*, che lascia, appunto, spazio all'esercizio dello strumento di difesa riservato ai creditori.

Ora, al di là dei tribonianismi ipotizzati dalla critica interpolazionistica⁴⁹, che troppo sbrigativamente liquidano questo passaggio, la frase così formulata presenta alcuni scogli. Primo fra tutti l'individuazione di quale sia la parola sottointesa e legata a *dimissis*. Essa andrebbe individuata in *creditoribus* in ragione del contesto in cui si inserisce⁵⁰. Si tratterebbe quindi dei creditori del padre.

⁴⁷ Con riguardo agli effetti, si è da alcuni invocato il regime applicato al legatario; infatti, il legatario che rifiuta un *legatum* non provoca la perdita di un diritto già acquisito nel suo patrimonio: D. 38.5.1.6 (Ulp. 44 ad ed.): *Utrum autem ad ea sola revocanda Faviana pertinet, quae quis libertus de bonis deminuit, an etiam ad ea, quae non adquisiit, videndum est. et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum, si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa vel legatum reppulerit, Favianam cessare: quod mihi videtur verum. quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudietur, retro nostrum non fuisse palam est.* Cfr. SOLAZZI, *La revoca*, cit. (nt. 29), p. 240 e nt. 1.

⁴⁸ Correttamente coglie questo dato: SOLAZZI, *Sulla revoca*, cit. (nt. 9), p. 13; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit. (nt. 33), p. 166.

⁴⁹ BESELER, *Romanistische Studien*, cit. (nt. 10), p. 209; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit. (nt. 33), p. 167.

⁵⁰ Sono numerosi i passi in cui *dimissus* è riferito *creditor*: D. 20.5.1 (Pap. 26 quaest.): *Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*; D. 32. 38 (Scaev. 19 dig.): *Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat: filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecae nomine transtulit*; D. 40.5.26.2 (Ulp. 5 fideicomm.): *Cum quidam Caecilius ancillam, quam pignori obligaverat, dimisso creditore per fideicommissum manumitti voluisset et heredibus creditorem non liberantibus infantes, qui postea erant editi, venissent a creditore, imperator noster cum patre rescripsit secundum ea, quae divo Pio placuerint, ne pueri ingenuitate destinata fraudarentur, pretio emptori re-*

In secondo luogo, rimane da comprendere l'espressione *eius bona*, dato che potrebbe riferirsi sia ai beni del figlio sia ai beni del padre. Ora, entrambe le posizioni sono state sostenute dalla storiografia⁵¹, ma con argomenti non sempre decisivi. Procedendo con ordine e mettendo alcuni punti fermi, si è visto che il testo menziona la necessaria soddisfazione delle pretese dei creditori paterni. Se questo è un dato pacifico⁵², si deve inferire che questa soddisfazione possa solo aver luogo sul patrimonio paterno, dato che i beni del figlio ne restano esclusi in forza dell'esercizio dello *ius abstinendi*. Del resto, la possibilità di aggredire i beni del figlio per i creditori del padre si può configurare solo ammettendo la confusione dei due patrimoni, mediante l'acquisizione *ipso iure* da parte del figlio *suus heres*, che, però, non sarebbe avvenuta nel caso esaminato.

Inoltre, anche a voler pensare ad una richiesta di rifarsi sui beni del figlio, essa dovrebbe tenere conto che i creditori del padre potrebbero essere *dimissi* solo immaginando un acquisto dell'eredità paterna da parte del figlio; ma, posto che è indubbio l'esercizio dello *ius abstinendi*⁵³, la vendita dei beni paterni avviene *in nomine patris*, restandone così fuori la figura del *filius*.

Per queste ragioni, si può prospettare che per Valente la sola maniera per consentire l'esercizio dell'interdetto fraudatorio da parte dei creditori del figlio sia quella di immaginare un loro diretto interesse sui beni che risultassero ancora disponibili dopo che siano stati soddisfatti i creditori del padre⁵⁴. In altre parole,

stitutio perinde eos ingenuos fore, ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset; D. 40.9.25 (Pap. 5 resp.): *In fraudem creditorum testamento datae libertates prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores irritae sunt*; D. 42.1.15.5 (Ulp. 3 de off. cons.): *Quod si res sit pignorat, quae pignori capta est, videndum est, an sic distrabi possit, ut dimisso creditore superfluum in causam iudicati convertatur. et quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrabere: tamen in iudicati executione servatur, ut, si emptorem invenerit res quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit huius quoque rei distractio. nec videtur deterior condicio creditoris fieri suum consecuturi nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum*; D. 42.6.3.2 (Pap. 27 quaest.): *Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis*.

