

Franciszek Longchamps de Bériér



B158517

II

IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE

NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

LIBER







Franciszek Longchamps de Bériér

**IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE  
NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO**



1000232984

**LIBER**  
Warszawa 1997

0130-38763

Traduzione  
*Aneta Fijałkowska*

Correzione linguistica  
*Giuseppe Privitera*



3158517

II

© Copyright by *Franciszek Longchamps de Brier*

ISBN 83-7206-006-1

Editore:  
**LIBER** sp. z o.o.  
00-325 Warszawa  
ul. Krakowskie Przedmieście 24  
<http://www.liber.com.pl>  
[liber@liber.com.pl](mailto:liber@liber.com.pl)

*a mia madre*



## INDICE

ABBREVIAZIONI.....	9
INTRODUZIONE .....	15
CAPITOLO I	
GLI INIZI DEI FEDECOMMESSI	
a) La genesi dei fedecommissi.....	23
b) La concessione del riconoscimento giuridico ai fedecommissi .....	38
c) I fedecommissi universali e la nascita dei fedecommissi.....	50
d) Conclusioni .....	56
CAPITOLO II	
IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE NELLE FONTI DEL DIRITTO CLASSICO	
a) Terminologia ed esempi.....	59
b) L'essenza del fedecommissio universale.....	69
c) Conclusioni.....	78
CAPITOLO III	
LA STRUTTURA DOGMATICA DEL FEDECOMMESSO UNIVERSALE	
a) La situazione giuridica fino all'emanazione del <i>senatus consultum Trebellianum</i> .....	81
b) La riforma trebelliana.....	97
c) Le modifiche introdotte dal <i>senatus consultum Pegasianum</i> ...	116
d) Conclusioni .....	135
CAPITOLO IV	
IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE E LA LIBERTÀ DI DISPORRE DEL PATRIMONIO <i>MORTIS CAUSA</i>	
a) Le modifiche nell'ambito soggettivo.....	141
b) L'ereditando nei confronti della successione ereditaria intestata.....	173
c) L'ereditando e la sorte ulteriore della successione a lui.....	194
d) Conclusioni. ....	224
CONCLUSIONE .....	231
INDICE DELLE FONTI.....	237



## ABBREVIAZIONI

- AG Archivio Giuridico „Filippo Serafini”,  
Bologna, Pisa, Modena.
- Amelotti TR M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso  
la prassi documentale*, vol. I. *Le forme  
classiche di testamento*, Firenze 1966.
- ANWR Aufstieg und Niedergang der römischen  
Welt, Berlin-New York.
- Bartošek CF M. Bartošek, *Il senato consulto Trebelliano*,  
Scritti Ferrini, vol. III, pp. 308-336.
- Bartošek SCT M. Bartošek, *Senatusconsultum Trebellianum*,  
Praha 1945.
- Bauman LP R. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early  
Roman Empire. A Study of Relations between  
the Roman Jurists and the Emperors from  
Augustus to Hadrian*, München 1989.
- BIDR Bulletino dell'Istituto di diritto romano, Milano.
- Biondi AD B. Biondi, *La legittimazione processuale  
nelle azioni divisorie romane*, Università  
degli Studi di Perugia. *Annali della Facoltà  
di Giurisprudenza* 3(3-4)/1913, pp. 367-407.
- Biondi STD B. Biondi, *Successione testamentaria  
e donazioni*<sup>2</sup>, Milano 1955.
- C. *Codex Iustinianus*<sup>10</sup>, *Corpus Iuris Civilis*,  
vol. II, ed. P. Krueger, Berolini 1929

- Camodeca NF G. Camodeca, *Novità sui fasti consolari delle tavolette cerate della Campania*, Epigrafia. Actes du Colloque international d'épigraphie latine en mémoire de Attilio Degrassi Rome 27-28 mai 1988, Roma 1991, pp. 45-74.
- D. *Digesta*<sup>10</sup>, *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, edd. Th. Mommsen — P. Krüger, Berolini 1905.
- Dajczak ZRŻ W. Dajczak, *Zapisy na rzecz żony w prawie rzymskim*, Toruń 1995.
- Daube LSPA D. Daube, *Roman Law, Linguistic, Social, and Philosophical Aspects*, Edinburgh 1969.
- Declareuil TF J. Declareuil, *Quelques notes sur certains types de fidéicommissis*, Mélanges Gérardin, Paris 1907, pp. 135-155.
- Ep. *Gai Institutionum Epitome*, FIRA, vol. II, pp. 231-257.
- Ernout-Meillet A. Ernout — A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1939.
- Ferrini TG C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889.
- FIRA *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*<sup>2</sup>, edd. S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani, V. Arangio-Ruiz, vol. I, Florentiae 1941, vol. II, Florentiae 1940, vol. III, Florentiae 1943.
- Frag. Vat. *Fragmenta quae dicitur Vaticana*, FIRA, vol. II, pp. 461-540.
- G. *Gai Institutionum commentarii quattuor*, FIRA, vol. II, pp. 5-192.
- G. Aug. *Gai Institutionum fragmenta Augustodunensia*, FIRA, vol. II, pp. 207-228.

- Giodice TGF V. Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993.
- Gnom.Id. Gnomon Idios Logos, Ägyptische Urkunden aus den staatlichen Museen zu Berlin, Griechische Urkunden V/1919 Nr 1210.
- Grosso LDR G. Grosso, *I legati nel diritto romano. Parte generale*<sup>2</sup>, Torino 1972.
- I. *Institutiones*<sup>10</sup>, *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, edd. Th. Mommsen — P. Krüger, Berolini 1905.
- Impallomeni PF G. Impallomeni, *Prospettive in tema di fedecommesso*, Conferenze romanistiche II, Milano 1967, pp. 277-335.
- Index Index. Quaderni camerti di studi romanistici, Napoli.
- IURA IURA. Rivista interanzionale di diritto romano e antico, Napoli.
- Johnston RLT D. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.
- Jörs-Kunkel-Wenger P. Jörs — W. Kunkel — L. Wenger, *Römisches Recht*<sup>4</sup>, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987.
- Kaser CEO M. Kaser, *Gli inizi della „cognitio extra ordinem“*, *Ausgewählte Schriften*, vol. II, Camerino 1977, pp. 499-527 [= *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, vol. I, Milano 1968, pp. 171-197].
- Kaser RP M. Kaser, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, vol. I, München 1971.
- Kuryłowicz HF M. Kuryłowicz, *Heres fiduciarius. Bemerkungen zum römischen Erbrecht in den lateinischen Grabinschriften*, ZPE 60/1985, pp. 189-198.

- Labeo  
 La Pira IC  
 Lemerrier OF  
 Lenel PAL I  
 Lenel PAL II  
 Manthe SCP  
 Metro LP  
 Mommsen RS  
 Murillo FDR  
 NNDI  
 Nov.  
 Nov.Theod.  
 Orestano CEO  
 Par.  
 PS
- Labeo. Rassegna di diritto romano, Napoli.  
 G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930.  
 P. Lemerrier, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique*, RHDFE 14/1935, pp. 433-468, 623-661.  
 O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Lipsiae 1889.  
 O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, Lipsiae 1889.  
 U. Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin 1989.  
 A. Metro, *Il „legatum partitionis“*, Labeo 9/1963, pp. 291-330.  
 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup>, vol. II.1, Graz 1952.  
 A. Murillo Villar, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid-Salamanca 1989.  
 Novissimo Digesto Italiano, Torino.  
*Novellae*<sup>6</sup>, *Corpus Iuris Civilis*, vol. III, edd. R. Schoell — G. Kroll, Berolini 1954.  
*Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes, Theodosiani libri XVI*, vol. II, edd. Th. Mommsen — P. Meyer, Berolini 1905.  
 R. Orestano, *Augusto e la „cognitio extraordinem“*, Studi Economico-Giuridici della R. Università di Cagliari 26/1938, pp. 5-43.  
*Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, ed. C. Ferrini, Berolini 1884.  
*Pauli sententiae receptae*, FIRA, vol. II, pp. 319-417.

- RE Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft, Stuttgart.
- RHDFE Revue historique de droit français et étranger, Paris.
- RIDA Revue internationale des droits de l'antiquité, Bruxelles.
- Rivier SCM A. Rivier, *Traité élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*, Bruxelles 1878.
- Rotondi LP G. Rotondi, *Leges publicae populi romani* (estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana), Milano 1912.
- Röhle PF R. Röhle, *Praetor fideicommissarius*, RIDA 15/1968, pp. 399-428.
- Schulz RLS F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946.
- Schmidlin RR B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Wien-Köln 1970.
- Schmidlin SFH B. Schmidlin, *Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentregeln: «Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest — hereditas adimi non potest»*, BIDR 78/1975, pp. 71-91.
- SDHI Studia et documenta historiae et iuris, Roma.
- Torrent FFR A. Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975.
- TR Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis — Revue d'histoire du droit, Groningen.
- Ulp. *Tituli ex Corpore Ulpiani (Epitome)*, FIRA, vol. II, pp. 261-301.
- Voci DER I P. Voci, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, vol. I. *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967.
- Voci DER II P. Voci, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, vol. II. *Parte speciale*, Milano 1963.

- Zabłocka PPOR M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko — klaudyjskiej*, Warszawa 1987.
- ZPE Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, Bonn.
- ZSS Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, Weimar.

## INTRODUZIONE

L'ultimo mezzo secolo prima della nascita di Cristo portò grandi cambiamenti nel diritto pubblico romano. Essi non furono evidenziati dai cittadini di allora perché vennero effettuati con l'aiuto delle istituzioni repubblicane ed in nome del ripristino delle antiche usanze romane. Queste modifiche non rimasero altresì senza influsso sul diritto privato e su quello ereditario.

Finora si poteva ereditare solo conformemente alla volontà dell'ereditando espressa nel testamento oppure in base alla legge delle XII tavole o dell'editto pretorio. Il testatore poteva disporre del proprio patrimonio *mortis causa* nominando gli eredi o lasciando determinati beni nella forma esattamente prescritta dal diritto civile. Il diritto creato dai magistrati romani non solo aiutava, ma anche completava e migliorava le norme riguardanti la successione testamentaria e quella intestata. Esso sviluppò anche la successione contro la volontà esplicita dell'ereditando, detta successione contro il testamento, prevista già nello *ius civile*. Siffatto diritto ereditario così eterogeneo e formalistico avrebbe dovuto sperimentare molti cambiamenti importanti con l'inizio del principato. Il *fideicommissum* fu una delle novità introdotte a quei tempi.

I fedecommessi—in primo luogo erano legati alla fiducia del testatore verso gli eredi i quali avrebbero fatto tutto ciò che sarebbe stato loro richiesto. Questa fiducia era basata sulla *fides* romana<sup>1</sup>, la

---

<sup>1</sup> Cfr. W. F. Otto, *s.v. fides*, RE VI2, Stuttgart 1909, col. 2281-2286; J. A. Hild, *s.v. Fides*, Dictionaire des antiquités greque et romains, edd. Ch. Darantbert — E. Saglio, vol. II.2, Paris 1896, pp. 2015-2017; E. Ruggiero, *s.v. fides*, Dizionario Epigrafico di Antichità Romane, vol. III, Roma 1922, pp. 77-78; F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, pp. 223-238; G. Grosso, *s.v. Buona fede (permesse romanistiche)*, Enciclopedia del Diritto, vol. V, Milano 1959, pp. 661-663; J. Imbert,

quale per il diritto significava un'obbligazione pubblica, una garanzia concessa, un giuramento, nonché buona fede, lealtà e fedeltà alla parola data<sup>2</sup>. Proprio dal fatto di aver basato la realizzazione del fedecommesso sull'onestà di colui al quale si era rivolto l'ereditando — *fidei committere*<sup>3</sup> — deriva il nome *fideicommissum* nonché le parole *fideicommitto* e *fideicommissarius*<sup>4</sup>.

Nel fedecommesso l'ereditando pregava colui, che avesse ricevuto qualche bene ereditario<sup>5</sup>, di trasmettere a sua volta determinati beni ad un terzo, solitamente detto fedecommissario (*fideicommissarius*). All'inizio il *fideicommissum* sostanzialmente si differenziava dal legato cioè dal lascito *iure civili* almeno in due questioni fondamentali: il legato veniva costituito solo con le parole precisamente stabilite dallo *ius civile* e con esso venivano gravati esclusivamente gli eredi (*heredes*).

Il contenuto della richiesta dell'ereditando poteva essere vario e conseguentemente si distinguevano diversi tipi di fedecommissi. Per esempio, se la richiesta riguardava la liberazione dello schiavo, nasceva il fedecommesso di libertà, detto pure liberazione fedecommissaria oppure libertà fedecommissaria (*fideicommissum libertatis*, *libertas fideicommissaria*). Quando al fedecommissario dovevano essere trasmessi i singoli beni, si parlava di fedecommissi

*De la sociologie au droit: la „Fides” romaine*, Mélanges Lévy-Bruhl, Paris 1959, pp. 407-415; L. Lombardi, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961; Voci DER II, pp. 231-232; G. Freyburger, *Fides: Études sémantique et religieuse depuis les origines jusqu' à l'époque augustéenne*, Paris 1986; W. Rozwadowski, s.v. *Fides*, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, ed. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986, p. 82.

<sup>2</sup> Ernout-Meillet, s.v. *fides*, pp. 356-357.

<sup>3</sup> G. 2. 248; D.36.1.56. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; I.2.23.1; I.2.23.12.

<sup>4</sup> Ernout-Meillet, p. 357.

<sup>5</sup> Nella letteratura questa persona veniva spesso chiamata *fiduciarius*. Nelle fonti giuridiche figura l'espressione *heres fiduciarius* ma solo due volte: D.36.1.48. Javolenus *libro undecimo epistularum* nonché D.36.1.69.3. Valens *libro tertio fideicommissorum*. In base alle fonti giuridiche e quelle epigrafiche Kurylowicz HF, pp. 191-193 dimostrava giustamente che quello era un termine corrente e non venne accettato universalmente, né riuscì a radicarsi nel linguaggio giuridico.

singolari (*fideicommissa singularum rerum*). Se, invece, l'eredità intera o una sua frazione diventava oggetto del fedecommesso, nasceva proprio il fedecommesso universale (*fideicommissum hereditatis, hereditas fideicommissaria*).

Rispetto ad altri fedecommissi, il *fideicommissum hereditatis* assumeva un particolare significato per i Romani indipendentemente dal fatto che grazie ad esso si cercava di trasmettere subito molti diritti e che l'oggetto del fedecommesso universale avesse un valore economico imparagonabilmente più alto. Nel *fideicommissum hereditatis* l'ereditando stabiliva la restituzione dell'eredità intera, cioè dei *corpora hereditaria*, debiti e crediti ereditari insieme. A volte la sua richiesta poteva riguardare solo una parte di essi oppure indicare più fedecommissari cui congiuntamente spettava tutta l'eredità. L'ereditando stabiliva le partecipazioni frazionatamente, cioè in modo astratto, il che ancora più evidentemente dimostra che il suo desiderio reale consisteva nell'indicare, attraverso il fedecommesso universale, il proprio successore sotto il titolo generale. A questo punto ci si chiede se fossero stati creati i regolamenti giuridici che permettevano di rendere successore universale il fedecommissario. Per quanto sopra, il presente lavoro si propone di definire che cosa fosse il fedecommesso universale in quanto istituzione giuridica nonché quali scopi dovesse realizzare sia verso i beneficiari che gli ereditandi.

Il *fideicommissum hereditatis* acquisì il riconoscimento giuridico ai tempi di Ottaviano Augusto, cioè all'inizio dell'epoca classica del diritto romano. Alla fine di essa, probabilmente sotto il regno dell'imperatore Gordiano III, venne eliminato l'ufficio del pretore fedecommissario, e in conseguenza scomparve la base della particolarità procedurale del processo fedecommissario<sup>6</sup>. Nel diritto postclassico ebbe luogo un avvicinamento sempre maggiore tra i fedecommissi ed i legati. Definitivamente vennero uguagliati da Giustiniano<sup>7</sup>. Sembra, quindi, che la caratteristica fondamentale dei

<sup>6</sup> Röhle PF, pp. 401-405.

<sup>7</sup> C.6.43.1-3. Justinianus (a. 529-531); D.30.1. Ulpianus *libro sexagesimo septimo ad edictum*. Cfr. Rivier SCM, pp. 450-455; Ferrini TG, pp. 40-50; Biondi

fedecommissi, e in particolare del *fideicommissum hereditatis*, andrebbe cercata prima di tutto nel periodo classico, epoca in cui nacquero e si svilupparono, come si può presumere, nella loro forma più pura. La rappresentazione del *fideicommissum* nel diritto classico, crea una giusta base per le successive ricerche sull'importanza di questa istituzione sia nel diritto romano postclassico e giustiniano, sia in tutta la storia del diritto ereditario. Le circostanze indicate sembrano quindi giustificare la limitazione delle considerazioni riguardanti il fedecommesso universale nei confronti del diritto classico.

Il concentrarsi sui primi tre secoli dell'esistenza del *fideicommissum hereditatis* ha richiesto di iniziare il presente lavoro esaminando i fedecommissi in quanto fenomeno sociale. Questo problema è stato descritto nel primo capitolo, dove è stato presentato il processo che portò a concedere ai fedecommissi una piena tutela giuridica, nonché è stato esaminato il ruolo svolto dal fedecommesso universale in questo processo. Lo scopo del capitolo secondo è stato quello di stabilire, attraverso l'analisi delle fonti, quali termini venivano usati per costituire il *fideicommissum hereditatis* nel periodo classico. È stata presentata tutta una serie di esempi di questa istituzione giuridica nonché si è cercato di coglierne la sua sostanza. Il terzo capitolo è stato dedicato alle successive tappe della formazione della sua costruzione dogmatica. Nell'ultimo capitolo sono state condotte le ricerche circa l'influsso del fedecommesso universale sul diritto ereditario che esso trovò: sulle singole istituzioni, le regole che lo dirigono; in particolare sulla libertà nel disporre del patrimonio *mortis causa*. Ci si è occupati dei cambiamenti nell'ambito soggettivo della capacità di ricevere il *fideicommissum hereditatis*. Sono state presentate le conseguenze dell'imposizione dei fedecommissi universali agli *heredes ab intestato* nonché ci si è sforzati di descrivere l'accresciuto influsso acquisito dall'ereditando sul futuro della *hereditas*, grazie alla possibilità di aggiungere al fedecommesso universale condizioni e termini. Inoltre è

---

STD, pp. 299-304; G. Grosso, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*. Studi Paoli, Firenze 1956, pp. 359-363; W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*<sup>2</sup>, Warszawa 1966, p. 550; Johnston RLT, pp. 256-271.

stata illustrata la genesi e lo sviluppo storico del fedecomesso universale nonché la costruzione dogmatica di questa istituzione.

Le fonti costituenti la base delle considerazioni sul fedecomesso universale nel periodo del diritto classico sono relativamente ricche, specialmente se si tratta delle fonti giuridiche<sup>8</sup>. Costituisce la *sedes materiae* il trattato di Gaio inserito alla fine del secondo libro delle sue Istituzioni nonché il primo titolo del 36° libro del Digesto: *Ad senatus consultum Trebellianum*. Tra le raccolte della letteratura giuridica sono stati utili i *Tituli ex corpore Ulpiani (Epitome)* ed i *Gai Institutionum fragmenta Augustodunensia*, nonché le *Pauli sententiae receptae*. Nell'analisi delle fonti sono state utilizzate anche le *Gai Institutionum Epitome*, gli altri libri del Digesto, il Codice Teodosiano ed il Codice Giustiniano. Importanza pratica hanno avuto inoltre i frammenti delle Istituzioni giustinianee e specialmente della loro parafrasi greca attribuita a Teofilo. Invece le fonti extragiuridiche risultarono eccezionalmente scarse e poche. Quelle in cui si menziona l'esistenza dei fedecomessi ai tempi della repubblica, sono state trattate nel primo capitolo.

Il *fideicommissum hereditatis* nel diritto classico romano non fu oggetto di una monografia complessiva: o lo si menzionava sinteticamente, o si sollevavano solo dei problemi singolari. Più spazio si è dedicato ad esso cominciando da Ernst Christian Westphals, *Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, deren Bestimmungen, Ungültigkeit und Aufhebung, Accretion, Transmission, Quarten, Kautionen, Erklärung und Rechtsmitteln; ingleichen von Codicillen*, Leipzig 1791, attraverso l'opera fondamentale di Contardo Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889, fino agli studi di Biondo Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup>, Milano

<sup>8</sup> La ricerca delle fonti è stata operata sfruttando specialmente: *Thesaurus Linguae Latinae*, vol. VI, Lipsiae 1912-1926, col. 654, 676-680; *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, vol. II, Berolini 1933, col. 828-839; H. Heumann — E. Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, pp. 212-213; programmi ROMTEXT — *Römische Rechtsquellen*, ed. J. Menner, Linz 1994 nonché CD-ROM *Bibliotheca iuris antiqui*, ed. N. Palazzolo, Catania 1994.

1955 e Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, vol. I, Milano 1967, vol. II, Milano 1963. In questi studi non nuovi ci si è occupati di interi settori del diritto ereditario, perciò per necessità il *fideicommissum hereditatis* non è stato sottoposto ad un'analisi approfondita. In cambio ultimamente sono apparse due ampie opere dedicate interamente ai fedecommessi: David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988 nonché Venanzia Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993. Purtroppo nessuna di esse, come quella di Giambattista Impallomeni, *Prospettive in tema di fedecommesso*, Conferenze romanistiche II, Milano 1967, pp. 277-335, si occupa del fedecommesso universale come tale, né solleva la problematica caratteristica di esso.

Nei lavori che trattano dell'analisi di una fase scelta dello sviluppo storico del *fideicommissum hereditatis*: nell'articolo di P. Lemerrier, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d'hérédité à l'époque classique*, RHDFE 14/1935, pp. 433-468, 623-661; nella monografia di Milan Bartošek, *Senatusconsultum Trebellianum*, Praha 1945 nonché nel libro pubblicato ultimamente di Ulrich Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin 1989, si è riuscito a presentare solo alcuni tratti di questa istituzione giuridica. Alfonso Murillo Villar, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid — Salamanca 1989 si è occupato di uno dei tipi del fedecommesso universale — *fideicommissum eius quod supererit*. Ciononostante, nelle argomentazioni dell'autore non sempre si può distinguere se in un dato momento egli parla di *fideicommissa singularum rerum*, o dei fedecommessi universali. Indubbiamente, la discussione incominciata da Giovanna Coppola sulla trasmissione dei frutti nel caso della restituzione dell'eredità nel fedecommesso<sup>9</sup> nonché i suddetti studi fatti negli ultimi anni testimoniano del vivo interesse che i fedecommessi hanno

---

<sup>9</sup> G. Coppola, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommesso de residuo*, Studi Campagna, vol. I. *Scritti di diritto romano*, Milano 1982, pp. 185-222; Murillo FDR, pp. 120-135 nonché le sue *rec.*: G. Coppola, IURA 40/1989, pp. 129-131 e M. Talamanca, BIDR 94-95/1991-1992, pp. 648-649.

avuto nel mondo. Ciò è legato al rinascimento del diritto ereditario, osservato anche in Polonia dopo il 1989.

In nessuno studio presentato è stata scerverata tutta la letteratura in questione<sup>10</sup>. Gli autori non hanno preso nella dovuta considerazione

<sup>10</sup> Alla ricerca della letteratura l'autore si è servito degli studi bibliografici: L. Caes — R. Henrion, *Collectio bibliographica operum ad ius romanum pertinentium*, Series I, *Opera edita in periodicis miscellaneis encyclopaedisque*, vol. I-VII, Bruxelles 1949-1956, Series II, *Theses*, vol. I. *Theses Galliae*, Bruxelles 1950, vol. II. *Theses Germaniae (1885-1958)*, Bruxelles 1960; *La succession ab intestat dans les droit de l'Antiquité. Bibliographie internationale 1960-1986*, edd. M. Humbert — M. Bournichon, Centre de documentation des droit antiques — Paris; *Operarum ad ius romanum pertinentium quae inde ab anno MCMLXXI usque ad annum MCMLXXX edita sunt INDEX modo et ratione ordinatus*, ed. M. Sargenti, vol. I, Mediolani 1988; programma CD-ROM *Bibliotheca iuris antiqui*, ed. N. Palazzolo, Catania 1994. Irraggiungibili sono risultate le seguenti dissertazioni: J. Messance, *Ad senatus consultum Trebellianum* (diss.), Paris 1814; H. Didier, *De fideicommissariis hereditibus* (diss.), Grenoble 1845; F. Pechin, *Ad senatus consultum Trebellianum* (diss.), Paris Neuilly 1846; J. Lombard, *De haereditatis petitione. Si pars haereditatis petatur. De fideicommissaria haereditatis petitione* (diss.), Paris 1847; P. Feugère des Forts, *Ad senatus consultum Trebellianum* (diss.), Paris 1847; G. Meynier, *Ad senatus consultum Trebellianum* (diss.), Paris 1948; M. Ponsier, *Des fidéicommis universels* (diss.), Nimes 1857; A. Lefranc, *Du sénatus-consulte Trébellien en droit romain* (diss.), Poitier-Bordeaux 1870; E. Thoulouse, *Des fidéicommis d'hérédité en droit romain* (diss.), Toulouse 1886; A. Fauchille, *De l'exécution des fidéicommis universels en droit romain* (diss.), Paris 1882; E. Christophle, *Du sénatus-consulte Trébellien* (diss.), Paris 1887; P. Vincent, *Des hérédités fidéicommissaires* (diss.), Tours 1890; Mielke, *Universalfideikommisß und Nacherbschaft* (diss.), Rostock 1901; O. Stadion, *C.7§1-1b C. ad Sc. Trebellianum (6,49). Ein Beitrag zur Lehre von der Entwicklung des römischen Universalfideikommisses* (diss.), Berlin 1906; alcune voci della letteratura spagnola: F. Clemente de Diego, *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho Romano*, Discurso leído en la solemne inauguracion del curso academico 1926-1927 en el Universidad Central, Madrid 1926; J. Arias Ramos, *Fideicomisos y leyes caducarias*, Revista de Derecho Privado 1940, p. 153 ss.; Roca Sastre, *El fideicomiso de residuo*, Estudios de Derecho Privado, vol. II, Madrid 1948, pp. 75-84; Sabater, *La cuarta Trebellianica*, 1951; V. Font Boix — A. de la Esperanza Martinez-Radio, *El fideicomiso de residuo «eo quod supererit» y «si quid supererit»*, Estudios de Derecho Privado, vol. II, Madrid 1965, pp. 559-587; J. Alvarez Ceperochipi, *La sustitucion fideicomisaria de residuo*, Rivista de Derecho Privado 1975, pp. 171-196; S. Diaz Alabart, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y limites*, Barcelona 1981; M. Abellan Velasco, *Los fideicomisos a traves de la literatura*

l'ampia e assai preziosa opera di M. Bartošek, limitandosi a un suo modesto riassunto in lingua italiana<sup>11</sup>.

La situazione della letteratura nonché i risultati delle ricerche presentate in essa sembrano confermare la ragione di un'elaborazione complessiva sui fedecommissi universali. Pare pure motivata la limitazione dello studio all'epoca classica del diritto romano. E ciò non solo per le ragioni fondamentali di cui si è detto prima. L'esame del *fideicommissum hereditatis* nell'arco di solo tre secoli della storia di Roma permette di evitare più facilmente la perdita della prospettiva storica, di studiare più dettagliatamente lo sviluppo dell'istituzione giuridica nonché sottoporre ognuna delle sue tappe ad un'analisi dogmatica approfondita. Nel corso dell'elaborazione sono apparse molte questioni interessanti, indirettamente o direttamente legate al fedecommissio universale. Né di ognuna ci si poteva occupare così ampiamente, come l'autore avrebbe desiderato; tante richiederebbero uno studio separato ed ampio. Perciò la maggiore difficoltà al presente lavoro è stata causata dal doversi limitare nelle sue considerazioni a quelle che consentivano di rispondere a due domande fondamentali: che cos'era il fedecommissio universale in quanto istituzione giuridica; alla realizzazione di quali scopi esso doveva servire per coloro che desideravano decidere della sorte del proprio patrimonio *mortis causa*.

---

*especifica de los juristas romanos*, Madrid 1982; nonché gli articoli: E. Nardi, *Legato e fedecommissio: avvicinemento e fusione*, Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di scienze morali, Rendiconti 80/1991-92, p. 11 ss.; L. Desanti, *Fedecommissio e protezione degli incapaci*, Annali dell'Università di Ferrara, Scienze giuridiche 7/1993, p. 105 ss.

<sup>11</sup> Bartošek CF contiene una lista dei risultati della critica interpolativa.

## CAPITOLO I

### GLI INIZI DEI FEDECOMMESSI

#### A) LA GENESI DEI FEDECOMMESSI

Oggigiorno comunemente si accetta l'opinione che il fedecommesso sia diventato un'istituzione giuridica soltanto durante l'impero di Ottaviano Augusto, dunque alle origini stesse dell'epoca classica del diritto romano<sup>12</sup>. Nascono, però, dei dubbi se effettivamente i fedecommissi universali non esistevano già prima. Non è pur possibile escludere che ai tempi della repubblica esistessero dei metodi legali per costringere gli eredi a realizzare il fedecommesso di cui erano stati gravati dal testatore<sup>13</sup>. Perciò sembra indispensabile esaminare la genesi dei fedecommissi universali. Si pone anche la domanda se è possibile indicare più precisamente quando i fedecommissi acquisirono il riconoscimento giuridico, dato che il primo imperatore regnò per oltre quarant'anni.

---

<sup>12</sup> Mommsen RS, pp. 103-104; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1927, p. 522; M. Radin, *Handbook of Roman Law*, St. Paul, Minn. 1927, pp. 445-447; W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932, p. 353; Biondi STD, pp. 286-288; Kaser RP, pp. 757-758; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p. 780; Impallomeni PF, p. 278; Daube LSPA, pp. 96-102; A. Watson, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, pp. 35-38 [= *The Early History of „fideicommissa“*, Index 1/1970, pp. 179-183]; P. Van Warmelo, *An Introduction to the Principles of Roman Civil Law*, Cape Town-Wynberg-Johannesburg 1976, pp. 141-142; Jörs-Kunkel-Wenger, pp. 496-498; Johnston RLT, pp. 21-35; Murillo FDR, pp. 22-26; Giodice TGF, pp. 21-62.

<sup>13</sup> Di questo parere è Lemerrier OF, pp. 433-455.

Purtroppo pochissime fonti provenienti dal periodo della repubblica attestano con certezza che gli ereditandi si rivolgevano ai loro eredi chiedendo loro di restituire alle persone indicate i singoli beni, tutta l'eredità o solo una parte. Pare che il frammento tratto dall'opera *de finibus bonorum et malorum* risalga ai tempi più remoti. Nonostante Marco Tullio Cicerone l'avesse scritto due anni prima della morte, cioè nel 45° anno a.C.<sup>14</sup>, vi menzionò, comunque, un evento della sua giovinezza, verificatosi verso il 90° anno a.C.<sup>15</sup>.

Cic. fin. 2.55: *memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita referret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset, se ab eo rogatum, ut omnis hereditas ad filiam perveniret: id Sextilius factum negabat; poterat autem impune: quis enim redargueret? nemo nostrum credebat eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. aderamus nos quidem adulescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recte emolumentis omnibus et commodis anteponebant, nummum nullum attigisset. num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? nihil minus contraque illa hereditate dives ob eamque rem laetus; magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam, quae quidem vel cum*

<sup>14</sup> Cfr. M. Schanz (— C. Hosius — G. Krüger), *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, vol. I, 1927 (Nachdruck München 1959), p. 503; K. Philippson, s.v. *M. Tullius Cicero nr 29 Die philosophischen Schriften*, RE VII A1, Stuttgart 1939, col. 1135-1141; sulle circostanze della nascita cfr. K. Kumaniecki, *Cyceron i jego współczesni<sup>2</sup>*, Warszawa 1989, pp. 445-447, 451-453.

<sup>15</sup> Cfr. F. Münzer, s.v. *Sextilius nr 25*, RE IIA, Stuttgart 1923, col. 2037.

*periculo est quaerenda vobis: est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum.*

Dal testo risulta che nel testamento Quinto Fadio Gallo nominò erede Publio Sextilio Rufo. Fadio, in vita, si rivolse a Sextilio con la richiesta (*rogatio*) di restituire, dopo l'*aditio hereditatis*, tutto alla figlia dell'ereditando Fadia la quale non poteva essere nominata erede a causa della *lex Voconia*<sup>16</sup> approvata nel 169° anno a.C.<sup>17</sup>. La legge nata dall'iniziativa di Quinto Voconio Saxo<sup>18</sup> vietava ai cittadini appartenenti al primo censo patrimoniale, cioè alle persone i cui beni superavano il valore di 100 000 assi<sup>19</sup>, di nominare le donne propri eredi. Dal frammento citato risulta che la legge proibiva proprio ciò che chiedeva Fadio, ma i suoi sforzi *contra legem* sembravano giustificati dato l'obbligo morale del padre di devolvere alla figlia il patrimonio familiare<sup>20</sup>.

Sextilio non solo negò davanti agli amici radunati di aver promesso di restituire l'eredità a Fadia, ma sosteneva che non l'avrebbe potuto fare a causa della *lex Voconia*, che aveva giurato di osservare probabilmente nella sua qualità di *magistratus*. A quanto risulta dalle parole di Cicerone, nessuno degli amici riunitisi gli credeva, sebbene nessuno osasse consigliargli di dare a Fadia più di quello che le sarebbe spettato in base alla legge, cioè più di una metà dell'eredità<sup>21</sup>. La mancanza di qualsiasi protesta da parte degli amici

<sup>16</sup> Lo studio più recente, a quanto pare, che presenta in modo più esauriente le questioni legate alla *lex Voconia* è l'opera di R. Vigneron, *L'antifeministe loi Voconia et les „Schleichwege des Lebens“*, *Labeo* 29/1983, pp. 140-153.

<sup>17</sup> Cfr. Rotondi LP, pp. 283-284.

<sup>18</sup> Cic. Balb. 8.21; cfr. H. Gundel, *s.v. Voconius nr 4*, RE IXA1, Stuttgart 1961, col. 696-697.

<sup>19</sup> G.2.274.

<sup>20</sup> Cfr. ad esempio Daube LSPA, p. 96.

<sup>21</sup> Oltre al divieto di costituire le donne come eredi, la *lex Voconia* comprendeva una disposizione conformemente alla quale nessuno poteva ricevere a titolo di legato oppure *mortis causa* più di quanto spettasse all'unico erede o a tutti gli eredi (G.2.226). Collegando le due norme della legge è facile notare che la donna poteva ricevere al massimo la metà del patrimonio dal cittadino appartenente

riuniti permise, però, a Sextilio di raggiungere lo scopo voluto e tenersi almeno una metà della fortuna di Fadio. Contemporaneamente nessuno lo poteva accusare di esser venuto meno alla parola o di aver violato il *vinculum fidei*.

Secondo P. Lemercier il fedecommesso lasciato in forma orale da Q. Fadio Gallo era valido, mentre la sua efficacia era paralizzata dalla *lex Voconia*<sup>22</sup>. Però se fosse esistito un qualsiasi mezzo che avesse permesso di costringere Sextilio a restituire a Fadia almeno una metà di eredità, esso avrebbe dovuto essere menzionato in Cic. fin. 2.55, perché aveva un'importanza decisiva per la questione descritta da Cicerone. Non sembra, quindi, che esso esistesse allora; perciò niente impedì che Sextilio si appropriasse di tutta l'eredità sostenendo di averne diritto come erede. È probabile che l'ereditando fosse consapevole che le cose si sarebbero potute svolgere in questo modo, nonostante la parola datagli da P. Sextilio Rufo. Non incluse, però, la richiesta stessa nel testamento e non si accontentò pure di una promessa da parte dello *heres institutus*. Ciò sembra confermare che indipendentemente dal modo in cui sarebbe stata effettuata la *rogatio*, essa non obbligasse *mortis causa*. Trovò, invece, un altro modo per raggiungere il suo scopo: per rendere la sua richiesta nota a tutti, menzionò nel testamento il fedecommesso già costituito e grazie a ciò da solo ottenne per mezzo di esso la tutela sotto forma di pressione pubblica sull'erede<sup>23</sup>. Sextilio chiamando gli amici sapeva probabilmente che ad ogni modo non lo si poteva costringere né a restituire tutta l'eredità né a restituirne almeno una parte. Tuttavia si tenne non solo il patrimonio, ma anche salvò la faccia, perché

---

al primo censo. Metro LP, p. 307; R. Vigneron, *op. cit.*, pp. 141-142. La limitazione del valore del legato ai 1000 assi introdotta dalla *lex Furia testamentaria* non riguardava la figlia di Fadio la quale apparteneva alle *personae exceptae*. Fram. Vat. 301. Cfr. Dajczak ZRŽ, p. 60.

<sup>22</sup> Lemercier OF, pp. 439-440.

<sup>23</sup> E. Genzmer, *La genèse du fidéicommis comme institution juridique*, RHDFFE 40/1962, p. 337; A. Watson, *op. cit.*, pp. 36-37.

nessuno osò affermare di aver agito contro la legge *in vigore*, nonostante tutti si rendessero conto della sua slealtà e disonestà.

Marco Tullio Cicerone, in un ulteriore frammento dell'opera *de finibus bonorum et malorum*, presenta l'esempio di un comportamento del tutto diverso.

Cic. fin. 2.58: *si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit, quid facies? tu quidem reddes: ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sex. Peducaeus, Sex. f., is, qui hunc nostrum reliquit effigiem et humanitatis et probitatis suae filium, cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatam exposuit hereditatemque reddidit. sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis, e quibus adpareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plique rectam naturam quam rationem pravam valere? si scieris, inquit Carneades, aspidem occulte latere uspiam et velle aliquem imprudentem super eam adsidere, cuius mors tibi emolumentum futura sit, inprobe feceris, nisi monueris ne adsidat; sed impunitè tamen; scisse enim te quis coarguere possit? sed nimis multa: perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, virum bonum non posse reperiri, deque his rebus satis multa in nostris de re publica libris sunt dicta a Laelio.*

In verità, Gaio Plotio Nursino costituì Sesto Peduceo proprio erede, chiedendogli di restituire tutta l'eredità alla vedova. Sebbene il testatore non avesse scritto niente e non avesse detto della *rogatio* a nessuno, l'erede volontariamente si recò dalla moglie del *de cuius* per informarla di tutto e restituirle il patrimonio. È probabile che anche in questo caso doveva essere applicata la *lex Voconia*; però il fatto che nessuno sapesse della richiesta dell'ereditando costituiva l'elemento

principale. Perciò Cicerone presenta il comportamento di Sesto Pедуceo come modello del mantenimento della *fides*.

I testi compulsati presentano situazioni simili, il che può testimoniare che essi non erano rari nella prima metà dell'ultimo secolo della repubblica. In entrambi i casi la *rogatio* venne effettuata oralmente e consisteva nel richiedere agli eredi costituiti nel testamento di restituire tutta l'eredità alla persona indicata. Tuttavia nessuno dei frammenti offre una minima base per supporre l'esistenza di un qualsivoglia metodo atto a costringere l'erede a realizzare la volontà dell'ereditando affidata alla sua *fides*. In più l'asse portante delle riflessioni di Marco Tullio Cicerone, in questa parte del *de finibus bonorum et malorum*, è costituito dall'onestà del comportamento anche nelle situazioni in cui esso, contrario alla promessa data, non subisce nessuna sanzione giuridica, né un minimo pregiudizio d'onore. Quindi è difficile sostenere con P. Lemerrier che la *rogatio* diretta dal testatore all'erede da lui stesso costituito bastasse già in quel periodo per far nascere l'obbligazione da parte dell'erede<sup>24</sup>.

Il frammento dell'*actio secunda in Verrem*, anch'esso di Marco Tullio Cicerone, è un'ulteriore fonte extragiuridica che merita di essere esaminata più a fondo. Quest'opera risale al 70° anno a.C. ed è la registrazione di un'orazione giudiziaria contro Gaio Verre che non fu pronunciata. Il sottocitato frammento riguarda il 74, l'anno in cui l'accusato ricoprì la pretura urbana<sup>25</sup>.

Cic. Verr. II 1.123-124: *Superbia vero quae fuerit, quis ignorat? quem ad modus iste tenuissimum quemque contempserit, despexerit, liberum esse numquam duxerit? P. Trebonius viros bonos et honestos conplures fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus*

<sup>24</sup> Lemerrier OF, p. 439.

<sup>25</sup> Cfr. H. Hebermehl, s.v. *C. Verres nr 1*, RE VIII A2, Stuttgart 1958, col. 1569; sulle circostanze della nascita dell'opera cfr. K. Kumaniecki, *op. cit.*, pp. 106-125.

*dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare facturos esse, quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; inpetrant, ut ne iurent; dat his possessionem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum homini proscripto egentem de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur; itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena, quod alterius patroni testamento optemperasset. Das possessionem ei, qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est. Quid ad eum, qui ius dicit? utrum reprehendis, quod patronum iuvabat eum, qui [tum] in miseris erat, an quod alterius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? utrum horum reprehendis? Et hoc tum de sella vir optimus dixit: 'Equiti Romano tam locupletis libertinus homo sit heres?' O modestum ordinem, quod illinc vivus surrexit!*

Publio Trebonio desiderava far diventare erede suo fratello Aulo Trebonio che perse la cosiddetta *testamenti factio* perché fu proscritto in base alla *lex Cornelia* del 82° anno a.C.<sup>26</sup>. Il testatore decise di costituire più eredi e di richiedere che ognuno giurasse che avrebbe devoluto ad Aulo non meno di una metà della propria quota<sup>27</sup>.

Dal testo citato risulta che il liberto del padre dei Treboni (Cicerone parla sia di Publio che di Aulo come dei suoi patroni) fu l'unica persona che avesse prestato giuramento. I restanti eredi che aspiravano alla *bonorum possessio secundum tabulas* non avrebbero

<sup>26</sup> Por. Rotondi LP, p. 349.

<sup>27</sup> A. Watson, *op. cit.*, p. 38 rifletteva se si trattava della *condicio iurisiurandi* o dell'*iussum*. L'opera di Cicerone non costituisce una fonte giuridica, il che sembra essere difficile da stabilire.

potuto riceverla senza l'*iuramentum* richiesto dal testatore. Non volendo dividere le loro quote con il fratello del *de cuius*, denunciarono — *virī boni et honesti* — al pretore, che la richiesta dell'ereditando avrebbe portato ai risultati vietati dalla *lex Cornelia de proscriptione*. Il *magistratus* decise di scioglierli dal giuramento e di ammetterli alla *bonorum possessio contra tabulas*<sup>28</sup>. Decise, invece, di rifiutare la *bonorum possessio secundum tabulas* al liberto che, fedele, aveva prestato giuramento.

Il pretore non considerò invalida la richiesta del testatore, mentre l'opinione di Cicerone su questo caso prova che l'invito all'*iuramentum* non era contrario al diritto. Il giuramento sarebbe stato vincolante, se la situazione non fosse stata paralizzata dalla norma del diritto penale. Perciò Marco Tullio Cicerone riconobbe che non si doveva punire il liberto non ammettendolo alla *bonorum possessio secundum tabulas* a seguito di comportamento conforme alla volontà del patrono, ma bisognava applicare la sanzione prevista dalla *lex Cornelia* solo nel caso di sua violazione, cioè se egli avesse restituito qualche bene ereditario al proscritto.

Le parole *scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret* non consentono di affermare inequivocabilmente che avesse luogo la *rogatio*, cioè che la disposizione avesse il carattere di una richiesta, per cui, nella fattispecie trattata, è difficile parlare formalmente di fedecommesso<sup>29</sup>. Dal testo risulta solo l'obbligatorietà dell'adempimento della promessa per ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas*. È fuori dubbio, però, che Publio Trebonio provò a basarsi prima di tutto sulla *fides* degli eredi. Il riconoscere le sue azioni come fedecommesso sembra tanto fondato, se si considera che, nel periodo della repubblica non era stato ancora definito precisamente in che cosa consistesse il *fideicommissum*. La mancanza di tale definizione risultava allora del tutto naturale dall'inesistenza di alcuna

<sup>28</sup> Cfr. Lemerrier OF, p. 437.

<sup>29</sup> Cfr. Johnston RLT, pp. 23-24; Giodice TGF, p. 59; *contra* Lemerrier OF, p. 437.

possibilità concreta di esecuzione legale della richiesta dell'ereditando, prevista nel testamento e cioè che una parte di eredità di costui sarebbe stata restituita alla persona indicata. Inoltre, Publio Trebonio dovette rendersi conto che non avrebbe raggiunto l'effetto prefissato con un semplice fedecommesso non tutelato dalla legge e per questo decise di gravare gli *heredes scripti* con l'obbligo addizionale di prestare giuramento.

Confrontando le fonti dei tre testi finora esaminati, è facile rilevare che tutti trattano della restituzione dell'intera eredità o di una parte di essa espressa in frazione di un terzo, cioè del fedecommesso universale. Va, tuttavia, ammesso che essi non offrono nessuna base per poter dedurre che già durante la repubblica fosse apparsa una qualsiasi forma di tutela giuridica che permettesse di rivendicare la realizzazione del *fideicommissum*. È difficile non essere d'accordo con Alan Watson che sia Quinto Fadio Gallo, sia Publio Trebonio non fossero contenti del fatto che gli eredi fossero stati gravati con il fedecommesso che era privo di tutela giuridica. In entrambi i casi i testatori tentarono di rafforzare la loro richiesta con un mezzo addizionale, giacché dimostravano una limitata fiducia nell'onestà e probità dei loro eredi. Ciascuno degli ereditandi da solo cercava di tutelare ciò che non veniva tutelato dalla legge. Nonostante i diversi tentativi, costoro non raggiunsero però il loro scopo<sup>30</sup>.

Sebbene non tutte le fonti esaminate dimostrino che si facesse ricorso ai fedecommissi al tempo della repubblica, solo un frammento di Cic. fin. 2.58 testimonia la loro realizzazione effettiva. Essi non costituivano una rarità all'inizio del I° secolo a.C. — anzi, siccome Cicerone scriveva dei fedecommissi come se la loro esistenza fosse del tutto ovvia per il suo lettore, si può ritenere che i fedecommissi dovessero essere già allora abbastanza noti. Seguendo, invece, il suggerimento di A. Watson, bisogna fare attenzione a non sopravvalutare la forza dell'impegno morale di realizzare il

---

<sup>30</sup> A. Watson, *op. cit.*, p. 39.

*fideicommissum*, specialmente se si considera la decadenza generale dei vecchi costumi<sup>31</sup>.

Per concludere la rassegna dei testi che sono antecedenti all'impero di Ottaviano Augusto, occorre citare un frammento dell'opera *facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo.

Val. Max. 4.2.7: *Caeli vero Rufi ut vita inquinata, ita misericordia, quam Q. Pompeo praestitit, probanda. cui a se publica quaestione prostrato cum mater Cornelia fidei commissa praedia non redderet atque iste auxilium suum litteris implorasset, pertinacissime absenti adfuit. Recitavit etiam eius epistolam iudicio ultimae necessitatis indicem, qua impiam Corneliae avaritiam subvertit: factum propter eximiam humanitatem ne sub Caelio quidem auctore repudiandum.*

Quinto Pompeo, costretto a lasciare Roma, si recò a Bauli nei pressi di Miseno, dove sua madre Cornelia possedeva i propri beni. Ella rifiutò di devolvere al figlio i *fidei commissa praedia*, sperando che egli non fosse in grado di andare a Roma per intentare causa. Il figlio, però, si rivolse a Celio Rufio, suo recente nemico, chiedendogli aiuto. Questi acconsentì ad agire come procuratore di Q. Pompeo e, a quanto pare, portò a termine la causa con successo<sup>32</sup>.

La parola *iudicium* usata nel frammento citato, costituisce per P. Lemerrier la base essenziale della tesi, secondo la quale, allora ebbe luogo il processo censorio riguardante la realizzazione del fedecommesso. Il processo sarebbe stato fatto per punire Cornelia con la nota di infamia che nello stesso tempo diventava una sanzione indiretta, applicata per essere venuta meno alla *fides*<sup>33</sup>. Di parere contrario è V. Giodice-Sabbatelli<sup>34</sup>. Ella ritiene che, pur non prendendo in considerazione che l'opera di Valerio Massimo non è troppo attendibile nell'attribuirle consistenza giuridica, la sanzione indiretta

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Lemerrier OF, pp. 445-447 lo descrive ampiamente in contesto storico Val.Max.4.2.7.

<sup>33</sup> Lemerrier OF, pp. 450-452.

<sup>34</sup> Giodice TGF, p. 61.

sotto forma di nota censoria escluda in effetti, e non preveda, l'esistenza di strumenti autonomi e diretti a tutelare le disposizioni fedecommissarie.

Sembra che si debba dare ragione a Erich Genzmer<sup>35</sup> secondo il quale la tesi di P. Lemerrier è falsa per altri motivi. Nel I° secolo a.C., in una situazione di pericolo personale, certi beni venivano trasmessi abbastanza spesso attraverso la mancipazione alle persone di fiducia. Allo stesso tempo venivano obbligate, facendo appello alla loro *fides*, a restituire poi la proprietà di nuovo a colui che aveva loro affidato i beni con la *mancipatio fiduciaria*<sup>36</sup>. Probabilmente persona di fiducia era Cornelia, e un atto fiduciario venne concluso tra lei e suo figlio. Q. Pompeo si schierò, allora, contro di lei con una *actio fiduciae* (la parola *iudicium* si riferirebbe alla procedura *in iure*). Anche se tale interpretazione presuppone un'ingerenza nel testo originale Val. Max. 4.2.7<sup>37</sup>, essa sembra spiegare completamente il contenuto del frammento citato, e pure come esso non abbia niente a che fare con il fedecommesso.

Val. Max. 4.2.7 non dimostra l'esistenza della tutela giuridica per il fedecommesso nel periodo della repubblica perché riguarda non il *fideicommissum*, ma la *fiducia*. Una situazione simile si ha a proposito del frammento dell'orazione di Marco Tullio Cicerone *Pro Cluentio* citato da P. Lemerrier<sup>38</sup>:

<sup>35</sup> E. Genzmer, *op. cit.*, pp. 332-335.

<sup>36</sup> Boethius in Ciceronis Topica, ex l. 4 ad c. 10, 44: *Fiduciam — accepit, cuiusque res aliqua mancipatur, ut eam mancipati remancipet; velut, si quis tempus dubium timens amica potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi „fides” interponitur.* (Citato in seguito a C. Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, vol. II, Tubingae 1909, p. 74).

<sup>37</sup> A favore dell'ingerenza sotto forma di *fidei commissa praedia* al posto dell'originale *praedia fidei fiduciae causa mancipata* si schierano: F. Bruckner, *Zur Geschichte der Fideikommissse*, München 1893, pp. 7-8 n. 5; E. Genzmer, *op. cit.*, p. 334; Giodice TGF, p. 61; cfr. anche E. Huschke, *Iurisprudencia Anteiustiniana*, Lipsiae 1879, ad G.2.259-260, p. 232; Johnston RLT, p. 23 n. 10.

<sup>38</sup> Lemerrier OF, pp. 444-445.

Cic. Cluent. 7.10: *Is (Cn. Magius) heredem fecit illum adolescentulum Oppianicum, sororis suae filium, eumque paritri cum Dinaea matre iussit.*

La parola *iussit* usata qui, è difficile considerarla come preghiera o richiesta non impegnativa, eppure in questo originariamente si esprime la natura stessa del fedecommesso. Pare, invece, che essa corrisponda benissimo alla natura giuridica del *legatum*<sup>39</sup>. Perciò sembra fondata la tesi che la fattispecie nel frammento citato riguardi il lascito *iure civili* e non dovrebbe essere considerato quale fedecommesso<sup>40</sup>.

La domanda se il *fideicommissum* esisteva già ai tempi della repubblica, va quindi precisata strettamente. Se trattasi del riconoscimento giuridico accordato ai fedecommessi nel diritto preclassico, cioè della possibilità legale di costringere gli eredi a realizzare la volontà del testatore, l'esegesi delle fonti dei testi presentati non permette di dare una risposta positiva. Si incontrano, però, delle opinioni secondo cui i fedecommessi erano ampiamente diffusi prima dell'impero di Ottaviano Augusto<sup>41</sup>. Come, però, si deve intendere tale affermazione? Non ci sono grossi dubbi che già verso il cento avanti Cristo si considerava del tutto normale che il testatore chiedesse a colui che riceveva qualcosa dall'eredità, di devolvere determinati beni ad un terzo. Ciò era evidentemente legato alla possibilità di appellarsi alla *fides* nelle disposizioni *mortis causa*, che era ben nota grazie all'immagine comune del ruolo della *fides* nei rapporti interpersonali. Questo, però, non equivaleva a usare in pratica detta possibilità. Le fonti consultate lasciano concludere che il fedecommesso fosse già un fenomeno sociale prima di diventare una istituzione giuridica. Si delinearono allora almeno due elementi rilevanti di esso: la *rogatio* e il *vinculum fidei*. La mancanza di una definizione precisa di ciò che veniva considerato come fedecommesso costituiva la

<sup>39</sup> Ulp.24.1: *Legatum est quod legis modo, id est imperatice, testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocatur.*

<sup>40</sup> Cfr. E. Genzmer, *op. cit.*, p. 335 n. 1.

<sup>41</sup> Cfr. ad esempio H. J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, pp. 53-54 n. 21.

conseguenza naturale della mancanza di riconoscimento giuridico cioè del non comprendere il fedecommesso nell'ambito giuridico. Invece una parte relativamente piccola delle fonti riguardanti i fedecommissi nel periodo della repubblica, sembra indicare che in pratica si ricorresse a questo mezzo non troppo spesso. Inoltre, nel I° secolo a.C., dovevano esserci dei dubbi sulla forza reale dell'obbligazione morale da parte degli eredi ad eseguire il *fideicommissum* di cui erano stati gravati. In due casi su tre conosciuti di fedecommesso, gli eredi ricorrevano ai mezzi addizionali per garantire la realizzazione delle loro richieste.