⁵¹ A favore della vendita di *bona filii*: FIERI SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 68; HUSCHKE, *P. Rutilius Rufus*, cit. (nt. 44), p. 85; a favore della vendita di *bona patris*: MAIERINI, *Della revoca*, cit. (nt. 20), p. 111; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti* (nt. 33), cit., p. 167.

⁵² HUSCHKE, *P. Rutilius Rufus*, cit. (nt. 44), p. 85; MAIERINI, *Della revoca*, cit. (nt. 20), p. 111; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit. (nt. 33). Diversamente, invece, FIERI SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 68, che parla di *dimissis patris bonis*.

⁵³ FIERI SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 67; MAIERINI, *Della revoca*, cit. (nt. 20), p. 111; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti*, cit. (nt. 33), p. 165-166; IMPALLOMENE, *Studi sui mezzi di revoca*, cit. (nt. 20), p. 118. Non prende posizione su questo aspetto: HUSCHKE, *P. Rutilius Rufus*, cit. (nt. 44), p. 85.

⁵⁴ Solazzi [*Sulla revoca*, cit. (nt. 9), p. 13-14], proprio riferendosi al preventivo soddisfacimen-

l'esercizio dello *ius abstinendi* diventa un atto di disposizione a danno dei creditori del *filius* solamente se si può configurare per loro la possibilità di aggredire i cespiti che residuano dal patrimonio paterno.

Certamente, va detto Valente sembra ben cosciente della problematicità di ammettere una tale soluzione, visto appunto l'esercizio dello *ius abstinendi* del *filius* e la mancata confusione dei patrimoni, e questo spiegherebbe la presenza dell'avverbio *forte*, che sta a indicare l'estrema eventualità che essa si realizzi.

3. Nel paragrafo conclusivo si presenta un caso nel quale un'eredità definita *suspecta* è ancora una volta oggetto di un fedecommesso di restituzione⁵⁵.

Ad una prima lettura si può intendere che l'erede aveva affermato *donationis causa* – espressione su cui torneremo fra poco – che l'eredità era per lui sospetta e l'aveva quindi restituita. Tuttavia, il fedecommissario non poteva ricevere l'intera eredità. Il giurista stabilì quindi che ciò che non poteva essere ricevuto doveva essere tolto al fedecommissario. Tramite poi un'applicazione estensiva del principio appena formulato, affermava che lo stesso doveva avvenire anche se non vi era alcuna intenzione di donare.

Se questo è il contenuto del passo *prima facie*, va subito precisato che il comportamento dell'erede presuppone sempre la *postulatio* al pretore da parte del fedecommissario⁵⁶. L'erede onerato si limita a valersi di questo meccanismo tecnico adendo *ex decreto* l'eredità, alla quale lui voleva sottrarsi asserendo che essa fosse *suspecta*.

Più difficile è, invece, la comprensione di *donationis causa*, sulla quale si è pure concentrata la critica interpolazionistica. Beseler qualifica questa espressione come una «konkrete Ausmalung»⁵⁷, priva, tuttavia, di ogni valenza giuridica. Non potendo pensare che ciò non sia stato compreso da Valente, arriva a ipotizzare che si tratti di una glossa a lui precedente. Le ricadute del ragionamento compiuto dallo studioso tedesco portano ad eliminare nella sua interezza la frase *idem-fecerit*,

to dei creditori paterni rispetto a quelli del figlio, ha ipotizzato che esso alluda ad un intervento da parte dei compilatori giustiniani, i quali starebbero qui pensando alla *separatio bonorum*. Questa ipotesi non può trovare accoglimento, implicando una riscrittura assai significativa del testo; allo stesso modo, non può essere ritenuta valida l'ulteriore situazione presentata, secondo la quale i creditori del figlio nominato erede possano aggredire quanto residua dalla vendita dell'eredità del padre, una volta che siano soddisfatti i creditori di quest'ultimo. Infatti, per sua stessa ammissione, l'erede si è astenuto dall'eredità.

⁵⁵ Su questo paragrafo, FIERs SMEDING, *Specimen juridicum*, cit. (nt. 9), p. 68-69.

⁵⁶ In questo senso già i Basilici: Bas. 35.11.69 Ἐὰν τοῦ κληρονόμου ἀναγκασθέντος κληρονομήσαι ... (= G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, 3, Lipsiae, 1843, p. 596: *Et de herede, qui adire hereditatem coactus est, eamque ei restituit, qui eam solidam capere non potest*).