Sta di fatto che tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fideicommissum* prima dell'impero di Ottaviano Augusto risalgano solo all'ultimo secolo della repubblica. Per la soluzione di questo quesito soccorre il seguente frammento delle *Institutiones* di Gaio.

G. 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui enim neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentu fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

La persona che non era in grado oppure, nei tempi remoti, non voleva fare né il testamento *calatis comitiis*, né il testamento *in procinctu*, restituiva all'amico tutto il patrimonio con la mancipazione chiedendogli che restituisse, dopo la sua morte, determinati beni alle persone indicate. La parola *rogabat* usata da Gaio dimostra che nella antica *mancipatio familiae* un ruolo essenziale lo svolgeva la richiesta dell'ereditando (*rogatio*). Nella letteratura dei pandettisti più volte veniva espressa la convinzione che essa costituiva un tipo primitivo del fedecommesso romano<sup>42</sup>. Se si rivolge, però, più attenzione alla diversità così notevole della *rogatio* dall'istituzione giuridica (il fedecommesso) che si formava

<sup>42</sup> Ferrini TG, p. 33; F. Milone, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli 1896, pp. 5-9.

agli inizi del principato, questa opinione risulterà inaccettabile. Dianzi si è detto come le fonti a noi pervenute confermino l'esistenza dei fedecommissi solo nell'ultimo secolo della repubblica. Eventualmente, si potrebbe presumere che fossero noti già nel II° secolo a.C. Ultimamente tale tesi è stata avanzata da Marleen De Bruin, secondo la quale i *fideicommissa* apparvero poco dopo l'approvazione della *lex Voconia*<sup>43</sup>. La suddetta tesi va presa, però, con molta prudenza perché è basata su testi non univoci nel loro contenuto ed eccezionalmente poveri di contenuto perché di dimensioni ridotte<sup>44</sup>. Invece, prima della metà del II° secolo a.C., in generale, è difficile parlare di *fideicommissum*, per cui la ricerca delle sue radici nella *rogatio* che accompagnava la *mancipatio familiae* sembra completamente errata. Il parere dei pandettisti nacque probabilmente dalla perdita della prospettiva storica durante le ricerche, condotte purtroppo forzatamente, sulla provenienza antica dei fedecommissi. Oltre agli argomenti risultanti dalla cronologia degli eventi, la critica della loro tesi è suffragata da un argomento dogmatico. Dalla *mancipatio familiae* si sviluppò poi il *testamentum per aes et libram*. Quando venne creata questa nuova forma di testamento, la *rogatio* compresa in essa acquistò pieno effetto giuridico. Ogni richiesta fatta fuori dalla *mancipatio familiae* provocava esclusivamente un'obbligazione morale da parte della persona a cui ci si rivolgeva (*rogatus*). Sembra più giusta l'idea che proprio da queste *rogationes* avesse poi inizio il *fideicommissum* come istituzione giuridica<sup>45</sup>.

Cicerone nel corso delle valutazioni nel *de finibus bonorum et malorum* differenzia le disposizioni testamentarie e le *commendationes*

<sup>43</sup> M. De Bruin, *Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideikommisß im zweiten Jahrhundert vor Christus*, RIDA 42/1995, pp. 167-194.

<sup>44</sup> Polybius, Hist.31.28.8: ὁ δὲ τοσοῦτον ἀπέσχε τοῦ κομίσασθαι <τι> ὧν πρότερον ἐδωρήσατο, περὶ ὧν ἀρτίως εἶποι, ὥστε καὶ ταῦτα καὶ τῆν' λοιπὴν οὐσίαν τῆν τῆς μητρὸς ἅπασαν ἀπέδωκε ταῖς ἀδελφαῖς. ἧς οὐδὲν αὐταῖς προσήκε κατὰ τοὺς νόμους; Terentius, Andr. 296: *Bona nostra haec tibi permitto et tuae mando fidei*.

<sup>45</sup> Biondi STD, pp. 286-287; cfr. anche Lemerrier OF, p. 448; Torrent FFR, p. 9.

*morientium*, quando scrive nel 3.65: *ex hac animorum adfectione testamenta commendationesque morientium natae sunt*. Queste *commendationes* sono le disposizioni fatte prima della morte nel senso più generico e non chiaro di questa parola. Il testatore poteva, ad esempio, lasciare i propri piccoli figliuoli sotto tutela dell'erede<sup>46</sup>. Il tratto caratteristico delle *commendationes* consisteva nel non far scaturire nessuna obbligazione giuridica ed erano basate sulla *fides*. Si deve convenire con E. Genzmer che ciò non doveva significare per forza che si facesse affidamento esclusivamente sulla *fides*<sup>47</sup>. Perciò alle origini del *fideicommissum* si trovò probabilmente un sottogruppo delle *commendationes morientium* che modificò leggermente il suo carattere specifico: in senso tecnico i fedecommissi si differenziavano da una massa di altre *commendationes* poiché in esse la richiesta era indirizzata non ad un amico, protettore o parente, ma alla persona cui veniva data l'eredità o il legato nel testamento.

Non c'è dubbio che il fedecommissario pur nel periodo più remoto della sua nascita, non era in nessun modo legato al mandato. È vero che il mandante chiedeva al mandatario di compiere gratuitamente certe attività anche a favore di terzi, ma il mandatario si impegnava a realizzare i compiti affidati, e in questo modo nasceva il contratto. Inoltre, il mandato, nella sua essenza, aveva un carattere esclusivamente personale, perciò in caso di morte del mandante veniva a mancare il soggetto che avrebbe potuto avanzare l'*actio mandati*. Per questo motivo veniva considerato giuridicamente inefficace il mandato il cui oggetto fosse una qualsiasi attività da compiere dopo la morte del mandante (*mandatum post mortem*). Il mandato quindi, era costituito da un'attività *inter vivos* e in quanto obbligazione non poteva essere originato dalla persona

<sup>46</sup> Cic.fin.3.9: *...uterque tibi testamento liberos suos commendavit...*; Sall.Catil.35.6: *Nunc Orestillam commendo tuaeque fidei trado, eam ab iniuria defendas, per liberos tuos rogatus*; anche Cic.fin.2.58; cfr. Lemerrier OF, pp. 442-443.

<sup>47</sup> E. Genzmer, *op. cit.*, pp. 330-331.

dell'ereditando<sup>48</sup>. Inoltre il mandato si differenziò e si formò come istituzione giuridica ben precisa già alla fine del II° secolo avanti Cristo<sup>49</sup>. Prendendo in considerazione tutto ciò che è stato finora detto, non sembra che il *fideicommissum* ed il *mandatum* potessero influire uno sull'altro pur nella fase dello sviluppo più remoto dei fedecommissi, perché già dall'inizio avevano una natura giuridica del tutto diversa.

## B) LA CONCESSIONE DEL RICONOSCIMENTO GIURIDICO AI FEDECOMMESSI

La situazione dei fedecommissi ai tempi della repubblica viene presentata nella prima parte del frammento I. 2.23.1 delle Istituzioni giustinianee. Essa può costituire un ottimo riassunto delle considerazioni comprese nel sottocapitolo precedente, nonché un'introduzione alla descrizione delle circostanze nelle quali il *fideicommissum* da fenomeno sociale diventò istituzione giuridica.

I. 2.23.1: *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum*

---

<sup>48</sup> G.3.15; cfr. E. Genzmer, *op. cit.*, p. 342; F. Longchamps de Brier, *Mandatum incertum w klasycznym prawie rzymskim*, Prawo Kanoniczne 37(1-2)/1994, p. 230 e la letteratura ivi citata. Secondo Orestano CEO, p. 19 la concessione della facoltà di impugnazione al fine di rivendicare i fedecommissi nell'ambito del processo formulare sarebbe uguale al riconoscimento giuridico del *mandatum post mortem*.

<sup>49</sup> F. Longchamps de Brier, *op. cit.*, p. 224.

*videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*<sup>50</sup>.

Sebbene sia stata condotta una discussione abbastanza ampia sulla provenienza del testo citato<sup>51</sup>, però non è stato contestato il contenuto stesso. Invece del tutto diversa si presenta la questione in altra fonte che menziona la nascita dei fedecommissi.

I. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris*

---

<sup>50</sup> Cfr. I.2.23.12: *Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt et ideo divus Augustus ad necessitatem iuris ea detraxit...*

<sup>51</sup> C. Ferrini, *Sulle fonti delle „Istituzioni” di Giustiniano*, BIDR 13/1901, p. 165 pur avendo dei dubbi ha riconosciuto che le informazioni trasmesse nel frammento delle Inst.2.23.1 sono state attinte dalle *Res cottidianae*. C.A. Maschi, *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, Studi Volterra, vol. IV, Milano 1971, pp. 689-690 riteneva, invece, che il testo citato provenisse dalle Istituzioni di Gaio, però non è stato considerato nel manoscritto veronese. Secondo l'autore nel redigere le Istituzioni giustinianee è stato utilizzato il manoscritto di un manuale classico più ampio. Decisamente contrario a questa tesi fu R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, pp. 53-61. Egli ha suggerito che le Inst.2.23.1 fossero state elaborate sulla base d'un'altra opera di Gaio. Queste non erano, però, le *Res cottidianae*, ma un'opera scritta in due libri *De fideicommissis*. Ultimamente la discussione è stata presentata e riassunta da Giodice TGF, pp. 33-41.

*ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret ultissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*<sup>52</sup>.

Secondo Antonio Guarino il testo in questione non è attendibile perché i cambiamenti postclassici effettuati in esso hanno condotto al „concentramento storico” che mette nell’impossibilità di trattarlo come un’importante fonte di conoscenza sugli inizi dei codicilli<sup>53</sup>. Questa tesi è stata sposata decisamente da Edward Champlin il quale aggiunge che il frammento delle Inst. 2.25 pr., scritto cinquecento anni dopo gli avvenimenti in esso presentati, è „completamente sterile come fonte della storia del diritto”<sup>54</sup>. Una serie di dubbi avanzò D. Johnston. Ciò nonostante egli è del parere che non ci sia motivo di ritenere che il discusso frammento delle Istituzioni giustinianee sia completamente astorico. A suo giudizio vale la pena di esaminarlo, visto il ruolo che in esso svolgono i *fideicommissa*<sup>55</sup>. Sulla stessa scia già precedentemente si era espresso E. Genzmer, ricordando che l’esistenza del fedecommesso non dipendeva, né dal

---

<sup>52</sup> Questo frammento è stato ispirato probabilmente dalle Istituzioni di Marciano, il che è stato sottolineato da C. Ferrini, *op. cit. ult.*, pp. 165-166. Cfr. B. Kübler, *rec. C. Ferrini, op. cit. ult.*, ZSS 23/1902, p. 518; V. Arangio-Ruiz, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, Scritti Ferrini (Pavia), Milano 1946, p. 86 n. 2.

<sup>53</sup> A. Guarino, „*Pauli de iure codicillorum liber singularis*”, ZSS 62/1942, pp. 249-254, e in particolare Id., *Isidoro di Siviglia e l’origine dei codicilli*, SDHI 10/1944, pp. 317-332. Cfr. anche A. Metro, *Studi sui codicilli*, vol. I, Milano 1979, pp. 18-32 [= *Inst. 2. 25 pr. e l’origine dei codicilli*, Atti del II Seminario Romanistico Gardesano 12-14 giugno 1978, Milano 1980, pp. 233-243] nonché Id., *Ancora su Isid., Etym. 5.24.14*, Studi Sanfilippo, vol. III, Milano 1983, pp. 451-460.

<sup>54</sup> E. Champlin, *Miscellanea testamentaria*, ZPE 62/1986, p. 251.

<sup>55</sup> Johnston RLT, pp. 26-27.

fatto che il codicillo in un dato momento venisse riconosciuto dalla legge, né da come venisse compilato e neanche dal posto dove il fedecommesso fosse inserito. Così, in quanto istituzione che rimane esclusivamente nella sfera della *fides* romana, il fedecommesso, il quale poteva nascere perfino oralmente, non poteva assolutamente essere vincolato dall'osservanza della forma imposta dalla legge<sup>56</sup>. Sembra condivisibile la tesi di V. Giodice-Sabbatelli, la quale propone, anziché di rifiutare il testo, di assumersi il compito di una lettura critica e di esaminare quanto la menzione su Lucio Lentulo sia conforme all'informazione sull'*iussum*, tratto dal frammento delle Inst. 2.23.1, dato da Ottaviano Augusto ai consoli<sup>57</sup>.

Lucio Lentulo, di cui parlano le Inst. 2.25 pr., sicuramente si rendeva conto molto bene che l'adempimento del *fideicommissum* era privo di tutela giuridica. Sapeva che, se quanto disposto con l'azione *mortis causa* non lo avesse fatto nella forma prescritta dal diritto civile, avrebbe potuto fare affidamento solo sulla *fides* della persona a cui si sarebbe rivolto. Però egli gravò del suo fedecommesso la persona giusta. In punto di morte, in Africa, scrisse i codicilli già prima confermati nel testamento<sup>58</sup>. In essi dispose un fedecommesso con cui pregava Ottaviano Augusto *ut faceret aliquid*. L'imperatore in ossequio alla persona del richiedente eseguì la sua volontà, tanto più volentieri, al punto che ciò divenne un'occasione per dare un buon esempio di fedeltà, lealtà ed onestà nonché di rispetto della volontà del defunto. È pur noto (cfr. Cic. Fin. 2.55 e Cic. Verr. II 1.123-124) che non mancavano esempi di slealtà verso tali situazioni. Il ripristino dei vecchi costumi, fra cui l'antica *fides* romana, rientrava nell'ideologia propagata da Augusto, la quale nella situazione di caos politico giustificava la concentrazione del

<sup>56</sup> E. Genzmer, *op. cit.*, p. 344.

<sup>57</sup> Giodice TGF, p. 51. L'autrice alle pp. 63-138 esamina esattamente il significato dell'espressione *iussit consulibus auctoritatem suam interponere*, però sulla base di essa non è in grado di costatare in che cosa formalmente consisteva l'attività dell'imperatore.

<sup>58</sup> Cfr. Amelotti TR, pp. 211-213.

potere nelle sue mani, facendo cadere ogni speranza di restaurazione del metodo repubblicano di governo.

Di fedecommissi simili a quello disposto da Lucio Lentulo dovevano essercene parecchi. Siccome i fedecommissi venivano eseguiti lo stesso, niente impediva di dare loro ufficialmente la tutela giuridica. Ciò potè essere tanto facilitato in quanto, sotto l'influsso di precedenti di prestigio, i giuristi che godevano di grande autorità appoggiavano già da un pò di tempo questa iniziativa<sup>59</sup>.

Non sembra che il riconoscimento giuridico accordato ai fedecommissi si sia verificato da un giorno all'altro anche se l'espressione *iussit consulibus auctoritatem suam interponere* potrebbe suggerirla. Si deve presumere che il procedimento in cui i fedecommissi acquisirono la tutela giuridica non fu lungo e si completò già sotto il regno di Ottaviano Augusto. Però è difficile indicare quando ciò esattamente accadde, perché mancano le fonti in merito. Tuttavia si può provare a determinare l'inizio di questo procedimento; a ciò contribuì anche l'esecuzione del fedecommissato di Lucio Lentulo.

Si suol credere che l'autore dei codicilli, *in futurum* confermati con il testamento, fosse L. Cornelius L. F. Lentulus, morto in Africa, il quale ricoprì il consolato nel 3° anno a.C. Egli morì probabilmente come proconsole in Africa nel 4° anno d.C. e perciò si ritiene che quell'anno disponesse il fedecommissato a carico di Ottaviano Augusto<sup>60</sup>. Ultimamente E. Champlin<sup>61</sup> ha giustamente osservato che

<sup>59</sup> Cfr. Giodice TGF, pp. 53-54.

<sup>60</sup> E. Groag, *s.v. Cornelius nr 198*, RE IV, Stuttgart 1901, col. 1372-1373. A favore del 4 d.C. come data della nascita del fedecommissato di Lucio Lentulo si sono dichiarati: P. Sonnet, *s.v. C. Trebatius Testa*, RE VIA, Stuttgart 1937, col. 2259; Bartošek SCT, p. 9; A. Watson, *op. cit.*, p. 38; R. Bauman, *Lawyers in Roman Transitional Politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München 1985, p. 134. A favore del 3 d.C. si è dichiarato Kaser CEO, p. 506 [p. 176], invece Lemerrier OF, p. 455 a favore del 5 d.C.

<sup>61</sup> E. Champlin, *op. cit.*, p. 250.

è possibile che un altro dei Luci Lentuli<sup>62</sup> sarebbe potuto essere l'autore dei codicilli, per esempio il proconsole — probabilmente il padre di L. Lentulo morto nel 4° anno d.C., che ricoprì la pretura nel 44° anno a.C.<sup>63</sup>. In tal caso, si dovrebbe datare molto prima l'evento descritto nelle Inst. 2.25 pr. Le Istituzioni giustinianee uniscono i codicilli di Lucio Lentulo alla persona del giurista Gaius Trebatius Testa<sup>64</sup>, che godeva della massima autorità (*cuius tunc auctoritas maxima erat*). Egli nacque non più tardi dello 84° anno a.C. — nel 4° anno d.C. avrebbe avuto 88 anni. Invece l'ultima menzione su di lui risale al 16° anno a.C.<sup>65</sup>, quando, come scrive Labeone, decideva questioni legali in relazione al divorzio di Mecenata e Terentia<sup>66</sup>, la quale fu la favorita di Augusto<sup>67</sup>. Sembra poco probabile che tutte le fonti a noi note abbiano taciuto su Trebazio a proposito degli ultimi 20 anni della sua vita, sebbene avanti negli anni, fosse il più eminente dei giuristi viventi.

In favore della datazione del fedecompresso di Lucio Lentulo verso il 15° anno a.C.<sup>68</sup> parlerebbe anche il fatto che questo era il periodo finale dell'attività riformatoria particolarmente intensa di

<sup>62</sup> Cfr. ad esempio *Prosopographia Imperii Romani*, vol. II, Berolini et Lipsiae 1936, pp. 336-338.

<sup>63</sup> F. Münzer, s.v. *Cornelius nr 197*, RE IV, Stuttgart 1901, col. 1372.

<sup>64</sup> Cfr. F. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, vol. I, Lipsiae 1896 (reprint Leipzig 1985), pp. 376-424 ; su questo giurista scrivono ampiamente: P. Sonnet, *op. cit.*, col. 2251-2261; R. Bauman, *op. cit.*, pp. 123-136; Bauman LP, pp. 23-24.

<sup>65</sup> Cfr. Dio.Cass.54.19.1-3.

<sup>66</sup> D.24.1.64. *Javolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis: Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit, si verum divortium fuisset ratam esse donationem, si simulatum contra.*

<sup>67</sup> Cfr. Dio.Cass.54.19.3,6.

<sup>68</sup> I dubbi sulla datazione del fedecompresso di Lucio Lentulo per l'inizio del I sec. d.C. li ha condiviso T. Spagnuolo Vigorita, *Le nuove leggi: Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli 1992, p. 158 n. 60, invece Johnston RLT, p. 28 nonché Giodice TGF, p. 53 sembrano non essere contrari a spostare la data verso il 15 a.C.

Ottaviano Augusto, anche nel campo giuridico. Nel 18° anno a.C. esisteva già la parte essenziale della legislazione coniugale: *lex Iulia de adulteriis* e *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>69</sup>. L'ipotesi che il fedecommesso di Lucio Lentulo dalle Inst. 2.25 pr. Risalga al 15° anno a.C. permette di affermare che cominciò allora il processo che in poco tempo condusse alla trasformazione del *fideicommissum* in istituzione giuridica.

Esaminando la nascita dei fedecommessi vale la pena di rivolgere l'attenzione ancora su un altro testo che accenna agli inizi dei fedecommessi. Esso può essere considerato almeno tanto più affidabile di altri due frammenti delle Istituzioni giustiniane, in quanto risale a centocinquanta anni e non cinquecento anni dopo il regno di Ottaviano Augusto. Esso si trova all'inizio stesso della „parte storica” del trattato sui fedecommessi, con il quale Gaio finì il secondo libro delle sue Istituzioni. Questa parte è compresa nelle considerazioni riguardanti le differenze tra lasciti *iure civili* e fedecommessi.

G. 2.285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

Il diritto romano non concedeva agli stranieri la *testamenti factio*<sup>70</sup>, e perciò non potevano essere costituiti eredi né si poteva lasciare loro dei legati. Nella prima frase del testo in questione, Gaio fa presente che gli inizi dei fedecommessi sono legati al fatto che gli stranieri grazie ad essi ricevevano i benefici *mortis causa*. Dalla contrapposizione delle espressioni *sed postea* ed *et nunc* nella frase successiva risulta che nella storia dei fedecommessi a beneficio degli stranieri ebbero luogo due eventi. Prima venne proibita la loro compilazione e successivamente su mozione di Adriano (*oratio principis*), cioè nella prima metà del II° secolo d.C., venne emanato

<sup>69</sup> Cfr. P. Jörs, „*Iuliae rogationes*” due studi sulla legislazione matrimoniale augustea, con una nota di lettura di T. Spagnuolo Vigorita, [Antiqua 36] Napoli 1985; Zabłocka PPOR, p. 34 e la letteratura ivi citata.

<sup>70</sup> G.1.25; G.2.110; G.2.218; G.286a; Ulp.20.14; Ulp.22.2; C.6.24.1.

un *senatus consultum*, che autorizzò il *fiscus* a rivendicare per sé i fedecommissi fatti contro il divieto. In questo modo gli stranieri vennero privati efficacemente della capacità di ricevere i fedecommissi.

Ci si può chiedere perché Gaio usò la parola *ferre* parlando cioè con esitazione dell'*origo fideicommissorum*. Tuttavia, quando egli scriveva le sue Istituzioni, la capacità degli stranieri a ricevere i fedecommissi faceva parte da poco tempo della storia, e non della giurisprudenza. Inoltre lasciando un'ombra di dubbio, Gaio non dava occasione alla discussione sulla giustizia della iniziativa dell'imperatore del quale scriveva in altro posto usando l'appellativo *divus sacratissimus Hadrianus*<sup>71</sup>. A causa dell'anzidetta iniziativa fu vietato ciò che si trovava alle sorgenti stesse della nascita e dello sviluppo celere di una istituzione giuridica così popolare ai tempi di Gaio<sup>72</sup>.

I frammenti delle Istituzioni giustinianee sugli inizi dei fedecommissi non fanno menzione alcuna degli stranieri. Nelle Inst. 2.23.1 si dice enigmaticamente che il nome stesso di *fideicommissum* derivi dal fatto che all'onestà delle persone aventi la capacità di ricevere in base al. testamento, veniva affidata la devoluzione dei beni a coloro che non potevano ottenere né eredità né legati. Questa espressione viene spiegata in un frammento della Parafraresi di Teofilo, che corrisponde alle Istituzioni giustinianee.

Par. 2.23.1: Τέω" δὲ σκοπήσωμεν περὶ τῆ" ἀρχαιογονία" αὐτῶν. Ἀνυπόστατα πάλαι πάντα ὑπῆρχε τὰ fideicommissa· οὐδεὶ" γὰρ ἄκων ταῦτα κατέβαλεν ἐκεῖνοι" οἱ" ἠξιώθη παρασχεῖν. Ἐπειροήθη δὲ ἐντεῦθεν τὰ fideicommissa. Συνέβαινε πολλάκι" ῥωμαῖοι τελευτᾶν ἔχοντα συγγενεῖς peregrinus, οἱ" οὐδὲ κληρονομίαν οὐδὲ ληγάτα καταλιμπάνειν ἐξῆν' διὰ τὸ διαφόρου πολιτεία" εἶναι. Ἐκάλει τοίνυν οὗτο" ῥωμαῖόν τινα, ὃ" ἠδύνατο αὐτῷ λεγέσθαι κληρονόμο" ἐκ διαθήκη" εὖνουν ὄντα καὶ πιστὸν ἐσόμενον, καὶ αὐτὸν μὲν ἔγραφε κληρονόμον, ἠξίου δὲ αὐτὸν ἐκλὸ" τῆ" διαθήκη", ὥ"τε ἢ πᾶσαν τὴν κληρονομίαν ἢ μέρος" αὐτῆ" ἢ καὶ ῥητὰ πράγματα τῷδε

<sup>71</sup> G.1.94; cfr. E. Huschke, *op. cit.*, ad G.2.285, p. 282.

<sup>72</sup> Cfr. ad esempio Kuryłowicz HF, pp. 192, 195.

τῶ peregrinῶ ἀποκατασταστῆσαι, καὶ ἐν τῇ τοῦ scriptu κληρονόμου ἀπέκειτο ἐξουσία, πότερον βούλεται ταῦτα δοῦναι ἢ οὐ. Οὐδεὶς γὰρ νόμου σύνδεσμος ἦν ὁ τοῦτο ποιεῖν αὐτὸν ἀναγκάζων, ἀλλ' ἐκ μόνῃ τῇ πίστει καὶ αἰδοῦ τῶν παρακληθέντων ἤρτητο ταῦτα. Ἀμέλει καὶ ἐντεῦθεν fideicommissa προσηγορεύθη τουτέστι τὰ τῇ πίστει καταπιστευθέντα.<sup>73</sup>

Grazie alla relazione del maestro della scuola di giurisprudenza di Constantinopoli<sup>74</sup> diventa chiaro che proprio gli stranieri erano quelle persone *quibus non poterant hereditates vel legata relinquere*. Inoltre, da Par. 2.23.1 risulta che la prassi di lasciare i fedecommissi a beneficio degli stranieri, che erano cognati dei cittadini romani, risaliva alle origini dei fedecommissi.

Quando il fedecommissario era privo di tutela giuridica, il testatore non faceva caso se il fedecommissario possedesse la *testamenti factio*, oppure no. Fedele alla *fides* romana, prima lo stesso Ottaviano Augusto effettuò i fedecommissi, e poi ne affidò la tutela amministrativa alla giurisdizione dei consoli<sup>75</sup>. È lecito supporre che tale tutela acquisirono prima di tutto i fedecommissi a beneficio degli stranieri che erano i più frequenti. Chiaramente nessun cittadino di buon senso avrebbe lasciato un beneficio a uno straniero che poteva essere inaccettabile per i consoli e un'azione contraria al rifiuto dei consoli sarebbe stata inutile o addirittura nociva. Invece se

---

<sup>73</sup> *Et in primis de eorum origine dispiciamus. olim quidem infirma omnia fideicommissa erant; nemo enim invitus ea iis praestare cogebatur, quibus rogatus fuerat. origo autem fideicommissorum haec fere fuit. saepius contingebat civem romanum mori, qui cognatos peregrinos haberet, quibus neque hereditates neque legata relinquere licebat, cum alius essent civitatis. instituebat ergo civem romanum quandam sibi benevolum, qui testamento heres fieri posset, cuius fides sibi esset probata; rogabatque eum extra testamentum ut vel omnem hereditatem vel eius partem vel certas res illi peregrino restitueret. in scripti autem heredis arbitrio erat utrum solveret necne, cum nullum esset iuris vinculum, quo ad hoc adstringeretur; sed fide tantum atque pudore eius qui rogabatur haec continebantur. Et ideo fideicommissa appellata sunt.*

<sup>74</sup> Schulz RLS, pp. 305-306.

<sup>75</sup> Cfr. C. A. Maschi, *op. cit.*, pp. 685-688.

uno straniero importante avesse fatto amicizia con un cittadino romano all'estero oppure per esempio fosse stata fratello della persona che aveva ottenuto proprio la cittadinanza romana, al fedecommesso sarebbe stata data esecuzione. Quando il *praetor fideicommissarius*<sup>76</sup> cominciò la sua attività probabilmente avvenne una maggiore liberalizzazione in tale materia e i fedecommissi si propagarono ancora di più specialmente grazie al fatto che erano l'unico modo per devolvere agli stranieri delle disposizioni *mortis causa*<sup>77</sup>. Per quanto tempo durò? Da G. 2.285 risulta che in un certo momento vennero vietate le disposizioni a beneficio degli stranieri fatte attraverso i fedecommissi. Sembra che i lasciti a beneficio degli stranieri non furono trascurati allorché venne concesso il riconoscimento giuridico ai fedecommissi. Lo testimonia l'espressione di Gaio *peregrini poterant capere*, nonché la grande attenzione rivolta agli stranieri nel frammento della Parafrasi. Il divieto di fare disposizioni a beneficio degli stranieri ebbe luogo *postea*, ma non *nunc*, cioè non sotto il regno dell'imperatore Adriano. Da ciò si deduce che esso fece la sua apparizione tra la fine del regno di Ottaviano Augusto e l'inizio di quello di Adriano.

Le scarse fonti in questione che si sono conservate permettono di fare una fondata supposizione.

Gnom.Id. § 18: *Τά" κατὰ πίστιν γεινομένα"*  
*κληρονομία" ὑπὸ ἑλλήνων εἰ" ῥωμαί[[ων]]ου" ἢ ὑπὸ*  
*'ρομαίων εἰ'"Ελληνα" ὁ θεὸ" Οὐεσπασιανὸ"* [α]νέλαβεν.<sup>78</sup>

Dal testo risulta che Vespasiano confiscò le eredità lasciate attraverso i fedecommissi dai Romani ai Greci e *viceversa*. Ai tempi di questo imperatore vennero disposti i primi fedecommissi universali a beneficio degli stranieri, il che consente di supporre che essi già precedentemente fossero ammissibili e godessero di tutela giuridica. Inoltre, la frase citata fa presente che quantomeno questi fedecommissi fossero vietati in Egitto. Gli interventi di Vespasiano

<sup>76</sup> Cfr. ad esempio Röhle PF, pp. 399-428. V. *infra* pp. 83-86.

<sup>77</sup> Cfr. E. Genzmer, *op. cit.*, p. 343; Daube LSPA, p. 96,

<sup>78</sup> Cfr. S. Riccobono jr., *Il Gnomon Idios Logos*, Palermo 1950, pp. 135-137.

miravano a creare una tutela per questa norma. Se si prende in considerazione che sotto il suo regno nacque il *senatus consultum Pegasianum*, in cui i *caelibes* ed *orbi* vennero privati del diritto di ricevere le disposizioni *mortis causa* attraverso i fedecommessi, si può sospettare che ai tempi di Vespasiano fossero vietati i fedecommessi a beneficio degli stranieri.

Rimane, però, la domanda perché proprio Adriano presentò l'*oratio*? Quando vennero vietati i fedecommessi, i *magistratus* non si occuparono più della loro realizzazione. In questo senso fu negata loro la tutela ed abolito il riconoscimento giuridico. Nonostante questo, i cittadini potevano lasciare i fedecommessi basandosi esclusivamente sulla *fides* degli eredi. Si ritornò alla situazione di prima del regno di Ottaviano Augusto. Perciò, se qualcuno teneva a interrompere completamente questa prassi, doveva fare emettere un *senatus consultum*, il quale avrebbe permesso al *fiscus* di rilevare i beni lasciati agli stranieri nei fedecommessi<sup>79</sup>. Sui motivi dell'*oratio principis* vi si dovrà ancora ritornare nel sottocapitolo successivo. Invece sulle considerazioni dedicate al riconoscimento giuridico dei fedecommessi è difficile non soffermarsi ancora sul rapporto di questo fatto con gli inizi del procedimento di cognizione<sup>80</sup>.

L'espressione *iussit consulibus auctoritatem suam interponere* testimonia il fatto che Ottaviano Augusto fece esaminare le cause riguardanti la realizzazione dei fedecommessi in *cognitio ex*

<sup>79</sup> Daube LSPA, pp. 99-100.; cfr. anche E. Champlin, *Final Judgments. Duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C. — A.D. 250*, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1991, pp. 58-59.

<sup>80</sup> Sulla *cognitio extra ordinem* cfr. Orestano CEO; Id., *La „cognitio extra ordinem“: una chimera*, SDHI 46/1980, pp. 236-247; G. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965; Id., *In tema di origine nel processo „extra ordinem“ (Lineamenti critici e ricostruttivi)*, Studi Volterra, vol. II, Milano 1971, pp. 665-757; W. Litewski, *Studia nad rzymskim postępowaniem kognicyjnym*, Kraków 1971; Id., *Rzymski proces cywilny*, Kraków 1988, pp. 73-103; Kaser CEO, pp. 499-527 [pp. 171-197]; I. Buti, *La „cognitio extra ordinem“: da Augusto a Diocleziano*, ANWR II 14, Berlin — New York 1982, pp. 29-59.

*auctoritate principis*. La notizia sulla concessione in questo modo del riconoscimento giuridico ai fedecommissi (parallelamente ai codicilli) costituisce la prima menzione, il primo caso confermato dell'applicazione di una procedura completamente nuova a tutela dei diritti privati. Doveva, dunque, esistere una stretta e diretta relazione tra il comparire dei fedecommissi come istituzione giuridica e la nascita della *cognitio extra ordinem* come nuova forma di procedura giudiziaria. Se effettivamente sia stato così, occorre indagare in che cosa consisteva la prassi.

Riccardo Orestano in uno dei suoi ultimi lavori dedicati al processo di cognizione giunse alla conclusione che né nelle fonti a noi pervenute, né nella realtà giuridica questa procedura non costituiva un sistema, mentre i Romani non ne avevano un concetto omogeneo. Perciò non si dovrebbe parlare della *cognitio extra ordinem*, ma delle *cognitiones extraordinariae*, degli *extraordinaria iudicia* oppure delle *extraordinariae actiones*<sup>81</sup>. Come si è già detto prima, nella descrizione del processo in seguito al quale il fedecommissario acquisì il pieno riconoscimento giuridico, si accenna ai primi interventi da parte del principe, i quali, in breve, vennero trasformati nell'*adsidua iurisdictio*<sup>82</sup>. Del resto, in questo processo si può distinguere tutta una serie di elementi completamente fondamentali per lo sviluppo della *cognitio extra ordinem*, addirittura nei suoi aspetti più tipici. Elementi che tutti o in parte si trovano anche in altre istituzioni tutelate allo stesso modo. Essi sono: l'intervento diretto dell'imperatore; la delega del *magistratus* (inizialmente per singoli casi, poi permanente); la creazione di nuovi organi; il riconoscimento di validità a obblighi inesigibili in virtù dello *ius civile*; l'introduzione di principi nuovi accompagnata dalla conseguente paralisi dei principi civili; la popolarità dell'innovazione imperiale; la riforma attuata non in via legislativa, ma partendo dal caso singolo; il carattere equitativo universalmente sentito dell'innovazione stessa nonché il suo adeguamento alle necessità

<sup>81</sup> R. Orestano, *op. cit. ult.*, p. 237.

<sup>82</sup> Più ampiamente su questo tema v. *infra* pp. 81-86.

morali e sociali<sup>83</sup>. Sembra quindi, che la procedura in cui veniva rivendicata la realizzazione dei fedecommissi costituiti dagli ereditandi, fosse la prima *cognitio extra ordinem*. Da qui si può dedurre che il riconoscimento giuridico dei fedecommissi desse origine al processo di cognizione.

### C) I FEDECOMMESSI UNIVERSALI

#### E LA NASCITA DEI FEDECOMMESSI

Tutti i testi che in modo sicuro testimoniano l'esistenza dei fedecommissi nell'ultimo secolo della repubblica: Cic. fin. 2.55, Cic. fin. 2.58 e Cic. Verr. II 1.123-124, trattano della restituzione dell'eredità intera oppure espressa in frazione. Ne consegue che gli ereditandi assai spesso si servivano allora del *fideicommissum hereditatis*. Sembra, quindi, che la sua applicazione servisse a diffondere tutti i fedecommissi. Inoltre si può azzardare la tesi che la loro nascita come fenomeno sociale fosse strettamente legata proprio agli inizi dei fedecommissi universali.

Le considerazioni precedenti sulla nascita del *fideicommissum* come istituzione giuridica non offrono alcuna base per dubitare che i fedecommissi universali acquisissero il riconoscimento giuridico del tutto indipendentemente, prima o dopo altri fedecommissi. Tutti i fedecommissi dovettero, dunque, acquisire la tutela giuridica contemporaneamente. Se si conosce, invece, la particolare importanza del *fideicommissum hereditatis* ai tempi antecedenti l'impero di Ottaviano Augusto, vale la pena di chiedersi se il fedecommissio universale non avesse recitato un ruolo particolare nella trasformazione del fedecommissio da fenomeno sociale a istituzione giuridica.

Prima di provare a rispondere a questa domanda, è bene rivolgere l'attenzione sul legato parziario (*legatum partitionis*,

---

<sup>83</sup> Orestano CEO, p. 19.

*partitio legata*)<sup>84</sup>, che permetteva agli eredi di raggiungere un effetto simile a quello del *fideicommissum hereditatis*; giacché quello era un lascito in cui al legatario venivano devoluti non i singoli beni indicati dal testatore, ma una parte del patrimonio ereditario espressa in frazione. Perciò, considerando tutte le differenze che esistevano tra i legati ed i fedecommissi<sup>85</sup>, non si può omettere che esso aveva lo stesso oggetto del fedecommissio universale. Era costituito da una parte dell'eredità che l'erede ripartiva (*partitio*) con il legatario.

Siccome il *legatum partitionis* a motivo della sua essenza creava da parte dell'erede l'obbligo di restituire non tanto i singoli beni, quanto una parte del *patrimonium* intero, nacque il problema derivante dal carattere personale del rapporto obbligatorio. L'impossibilità naturale di trasferire i crediti ed i debiti ad altro soggetto costrinse ad intraprendere delle azioni complesse al fine di realizzare il legato parziario. I beni materiali ogni volta venivano devoluti al legatario, ma oltre a ciò si dovevano concludere le stipulazioni reciproche (*stipulationes partis et pro parte*)<sup>86</sup>, perché, conforme alla volontà del testatore, acquisisse una partecipazione nei debiti e crediti ereditari. Nella *stipulatio partis* l'erede prometteva di

---

<sup>84</sup> I testi conservati riguardanti il *legatum partitionis* purtroppo non sono numerosi: Cic.Caecin.4.12; Cic.Cluent.7.21; G.2.254; G.2.257; D.28.6.39 pr. Javolenus *libro primo ex posterioribus*; D.30.23. Paulus *libro tertio ad Sabinum*; D.30.26.2. Pomponius *libro quinto ad Sabinum*; D.30.27. Paulus *libro nono ad Plautium*; D.30.104.7. Julianus *libro primo ad Urseium Ferozem*; D.31.8.5. Paulus *libro nono ad Plautium*; D.31.9. Modestinus *libro nono regularum*; D.32.29.1. Labeo *libro secundo posteriorum a Javoleno epitomatorum*; D.33.2.32.8. Scaevola *libro quinto decimo digestorum*; D.36.1.23.5. Ulpianus *libro quinto disputationum*; D.50.16.164.1. Ulpianus *libro quinto decimo ad Sabinum*; I.2.23.5; Ulp.24.25; Ulp.25.15; Par.2.23.5. Cfr. U. Coli, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, pp. 92-95; A. Ormani, *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, Studi Betti, vol. IV, Milano 1962, pp. 612-617; Metro LP, pp. 291-330; H. Stiegler, s.v. *partitio legata*, RE Suppl. XI, Stuttgart 1968, col. 1033-1049; Grosso LDR, pp. 272-274; Manthe SCP, pp. 21-22, 54-64, 79-80, nn. 10-12.

<sup>85</sup> Cfr. G.268-283.

<sup>86</sup> Cfr. Metro LP, pp. 318-323.

trasferirgli una adeguata parte di quello che avrebbe ricevuto dai debitori in futuro. Il legatario concludeva la *stipulatio pro parte* impegnandosi a restituire quella parte dei debiti che si accollava e che sarebbe stata precedentemente soluta dall'erede<sup>87</sup>.

Il legato parziario nacque probabilmente ancora prima dell'approvazione della *lex Voconia*<sup>88</sup>, cioè prima della nascita dei fedecommissi come fenomeno sociale e assai prima che acquisissero il riconoscimento giuridico. Fino al 169° anno a.C. esso non fu, come si può presumere, limitato quantitativamente. Dopo la sua approvazione cominciò ad applicarsi ad esso il limite introdotto per tutti i lasciti: il *legatum partitionis* non poteva allora superare una metà dell'eredità. La *lex Falcidia* abolì i regolamenti precedenti e d'ora in poi il legato parziario poté, garantendo all'erede la *quarta Falcidia* introdotta con essa, comprendere fino a tre quarti di eredità<sup>89</sup>. Ciò nonostante il legatario non smise mai di essere successore singolare nei confronti dell'ereditando<sup>90</sup>.

Senza un esame dettagliato della costruzione dogmatica del fedecommesso universale, è difficile paragonarlo al legato parziario. Nondimeno, non c'è dubbio che dalla concessione stessa del riconoscimento giuridico al fedecommesso universale ne risultasse una più comoda applicazione o desse all'ereditando possibilità più ampie di disporre del patrimonio *mortis causa* rispetto a un'istituzione di diritto civile decisamente più antica che a prima vista permetteva di raggiungere effetti simili.

Dianzi è stata posta la domanda sul ruolo che poteva svolgere il *fideicommissum hereditatis* per la trasformazione dei fedecommissi da un fenomeno sociale in un'istituzione giuridica. Sembra che per rispondere ad essa si debba ritornare all'analisi dei motivi che provocarono l'intervento dell'imperatore Adriano e il consenso del senato per privare gli stranieri della capacità di ricevere i

---

<sup>87</sup> In modo più ampio sulle *stipulationes partis et pro parte* v. *infra* pp. 126-129.

<sup>88</sup> Metro LP, pp. 292-311.

<sup>89</sup> Metro LP, pp. 318-323.

<sup>90</sup> Ferrini TG, p. 45.

fedecommissi. La questione riguardante i fedecommissi a beneficio degli stranieri non sarebbe stata né così clamorosa, né avrebbe riscosso un interesse così vasto, se si fosse trattato di un non meglio precisato tipo di *fideicommissa*. La faccenda doveva essere estremamente seria, e così poteva essere prima di tutto la questione dei fedecommissi universali, cioè i lasciti nei quali agli stranieri venivano trasferiti in eredità interi patrimoni oppure le loro parti espresse astrattamente in frazioni. Anche se mancano le prove dirette, esiste una serie di indizi. Uno di essi è per esempio l'*argumentum a rubrica*: il frammento delle Inst. 2.23.1 sulla nascita del fedecommisso come istituzione giuridica fu posizionato tra due testi riguardanti il fedecommisso ereditario; il primo sembra assumere anche la funzione di titolo.

In verità, sia nelle Inst. 2.23.1, che nel Par. 2.23.1 si parla congiuntamente della impossibilità di acquisire eredità e lasciti (successione universale e singolare), però la così detta *testamenti factio passiva* è ugualmente richiesta sia dall'erede che dal legatario. In un manuale, quale sono le Istituzioni, sarebbe stato difficile trattare separatamente entrambi questi tipi di successioni legali *mortis causa*, giacché per chiunque la cosa più importante era chi sarebbe stato l'erede.

Agli eredi amici o parenti si poteva in vita donare dei singoli beni<sup>91</sup>. Il disfarsi in questo modo di tutto il patrimonio era non solo scomodo, ma poteva diventare pericoloso. Il fedecommisso universale in questa situazione assumeva un'importanza particolare.

Non sembra che altre categorie di persone (*orbi, caelibes*)<sup>92</sup>, elencate subito dopo gli stranieri dal Gai. 2.285, contribuissero al pari

---

<sup>91</sup> Però allora si doveva essere consapevoli dei limiti risultanti dalla *lex Cincia de donis et muneribus*. Su questa legge cfr. ad esempio Biondi STD, pp. 633-639; F. Casavola, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli 1960; G. Melillo, *Arnobio e l'ultima vicenda della «lex Cincia»*, *Labeo* 8/1962, pp. 62-72; J. Dénoyez, *'Delegatio' et 'lex Cincia'*, Studi Volterra, vol. III, Milano 1971, pp. 7-14.

<sup>92</sup> G.2.286: *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. 286a. Item orbi,*

di loro a propagare i fedecommissi oppure approfittassero della possibilità di ricevere le disposizioni *mortis causa* grazie al fedecommesso alla stregua degli stranieri fin dall'inizio così come loro. È difficile sostenere che Ottaviano Augusto, il quale introdusse le rigorose leggi *Iulia* e *Papia Poppea* facenti pressione su *caelibes* ed *orbi* privandoli della *capacitas*, acconsentisse a trasferir loro i patrimoni attraverso i fedecommissi. Invece l'acquisizione da parte degli stranieri a seguito di eredità anche di intere fortune non era ritenuto pericoloso dal punto di vista dell'imperatore, nonostante ciò fosse un'elusione dello *ius civile*. Costoro non potevano essere proprietari di terreni italici che naturalmente costituivano la base delle maggiori fortune delle migliori famiglie dell'Urbe. Questo avveniva perché i terreni situati sulla Penisola Appenninica erano oggetto di proprietà quiritaria, titolare della quale poteva diventare esclusivamente il cittadino romano.

Ottaviano Augusto svolgendo la propria politica giuridica cercava di raggiungere concreti scopi sociali con l'introduzione di una serie di nuovi regolamenti. Non una volta manipolò l'ambito delle singole capacità soggettive. Sotto il suo impero i fedecommissi acquisirono il riconoscimento giuridico, e l'imperatore acconsentì, tra l'altro, affinché venissero disposti a beneficio degli stranieri. Ai tempi di Adriano si cominciò ad avvertire che diversi fenomeni e processi sfuggivano al controllo. Un'attività legislativa intensa doveva portare alla loro sistemazione. Questo portava spesso all'abolizione dei regolamenti introdotti da Ottaviano Augusto<sup>93</sup>. In questo contesto si presentò l'occasione per riesaminare anche i fedecommissi e per una eventuale revisione di alcune norme che li riguardano. Su richiesta dell'imperatore Adriano il senato privò le *personae incertae* nonché i *postumi alieni* della capacità di ricevere disposizioni *mortis causa*

---

*qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse.[...]*

<sup>93</sup> J.F. Gardner, *Hadrian and the Social Legacy of Augustus*, *Labeo* 42/1996, pp. 83-100.

grazie ai fedecommissi<sup>94</sup>. Sotto il suo regno venne emanato anche il *senatus consultum Aponianum*, grazie al quale *municipia* e *civitates* acquisirono il diritto di ricevere eredità attraverso il *fideicommissum hereditatis*<sup>95</sup>. Come si vede, i fedecommissi godevano già allora di un grande interesse e su di essi riabbattè un'ondata di cambiamenti. Del resto questo non dovrebbe stupire: nel corso di più di cento anni questa istituzione giuridica è stata considerata in maniera diversa che alle sue origini. Proprio allora i Romani in primo luogo dovettero concentrare l'attenzione sui fedecommissi a beneficio degli stranieri, che venivano compilati contro un divieto palese. L'iniziativa di Adriano in questa materia costituisce un ottimo esempio di attività tendente a mettere ordine giuridico e a dare ad esso piena efficacia.

Va ricordato che tutte le fonti provenienti dal periodo della repubblica, le quali riguardano i fedecommissi, parlano della devoluzione dell'intera eredità o di una sua parte cioè del fedecommissio universale. Non si sa che cosa riguardasse il fedecommissio imposto ad Ottaviano Augusto da Lucio Lentulo. Anche se questo non era il *fideicommissum hereditatis*, prendendo però in considerazione tutte le altre circostanze che accompagnavano la trasformazione dei fedecommissi da fenomeno sociale in istituzione giuridica, irresistibilmente si arriva alla conclusione che, prima di tutto grazie all'importanza e all'universalità del fedecommissio ereditario, si arrivò a concedere la tutela giuridica a tutti i fedecommissi.

Quando ai fedecommissi venne riconosciuta la tutela giuridica, anche il *fideicommissum hereditatis* la acquisì. Perciò la sua apparizione come istituzione giuridica sembra uguale al concedere il riconoscimento giuridico ai fedecommissi in genere. Dai frammenti di G. 2.285 e Par. 2.23.1 risulta che la nascita dei fedecommissi fu strettamente legata ai fedecommissi largamente diffusi a beneficio degli stranieri. Gli stranieri, nel diritto romano, non godevano della *testamenti factio*, perciò i fedecommissi costituivano l'unico modo

<sup>94</sup> V. *infra* pp. 145-149.

<sup>95</sup> V. *infra* pp. 165-170.

per effettuare le disposizioni *mortis causa* a loro beneficio. Perciò si può presumere che la concessione della tutela giuridica abbia rafforzato dapprima i fedecommissi a beneficio degli stranieri e grazie a ciò anche la stessa istituzione giuridica del fedecommesso si sia diffusa in tutto lo stato. Però questo reciproco influsso non avrebbe avuto un significato maggiore, se oggetto dei fedecommissi non fossero state eredità intere oppure parti di esse. La possibilità di devolvere ad una persona scelta l'insieme di diritti nella loro interezza costituisce il problema fondamentale ed essenziale di ogni testatore. Tutte le suddette circostanze conducono inevitabilmente alla conclusione che il ruolo centrale e decisivo nel processo di creazione del fedecommesso come istituzione giuridica nonché nella sua diffusione nell'*Imperium Romanum*, l'abbiano avuto i fedecommissi ereditari a beneficio degli stranieri.

#### D) CONCLUSIONI

L'analisi delle fonti risalenti ai tempi della repubblica sembra dimostrare che allora non esisteva alcuna sanzione giuridica che costringesse ad adempiere al fedecommesso la persona alla quale era imposto. Però si può notare che già allora era nota la possibilità di appellarsi alla *fides* nelle disposizioni *mortis causa*. Essa veniva ampiamente accettata e considerata del tutto naturale a causa del concetto universale del ruolo della *fides* nei rapporti interpersonali. Però in pratica l'utilizzo di questa possibilità probabilmente non era frequente, a causa della fiducia limitata dei testatori sulla onestà e probità degli eredi — specialmente nei confronti di una seria crisi delle antiche usanze nell'ultimo secolo della repubblica. La mancanza di una chiara definizione del fedecommesso fu allora la conseguenza della mancanza del riconoscimento giuridico, cioè di considerare il fedecommesso atto giuridico. Ciò nonostante, in questo periodo si delinearono già decisamente i suoi due tratti caratteristici.

Primo, il *fideicommissum* nacque in eseguito alla richiesta (*rogatio*) diretta dal testatore alla persona che riceveva qualcosa dal

patrimonio ereditario. Inizialmente le *rogationes* comparivano anche nella *mancipatio familiae*. Quando, invece, esso fu incluso nel *testamentum per aes et libram*, la relativa *rogatio* ebbe il pieno effetto giuridico. Tutte le altre disposizioni fatte al di fuori di questa forma di attività giuridica *mortis causa*, facevano nascere esclusivamente un'obbligazione morale da parte della persona a cui ci si indirizzava. Sembra che da esse derivino i fedecommessi che costituivano un gruppo particolare delle *commendationes morientium*. Si differenziavano in senso tecnico da altre disposizioni per il fatto che venivano indirizzate non ad amici, protettori o parenti, ma a persone cui veniva data l'eredità o il legato nel testamento.

In secondo luogo, la sicurezza di realizzare la disposizione dell'ereditando si basava esclusivamente sulla *fides*. La forza di questa obbligazione morale non andava sottovalutata nel I° secolo a.C., a cui risalgono le analizzate fonti extragiuridiche. Perciò gli ereditandi si sforzavano di assicurarsi l'adempimento dei fedecommessi cercando per essi una sanzione aggiuntiva sotto forma di una pressione sociale oppure esigendo dagli eredi un opportuno giuramento.

Ottaviano Augusto per primo decise di concedere la tutela giuridica ai fedecommessi. A questo scopo impose ai consoli che facessero realizzare prima alcuni fedecommessi concreti in via amministrativa. Col passar del tempo si sviluppò una *adsidua iurisdictio*. Gli interventi del principe furono dettati non solo dalla disonestà evidente degli eredi, ma anche dal rispetto per le persone dei testatori. Tutto il processo, in cui i fedecommessi acquisirono il riconoscimento giuridico, cominciò verso il 15° anno a.C. e finì probabilmente ancora sotto il regno del primo imperatore. La concessione della tutela giuridica ai fedecommessi non ebbe solo un effetto materiale-giuridico sotto forma di trasformazione di un fenomeno sociale in una istituzione giuridica. La procedura in cui veniva rivendicata la realizzazione dei fedecommessi, costituiva la prima *cognitio extra ordinem*. In questo modo si diede inizio ad un nuovo tipo di tutela giuridica dei diritti privati cioè la procedura di cognizione.

Tutte le fonti risalenti al periodo della repubblica che si riferiscono al fedecommesso parlano dei fedecommessi, nei quali il

testatore esige di devolvere ad una terza persona l'intera eredità oppure una parte frazionaria di essa. Quindi pare che prima che Ottaviano Augusto arrivasse al potere, il *fideicommissum hereditatis* era il tipo più popolare di fedecommisso. Questo particolare significato del fedecommisso di eredità non può stupire: il valore dei beni che venivano trasferiti per suo tramite doveva essere imparagonabilmente maggiore del patrimonio trasferito attraverso tutti gli altri fedecommissi.

Non esiste alcun argomento importante contro l'affermazione che, ai tempi di Ottaviano Augusto, il fedecommisso universale era tutelato giuridicamente assieme ad altri fedecommissi. In questo contesto pare del tutto ovvio che gli inizi del *fideicommissum hereditatis*, come istituzione giuridica, siano uguali agli inizi di altri fedecommissi di eredità. In più, è difficile non rilevare che il fedecommisso universale si sviluppò e acquisì il riconoscimento giuridico nonostante che ai tempi della repubblica esistesse già il legato parziario, grazie al quale il testatore poteva lasciare non singoli beni, ma una parte del suo patrimonio espressa in frazione. Ne risulta che il fedecommisso universale doveva essere più comodo nell'applicazione oppure offriva all'ereditando possibilità più ampie di disporre del patrimonio *mortis causa* rispetto all'istituzione dello *ius civile*, decisamente più antica, che permetteva di raggiungere effetti simili.