⁵⁷ BESELER, *Beiträge*, cit. (nt. 21), p. 45; BESELER, *Romanistische Studien*, cit. (nt. 10), p. 209. Adesivamente si schiera: F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der Lex Falcidia*, in *ZSS*, 63, 1943, p. 331 nt. 61.

che, come si è detto, estende la soluzione anche alle fattispecie diverse dalla donazione.

Certamente, si può concordare con Beseler che il sintagma potrebbe alludere a un caso concreto; tuttavia, si devono respingere i sospetti di intervento sul testo.

Per la configurazione della fattispecie a cui Valente allude può venire in soccorso un testo di Ulpiano, che si inserisce nella discussione del divieto di donazione fra coniugi⁵⁸:

D. 24.1.5.13 (Ulp. 32 ad Sab.): Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus scripsit libro septimo decimo digestorum donationem valere: neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier vel etiam ab intestato heres futura.

Un marito, che è stato istituito erede, rifiuta il lascito a lui devoluto *donationis causa*. Come si desume dalla frase di chiusura, la *repudiatio* compiuta dal marito può giovare alla propria moglie, perché, per esempio, è stata nominata come sostituta o come successore *ab intestato*. Secondo l'opinione di Giuliano, riportata da Ulpiano, la donazione del marito è pienamente valida, poiché il mancato acquisto dell'eredità non può essere considerato una diminuzione del patrimonio del coniuge, che, invece, è vietata dalla legge. Infatti, non avendo accettato l'*hereditas*, il marito non ha acquistato ancora nulla nella propria disponibilità, e la sua rinuncia non provoca alcun impoverimento delle sue sostanze.

Le connessioni con il testo di Valente sono più d'una: la presenza di un rifiuto dell'eredità e la *causa donationis* che sorregge tale comportamento. Come in Ulpiano il marito rinuncia nella sua interezza al lascito per avvantaggiare la moglie, così anche l'*heres* onerato di fedecommesso di cui parla Valente rifiuta l'eredità, sempre nella sua totalità, a scopo di donazione.

In Valente, poi, essendo il rifiuto una delle situazioni che dà luogo alla procedura di accettazione coatta ordinata da parte del pretore⁵⁹, l'onerato sarebbe costretto a adire l'eredità per trasmetterla al fedecommissario onorato, perdendo al contempo il diritto a trattenere per sé la quarta *Pegasiana*.

Proprio la restituzione dell'*hereditas* senza la decurtazione della *quarta* sembrerebbe costituire l'atto di liberalità realizzato dall'erede onerato, posto che non trattiene nulla del fedecommesso. Quindi il lascito viene trasmesso interamente al fedecommissario, che si potrebbe avvantaggiare evidentemente di tale trasferimento.

Se questa ricostruzione risulta convincente, si può prendere posizione circa la natura insitica del sintagma *donationis causa* per metterla fortemente in dubbio a

⁵⁸ Su D. 24.1.5.13: G.G. ARCHI, *La donazione*, Milano, 1960, p. 136.

⁵⁹ VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. (nt. 3), p. 354.

favore di quella della sua originalità. Se quindi *donationis causa* non è una glossa o un'interpolazione⁶⁰ – come vuole il Beseler –, anche la frase *idem-fecerit* è da considerarsi di paternità di Valente. Grazie ad essa, infatti, il giurista vuole estendere il più possibile la regola che ha espresso per la fattispecie della donazione per affermare che l'erede che adisce l'eredità forzatamente non può vantare alcuna aspettativa su ciò che il fedecommissario non può ricevere.

Chiariti questi profili, resta ora da specificare meglio quali siano le conseguenze derivanti dall'accettazione coatta compiuta dall'erede e dalla contestuale impossibilità di ricevere in capo al fedecommissario.

Visto che il fedecommissario onorato non è *capax*⁶¹, i beni diventavano *ca-duca*⁶² e come tali diventavano del fisco⁶³. Pertanto, da un lato, Valente esclude che l'erede onerato può ottenere indietro ciò che ha trasferito all'onorato incapace; dall'altro, il giurista scarta l'ipotesi che l'onorato possa ricevere indirettamente (nel caso di specie, una restituzione fedecommissaria *causa donationis*) quanto non gli è consentito.

4. Per concludere, il passo di Aburnio Valente permette di constatare l'apporto, tutt'altro che secondario, di questo giurista alla riflessione giurisprudenziale in materia di restituzione fedecommissaria. Non bisogna del resto trascurare, che, nonostante i pochi frammenti superstiti della sua opera, egli fu esponente di spicco della scuola sabiniana.