La nascita dei fedecommissi fu strettamente legata ai fedecommissi largamente diffusi a beneficio degli stranieri. La concessione della sanzione giuridica rafforzò, come si vede, per primo proprio questi fedecommissi, e grazie a ciò l'istituzione si diffuse ampiamente in tutto lo stato. Già ai tempi della repubblica il *fideicommissum hereditatis* occupava un posto speciale tra tutti i fedecommissi. La possibilità di devolvere ad una persona scelta l'insieme dei diritti nella sua interezza costituiva un problema fondamentale ed essenziale di ogni testatore. Sembra, quindi, che proprio i fedecommissi universali a beneficio degli stranieri abbiano svolto un ruolo particolare nella nascita e nella diffusione del *fideicommissum* come istituzione giuridica.

## CAPITOLO II

### IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE NELLE FONTI DEL DIRITTO CLASSICO

#### A) TERMINOLOGIA ED ESEMPI

I giuristi dell'epoca classica si servirono perfino di tre espressioni per definire la situazione in cui l'ereditando con il fedecommesso chiedeva di restituire l'eredità intera oppure una parte di essa alla persona indicata. Il fedecommesso universale assai più spesso veniva chiamato *fideicommissa hereditas*<sup>96</sup> e *fideicommissaria hereditas*<sup>97</sup>,

---

<sup>96</sup> D.2.15.17. Papinianus *libro secundo quaestionum*; D.3.5.25. Modestinus *libro primo responsorum*; D.28.2.18. Ulpianus *libro septimo ad edictum*; D.34.4.3.2. Ulpianus *libro vicesimo quarto ad Sabinum*; D.36.1.12. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.36.1.27. Paulus *libro singulari de senatus consulti*; D.36.1.46 pr. Marcellus *libro quinto decimo digestorum*; D.36.1.48. Javolenus *libro undecimo epistularum*; D.36.1.49. Pomponius *libro primo variarum lectionum*; D.36.1.57.2.5. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.36.1.66.1. Maecianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.72.1. Pomponius *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.81. Scaevola *libro singulari quaestionum publice tractatarum*; D.37.4.16. Pomponius *libro quarto ad Sabinum*; D.40.5.20. Pomponius *libro septimo epistularum*; C.6.54.4 pr. Severus et Antoninus (a. 215); cfr. Ulp.22.5.

<sup>97</sup> D.5.6.1. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*; D.5.6.3 pr. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*; D.29.4.17. Gaius *libro septimo decimo ad edictum provinciale*; D.29.7.13.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.31.77.24. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.35.2.91. Marcianus *libro tertio institutionum*; D.36.1.6.5. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.11.2. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.17.13. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.19 pr. Ulpianus *libro quinto decimo ad Sabinum*; D.36.1.56. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*.

cioè l'eredità fedecommissaria. Anche nel *senatus consultum Trebellianum*<sup>98</sup> venne usata l'espressione *fideicommissaria hereditas*<sup>99</sup>. Vista la frequenza con cui entrambe le espressioni appaiono nelle fonti, saranno usate ambedue nella parte successiva dello studio.

Tra i giuristi classici praticamente solo Papiniano si servì dell'espressione *fideicommissum hereditatis*<sup>100</sup>, con cui oggi comunemente viene chiamato il fedecommesso universale. Invece l'espressione *universitatis fideicommissum* sembra essere un'espressione della giurisprudenza postclassica: appare perfino otto volte nella parte tipicamente dogmatica contenuta nei *Gai Institutionum fragmenta Augustodunensia*<sup>101</sup>, nonché nelle costituzioni giustiniane<sup>102</sup>.

Più volte si è parlato del fedecommesso universale in modo descrittivo. Allora venivano usati i seguenti termini: *hereditas per fideicommissum data*<sup>103</sup>, *relicta*<sup>104</sup> o *hereditas ex fideicommissi causa*

<sup>98</sup> Sul *senatus consultum Trebellianum* v. *infra* pp. 97-116.

<sup>99</sup> D.36.1.1.2. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>100</sup> D.28.6.41.3. Papinianus *libro sexto responsorum*; D.36.1.54.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.42.8.19. Papinianus *libro undecimo responsorum*. L'espressione *fideicommissum hereditatis* appare anche nei G. Aug. 2.71a, però in questo testo mancano le parole sia che la precedono, sia che seguono. Data la mancanza del contesto è difficile giudicare se essa fosse usata come un'espressione, o le parole *fideicommissum* e *hereditatis* si trovano accanto a sé indipendentemente come in D.32.40 pr. Scaevola *libro vicesimo primo digestorum*, tanto più che l'espressione tipica usata in *Gai Institutionum fragmenta Augustodunensia* è *universitatis fideicommissum* (v. *infra* n. 101).

<sup>101</sup> G. Aug. 2.61; G. Aug. 2.62; G. Aug. 2.63 (tre volte); G. Aug. 2.74 (due volte); G. Aug. 2.76. Questa fonte è datata al IV oppure V sec. d.C., cfr. *Fragmenta interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*, edd. A. Chantelain — P. Krueger, C. Ferrini — V. Scialoja, BIDR 13/1901, p. 6; A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, pp. 487-488.

<sup>102</sup> C. 6.42.32 pr. Justinianus (a. 531); C. 6.43.3.3. Justinianus (a. 531); cfr. anche C. 1.2.13. Valentinianus et Marcianus (a. 455.); Nov. Theod. 22.2.2; C. 10.35.2.1. Theodosius et Valentinianus (a. 443).

<sup>103</sup> D. 26.5.13 pr. Papinianus *libro undecimo quaestionum*; D. 31.89.7. Scaevola *libro quarto responsorum*; D. 40.5.42. Maecianus *libro septimo fideicommissorum*.

*restituta*<sup>105</sup>, *relicta*<sup>106</sup> oppure *hereditas in fideicommisso est*<sup>107</sup>. Apparvero anche le descrizioni delle attività: *per fideicommissum hereditatem relinquere*<sup>108</sup>, *restituere*<sup>109</sup>, o nei confronti del fedecommissario *hereditatem ex causa fideicommissi tenere*<sup>110</sup>, *recipere*<sup>111</sup>. Nella presentazione e discussione di vari problemi legati alla restituzione, cioè al restituire, in base al fedecommisso, dell'eredità o di una sua parte espressa in frazione, il più spesso venivano usati i verbi *restituere* i *reddere*, anche se ne troviamo pure degli altri, per esempio *pertinere*<sup>112</sup> o *revertor*<sup>113</sup>, e perfino *revendere*<sup>114</sup>, la cui applicazione proprio in questo contesto può stupire.

Per costituire un fedecommisso universale concreto, il quale veniva inserito nel testamento oppure in un codicillo<sup>115</sup>, ci si serviva

<sup>104</sup> D.12.6.34. Julianus libro quadragesimo digestorum; D.36.1.32 pr.-1. Marcianus libro nono institutionum; D.36.1.46.1. Marcellus libro quinto decimo digestorum; C.6.49.3. Carus Carinus et Numerianus (sine die et consule).

<sup>105</sup> G.2.253; D.36.1.37. Paulus libro tertio decimo ad edictum; D.36.1.60.1. Papinianus libro nono responsorum.

<sup>106</sup> D.45.1.122.6. Scaevola libro vicesimo octavo digestorum; cfr. D.36.1.80.10. Scaevola libro vicensimo primo digestorum; D.36.3.4. Ulpianus libro quinto decimo ad edictum.

<sup>107</sup> D.22.1.14.1. Paulus libro quarto responsorum.

<sup>108</sup> D.29.1.13.4. Ulpianus libro quadragesimo quinto ad edictum.

<sup>109</sup> D.36.1.53. Papinianus libro septimo decimo quaestionum; cfr. D.3.5.25. Modestinus libro primo responsorum.

<sup>110</sup> C.3.28.1. Severus et Antoninus (a. 193).

<sup>111</sup> G.2.254.

<sup>112</sup> G.2.277.

<sup>113</sup> D.36.1.80.2. Scaevola libro vicensimo primo digestorum.

<sup>114</sup> D.35.1.43. Paulus libro octavo ad Plautium; cfr. Giodice TGF, pp. 174-175.

<sup>115</sup> G.2.270a; D.29.7.8 pr.-1. Paulus libro singulari de iure codicillorum; cfr. ad esempio D.29.7.3.1-2. Julianus libro trigesimo nono digestorum; D.29.7.3 pr. Julianus libro trigesimo nono digestorum; D.36.1.80.2. Scaevola libro vicensimo primo digestorum; D.28.6.41.3. Papinianus libro sexto responsorum; D.36.1.78. Scaevola libro nono decimo digestorum; D.36.1.80 pr. Scaevola libro vicensimo primo digestorum. V. *infra* anche pp. 185-190. Sembra che i fedecommissi potessero essere fatti anche oralmente o in modo congetturale, però le fonti sono in questo ambito abbastanza scarse e sembrano riguardare già il periodo postclassico,

delle parole, che venivano usate in tutti gli altri fedecommissi<sup>116</sup>. Gaio elencò in G. 2.249 per esempio<sup>117</sup>: *peto, rogo, volo, fidei committo*, e Nerazio nel 10° libro delle *regulae* — D.30.118 si servi inoltre di: *exigo, desidero uti des*. Ulpiano nel secondo libro *institutionum* — D.30.115 aggiunse ancora i seguenti termini: *cupio des, opto des* e *credo te daturum*. Sembra, però, che gli ultimi quattro si riferissero piuttosto esclusivamente ai fedecommissi singolari. Abbastanza singolare fu invece il modo di costituire il fedecommesso universale presentato da Nerazio anche in D.30.118: „*scio hereditatem meam restitutum te Titio*”. In *Pauli Sententiae* 4.1.6 vengono elencati anche: *mando, deprecor, cupio* e *iniungo*<sup>118</sup>. Gli scritti dei giuristi classici forniscono l'esempio che conferma l'uso solo del primo di essi nel fedecommesso universale. Questa parola fu usata da Quinto Cervidio Scevola nel 21° libro *digestorum* — D.36.1.80.7, laddove citava: „*fidei autem vestrae mando, Gai Sei et Lucia Titia, uti post obitum vestrum reddatis restituatis Titio et Sempronio semissem patrimonii et portionis eius, quam vobis dedi*”. In questo esempio *mando* sembra sostituire *committo*, così spesso legato al termine *fides*<sup>119</sup>.

---

cfr. D.40.5.47.4. Julianus *libro quadragesimo secundo digestorum*; D.32.21 pr. Paulus *libro quarto sententiarum* [= PS 4.1.6a]; D.32.39.1. Scaevola *libro vicesimo digestorum*; D.40.5.46 pr. Ulpianus *libro sexto disputationum*.

<sup>116</sup> Johnston RLT, pp. 155-213, presenta questa problematica dettagliatamente in riferimento a tutti i fedecommissi.

<sup>117</sup> Non c'è nessuna prova dell'esistenza della lista stabilita delle parole con cui veniva formulato il fedecommesso, cfr. Johnston RLT, p. 214.

<sup>118</sup> Cfr. anche Ulp. 25.2; C. 6.23.15.1. Constantinus (a. 339).

<sup>119</sup> Anche se di regola questo non riguardava i fedecommissi universali, va considerato che si manifestavano casi di eterogeneità terminologica consistente nell'uso intercambiabile di *legare* e *fideicommittere* nonché *legatum* e *fideicommissum* (di cui *legare per fideicommissum*). Ciò capitava specialmente nelle opere di Q. Cervidio Scevola: D.32.41.1.6. *libro vicesimo secundo digestorum*; D.33.1.13 pr. *libro quarto responsorum*; D.33.1.20.1. *libro octavo decimo digestorum*; D.33.1.21 pr. *libro vicesimo secundo digestorum*; D.33.2.32.1.3. *libro quinto decimo digestorum*; D.34.1.17. *libro nono decimo digestorum*; D.34.1.20 pr. *libro tertio responsorum*; D.34.2.40 pr., 2. *libro septimo decimo digestorum*; D.34.3.28 pr., 4, 5, 6.

Conformemente al testo di Gaio<sup>120</sup>, ogni parola elencata sia separatamente collegata alle altre, era ugualmente efficace per la costituzione del fedecommesso, sia solo che messa insieme ad altre. Ecco alcuni esempi di questi casi: Giuliano nel 39° libro *digestorum* — D.36.1.26 pr.: „a te, heres. peto fideique tuae committo, ut quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas”, Papiniano nel ottavo libro dei *responsa* — D.36.1.59.1: „fidei filiorum meorum committo, ut, si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat: quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo” nonché due volte Scevola nel libro 21° dei *digesta* — D.32.40.1: „a te peto, tuaeque fidei committo, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, restituas filio tuo retentis tibi hortis mei” e D.36.1.80.10: „si Titius maritus meus mihi heres erit, peto fideique eius committo, quidquid ex hereditate mea ad eum pervenerit, cum mori coeperit, det restituat Gaio filio nostro, ita tamen, ut decem quidem uncias Gaius habeat, duas autem uncias Seius nepos habeat: quod ut fiat, fidei eius Titi heredis mei committo”.

Le opere dei giuristi classici fornirono moltissimi esempi di fedecommesso universale, anche se gli autori li citavano raramente e a fini puramente didattici. Sicuramente fece così Gaio in G. 2.250: „rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas” e Nerazio nel frammento del 10° libro *regularum* — D.30.118: „volo hereditatem meam Titii esse”, e probabilmente anche Ulpiano nel quarto libro *fideicommissorum* — D.36.1.17.1: „quidquid ad te ex hereditate bonisve meis pervenerit,

---

libro sexto decimo *digestorum*; D.34.3.31 pr. libro tertio *responsorum*, anche se sono noti i casi di questa eterogeneità nei testi di altri giuristi: D.31.22. Celsus libro vicesimo primo *digestorum*; D.32.11.12. Ulpianus libro secundo *fideicommissorum*. Cfr. Voci DER II, p. 234 n. 45.

<sup>120</sup> G.2.249: *Verba autem utilia fideicommissorum haec /recte/ maxime in usu esse videntur: peto, rogo, volo, fideicommitto, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.*

*rogo restituas*"<sup>121</sup>. Capitava però che la pura forma del fedecommissio universale forniva l'occasione per discutere su altri argomenti, come nel testo D.36.1.20 pr. tratto dal terzo libro *ad Sabinum* di Paolo: „*rogo des filio tuo faciasque, ut ad eum perveniat*”, nonché nel frammento D.36.1.18.1: „*fidei tuae committo, ut hereditatem Titii restituas*”, che proviene dal secondo libro *fideicommissorum* di Ulpiano. Un esempio simile si può trovare nel D.31.43 pr.-1, tratto dal terzo libro *ad Quintum Mucium* di Pomponio.

D.31.43 pr.-1. Pomponius *libro tertio ad Quintum Mucium*: *Si ita relictum fuerit: „quantum heres meus habebit, tantum Titiaso dari volo”, pro eo est, quasi ita sit scriptum: „quantum omnes heredes habebunt”. Quod si ita fuerit; „quantum unus heres habebit, tantum Titiaso heredes meos dare volo”, minor pars erit accipienda.*

Gli esempi dei fedecommissi universali comprendevano spesso una serie di particolari aggiuntivi, come nel frammento di Scevola D.36.1.77 pr., che proviene dal 18° libro dei *digesta*: „*Titius Cornelio heredi suo salutem. a te peto, Corneli, quoniam ad te devoluta est pars matris meae, item pars Sempronii curatoris quondam mei contraria fortuna usi et per hoc totus as meus apud te esse speratur, uti reddas restituas Gaio Seio uncias quattuor*”. Non mancano anche i fedecommissi universali soggetti a condizioni. Sono citati da Marcello nel *libro singulari responsorum* — D.30.123 pr.: „*quisquid mihi liberorum meorum heres erit, eius fidei committo, ut si quis ex is sine liberis decedat, hereditatis meae bessem cum morietur fratribus suis restituat*”, Scevola nel 21° libro dei *digesta* — D.36.1.80.5: „*te rogo, fili Septici, si intra vicesimum annum sine liberis morieris, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, hoc fratribus tuis restituas*”<sup>122</sup> e Ulpiano nel secondo

<sup>121</sup> Cfr. D.36.1.31.1. Marcianus *libro octavo institutionum*: *Si quis „bona sua” vel „omnia sua” rogaverit restituere, fideicommissariam restitutionem esse intellegendum est: nam meorum et tuorum appellatione etiam actiones contineri dicendum est.*

<sup>122</sup> Cfr. G. Aug. 2.61; G. Aug. 2.63.

libro *fideicommissorum* — D.36.1.18.8: „*fidei tuae, filii, committo, ut, si alieno herede moriaris, restituas Seio hereditatem*”.

Capitava che gli ereditandi obbligavano i successori a restituire l'eredità permettendo loro di tenere qualcosa per sé oppure inserendo la condizione di ricevere alcuni valori materiali dai fedecommissari. Il frammento tratto dall'ottavo libro dei *responsa* di Papiniano rappresenta la prima situazione — D.31.77 pr.: „*peto a te, filia, ut acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis et praedio Tusculano partem hereditatis restituas matri tuae*”. La seconda delle anzidette possibilità trovasi in un altro testo dello stesso giurista D.35.2.93: „*acceptis centum peto restituas hereditatem*”, che proviene dal 20° libro delle *quaestiones* ed il frammento del secondo libro *fideicommissorum* di Gaio — D.36.1.65.6: „*rogo, si Titius tibi centum dederit, restituas ei hereditatem meam*”<sup>123</sup>.

In molte fonti il testatore esigeva dall'erede che devolvesse l'eredità solo a causa della morte di quest'ultimo. Serve da spiegazione il testo G. 2.277: „*cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere*” ed i frammenti di *responsa* di Papiniano tratti dal settimo e ottavo libro D.31.76.5: „*peto, cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei*”, D.31.77.12: „*fidei tuae committo, uxor, ut restituas filiae meae, cum morieris, quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit*” e D.36.1.59.2: „*peto de te, uxor carissima, uti cum morieris hereditatem meam restituas filiis meis vel uni eorum vel nepotibus meis vel cui volueris vel cognatis meis si cui voles ex tota cognatione mea*”. Ulteriori esempi si possono trovare nell'opera *quaestiones* dello stesso giurista, cioè nel suo 18° libro — D.35.1.72.3 : „*peto post mortem tuam restituas hereditatem*” e nel 19° libro — D.36.1.56: „*quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas*”<sup>124</sup>.

Nelle opere dei giuristi classici si trovavano inoltre esempi di fedecommissi universali che sembrano abbastanza singolari per le

<sup>123</sup> V. *infra* pp. 213-214.

<sup>124</sup> V. *infra* pp. 201-204, 214-215.

circostanze che li accompagnano. Uno di essi proviene dal terzo libro dei *responsa* di Scevola — D.31.88.16: „*a te, uxor carissima, peto, ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquant: habes filios sororum tuarum, quibus relinquant. scis unum fratrem tuum filium nostrum occidisse, dum ei rapinam facit: sed et alius mihi deteriora fecit*”. Altro è compreso nel frammento del 21° libro dei *digesta* di questo giurista — D.36.1.80.2: „*unciam, ex qua feci Stichum heredem, si quam Seius controversiam moveret, ad Maevium fratrem meum reverti volo. tu, frater, secundum fidem et pietatem tuam, quidquid ad te pervenerit ex hereditate mea Sticho filio tuo restitues: quod ut facias, fidei tuae committo*”. Ulteriore esempio di tale fedecommesso universale venne citato da Paolo nel 14° libro dei *responsa* — D.36.1.63: „*Sempronii, heredem te non scripsi festinans per infirmationem: ideoque ei dari volo tantum, quantum pro uncia hereditatis competeret*”.

Finora si è fatto notare che per quanto concerne la restituzione dell'eredità, il testatore si rivolgeva all'erede. Le fonti consentano di affermare che era indifferente se egli fosse *heres institutus*, o una persona che diventò erede in seguito alla *substitutio vulgaris*<sup>125</sup> o alla *substitutio pupillaris*<sup>126</sup>. Inoltre nei *libri digestorum* di Q. Cervidio Scevola si sono conservati esempi di *fideicommissum hereditatis* imposto ai fedecommissari universali. Nelle parole „*rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum*”, scritte nel frammento del libro 18° — D.36.1.77.1, il testatore si rivolgeva alla propria nuora la quale già precedentemente era stata costituita fedecommissaria. Invece il testo del libro 22° — D.32.41.14 comprende parole indirizzate alla moglie che era stata beneficiata con l'eredità attraverso un fedecommesso universale: „*a te, Seia, peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, exceptis his, si qua tibi supra legavi, reliquum omne reddas restituas Maeviae infanti*

<sup>125</sup> D.36.1.65.13. *Gaius libro secundo fideicommissorum.*

<sup>126</sup> D.36.1.28.4. *Julianus libro quadragensimo digestorum.*

*dulcissime*"<sup>127</sup>. La persona che riceveva l'eredità fedecommissaria dal fedecommissario universale veniva chiamata fedecommissario universale secondo (*fideicommissarius secundus*)<sup>128</sup>.

È difficile affermare con certezza che tutti gli esempi presentati sopra comprendano le espressioni originali usate nei testamenti concreti o codicilli. Alcune potevano essere state create dai giuristi stessi, in particolare quando la loro citazione mostra lo scopo didattico. Specialmente i frammenti delle opere di Q. Cervidio Scevola, in cui i nomi dei partecipanti dei casi esaminati sono in continuazione reiterati, suscitano qualche sospetto. Sembra, però, che la stragrande maggioranza delle espressioni fedecommissarie citate si fondasse su eventi reali, anche se alcuni di essi venivano adeguati alle argomentazioni del giurista su certe questioni particolari oppure alla discussione su certe soluzioni. Alla fine dunque, anche se tutti i frammenti citati non provengono direttamente da disposizioni concrete *mortis causa*, quantomeno nascevano sulla base di esse o avevano un influsso sulla pratica ulteriore, perché prendendole a modello si potevano costituire dei fedecommissi universali validi.

Gli esempi presentati testimoniano che per costituire dei fedecommissi universali ci si serviva delle stesse parole con cui venivano formulati altri tipi di fedecommissi. Inoltre non c'è motivo di ritenere che il fedecommissario universale, siccome altri fedecommissi, non potesse essere formulato in greco<sup>129</sup> o in qualsiasi altra lingua<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Sugli obblighi dei fedecommissari universali di trasferire una *hereditas fideicommissaria* ai successivi fedecommissari universali testimoniano anche: D.36.1.1.19. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.57.2. Papinianus *libro vicensimo quaestionum*; D.36.1.80.11. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*; mentre i testi D.36.1.57.3. Papinianus *libro vicensimo quaestionum* e D.36.1.72 pr. Pomponius *libro secundo fideicommissorum* dimostrano che a questi fedecommissari venivano designati anche gli eredi.

<sup>128</sup> D.36.1.1.19. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>129</sup> G.2.281; D.32.39.1. Scaevola *libro vicesimo digestorum*; cfr. Ulp.25.9. L'esempio di un fedecommissario universale redatto in greco è compreso in D.36.1.76 pr. citato *infra*. Cfr. anche Amelotti TR, pp. 113-117.

Si può, però, indicare il testo comprendente la costituzione del fedecommesso universale, laddove non figura nessuna delle citate parole né latine, né derivanti da altre lingue che esprimono lo stesso contenuto.

D.36.1.59 pr. Papinianus *libro octavo responsorum*:  
“*Heredes mei quidquid ad eos ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriae meae coloniae Beneventanorum*”: *nihil de fructibus pendente condicione perceptis petitum videri constitit*.

Nel frammento proveniente dall'ottavo libro dei *responsa*, la cui autenticità non è stata contestata<sup>131</sup>, Papiniano cita le parole con cui il testatore costituisce un fedecommesso universale a beneficio della colonia di Benevento. Inoltre non usa nessuna delle parole elencate da Gaio, Nerazio, Ulpiano o Scevola. Con l'espressione *id...restituant* grava gli eredi del fedecommesso universale la cui importanza, conformemente alla seconda frase del frammento citato, sembra essere ovvia nel diritto classico romano<sup>132</sup>.

Nasce, quindi, un dubbio se l'uso di parole determinate fosse effettivamente indispensabile per creare un fedecommesso universale. Il testo D.36.1.59 pr. suggerisce che non fosse così, ma che semplicemente veniva valutato il fatto che qualcuno era stato onerato con un fedecommesso universale. In realtà ciò conduce a chiedersi che cosa fosse il *fideicommissum hereditatis* e dunque in che cosa consistesse l'essenza stessa di questa istituzione giuridica.

---

<sup>130</sup> D.32.11 pr. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.72 pr. Paulus *libro secundo decretorum*.

<sup>131</sup> *Index Interpolationum*, vol. III, Weimar 1935, *ad h.l.*; Bartošek CF p. 334, *ad h.l.*

<sup>132</sup> Sui fedecommissi universali a beneficio dei municipi cfr. D.36.1.27. Paulus *libro singulari de senatus consultis*; D.36.1.28. Julianus *libro quadragesimo digestorum*; D.38.3.1.1. Ulpianus *libro quadragesimo nono ad edictum*; D.3.5.25. Modestinus *libro primo responsorum*; C.6.49.3. Carus Carinus et Numerianus (*sine die et consule*); Ulp.22.5.

## B) L'ESSENZA DEL FEDECOMMESSO UNIVERSALE

Cominciando le ricerche sull'essenza del fedecommesso universale vale la pena di citare le fonti che descrivono come gli imperatori risolvevano i dubbi risultanti dalle espressioni concrete usate dagli ereditandi. La prima proviene dal 19° libro delle *quaestiones* di Papiniano.

D.31.67.10. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*:  
*Item Marcus imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat "non dubitare se, quodcumque uxor eius cepisset, liberis suis reddituram", pro fideicommissio accipienda. quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat: et ideo princeps providentissimus et iuris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommissio rescripsit accipiendum.*

Dal frammento citato si evince che Marco Aurelio considerò che con le parole *non dubitare...* il testatore desiderava gravare la propria moglie con un fedecommesso universale. Perciò l'imperatore rispose nel rescritto, che tale espressione andava trattata come fedecommesso e che alle persone, che l'ereditando voleva beneficiare del suo patrimonio, doveva essere concessa la tutela. Papiniano loda la decisione di Marco Aurelio di prendere in considerazione il contenuto di tutta l'espressione usata dal testatore in caso di mancanza dei *fideicommissi verba* concreti. Sembra, quindi, che la decisione dell'imperatore trovasse una grande approvazione perché era una conferma ufficiale dell'opinione che era già stata espressa precedentemente dalla giurisprudenza. Potrebbe testimoniare ciò il testo premesso direttamente al suddetto frammento<sup>133</sup>.

D.31.67.9. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*:  
*Si omissa fideicommissi verba sint et cetera quae leguntur*

<sup>133</sup> Lenel PAL I, s.v. *Papinianus nr 281*, col. 853-854.

*cum his, quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum exemplo institutionis legatorumque intellegitur: quam sententiam optimus quoque imperator noster Severus secutus est.*

Nel testo citato Papiniano osservava che nel caso dei fedecommissi venivano applicati gli stessi metodi d'interpretazione quali erano in uso a proposito della costituzione dell'erede o dei legati. Questi fece presente che nel caso mancassero *fideicommissi verba*, mentre il resto della disposizione *mortis causa* era comprensibile e conforme con quant'altro richiesto della costituzione dei fedecommissi, si doveva ritenere che il fedecommissario fosse stato costituito conformemente alla legge. Il giurista sottolineò che anche l'imperatore Settimio Severo condivise questa opinione. Secondo P. Voci, egli lo fece, però, in modo particolare. La menzione di Papiniano sembra indicare non tanto una costituzione, quanto l'emanazione di una direttiva legislativa. Perciò la regola menzionata riguardante i metodi d'interpretazione non proveniva dalle *constitutiones* concrete, ma le costituzioni venivano fuori da questa regola<sup>134</sup>. Essa venne espressa, per esempio, nella costituzione tardo classica dell'imperatore Gordiano compresa nel titolo *de fideicommissis* del Codice Giustiniano.

C.6.42.10. Imp. Gordianus A. Firmo: *Verbum „volo” licet desit, tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. PP. iii id. Dec. Gordiano A. et Aviola cons.* (a. 239)

Nel frammento citato l'imperatore decise che nel caso in cui nell'espressione mancasse la parola *volo*, si doveva considerarla presente, se in questo modo sarebbe stato mostrato in pieno il significato fedecommissario di una data disposizione *mortis causa*. Però il testo lapidario della costituzione non dovrebbe ingannare: nei frammenti citati D.31.67.10, D.31.67.9, e perfino in C.6.42.10 non si trattava tanto dell'uso di parole concrete, quanto di osservare maggiormente una certa forma. Lo scopo principale degli sforzi

<sup>134</sup> Voci DER II, p. 901, cfr. anche Torrent FFR, p. 114.

d'interpretazione intrapresi dagli imperatori e dalla giurisprudenza romana consisteva nella scoperta della volontà reale dell'ereditando e nell'accordarle, per quanto possibile, la tutela giuridica. Il frammento dell'opera di Paolo sembra confermare questa opinione.

D.36.1.76 pr. Paulus libro secundo decretorum: *Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι. pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret: sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.*

Il giurista presenta la decisione dell'imperatore che riconobbe che il fedecommesso universale spettava in base all'ordine del padre diretto alla figlia di non fare testamento finché non avrebbe partorito il figlio. Siccome il padre aveva anche un figlio, secondo l'imperatore facendo il testamento richiedeva che tutta l'eredità spettasse a questo figlio, nel caso della mancata realizzazione della condizione posta. L'ultima frase del testo citato è, però, la più significativa. In esso non c'è una motivazione per la risoluzione attraverso il richiamo alle parole concrete, ma l'attenzione rivolta all'intenzione di onerare la figlia con un fedecommesso universale a favore di suo fratello. La disposizione compresa nel testamento *ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι* venne considerata come onere di un fedecommesso universale, il che venne evidenziato dalla concessione della tutela giuridica accordata a questa disposizione. Benché il commento *sic...ac si* potrebbe suggerire che si trattasse solo di un *quasi* fedecommesso universale, la creazione di tale categoria di fedecommesso sembra, dal punto di vista giuridico, completamente infondata.

Per le valutazioni sulla volontà reale dell'ereditando, un certo peso può avere anche un altro testo tratto dalle opere dello stesso giurista.

D.36.1.20.1. Paulus libro tertio ad Sabinum: *“Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris”*. *Ex senatus*

*consulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit "rogo hereditatem illam restituas": nec verba spectantur senatus consulti, sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.*

Paolo citò nel suddetto frammento l'opinione di Tizio Aristo, un giurista degli anni a cavallo tra il I° e il II° secolo<sup>135</sup>. A suo giudizio si doveva rivolgere l'attenzione non tanto alla conformità delle espressioni concrete con il senso del senatusconsulto Trebelliano<sup>136</sup>, quanto piuttosto alla *sententia verbis* del testatore. Perciò si decise di interpretare il verbo *partior* come *restituere*. La soluzione fu probabilmente dettata dalla voglia di concedere la tutela giuridica conformemente all'intenzione del testatore, nonostante ignorasse le decisioni del *senatus consultum*. Ne risulta che secondo Aristo se solo il testatore avesse espresso il desiderio di restituire l'eredità alla persona indicata, le si sarebbe dovuto concedere la tutela giuridica.

Il testo D.50.17.96 sembra un buon riassunto delle considerazioni fatte finora sull'interpretazione delle espressioni, che nell'intenzione dell'ereditando potevano avere come scopo l'onere di un fedecommesso universale.

D.50.17.96. Maecianus libro duodecimo fideicommissorum:  
*In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset.*

Questo frammento deriva dal 12° libro delle *quaestiones de fideicommissis* — l'opera più importante di L. Volusio Meciano, insegnante di diritto dello stesso Marco Aurelio<sup>137</sup>. Nel testo citato il giurista confermò che nel caso sorgessero dei dubbi d'interpretazione, in primo luogo si doveva esaminare l'intenzione dell'ereditando. Ne conseguiva che non l'uso delle parole concrete, ma la volontà del testatore doveva stabilire l'elemento costitutivo del fedecommesso.

<sup>135</sup> Bauman LP, pp. 213-221.

<sup>136</sup> Sul *senatus consultum Trebellianum* v. *infra* pp. 97-116.

<sup>137</sup> Th. Mayer-Maly, s.v. *Volusius nr 7*, RE IX A1, Stuttgart 1961, col. 904-906.

Invece il riconoscimento della dicotomia *verba precativa* — *verba civilis* quale strumento principale di differenziazione dei fedecommissi dai legati<sup>138</sup>, sembra un'opera solo postclassica<sup>139</sup>. Già un'analisi sommaria delle forme applicate per istituire i fedecommissi di eredità dimostra che l'uso solo di alcune parole può essere definito come un *precativo modo*. D'altra parte è apparsa l'opinione che non si debba per forza dare importanza al loro significato testuale, perché nella dicotomia menzionata dei fedecommissi si tratta prima di tutto del carattere imperativo esatto dal diritto civile per la costituzione dell'erede nonché per costituire i legati. Tutte le altre forme non costituivano *verba civilis* e, per differenziarle, erano chiamate *verba precativa* e potevano servire ad esprimere la volontà di obbligare col fedecommesso a restituire alla persona indicata determinati beni<sup>140</sup>. La contrapposizione tra *verba precativa* e *verba civilis* avrebbe, quindi, un'importanza essenziale, però proprio la sua formulazione sembra avere un carattere postclassico.

Il termine *verba precativa* cominciò ad essere particolarmente comodo quando iniziò il processo di avvicinamento sempre maggiore tra i legati e fedecommissi<sup>141</sup>. La distinzione tra queste istituzioni sulla base delle parole doveva sembrare allora la più facile e la più univoca, anche se per questo motivo purtroppo particolarmente schematica. Ci si concentrò sull'aspetto esterno, e non sull'intenzione reale dell'ereditando. In vero si può opporre e sottolineare che proprio in questa essa si esprime. Tuttavia va ricordato che nella manifestazione dell'intenzione i non giuristi molto spesso si servono delle parole in modo maldestro ed impreciso. Capita spesso che solo le circostanze permettano di mostrare in pieno l'intenzione

---

<sup>138</sup> Ulp.24.1; Ulp.25.1.

<sup>139</sup> Molto spesso a ciò non si presta attenzione, prendendo a base della differenza, che intercorre tra fedecommissi e legati, esclusivamente le parole con cui venne formulato il lascito, cfr. ad esempio Grosso LDR, pp. 112-122.

<sup>140</sup> Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 750-751.

<sup>141</sup> Cfr. *supra* n. 7.

dell'ereditando; e queste circostanze sono tanto ovvie che non potrebbero essere ignorate neanche dal più grande formalista.

A questo punto vale la pena indicare i tre seguenti testi: D.32.11.1, D.28.1.29 pr. e D.29.7.17.

D.32.11.1. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*: *Quotiens quis exemplum testamenti praeparat et prius decedat quam testetur, non valent quasi ex codicillis quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habet: et ita divum Pium decrevisse Maecianus scribit.*

D.28.1.29 pr. Paulus *libro quarto decimo responsorum*: *Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea quae fideicommissorum verba habent peti posse.*

D.29.7.17. Paulus *libro tertio sententiarum*: *Litterae, quibus hereditas promittitur vel animi adfectus exprimitur, vim codicillorum non optinent.*<sup>142</sup>

Nel primo frammento Ulpiano, invocando la trasmissione di Meciano, presentò il contenuto del decreto di Antonino Pio. L'imperatore con esso decise che fare un esempio o piuttosto un progetto di testamento non produceva effetti giuridici nemmeno quando una data persona non avesse lasciato alcuna disposizione *mortis causa*. Nel testo venne sottolineato che anche se lo scritto avesse compreso *verba fideicommissi* sarebbe stato impossibile considerarlo anche come codicillo (il che chiudeva la possibilità di rivendicare l'eredità fedecommissaria). La soluzione dell'imperatore sembra ovvia, se si prende in considerazione che nessun *exemplum* esprime l'intenzione di obbligare qualcuno a qualcosa. Esso testimoniava al massimo il desiderio o la previsione di una certa eventualità, ma non la volontà di produrre un concreto effetto giuridico.

Il secondo dei testi citati è completamente conforme con la sostanza del D.32.11.1. Paolo in esso sottolineò nettamente che lo scritto, preparato affinché sulla sua base fosse redatto il testamento, non produceva alcun effetto giuridico, se redigendolo non si fossero

<sup>142</sup> = PS 3.5a.

rispettate le forme richieste per l'atto di ultima volontà. Il giurista osservò che allora non venivano riconosciute le disposizioni contenute in essa di carattere fedecommissario. La sua osservazione, simile a quella di D.32.11.1, sembra eccezionalmente importante perché ai tempi di Ulpiano e Paolo gli eredi *ab intestato* venivano sicuramente gravati con le eredità fedecommissarie<sup>143</sup>. Allorché veniva fuori che il documento preparato non era un testamento, il che produceva la successione intestata, alla persona indicata nello scritto come fedecommissario mancavano le basi per poter pretendere la realizzazione del fedecommissato. Non poteva neanche argomentare che lo scritto fosse un codicillo. Della qualcosa trattò direttamente Ulpiano in D.32.11.1. Entrambi i giuristi qui concordavano sotto ogni aspetto.

Nel frammento successivo, tratto dal terzo libro delle *sententiae*, Paolo indicò inoltre che la promessa di eredità o il desiderio stesso di beneficiarne qualcuno (*animi adfectus*), espresso nella lettera, non costituiva un codicillo, cioè non provocava nessuna conseguenza. Perciò ancora più chiaramente di prima si vede che per i giuristi classici la tendenza a trasferire l'interessa dei diritti *mortis causa* non costituiva ancora un'intenzione di produrre gli effetti giuridici. Tutti i testi citati testimoniano espressamente che solo la voglia di obbligare poteva avere carattere costitutivo per i fedecommissi che, unici, servivano alla restituzione dell'eredità anche con i codicilli.

Il frammento di D.29.7.13.1 proveniente dal 19° libro delle *quaestiones* di Papiniano permette di guardare il problema in questione da un'altro lato.

D.29.7.13.1. Papinianus libro nono decimo quaestionum:  
*Tractari solet de eo, qui, cum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: „Titium heredem esse volo”. sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, relinquerit an vero testamentum facere se existimaverit: nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. voluntatis autem quaestio*

<sup>143</sup> Cfr. *infra* pp. 173-194.

*ex eo scripto plerumque declarabitur: nam si forte a Titio legata relinquit, substitutum adscriptis, heres si non exstisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intellegetur.*

Papiniano in esso diede delle indicazioni facilitanti l'interpretazione dell'espressione "*Titium heredem esse volo*" compresa nel codicillo cioè della persona che non aveva fatto testamento. Secondo il giurista non bastava che le parole citate potessero essere considerate come *verba fideicommissi*<sup>144</sup>. Si doveva appurare se l'ereditando avesse voluto effettivamente costituire nel codicillo il fedecommesso universale e onerare con esso l'*heres legitimus*. Poiché è probabile che l'ereditando, in questo modo maldestro, desiderasse fare testamento. Allora, però, questo atto giuridico sarebbe stato considerato come *inutilis* per il mancato rispetto della forma della *heredis institutio*. Il giurista decise di vincolare la soluzione della questione dalla reale intenzione del *de cuius* e propose di approfondirla grazie all'analisi dello stesso scritto. A suo parere l'apparizione nel testo delle espressioni con cui venivano costituiti i sostituti o i legati, avrebbe dovuto dissipare tutti da ogni dubbio sull'intenzione dell'ereditando di fare testamento oppure un fedecommesso universale in un codicillo non confermato.

Il ragionamento accettato da Papiniano in D.29.7.13.1 fece vedere che il giurista preferiva la volontà del *de cuius* alla letterale interpretazione formale dello scritto lasciato, nonostante che essa potesse sembrare a qualcuno più vantaggiosa. Gli sarebbe stato dato una efficacia giuridica a spese del rispetto dell'intenzione reale dell'ereditando, ed a ciò, un eccellente giurista non poteva acconsentire.

Quindi, per quanto Ulpiano in D.32.11.1 e Paolo in D.28.1.29 pr. e in D.29.7.17 permettano di osservare che non la semplice volontà, ma la volontà di obbligare è richiesta per la costituzione del fedecommesso, Papiniano in D.29.7.13.1 osservò

<sup>144</sup> Cfr. D.40.5.24.8. Ulpianus libro quinto fideicommissorum: *...non tantum enim verba fideicommissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam ...*

che non le semplici parole la esprimevano, ma la volontà stessa doveva effettivamente esistere perché nascesse il fedecommesso universale. I primi due sembrano indicare che alla conoscenza della reale intenzione di obbligare possono servire le circostanze che la accompagnano; mentre l'ultimo aggiunge che anche lo stesso scritto può rivelarsi molto utile. Tutti concordamente sottolineano che il carattere costitutivo di obbligare qualcuno *mortis causa* a disporre a beneficio della persona designata è dato dalla volontà di obbligare e non invece, dalle parole che solo la esprimono. I giuristi classici dimostrarono, quindi, una grande sottigliezza formulando così tutta l'essenza del fedecommesso e presentando in questo modo la pienezza e la profondità della costruzione di questa istituzione giuridica.

Non stupisce che per i giuristi romani non costituiva un problema cambiare o annullare un fedecommesso universale. La costituzione del *fideicommissum hereditatis* non richiedeva alcuna forma. La volontà di obbligare l'erede faceva nascere la *hereditas fideicommissaria*. Perciò bastava che l'ereditando manifestasse di modificare questa volontà perché essa andasse soggetta a cambiamento oppure ad annullamento.

#### Bibl. Jag.

Siccome i frammenti D.31.67.10, D.31.67.9, C.6.42.10 e D.36.1.76 pr. riguardano gli anni a cavallo tra il II° ed il III° secolo, mentre il testo di Meciano D.50.17.96 risale alla seconda metà del II° secolo, si può ritenere che solo in quel tempo i giuristi si sforzassero di trovare dei fedecommissi universali anche nelle parole che non indicavano in modo evidente ed indiscusso la volontà di onerare qualcuno con un fedecommesso universale. A favore di tale interpretazione si espressero anche gli imperatori che, attraverso la concessione della tutela giuridica ai fedecommissi universali, mostrarono di rispettare la volontà degli ereditandi. Si potrebbe perfino formulare la tesi sull'esistenza di un specifico *favor fideicommissi* quale emanazione di un *favor testamenti*, ma più ampio nella sua portata, in relazione al fatto che se mancava il testamento, i fedecommissi venivano compresi anche nei codicilli.

Ci si deve, però, chiedere se quello che è stato detto sulle attività degli imperatori e della giurisprudenza romana significa che

solo nella metà del II° secolo venne riconosciuta la volontà di obbligare a restituire l'eredità come *l'essentialium negotii* del fedecommesso universale. Questa conclusione, però, dovrebbe essere considerata troppo ardita. B. Biondi<sup>145</sup> ha giustamente notato che l'introduzione di questa istituzione determinava la distinzione tra le disposizioni *directo iure* o *directis verbis* e le disposizioni *per fideicommissum*. Questa distinzione non ha esclusivamente un valore formale, cioè non serve solo a contrapporre *ius civile* e *ius extra ordinem*, ma ha un significato sostanziale. A suo giudizio, una cosa è liberare qualcuno, mentre altra cosa è obbligare a liberare; una cosa è costituire erede, e altra obbligare a restituire l'eredità ad un terzo. Perciò la volontà di obbligare, la quale costituisce un elemento costitutivo, acquista un significato primario giacché non è prevista dal diritto una forma per la sua manifestazione, anche se si può riconoscerla solo nel momento in cui essa si manifesta. Nelle fonti questa manifestazione dell'intenzione di obbligare viene definita come *verba fideicommissi*.

### C) CONCLUSIONI

Riassumendo le considerazioni precedenti in primo luogo si deve notare che il *fideicommissum hereditatis*, come gli altri fedecommissi, non era sicuramente un'atto formale: né la sua validità, né la sua efficacia dipendeva dall'osservanza della forma prescritta dalla legge. La sostanza del fedecommesso universale caratterizzava la sua diversità da tutti gli altri istituti giuridici. *Essentialium negotii* del fedecommesso universale era costituito dalla volontà dell'ereditando di obbligare il proprio erede oppure il fedecommissario universale a restituire l'eredità intera o una sua frazione alla persona indicata.

La volontà di obbligare doveva essere certamente espressa adeguatamente o nel testamento o nel codicillo. Un suo cambiamento provocava la modifica o l'annullamento del *fideicommissum hereditatis*.

---

<sup>145</sup> Biondi STD, p. 294.

Nella manifestazione della volontà gli ereditandi si servivano prima di tutto delle parole: *peto, rogo, volo, fidei committo, exigo, desidero uti des, cupio des, opto des, credo te daturum, scio, mando*. Esse non costituivano una lista chiusa di *verba fideicommissi* ammissibili — tuttavia possono essere chiamate espressioni tipiche. Pare che proprio dal loro uso venissero distinti i fedecommissi nel I° secolo e nella prima metà del II° secolo. I giuristi di questo periodo dovevano considerarle come un modo normale di manifestazione della volontà a costituire un fedecommesso. Invece le ricerche fatte finora hanno dimostrato che non ci sono motivi per sostenere che la dicotomia di *verba civilis* e *verba precativa* si trovasse già nel diritto classico.

Nei primi 150 anni di vita del fedecommesso universale era considerato ovvio che la volontà si manifestasse attraverso alcune espressioni tipiche, e solo a partire dalla seconda metà del II° secolo si cominciò a prestare più attenzione a tutte le disposizioni *mortis causa* che in effetti contenevano l'intenzione del testatore di costituire un fedecommesso universale. Perciò in tutto il periodo classico del diritto romano a proposito della disposizione sotto forma di fedecommesso universale decideva la volontà reale dell'ereditando di obbligare il proprio erede o il fedecommissario universale a restituire l'eredità intera oppure una parte frazionaria di essa alla persona indicata.



## CAPITOLO III

### LA STRUTTURA DOGMATICA DEL FEDECOMMESSO UNIVERSALE

#### A) LA SITUAZIONE GIURIDICA FINO ALL'EMANAZIONE DEL *SENATUS CONSULTUM TREBELLIANUM*

Nel capitolo precedente è stata definita l'essenza del fedecommesso che consentiva di differenziare l'eredità fedecommissaria da tutte le altre istituzioni giuridiche. È stato sottolineato che la volontà di obbligare l'erede era l'elemento costitutivo che condizionava l'esistenza del fedecommesso universale come tale. Soltanto dopo aver stabilito e assodato ciò, si può passare ad esaminare i regolamenti procedurali e le strutture dogmatiche del *fideicommissum hereditatis* nell'epoca classica del diritto romano.

I frammenti delle Istituzioni giustinianee (I. 2.23.1 e I. 2.25 pr.) citati nel primo capitolo hanno permesso di dedurre che Ottaviano Augusto intraprese le attività tendenti a sanzionare legalmente i fedecommissi non prima del 15° anno a.C. Secondo Fritz Schulz l'imperatore le intraprese in modo caratteristico per sé e non ostentato. Usò un metodo che corrispondeva alla nuova tendenza burocratica verso il diritto. Finora i giuristi scrivevano le formule delle citazioni ed indicavano i metodi della tutela processuale creando, grazie al consenso dei pretori, degli strumenti giuridici del tutto nuovi. Augusto, invece, dava ad intendere ai magistrati partecipanti al processo legislativo di non favorire questa via di sviluppo. Prepose ad essa dei mezzi, il cui controllo rimaneva nelle sue mani o in quelle della burocrazia centrale: *leges*, e successivamente *senatus consulta* e *constitutiones principis*. Se si fosse voluto concedere la tutela giuridica ai fedecommissi ai tempi di Q. Mucio o

di Aquilio Gallo, il loro sviluppo sarebbe stato uguale a quello dell'*actio de dolo* o delle citazioni che tutelavano i contratti consensuali. I giuristi avrebbero formulato l'*actio in factum ex fideicommisso* che il pretore subito oppure dopo un periodo di prova avrebbe accettato e incluso nell'editto<sup>146</sup>. I pretori ed i giuristi dovevano, però, essere contrari a concedere il riconoscimento giuridico ai fedecommissi universali. Probabilmente dal loro punto di vista non era possibile riconoscere le richieste dei fedecommissari basate su una richiesta informale dell'ereditando. L'analisi dell'essenza della *hereditas fideicommissaria* ha dimostrato che essa non aveva niente in comune con il formalismo dei legati rigido e rigorosamente regolato. D'altra parte la *condemnatio pecuniaria* non poteva essere sufficiente per costringere con mezzi giuridici a realizzare il fedecommesso universale.

Augusto, il cui consigliere fu Trebazio Testa, era abbastanza intelligente per non esporsi al pericolo che le proprie azioni venissero frenate da parte dei pretori o dei giuristi conservatori. Mostrò, quindi, rispetto alla tradizione repubblicana consultandosi prima con i giuristi, per poi trasmettere l'esame delle questioni sui fedecommissi ai consoli. Il fatto che i *magistratus* godessero di un grande rispetto facilitava notevolmente al principe l'effettuazione del cambiamento. Loro stessi, invece, non erano legati alla tradizione dei giuristi romani che non facevano parte del loro *consilium*. La concessione ad essi della giurisdizione nell'ambito dei fedecommissi universali poteva costituire anche una piccola consolazione per la perdita del potere che subì il consolato nell'arena politica<sup>147</sup>. Augusto riuscì a collocare l'*actio ex fideicommisso* nell'ambito della *cognitio* di cui teneva le redini e in questo modo evitare lo sviluppo edittale dei fedecommissi<sup>148</sup>.

Sembra che l'imperatore prima impose ai consoli di usare il potere amministrativo per dare forza giuridica ai singoli

---

<sup>146</sup> Schulz RLS, pp. 111-112.

<sup>147</sup> Kaser CEO, p. 181 [510].

<sup>148</sup> Schulz RLS, pp. 111-112.

fedecommissi, cioè fece giudicare le singole questioni. Le decisioni di Augusto vennero ben accolte — *iustum videbatur et populare erat*<sup>149</sup> — furono accettate politicamente, non erano contrarie all'ordine costituzionale; espressero il loro assenso sia i giuristi che il resto dei cittadini. Evidentemente il formalismo regnante nella regolamentazione dei testamenti ostacolava notevolmente la realizzazione delle disposizioni patrimoniali nel modo da loro desiderato, ai potenziali ereditandi. Vista la volontà comune di riconoscere l'esecuzione giuridica dei fedecommissi non si ricorreva più all'intermediazione del principe. Si cominciò a rivolgersi direttamente ai consoli e così una serie di singole decisioni a beneficio delle persone note al principe si trasformò nell'*assidua iurisdictio*. Essa, dunque, permise al fedecommissario di diventare un'istituzione giuridica autonoma<sup>150</sup>. È probabile che quando esso ottenne il pieno riconoscimento nell'ambito dell'*extraordinaria cognitio*, la sua tutela processuale seguì la strada analoga a quella percorsa dalle *actiones iuris honorarium*: per le disposizioni contenute in questioni speciali si usavano delle formule che poi venivano concesse nell'arco di tutto l'anno e la *demandatio in perpetuum* era inclusa nell'*edictum tralaticium*<sup>151</sup>.

Al principe venivano presentate le successive *supplicationes* riguardanti fedecommissi concreti; questi, a sua volta, trasferiva le competenze ai consoli: dapprima in ogni caso separatamente, poi per tutto l'anno dell'esercizio delle funzioni, e infine ai tempi di Claudio *in perpetuum*<sup>152</sup>. Claudio permise anche di giudicare le cause concernenti i fedecommissi non solo a Roma, ma anche nelle

<sup>149</sup> I.2.23.1; cfr. Lemerrier OF, p. 460.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> M. Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im zeitalter der klassischen Juristen*, Graz 1884, pp. 164-170; cfr. R. Trifone, *Il fedecommissario*, Roma 1914, p. 3 n. 2.

<sup>152</sup> Suet. Claud. 23: *Iuris dictionem de fidei commissis quotannis et tantum in urbe delegari magistratibus solitam in perpetuum atque etiam per provincias potestatibus demandavit*. Cfr. Bartošek SCT, p. 9.

province. A tal fine autorizzò i supremi organi dell'amministrazione locale<sup>153</sup>. Sotto il suo impero ci si serviva così comunemente dei fedecommissi per disporre del patrimonio *mortis causa*, che diventò chiaro che il *magistratus*, davanti al quale venivano portati in giudizio, doveva dimostrare una profonda, spesso tecnica conoscenza dell'argomento. La sua specificità causava che nel giudicare sulle cause simili veniva richiesta una grande esperienza nonché una continuità e omogeneità di giudizio<sup>154</sup>. Ciò, evidentemente, indusse l'imperatore a nominare altri due nuovi *magistratus* che si sarebbero occupati esclusivamente delle cause dei fedecommissi e per questo detti pretori fedecommissari (*praetores fideicommissarii*). Tito ne limitò il numero, lasciando un solo pretore *qui in fideicommissio ius diceret*<sup>155</sup>. Pare che questo ufficio fosse liquidato definitivamente solo ai tempi di Gordiano III (238-244 r.) oppure poco dopo<sup>156</sup>, cioè alla fine dell'epoca classica del diritto romano.

Dopo i cambiamenti introdotti dall'imperatore Claudio<sup>157</sup> la competenza territoriale dei consoli e dei pretori fedecommissari nelle

<sup>153</sup> Suet. Claud. 23. Cfr. Giodice TGF, pp. 144-154.

<sup>154</sup> P. Stein, *Procedure giudiziali e politica nel primo impero*, il dattiloscritto dell'intervento alla conferenza *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalla legge Giulie ad Adriano* a Copanello, 5-8 giugno 1996, p. 14.