La soluzione di Valente, che considera come avvenuta la restituzione dell'eredità fedecommissaria, supera alcune difficoltà create dal silenzio del dettato del

⁶⁰ *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, 3, Weimar, 1935, 14.

⁶¹ Ulpiano presenta, nella sua trattazione, anche l'ipotesi opposta, cioè quella dell'onerato incapace: D. 36.1.17.15 (Ulp. 4 fideicomm.): *Hi qui solidum capere non possunt, ex asse heredes instituti et rogati restituere solidum, adire hereditatem et restituere cogentur, cum nihil oneris apud eos remansurum*.

⁶² Da segnalare la ricostruzione del caso operata dal Pothier (*Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, 2, Parisiis, 1821, 455 nt. 12), che pensa ad una incapacità a ricevere solo una parte del patrimonio ereditario: «Finge uxorem viro suo decimam hereditatis, quae duntaxat per legem Papiam capere poterat, fideicommisso reliquisset; heredem autem hereditatem ut suspecta adivisset; et, quum hoc casu nihil ex iudicio testatoris retinere possit, totam viro defunctae restituisset. Certe fiscus viro auferet quidquid supra decimam habet: nam fideicommissarius ex persona sua totius hereditatis restitutionem suscepit, quam ex Lege Iulia supra decimam capere prohibetur».

⁶³ D. 35.1.43.2 (Paul. 8 ad Plaut.): *Item scinditur ius dandi, si is cui legatum est non potest partem hereditatis sibi relictam totam capere: nam verius est partem eum praestare debere, partem illos, qui auferunt ab eo, quod plus relictum est, quam a lege conceditur*. Paolo si riferisce al fisco nel disciplinare l'adempimento di oneri o pesi imposti dal testatore qualora vi sia un soggetto che non può ricevere per incapacità la parte di eredità a lui devoluta. In questo caso, infatti, il *ius dandi* spetta al fisco, in concorso con lo stesso beneficiario. Significativo è l'uso dello stesso verbo *auferre* che si trova in Valente.

provvedimento senatorio Pegasiano, e dimostra ancora una volta quanta incidenza può esercitare l'*interpretatio* giurisprudenziale nella concreta dinamica di applicazione dei provvedimenti legislativi. Infatti, nel *principium*, il giurista, pur se è vero che richiama una precedente *opinio* di Ottaviano, interviene sul caso del fedecommissario che si rifiuta di accettare la restituzione dopo che ha preteso l'intervento del pretore per ottenere un'*aditio* coatta contro l'erede. A questo si aggiunge l'elevata tecnicità che sorregge la decisione presa, visto l'utilizzo della *fictio*.

Se questa decisione è una prima spia del rilievo di Valente nel panorama dei *prudentes*, è certamente nell'esame dei successivi due casi che si può verificare l'originalità del suo pensiero. Le due fattispecie sono infatti le uniche all'interno della compilazione nelle quali sono esaminati i profili problematici che si possono presentare tra restituzioni fedecommissarie e interdetto fraudatorio. Questi frammenti, infatti, tendono a considerare il problema della tutela dei creditori contro gli atti fraudolenti, tra i quali vi possono essere comportamenti tenuti dall'erede onerato. Infatti, la rinuncia all'eredità senza il trattenimento della *quarta Pegasiana* (§1) così come la perdita, sempre della quarta, a seguito della procedura di accettazione coatta (§2) privano i creditori dell'*heres* di cespiti da loro aggredibili. Da qui muove l'esigenza di verificare se i creditori possono avere dei rimedi, e se appunto l'*interdictum fraudatorium* possa aver luogo.

È quindi grazie a Valente che si può apprezzare questo particolare aspetto della materia fedecommissaria, sempre mediante l'analisi di singoli casi. Così il giurista non trascura le diverse posizioni in gioco (erede, fedecommissario, creditori), e mostra di tutelare il rispetto della volontà del *de cuius*, senza per questo dimenticare le possibili interferenze che si possono determinare di fronte alle richieste di soddisfacimento dei creditori. Il sacrificio delle loro istanze, mediante il rigetto dell'esercizio dell'*interdictum*, viene sempre motivato, a dimostrazione che il giurista è consapevole della delicatezza della questione che contrappone, da un lato, l'adempimento di un fedecommissario e, dall'altro, le aspettative dei diversi soggetti su tali beni.