<sup>155</sup> D. 1.2.2.32. Pomponius libro *singulari enchiridii*. Cfr. Mommsen RS, pp. 102-103. Sul *praetor fideicommissarius* in modo più ampio Röhle PF, pp. 399-428; cfr. anche D. Daube, *Sale of Inheritance and Merger of Rights*, ZSS 74/1957, pp. 295-298; C. Castello, *D. 40, 5, 26, 7 in tema di senatoconsulto Rubriano*, Studi Scherillo, vol. I, Milano 1972, pp. 211-212; N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, pp. 247-255; A. D'Ors, *Rescriptos y cognicion extraordinaria*, Anuario de Historia del Derecho Español 47/1977, pp. 22-25; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, vol. II. *Il processo formulare*, Torino 1982, pp. 13-14.

<sup>156</sup> Röhle PF, pp. 401-405. A parere dell'autore il materiale epigrafico può suggerire che il *praetor fideicommissarius* era inizialmente un'ufficio titolare che mutò il suo carattere sotto l'impero di Caracalla.

<sup>157</sup> Giodice TGF, pp. 154-158, 155 ha formulato un'ipotesi sull'emissione del *senatus consultum Claudianum de fideicommissaria iurisdictione* che istituiva a

cause sui fedecommissi venne limitata alla Città Eterna. In Italia giudicavano gli *iuridici*, invece nelle province i governatori<sup>158</sup>. Siccome la pretura fedecommissaria ed il consolato, nell'ambito della giurisdizione civile, erano uffici paralleli<sup>159</sup>, le loro competenze andavano limitate. Sembra che importanza fondamentale avesse il valore dell'oggetto della lite<sup>160</sup>, anche se non si conosce concretamente il limite a partire del quale diventava competente il console. Questa demarcazione, come si può presumere, riguardava non solo le liti dei fedecommissi singolari. È noto che nelle cause sui fedecommissi universali, per la parte di patrimonio espressa in frazione, decideva il valore conteso, e non quello dovuto<sup>161</sup>. Inoltre rivendicando i diritti davanti al pretore fedecommissario si doveva far intervenire lo stesso il console se almeno una delle parti era un senatore, eventualmente la di lui moglie oppure una figlia nubile (*clarissimae feminae*). Se, però, durante la lite la donna si fosse sposata diventando in questo modo *persona clarissima*, non poteva

---

Roma le nuove competenze stabili che oltre ai consoli vennero concesse a due pretori nonché al governatore della provincia. Con ciò venne eliminata la giurisdizione limitata territorialmente alla Città Eterna e dipendente quanto alla natura discrezionale dallo *iussum principis*.

<sup>158</sup> G.2.278; Ulp.25.12; D.31.29 pr., dove P. Iuventio Celso filius ricordò che suo padre diede un parere in una causa di fedecommissi essendo membro del consiglio del console Duceno Vero, il che conferma la partecipazione dei consoli nella soluzione delle controversie di questo genere. Invece la competenza territoriale dei governatori delle province nelle cause di fedecommissi universali viene confermata dai testi: D.36.1.76.1. Paulus *libro secundo decretorum* e D.36.1.83. Paulus *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro secundo* — in entrambi i casi ebbe luogo l'appello contro la soluzione del governatore.

<sup>159</sup> Röhle PF, p. 425.

<sup>160</sup> Quint.Inst.Orat.3.6.70: *sed personae, tempora, actiones ceteraque propter aliquam causam transferuntur: ita non est in translatione quaestio, sed in eo, propter quod transferuntur. 'non debes apud praetorem petere fidei commissum, sed apud consules: maior enim praetoria cognitione summa est'. quaeritur, an maior summa sit: facti controversia est.*

<sup>161</sup> D.2.1.19.1. Ulpianus *libro sexto fideicommissorum*.

opporli alla competenza del pretore fedecommissario che aveva già cominciato a giudicare la causa. Il privilegio giurisdizionale di queste persone poteva cozzare con la competenza territoriale. Normalmente, se una parte del patrimonio ereditario si trovava fuori Roma, invece del pretore fedecommissario, era competente il governatore della provincia. Però, siccome questi non disponeva di un tribunale privilegiato, che avrebbe potuto esaminare le cause delle *clarissimae personae*, nacque la tendenza di sottoporre la soluzione della controversia al console, anche se solo una piccola parte di eredità si trovava a Roma. Sembra che le indicate competenze statali comprendessero i processi riguardanti tutti i fedecommissi, e dunque sia quelli singolari che universali<sup>162</sup>.

Dalle valutazioni precedenti risulta che già nella prima metà del I° secolo si formò un modo stabile e istituzionalizzato di concedere ai fedecommissi la tutela sotto forma della *cognitio extra ordinem*. Perciò il costringere a rispettare la volontà dell'ereditando ed a realizzare il fedecommissio universale non costituiva un problema. Fatta l'*aditio hereditatis* da parte dell'erede, il fedecommissario universale diventava suo creditore per quanto riguarda l'eredità fedecommissaria<sup>163</sup>. Acquisiva, quindi, l'azione di *hereditas fideicommissaria* nel processo di cognizione. Diventava creditore di una parte del patrimonio del fedecommissario e il credito passava ai suoi eredi. Perciò anche loro avrebbero potuto avanzare la *petitio fideicommissi*<sup>164</sup>. Rimaneva, invece, la questione del metodo con cui

---

<sup>162</sup> D.50.16.100. Celsus libro secundo de officio consulis; D.1.9.8. Ulpianus libro sexto fideicommissorum; D.2.1.19. Ulpianus libro sexto fideicommissorum; D.31.29 pr. Celsus libro trigesimo sexto digestorum; D.5.1.52.2. Ulpianus libro sexto fideicommissorum. Cfr. Röhle PF, pp. 427-428; A. Metro, *Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi (Denegatio actionis e processo fedecommissario)*, BIDR 75/1972, p. 136; Giodice TGF, pp. 160-163.

<sup>163</sup> Voci DER II, p. 366.

<sup>164</sup> D.36.1.26 pr. Julianus libro trigensimo nono digestorum; D.31.67 pr. Papinianus libro nono decimo quaestionum; D.31.24. Ulpianus libro secundo fideicommissorum. Cfr. Declareuil TF, p. 141.

l'erede, obbligato a restituire l'eredità in base al *fideicommissum hereditatis*, avrebbe dovuto realizzare la *restitutio hereditatis*.

Il problema principale consisteva in questo che agli inizi del principato mancava sia la norma che la forma in base a cui trasferire l'eredità intera dall'erede al fedecommessario<sup>165</sup>. Né poteva servire a questo in modo soddisfacente la *in iure cessio hereditatis*. In realtà questo era l'unico modo per far diventare qualcuno direttamente erede, però attraverso la *in iure cessio* solo l'*heres legitimus ante aditionem* poteva trasmettere lo *ius successionis*, perché esso gli spettava *ex lege*. Invece lo *heres scriptus*, cioè di regola l'erede gravato di fedecommessi, prima dell'acquisizione dell'eredità, non era ancora erede. Dopo l'*aditio*, però, l'eredità cessava di essere *nomen iuris* e diventava una res collettiva. L'erede, allora, attraverso la *in iure cessio* trasferiva solo i *corpora hereditaria*, e non lo *ius successionis*<sup>166</sup>.

M. Bartošek ha formulato la tesi che di fronte all'indecisione su come in pratica effettuare la *restitutio hereditatis*, dovesse prevalere il metodo più semplice. Succedeva così almeno nel primo periodo, cioè subito dopo il riconoscimento legale del fedecommesso, e prima dell'applicazione della *venditio hereditatis nummo uno* allo scopo della sua realizzazione. Questo metodo doveva consistere in questo: prima trasferire al fedecommessario gli oggetti ereditari (diritti reali) uno dopo l'altro; poi per ottenere l'effetto del passaggio dei crediti (obbligazioni) si consigliava semplicemente al fedecommessario di rivenderli (*actiones mandatae*)<sup>167</sup>. La soluzione proposta sembra probabile, anche se ovviamente non dava effetti completamente soddisfacenti. È difficile, però, discuterne perché non trova conferma

<sup>165</sup> Bartošek SCT, p. 11.

<sup>166</sup> G.2.34-37; G.3.85-87; Ulp.19.12-15; cfr. anche C.7.75.1. Antoninus (a. 213). Cfr. La Pira IC, pp. 144-155; R. Ambrosino, *In iure cessio hereditatis. Spunti per valutazione della hereditas*, SDHI 10/1944, pp. 3-100; B. Albanese, *Gai. II. 34-37 e l'in iure cessio hereditatis*, Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo 23/1951, pp. 213-251; A. Torrent, *Venditio hereditatis — la venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca 1966, pp. 89-149, 234-235 e la bibliografia ivi citata.

<sup>167</sup> Bartošek SCT, p. 11.

nelle fonti. Non si riesce, quindi, a verificarla sul serio, e si deve stare attenti per non impelagarsi nelle supposizioni o nella fantasia. Gaio, invece, presentò un altro modo con cui veniva esercitato il trasferimento dell'eredità dall'erede al fedecommissario prima della deliberazione del primo *senatus consultum* che riguardava i fedecommesi universali.

G. 2.252: *Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire et, quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut, quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino, si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur. Ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut, si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi.*

Gaio ci ha tramandato che il fedecommissario universale nel periodo in questione si trovava nella stessa situazione dell'acquirente che concludeva una stipulazione, come di solito si faceva per l'acquisizione dell'eredità. Ne risulta che per il trasferimento dell'eredità veniva allora usata la *venditio hereditatis*, solo che la si effettuava *nummo uno*. L'esame tecnico dello svolgimento di questa operazione presenta delle difficoltà — Gaio scrive *nummo uno ... venire*, mentre a sua volta in G. Aug. 2.67 a questo proposito si parla direttamente di *mancipatio*<sup>168</sup>. Secondo B. Biondi<sup>169</sup> la testimonianza

---

<sup>168</sup> G. Aug. 2.67: *Sicut superius diximus, fideicommissarius apud veteres neque heredis loco erat, neque legatarii, sed emptoris. Nam qui rogabatur hereditatem restituere apud veteres adhibebat quinque testes libripendemque et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem illi fideicommissario, unde loco venditoris heres ipse, fideicommissarius loco emptoris erat et stipulationes*

di G. 2.252 non è chiara, perché se *venire* avesse dovuto riguardare letteralmente la vendita, ciò avrebbe significato che il *magistratus* avrebbe convocato presso di sé le parti e avrebbe costretto l'erede a vendere l'eredità *nummo uno* al fedecommisario. Visto che la vendita romana non faceva trasferire i diritti, ma solo creava un'obbligazione, a carico dell'erede nasceva l'obbligo di trasferire la proprietà dei singoli beni ereditari attraverso la *mancipatio* o *traditio*. Però per questo motivo all'autore sembrava incomprensibile perché si sarebbe sostituito l'obbligo nato dal fedecommesso con un altro proveniente dalla vendita, e le citazioni in *cognitio extra ordinem* sostituite con le accuse civili. A suo giudizio *venire* venne usato piuttosto nel senso di *mancipio dare*, suggerimento tratto da G. Aug. 2.67<sup>170</sup>. Purtroppo pur accettando questa interpretazione, le difficoltà non vengono definitivamente eliminate, perché attraverso la *mancipatio* si potevano trasferire le singole *res corporales* ereditarie, ma non l'*hereditas* la quale nella sua interezza costituiva una *res incorporalis*<sup>171</sup>. Sotto questo aspetto P. Voci ritenne che nonostante tutto fosse più affidabile la menzione di Gaio. Se al fine della *restitutio hereditatis* tra le parti si arrivava al contratto consensuale *emptio venditio*, questo, per il passaggio dei *corpora hereditaria*, avrebbe dovuto servire in *iure cessio*, alla quale sarebbe potuto venire in aiuto anche l'*usucapio*<sup>172</sup>. Tale soluzione sembra più semplice e credibile perché tutti gli oggetti ereditari avrebbero dovuti essere trasferiti con un atto solo. Inoltre la presenza allora necessaria del *magistratus* competente, non era indesiderata, anzi, costituiva una

---

*interponebantur inter heredem et fideicommissarium, quae solent interponi inter venditorem et emptorem, ubi institutus heres vendit hereditatem.*

<sup>169</sup> Biondi STD, pp. 278-279.

<sup>170</sup> Anche Impallomeni PF sembra condividere queste opinioni, pp. 301-302 n. 91. Invece S. Cugia, *Spunti storici e dottrinali sull'alienazione dell'eredità*, Studi Besta, vol. I, Milano 1939, p. 526 riteneva che la conclusione della stipulazione non accentuava troppo il contratto consensuale, e inoltre era più probabile che si trattasse di *mancipatio*.

<sup>171</sup> Biondi STD, pp. 278-279.

<sup>172</sup> Voci DER II, p. 345.

garanzia per la realizzazione della volontà dell'ereditando ed una conferma univoca della concessione della tutela giuridica ai fedecommissi.

L'erede vendeva l'eredità al fedecommissario *nummo uno*, ma quest'ultimo diventava proprietario dei beni ereditari — come nel caso dell'appropriazione informale dell'eredità — solo attraverso le successive azioni individuali di trasmissione: o attraverso la *mancipatio* o *traditio* come voleva B. Biondi, oppure grazie alla *in iure cessio* ed *usucapio* come proponeva P. Voci. L'ereditando, però, continuava a rimanere soggetto dei debiti e crediti ereditari. Perciò si manifestò la necessità di stringere un rapporto interno tra l'erede ed il fedecommissario per trasferire se non questi stessi, almeno la responsabilità ed i profitti che da essi ne derivavano. Gaio ricordò che questo rapporto era nato attraverso le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*<sup>173</sup>, il che sembra naturale se si prende in considerazione il modo in cui veniva effettuata la restituzione del patrimonio ereditario<sup>174</sup>. Il fedecommissario universale fu la causa indiretta della loro stipulazione, mentre direttamente, erano collegate alla vendita dell'eredità<sup>175</sup>.

Come è stato già detto, perfino la *in iure cessio (aditae) hereditatis* permetteva di trasferire solo i *corpora hereditaria*, mentre i debiti e i crediti appartenenti all'eredità restavano a carico dell'erede. Nonostante che l'erede avesse trasferito tutti i beni che aveva ricevuto dal *de cuius*, rimaneva come *heres* soggetto dei crediti e debiti ereditari. Fedele alla volontà dell'ereditando in futuro avrebbe dovuto restituire al fedecommissario universale tutto quello che avrebbe ricevuto a titolo di quei crediti. Questo aveva diritto di

---

<sup>173</sup> Sulle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* cfr. ad esempio J.C.A. Thomas, *Venditio hereditatis and emptio spei*, Tulane Law Review 33/1959, p. 546; A. Torrent, *op. cit.*, pp. 206-230, cfr. anche pp. 153-156 dove il fedecommissario universale è paragonato alla *venditio hereditatis*; Y. González Roldán, *Las stipulationes emptae et venditae hereditatis*, Revista de Investigaciones Jurídicas (México) 19/1995, pp. 169-183.

<sup>174</sup> Cfr. Bartošek SCT, pp. 11-12.

<sup>175</sup> Cfr. Impallomeni PF, pp. 301-302 n. 91.

esigere da lui il fedecommissario. D'altra parte, però, l'erede che avrebbe trasferito l'eredità, non aveva alcun mezzo proveniente da quest'ultima per coprire i debiti ereditari, e solo a lui potevano chiederli i creditori ereditari. Perciò il fedecommissario poteva fare affidamento, circa la copertura di tutte le eventuali perdite che sarebbero derivate dalle rivendicazioni dei creditori ereditari, sulla vendita fatta nell'interesse dell'erede. Gaio, nell'anzidetto frammento delle sue *Institutiones* testimoniò che a questo scopo alla restituzione dell'eredità si aggiungevano le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* e quindi identiche a quelle applicate alla *venditio hereditatis*. Il servirsi di esse non dovrebbe stupire. L'erede dopo l'*aditio* non poteva cedere il suo *ius successionis*. Ugualmente con la *venditio hereditatis* non veniva ceduto alcun diritto. Poteva, invece, cedere l'esecuzione del contenuto di questo diritto grazie alle stipulazioni aggiuntive<sup>176</sup>.

Conformemente a quanto trasmessoci da Gaio, l'erede ed il fedecommissario universale dopo essersi accordati in ordine alla *venditio hereditatis nummo uno* concludevano delle stipulazioni reciproche. L'obbligo primiero era la promessa di restituzione che il fedecommissario riceveva dall'erede (*stipulatio emptae hereditatis*). L'erede in esso assicurava che avrebbe restituito tutto ciò che avrebbe ottenuto dall'eredità come *heres* nonché non avrebbe ostacolato il fedecommissario nel presentare citazioni provenienti dall'eredità come *procurator* o *cognitor* dell'erede. Grazie a ciò il *fideicommissarius* poteva da solo e per conto proprio, come *procurator in rem suam*, rivendicare i crediti ereditari che formalmente spettavano all'erede. A sua volta liberava, però, l'erede dalla responsabilità, il che costituiva un'obbligazione secondaria (*stipulatio venditae hereditatis*). A questo fine il fedecommissario prometteva di restituire all'erede tutto quello che in relazione all'eredità sarebbe stato aggiudicato a lui oppure ciò che l'erede avrebbe restituito in buona fede. Inoltre il fedecommissario si

<sup>176</sup> Cfr. A. Torrent, *op. cit.*, pp. 155, 236-237.

obbligava a difendere debitamente l'erede dalle rivendicazioni a titolo dei debiti ereditari.

Esempio della dicitura delle stipulazioni fatte tra l'erede e il fedecommissario universale si trova nella Parafrasi di Teofilo<sup>177</sup>.

Par. 2.23.3: καί τινες ἐπερωτήσεις ἐγίνοντο μεταξὺ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ fideicommissariu, καὶ ἐγίνοντο αἱ ἐπερωτήσεις »emptae venditae hereditatis.« ἐπερώτα γὰρ ὁ κληρονόμος τὸν fideicommissáριον οὕτως· »ὁμολογεῖς ὡς fideicommissáριε εἶν ἀπαιτηθῶ τι ὑπο hereditariu creditoros δίδου μοι τοῦτο ἤγγουν καὶ defendeúein με καὶ περιποιεῖν μοι τὸ ἀνενόχλητον; καὶ ἔλεγεν ὁ fideicommissáριος· »ὁμολογῶ.« ἀντεπερώτα δὲ καὶ ὁ fideicommissáριος τὸν κληρονόμον οὕτως· »ὁμολογεῖς, ὡς κληρονόμε, εἶν ἀπαιτήσης hereditáριον debítora δίδου μοι τοῦτο ἤγγουν καὶ ἐκχωρεῖν μοι τὰς

<sup>177</sup> G. Aug. 2.69-70 sembra di presentare (dei frammenti) delle stipulazioni in una versione leggermente diversa, ma la sua completa decifrazione è notevolmente ostacolata dalle mancanze essenziali in questa parte dei *Gai Institutionum fragmenta Augustodunensia*. Manthe SCP, pp. 29-31, che cercava di considerare tutti gli elementi delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, ha proposto la seguente dicitura delle due formule:

*Stipulatio emptae hereditatis*: *Quanta pecunia ex hereditate L. Titii ad te pervenit pervenerit dolove malo tuo factum est erit, quominus perveniret, quarumque rerum contra debitores hereditarios actiones petitiones persecutiones tibi quaesitae sunt erunt, quantam pecuniam earum rerum nomine ab hereditariis debitoribus exegeris, tantam pecuniam recte mihi restitui aut earum rerum nomine actiones hereditarias mihi praestari neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus mihi heredive meo actiones hereditarias procuratorio aut cognitorio nomine exequi liceat, si adversus ea factum sit erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?*

*Stipulatio venditae hereditatis*: *Quidquid hereditatis L. Titii nomine, quod L. Titius debuit vel quod mihi legatorum nomine ex testamento L. Titii dari fieri oportet oportebit, sine dolo malo condemnatus solvero sive quid alias bona fide dederò praestitero, his rebus recte praestari, quarumque rerum creditoribus hereditariis actiones petitiones persecutiones mecum sunt erunt, earum rerum nomine recte uti oportet defensioinem suscipi, quanti ea res erit, tantam pecuniam mihi recte restitui, dolumque malum abesse a futurumque esse spondes?*

ἀγωγὰς ὥστε δυνηθῆναι με procuratorio nomine κινῆσαι ταύτας»; (τίς δέ ἐστι procurátor προΐόντες μαθησόμεθα). καὶ ἔλεγεν ὁ κληρονόμος· »ὁμολογῶ.«.<sup>178</sup>

Dal testo presentato risulta che l'erede si rivolgeva con la domanda: *spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare, aut me defendere et indemnem servare? (stipulatio emptae hereditatis)*. Assicuratosi che la risposta del fedecommissario era: *spondeo!*, egli chiedeva poi all'erede: *spondesne, heres, si ab hereditario debitore quid consecutus fueris, id mihi praestare aut etiam actionibus mihi cedere ut procuratorio nomine iis experiar? (stipulatio venditae hereditatis)*. Con la risposta affermativa dell'erede terminava la procedura formale della *restitutio hereditatis*.

Occorre ancora valutare se la *venditio hereditatis* insieme alle allegate stipulazioni costituiva l'unico modo di trasferimento dell'eredità al fedecommissario universale. M. Bartošek ha esaminato con attenzione le parole *in usu erat* nel testo G. 2.252, le quali possono suggerire che l'erede non fosse obbligato ad usare questa forma di vendita né di aderire alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Secondo lui veniva praticato di solito proprio questo; il che non escludeva altre possibilità di regolare i conti con il fedecommissario<sup>179</sup>. Le parole *in usu erat* potevano benissimo essere solo una forma letteraria dell'introduzione dell'informazione storica a proposito di come era affrontato il problema della *restitutio hereditatis* prima che fossero stati emessi i *senatus consulta*

<sup>178</sup> *Et quaedam fiebant inter heredem et fideicommissarium stipulationes emptae et venditae hereditatis. stipulabatur autem heres a fideicommissario his verbis: «spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare, aut me defendere et indemnem servare?» et respondebat fideicommissarius. «spondeo». et contra stipulabatur fideicommissarius ab herede hoc modo: «spondesne, heres, si ab hereditario debitore quid consecutus fueris, id mihi praestare aut etiam actionibus mihi cedere ut procuratorio nomine iis experiar?» (quis autem procurator sit inferius proponemus). et dicebat heres: «spondeo».*

<sup>179</sup> Bartošek SCT, pp. 12-13.

riguardanti i fedecommissi universali. La *venditio hereditatis* costituiva, quindi, l'unico modo di restituzione dell'eredità che il giurista considerò degno di menzione. Esso costituì la prova della soluzione complessiva dei problemi legati alla *restitutio hereditatis*, in contrapposizione all'altra soluzione consistente nel trasferimento dei singoli beni ereditari e nell'ulteriore regolamento dei conti che per anni e anni dipendeva dalla buona volontà di entrambe le parti. Su questa buona volontà, invece, non si poteva sempre fare affidamento nelle eredità fedecommissarie dove entravano in gioco solitamente delle somme significative.

L'applicazione della *venditio hereditatis nummo uno* con l'allegata stipulazione non risolveva, però, tutti i problemi legati al trasferimento dell'eredità. Va ricordato che l'onere del fedecommissario universale molto spesso metteva l'erede in una situazione molto delicata: egli doveva conservare intatta l'eredità e restituire tutto ciò che aveva ereditato, ma nonostante ciò dopo la *restitutio hereditatis* continuava ad essere erede. Anche se poteva far cadere il rischio della legittimazione processuale passiva sul fedecommissario, se questi, però, non avesse adempiuto al dovere di tutelare l'erede nei confronti dei creditori ereditari, l'*heres* sarebbe stato obbligato a risponderne da solo. Gli rimaneva, allora, di richiedere dal fedecommissario il risarcimento, il che poteva andare in fumo in caso di insolubilità di quest'ultimo. Questo pericolo<sup>180</sup> induceva l'erede per evitare qualsiasi rischio a rinunciare all'eredità, e nel qual caso il fedecommissario diventava impotente perché solo l'*aditio hereditatis* dava la base per i suoi diritti. Invece dopo l'accettazione dell'eredità, il soddisfacimento, nel nostro caso delle rivendicazioni del fedecommissario, dipendeva in effetti dalla solvibilità dell'erede. Inoltre il *fideicommissarius* poteva trovarsi nella situazione in cui, impotente, avrebbe osservato come l'erede conduceva — senza una effettiva attenzione per i propri interessi — le controversie ereditarie, il cui risultato lo toccava essenzialmente<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Cfr. Kaser RP, pp. 761-762; Jörs-Kunkel-Wenger, p. 501.

<sup>181</sup> Cfr. Bartošek SCT, pp. 13-14.

Considerando tutti gli inconvenienti e le debolezze di uno dei primi tentativi costruttivi di regolare l'*hereditas fideicommissaria* occorre prendere in considerazione che il fedecommesso universale nella sua essenza era basato sulla *fides* che richiedeva sia di accettare l'eredità, sia di trasferirla ai fedecommissari. La forza morale dell'obbligo di restare fedele alla volontà del testatore non va né sopravvalutata, né sottovalutata. Sebbene la ragguardevole slealtà degli eredi portò a concedere ai fedecommissari la tutela giuridica<sup>182</sup>, è probabile che i Romani abbastanza comunemente accettassero le eredità, nonostante i fedecommissari universali ad essi allegati, visto che questa nuova istituzione giuridica si diffuse così ampiamente già nella prima metà del I° secolo. Pure non sarebbe vero l'affermazione che l'erede non avrebbe potuto avere assolutamente alcun profitto dall'accettazione dell'eredità che poi doveva restituire al fedecommissario universale. Se, per esempio, l'*heres* rimaneva debitore dell'ereditando, attraverso l'*aditio hereditatis* i crediti ed i debiti si congiungevano in una sola persona, e con ciò l'obbligazione si estingueva (*confusio*)<sup>183</sup>. La situazione si verificava quando il *de cuius* aveva un limitato diritto oggettivo *in re aliena* sui beni dell'erede<sup>184</sup>. Inoltre la *restitutio hereditatis* non comprendeva gli *iura sepulchrorum*<sup>185</sup> e le *actiones operarum*<sup>186</sup> che appartenevano

<sup>182</sup> I.2.23.1.

<sup>183</sup> D.36.1.61 pr. Paulus *libro quarto quaestionum*, dove l'ereditando era creditore a causa del contratto di pegno; D.36.1.82 Scaevola *libro quinto digestorum*, da cui risulta che nel caso del fedecommesso esisteva la possibilità di ripristinare il vincolo obbligatorio (*repetitio*) a causa dell'*aequitas*; però non si arrivava a questo automaticamente, ma con l'esame di tutte le circostanze: proprio in relazione allo stato di fatto da D.36.1.82 Scaevola e Claudio erano d'accordo che l'obbligazione non veniva ripristinata *ipso iure*; cfr. anche D.36.1.60 pr. Papinianus *libro nono responsorum*. Cfr. P. Kieß, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin 1995, pp. 154-169.

<sup>184</sup> D.36.1.75.1. Maecianus *libro tertio decimo fideicommissorum*.

<sup>185</sup> D.36.1.43.1. Paulus *libro vicesimo ad edictum*; cfr. D.36.1.57.3. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*. Cfr. M. De Dominicis, *Il «ius sepulchri» nel diritto successorio romano*, Scritti Romanistici, Padova 1970, pp. 197-222; Voci DER I, pp. 323-331.

esclusivamente all'*heres*; perciò non si poteva trasferirli né a qualcuno che era *loco emptoris*, né alla persona che si trovava *loco heredis*.

Gli elencati profitti non sempre si verificavano e sembravano relativamente irrilevanti in confronto alle perdite che potevano derivare dai debiti ereditari non accettati dal fedecommissario insolubile. Perciò assai abilmente M. Bartošek descrisse la caratteristica della situazione dell'erede gravato del fedecommissario ereditario con le seguenti parole: „riceveva effettivamente solo la speranza che con esso non avrebbe perso niente, e la certezza, che non avrebbe guadagnato niente”<sup>187</sup>.

La volontà di obbligare il proprio erede, a restituire l'eredità intera oppure una sua frazione ad una terza persona indicata costituiva l'essenza del fedecommissario universale. Da quando, al tempo dell'imperatore Ottaviano Augusto, il *fideicommissum hereditatis* diventò un'istituzione giuridica, nella *cognitio extra ordinem* fu fissato l'obbligo dell'erede che consisteva nella *restitutio hereditatis*. In pratica a questo scopo venne utilizzata la *venditio hereditatis nummo uno*. A mezzo di essa venivano ceduti i beni ereditari, ma non si riusciva a trasferire i diritti. Allegando le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* si poteva, invece, trasferire al fedecommissario la realizzazione del contenuto di questi diritti, il che gli permetteva di riscuotere i crediti e lo costringeva a rispondere dei debiti ereditari. Di conseguenza il *fideicommissarius* si trovava nella situazione dell'acquirente dell'eredità (*emptor hereditatis*) che entrava nei singoli rapporti patrimoniali ereditari come acquirente a titolo singolare. Perciò anche se si cercava di regolare la sua situazione così come se lui stesso fosse diventato erede, non poteva essere considerato successore universale dell'ereditando<sup>188</sup>.

Questa situazione creava tre problemi fondamentali<sup>189</sup>. Primo, il fedecommissario acquisiva solo i *corpora hereditaria*, non diventava, invece, soggetto dei debiti e dei crediti ereditari. In pratica

<sup>186</sup> D.36.1.57 pr. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*. Voci DER I, pp. 347-373.

<sup>187</sup> Bartošek SCT, p. 13.

<sup>188</sup> Cfr. Bartošek SCT, p. 177; Impallomeni PF, pp. 301-302 n. 91.

<sup>189</sup> Cfr. R. Trifone, *op. cit.*, p. 4.

a questo scopo si cercava di supplire con le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, il che, però, faceva nascere un ulteriore problema. Esso consisteva nel condizionare il fedecommesso universale alla solvibilità sia dell'erede che del fedecommissario. Il terzo più importante, era legato a quello che P. Voci ha chiamato l'accessorietà del fedecommesso universale nei confronti della *hereditas*<sup>190</sup>. Tutti i diritti del fedecommissario nascevano solo dopo l'adizione dell'eredità. Prima che ciò avvenisse, non aveva senso rivolgersi al *magistratus*, perché quest'ultimo non aveva il diritto di costringere l'erede all'*aditio hereditatis*. Con l'introduzione di tale possibilità, dovrebbe essere collegata la protezione dell'erede dalle perdite che avrebbe potuto subire in seguito alla realizzazione della volontà dell'ereditando contrariamente alla propria valutazione. Nessun mezzo giuridico finora conosciuto nel diritto romano poteva servire a risolvere i problemi indicati. La nuova istituzione, cioè l'*hereditas fideicommissaria*, richiedeva dei nuovi regolamenti giuridici. È noto che essi poterano nascere solo da una delle modalità favorite dall'imperatore. Per questo vennero scelti i *senatus consulta*.

## B) LA RIFORMA TREBELLIANA

All'inizio dell'impero di Nerone venne intrapresa l'iniziativa che avrebbe dovuto portare un rimedio ai problemi apparsi nella prima metà del I° secolo dopo Cristo nei confronti dei fedecommissi universali. Ne sono testimonianze, le tre fonti che qui di seguito presentiamo. Il senatoconsulto Trebelliano, perché è di esso che si tratta, riguarda il G. 2.253 ed il frammento delle Istituzioni giustiniane che gli corrisponde.

---

<sup>190</sup> P. Voci, *s.v. fedecommesso*, Enciclopedia del diritto, vol. XVII, [Milano] 1968, p. 106.

G. 2.253: *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit,*

*actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas.*

*Per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi.*

*Praetor enim*

*utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit*  
*eaque in edicto proponuntur.*

I. 2.23.4: *Et in Neronis quidem temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est ut, si*

*hereditas ex fideicommissi causa restituta sit,*

*omnes*

*actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas.*

*Post*

*quod senatus consultum*

*praetor*

*utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit*

La trasmissione del primo testo non suscita praticamente nessun dubbio<sup>191</sup>, ed il confronto di esso con I. 2.23.4 dimostra quali adattamenti fece la commissione giustiniana. Principalmente essi ebbero carattere redazionale. Invece forti controversie suscitò il terzo dei frammenti descrittivi il *senatus consultum Trebellianum*.

D.36.1.1.1-2. Ulpianus libro tertio fideicommissorum: *Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis octavo calendas Septembres Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus, cuius verba haec sunt: 'Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed*

<sup>191</sup> Solo la parola „ei” venne completata sulla base delle Istituzioni giustiniane, cfr. Bartošek SCT, pp. 16-17; Manthe SCP, p. 36, dove l'autore provò a ricostruire il *senatus consultum Trebellianum*.

*his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates*'.

Nonostante che il D.36.1.1.2 sembra citare letteralmente il testo del senatoconsulto, già da tempo venivano sottolineate le diverse inesattezze ed incongruenze indicanti la sua ulteriore redazione<sup>192</sup>, per quanto probabilmente estesa dallo stesso Ulpiano<sup>193</sup>. Tuttavia di regola tutti i dubbi sollevati riguardano la forma verbale della trasmissione e non la sua sostanza<sup>194</sup>, il che si evidenzia confrontando il D.36.1.1.1-2 con il G. 2.253 e il I. 2.23.4.

I testi presentati informano concordemente che sotto l'impero di Nerone il senato approvò un decreto il cui oggetto erano i fedecommessi universali. Esso ebbe luogo il 25° agosto, quando M. Trebellius Maximus e L. Annaeus Seneca erano consoli, cioè probabilmente nel 55 d.C.<sup>195</sup>. A proporre la sua emanazione fu il primo di loro e dal suo *nomen gentile* prese il nome. Invece finora né nelle fonti, né nella letteratura veniva menzionato Seneca in relazione

<sup>192</sup> Cfr. la discussione nel contesto di G.2.253: M. Wlassak, *op. cit.*, pp. 100-101; Id. *Römische Prozessgesetze*, vol. I, Leipzig 1888, p. 42 n. 6; Lenel PAL II, s.v. *Ulpianus nr 1871*, col. 909-910; E. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin 1902, pp. 119-120; H. Erman, *Recht und Prätor — aus Anlass von Ehrichs Buch*, ZSS 24/1903, p. 423 n. 1; F. Kniep, *Gai Institutionum Commentarius Secundus*, vol II.2, Jena 1913, pp. 397-399; Bartošek SCT, pp. 15-16, 64-80; Bartošek CF, pp. 326-327, *ad h.l.*

<sup>193</sup> Manthe SCP, pp. 36-37.

<sup>194</sup> M. Wlassak, *op. cit. ult.*, p. 42 n. 6 e F. Kniep, *op. cit.*, p. 397 sospettavano un'interpolazione nel frammento *actiones quae in heredem heredibusque dari solent*. M. Bartošek due volte ha proposto: — [*fructusque*] — *placet [ut] actiones quae <iure civili> — [dari solent, eas] <competunt> —*.

<sup>195</sup> Le ultime ricerche di G. Camodeca indicano proprio quell'anno, *I consoli del 55-56 e un nuovo collega di Seneca nel consolato: P. Cornelius Dolabella (TP.75[=140]+135)*, ZPE 63/1986, pp. 201-215; Camodeca NF, p. 54; cfr. anche Id., *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, Napoli 1992, pp. 132, 266-267. Sotto l'influsso di queste ricerche con la datazione *senatus consultum Trebellianum* al. 55 d.C. era d'accordo U. Manthe. L'ha fatto, però, solo in *rec.* G. Camodeca, *op. cit. ult.*, Labeo 40/1994, p. 377.

al merito del senatoconsulto<sup>196</sup>, anche se ultimamente è stata formulata la tesi che proprio il *collega* di Trebellius ispirò l'emanazione di esso<sup>197</sup>.

Dai frammenti citati si può decifrare anche la sostanza del *senatus consultum*. In esso venne deciso che le azioni civili spettanti all'erede nonché quelle contro di lui dopo la restituzione dell'eredità, dovevano essere entrambe concesse pro o contro, ai fedecommissari universali. Come in seguito scrisse Gaio, in conseguenza del senato consulto Trebelliano il pretore riconosceva loro le *actiones utiles* — azioni analoghe a quelle spettanti agli eredi. Secondo U. Manthe, l'espressione di Ulpiano *si qua de his bonis iudicia penderent* nonché le parole di Gaio *utiles actiones ... dare coepit* non lasciano dubbi sulla originaria limitazione del senatoconsulto ai processi che erano pendenti al momento della restituzione dell'eredità. Non sarebbe esistita allora la necessità di concedere una nuova formula, perché alla *translatio iudicii* sarebbe stata cambiata solo la formula già esistente<sup>198</sup>. Questa interpretazione, però non corrisponde troppo con quanto trasmessoci da Gaio e riguardante le attività del pretore intraprese conformemente

---

<sup>196</sup> Cfr. Bartošek SCT, p. 18.

<sup>197</sup> Questa tesi l'ha formulata Manthe SCP, p. 40 (n. 21). Egli si è basato sull'osservazione di D. Daube, *Forms of Roman Legislation*, Oxford 1956, pp. 78-86, che solo i *senatus consulta Trebellianum* e *Macedonianum* sono caratterizzati da una triplice struttura: la motivazione della restituzione — il regolamento — lo scopo del senatoconsulto. Secondo D. Daube, *op. cit.*, p. 85 ciò potrebbe significare che essi avessero avuto lo stesso ideatore. U. Manthe su questa base ha fatto un'evoluzione estremamente arrischiata: ha presupposto che non M. Trebellio Maximo, ma L. Anneo Seneca fosse l'ispiratore dell'emissione del *senatus consultum Trebellianum* e da qui ha concluso che fosse anche l'autore del senatoconsulto Macedoniano. Mancano, però, gli argomenti che rendevano almeno verosimile l'attribuzione della paternità a Seneca anziché a Trebellio, da cui prese il nome il *senatus consultum*. Inoltre tutto il ragionamento di U. Manthe è basato su un altro principio, a sua volta proveniente da D. Daube, *Did Macedo murder his father?*, ZSS 65/1947, p. 310, e cioè che il senatoconsulto Macedoniano nacque nel 51, cioè poco prima dell'emissione del *senatus consultum Trebellianum*, e non tra il 69 e il 79, come di solito viene datato.

<sup>198</sup> Manthe SCP, pp. 37-38.

al contenuto del senatoconsulto. Il giurista scrivendo a proposito delle *actiones utiles*, presentò solo un tipo di conseguenze del *senatus consultum Trebellianum*, perché oltre alle azioni analoghe, ai fedecommissari universali veniva concessa anche la *fideicommissaria hereditatis petitio*<sup>199</sup>. Inoltre lo sviluppo del regolamento trebelliano si deduce dall'interpretazione estensiva che gli fu data. Esso fu applicato non solo agli eredi costituiti ma anche ai loro successori universali nonché ai padri o ai proprietari degli stessi successori universali<sup>200</sup>, ai fedecommissari universali<sup>201</sup>, e perfino agli eredi non testamentari<sup>202</sup>. Però la sua essenza stava nel concedere al fedecommissario nell'ambito dello *ius honorarium* le stesse azioni che conformemente allo *ius civile* finora spettavano all'erede e contro di lui (il che nelle I. 2.23.4 venne sottolineato aggiungendo la parola *omnes*). Conseguenza di ciò fu proprio la caduta in disuso delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* che diventarono inutili allorché la legittimazione processuale attiva e passiva passò al fedecommissario e grazie a ciò egli divenne soggetto di debiti e crediti ereditari.

Gaio fece presente che il pretore concedeva le *actiones utiles* in base al *senatus consultum Trebellianum*. Non si sa, però, come fossero in pratica le azioni, perché nelle fonti non è specificato se la formula dell'azione *iuris honorarium* comprendeva il cambio dei soggetti o la finzione *si heres esset*. Anche se non c'erano motivi per escludere qualsiasi possibilità, prima prevalse l'opinione che il pretore applicasse il cambio dei soggetti. Però dopo la pubblicazione di C. Ferrini della Parafrasi di Teofilo più volentieri venne accolto il parere che, decisamente più spesso nella formula processuale, apparisse la finzione<sup>203</sup>. Del resto tale soluzione sembra notevolmente più coerente, se si prendono in considerazione le parole di Gaio *quasi*

---

<sup>199</sup> V. *infra* pp. 104-107.

<sup>200</sup> D.36.1.41.1. Paulus *libro vicensimo ad edictum*.

<sup>201</sup> D.36.1.1.8. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>202</sup> D.36.1.1.5. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>203</sup> Bartošek SCT, pp. 175-185. Ultimamente per l'applicazione della finzione si è dichiarato Manthe SCP, pp. 38-39.

*heredi et in heredem dare coepit* nonché quanto sostenuto dal giurista secondo il quale il fedecommissario universale dopo l'emanazione del *senatus consultum Trebellianum* era *heredis loco*<sup>204</sup>. Non si può, però, escludere che con uguale successo venissero utilizzate entrambe le possibilità. E così sarebbero stati scambiati i soggetti nelle formule delle azioni delle obbligazioni come allorquando il *bonorum emptor* ottenne l'*actio Rutiliana*<sup>205</sup> per agire in giudizio contro i creditori o i debitori del proprio predecessore. La finzione, invece, sarebbe stata compresa nelle azioni valide *erga omnes*, come nel caso dell'*actio Publiciana*<sup>206</sup> oppure le azioni cominciati con le parole *si heres esset* di cui si avvaleva il *bonorum possessor*<sup>207</sup>.

Il pretore concedeva le *actiones utiles* conformemente al senatoconsulto Trebelliano, quando le *actiones directae*<sup>208</sup> spettavano all'erede e contro di lui secondo lo *ius civile*. Perciò nasce la domanda che cosa avveniva con le azioni *iuris honorarium*, il cui soggetto diventava l'erede come successore universale dell'ereditando<sup>209</sup>. A questo punto vale la pena di citare le parole di Paolo che su questo argomento scrive nel 20° libro del commento all'editto pretorio.

<sup>204</sup> G.2.251. Cfr. D.36.1.46.1. Marcellus *libro quinto decimo digestorum*.

<sup>205</sup> G.4.35.

<sup>206</sup> G.4.36.

<sup>207</sup> G.4.34. Bartošek SCT, p. 182 n. 99 rappresenta una possibile dicitura della formula Serviana (in caso di *rei vindicatio*), che comprende la finzione: *Iudex esto. Si Aulus Agerius (il fedecommissario) Lucio Titio (l'ereditando) heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret neque ea res Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve*. Egli ha indicato anche la possibile formula Rutiliana con il cambio dei soggetti (in caso di *actio certae creditae pecuniae*): *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio (l'erede) sestertium X milia, quibus de agitur, dare oportere, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio (il fedecommissario) sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve*.

<sup>208</sup> L'espressione *actiones directae* in relazione alle azioni spettanti agli eredi venne usata in D.36.1.72 pr. Pomponius *libro secundo fideicommissorum*.

<sup>209</sup> In merito della discussione condotta un volta sul passaggio delle azioni pretoriane e del *senatus consultum Trebellianum*, cfr. Bartošek SCT, pp. 55-57.

D.36.1.41 pr. Paulus *libro vicensimo ad edictum*:  
*Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur,*  
*quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen*  
*honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est:*  
*immo et causa naturalium obligationum transit.*

Il testo presentato conferma la trasmissione dei frammenti: G. 2.253, D.36.1.1.1-2 e I. 2.23.4, che la sostanza del *senatus consultum Trebellianum* riguardava il trasferimento delle azioni, il cui soggetto era l'erede, al fedecommissario universale. Il giurista aggiunge che, nonostante il senatoconsulto parlasse esclusivamente di azioni civili, passava al fedecommissario insieme alla restituzione dell'eredità la legittimazione processuale attiva e passiva dello *ius honorarium*. Sembra del tutto naturale che giacché il *magistratus* concedeva le azioni pretorie in base alle rivendicazioni civili, tanto più dovesse appoggiare la realizzazione della volontà del *de cuius* attraverso il riconoscimento del fedecommissario come soggetto di azioni pretorie e il rifiuto di esse all'erede, al quale e contro il quale finora spettavano. Perciò anche se il senatoconsulto stesso non riguardava il passaggio delle rivendicazioni *iuris honorarium*, in pratica esso venne esteso anche a questi casi. Siffatta interpretazione del *senatus consultum Trebellianum* unificò la situazione giuridica sia dell'erede, sia del fedecommissario universale. Non è facile, però, indicare quando essa ebbe luogo: ne fece menzione solo Paolo, nonostante che sia difficile credere che fosse avvenuta così tardi.

Quando i pretori decisero di concedere ai fedecommissari, oltre alle *actiones utiles* modellate sulle azioni dello *ius civile*, soggetti delle quali erano gli eredi, anche le azioni pretorie spettanti a loro e contro di loro, allora la legittimazione processuale attiva e passiva passò, insieme alla restituzione dell'eredità, ai fedecommissari. Ciò non riguardava solo le *actiones populares* pendenti<sup>210</sup>.

La concessione delle *actiones utiles* doveva costituire solo uno degli aspetti dell'attività intrapresa in base al *senatus consultum*

<sup>210</sup> D.47.23.7. Paulus *libro quadragensimo primo ad edictum*. Cfr. Manthe SCP, p. 39 n. 16.

*Trebellianum*. Grazie ad esse era possibile la rilevazione dei debiti e crediti ereditari da parte dei fedecommissari, ma non garantivano gli eredi contro le rivendicazioni dei creditori ereditari, e così non venivano nemmeno protetti gli eredi contro l'insolvenza delle persone che avevano ricevuto l'eredità fedecommissaria. D'altra parte i fedecommissari non venivano protetti contro la vindicazione dei loro diritti da parte degli eredi, nel caso che avessero citato in giudizio i debitori ereditari, giacché continuavano ad essere a ciò legittimati, anche se solo formalmente.

Lo scopo dell'emanazione del senatoconsulto consisteva nel migliorare la situazione degli eredi che temevano di rispondere a motivo della *hereditas fideicommissaria* già trasferita conformemente alla volontà del *de cuius*<sup>211</sup>. Compito del pretore era di concedere loro degli opportuni mezzi processuali, dei quali in primo luogo doveva far parte la *denegatio actionis*. Se, però, in questo modo per qualche motivo non si fosse riuscito a far cessare la lite già all'inizio, nella formula processuale fu inserita l'*exceptio*<sup>212</sup>. Si procedeva in modo simile per proteggere i terzi nel caso in cui l'erede avesse presentato delle rivendicazioni contro di loro, nonostante che la legittimazione materiale fosse stata trasferita al fedecommissario universale.

L'eccezione processuale che venne concessa già agli eredi e ai terzi, formalmente si chiamò *exceptio Trebelliani*<sup>213</sup>. Chiamandola *exceptio restitutae hereditatis*<sup>214</sup> venne sottolineato la sostanza

<sup>211</sup> Cfr. D.36.1.1.3-4. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>212</sup> D.36.1.1.4. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>213</sup> D.15.2.1.8. Ulpianus *libro vicesimo nono ad edictum*. Questo nome venne usato anche in D.5.1.28.1. Paulus *libro septimo decimo ad Plautium*, però la parola *Trebelliani* viene considerata aggiunta più tardi: P. Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berolini 1954, *ad h.l.*; Lenel PAL I, s.v. *Paulus nr 1231*, col. 1173.

<sup>214</sup> D.36.1.28.7. Julianus *libro quadragensimo digestorum*. Non sembra mirato il nome *exceptio doli*, usato in Jörs-Kunkel-Wenger, p. 501 n. 10. Si deve concordare con Bartošek SCT, p. 149, il quale sosteneva che se nelle fonti non fu fatta menzione sull'*exceptio restitutae hereditatis*, si potrebbe sospettare che veniva

dell'eccezione che spettava solo dopo la restituzione dell'eredità al fedecommissario. Purtroppo in nessuna fonte si conservò la dicitura dell'*exceptio Trebelliani*<sup>215</sup>.

Dell'inserimento della *exceptio restitutae hereditatis* nella formula approfittavano gli eredi per evitare di rispondere dei debiti ereditari non coperti dal fedecommissario insolvente. Da qui il timore di dover rispondere non poteva essere più un pretesto per respingere l'eredità, anche se il costringere l'erede all'*aditio hereditatis* continuava ad essere irreali. Invece il concedere l'*exceptio Trebelliani* ai terzi rafforzava la posizione dei fedecommissari universali, perché metteva nell'impossibilità gli eredi, i quali avevano effettuato la *restitutio hereditatis*, di accettare i crediti appartenenti all'eredità.

In base al *senatus consultum Trebellianum* al fedecommissario universale venivano trasferite le azioni il cui soggetto nello *ius civile* era l'erede. Le *actiones utiles* servivano a trasferire le singole rivendicazioni. Inoltre il *fideicommissarius* aveva a disposizione ancora un'altra azione, grazie a cui richiedeva l'eredità intera. L'erede a questo scopo avrebbe usato l'*hereditatis petitio*<sup>216</sup>. Alla persona che aveva ricevuto l'eredità fedecommissaria veniva concessa un'azione della stessa portata<sup>217</sup> — la *fideicommissaria hereditatis petitio*<sup>218</sup>.

---

applicata l'*exceptio doli*. Se, però, i giuristi romani costruirono un'altra eccezione, allora l'*actio doli* doveva cederle il posto.

<sup>215</sup> Bartošek SCT, p. 151 ha proposto la seguente ricostruzione dell'*exceptio* che veniva concessa in caso di citazione dell'erede: *si Ns Ns Lucio Titio eam hereditatem ex senatus consulto Trebelliano non restituit*.

<sup>216</sup> Sulla *hereditatis petitio* cfr. H. Dernburg, *Ueber das Berhältniss der Hereditatis petitio*, Heidelberg 1852; W. Francke, *Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione*, Göttingen 1864; A. Leinweber, *Die hereditatis petitio*, Berlin 1899; G. Longo, *L'hereditatis petitio*, Padova 1933; A. Carcaterra, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, vol. I, Roma 1948; Id., *L'editto del pretore e l'azione ereditaria*, vol. II, Bari 1953; J. Dénoyez, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en Droit Romain*, Paris 1953; S. Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano 1954; M. Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla „hereditatis petitio“*, Milano 1956; R. Quadrato, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli 1972.

<sup>217</sup> D.5.6.2. Paulus libro vicensimo ad edictum.

Le fonti che la riguardano e che sono arrivate fino ai nostri tempi, sono purtroppo scarse e in effetti si limitano ad un solo titolo dei Digesti comprendente tre brevi testi. È noto che essa spettava non solo al fedecommissario, ma anche al suo erede civile, il *bonorum possessor* o ad altro successore<sup>219</sup>. La *fideicommissaria hereditatis petitio*, in quanto analoga all'azione civile, era una *actio in rem* di carattere universale, perché permetteva la rivendicazione dell'eredità intera. Il *pro herede possessor* e il *pro possessore possessor* godevano della stessa legittimazione processuale passiva come nel caso della *hereditatis petitio civilis*. Ovviamente era impossibile usarla contro l'erede che avrebbe già fatto la *restitutio hereditatis*<sup>220</sup>. Secondo Otto Lenel la *fideicommissaria hereditatis petitio* venne inserita perfino nell'editto pretorio, probabilmente nel titolo 68<sup>221</sup>. È possibile che accanto ad essa vi venissero inserite anche le *actiones utiles* — poiché come si sa il pretore annunciava azioni analoghe nell'editto<sup>222</sup>.

Grazie alla concessione nell'ambito dell'*ius honorarium* di *actiones utiles* e di *exceptiones restitutae hereditatis*, nonché della *fideicommissaria hereditatis petitio*, insieme al trasferimento della legittimazione passiva ed attiva si verificava anche il trasferimento adeguato dei debiti e dei crediti. Perciò la restituzione dell'eredità per il fedecommissario non si limitava all'acquisizione dei *corpora hereditaria*, come aveva luogo prima dell'emanazione del *senatus consultum Trebellianum*, ma riguardava tutta l'eredità. Inoltre non sembra che esistesse la necessità di trasferire i singoli oggetti

---

<sup>218</sup> D.5.6.1. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*, cfr. D.5.3.54 pr. Julianus *libro sexto digestorum*. Cfr. M. Berthon, *De la pétition d'hérédité en droit romain et en droit français*, Paris 1894, pp. 131-133; B. Brugi, s.v. *Fideicommissaria (Petizione) — Fideicommissaria hereditatis petitio*, Digesto Italiano, vol. XI.1, Torino 1895, pp. 669-685.

<sup>219</sup> D.5.6.3 pr. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*.

<sup>220</sup> D.5.6.3.1. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*.

<sup>221</sup> O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, pp. 183-185.

<sup>222</sup> G.2.253; Bartošek SCT, pp. 184-185; cfr. R. Quadrato, *op. cit.*, pp. 67-72.

materiali per esempio attraverso la mancipazione<sup>223</sup>. Per raggiungere lo stesso scopo bastava che il pretore rifiutasse all'erede la *rei vindicatio*, e la concedesse *utiliter* al fedecommissario universale. Sembra confermarlo Gaio, il quale scrisse nel secondo libro *fideicommissorum* — D.36.1.65 pr.: *facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem*. Ciò significa che le relazioni ereditarie venivano trasferite direttamente e senza la necessità di un qualsiasi singolo atto. Grazie a ciò dopo l'emissione del *senatus consultum Trebellianum* il fedecommissario non si trovava più nella situazione dell'acquirente dell'eredità, ma faceva le veci dell'erede (*heredis loco*)<sup>224</sup>. Quindi il senatoconsulto riformò essenzialmente la situazione giuridica della persona a cui veniva trasmessa l'*hereditas fideicommissaria*.

Nelle considerazioni precedenti più volte si è menzionato che il *senatus consultum Trebellianum* dava la possibilità di trasferire le azioni dall'erede al fedecommissario insieme alla restituzione dell'eredità. Nel frammento D.36.1.65 pr. il giurista scrisse che subito dopo la *restitutio hereditatis*, naturalmente in conformità allo *ius honorarium*, tutti i beni ereditari diventavano beni del fedecommissario universale, anche se non li avesse ancora materialmente presi in possesso. Perciò nasce una domanda fondamentale: quando in realtà aveva luogo il passaggio dell'eredità? Definire in quale momento ciò avveniva, sarà possibile solo quando sarà stata chiarita la natura della *restitutio hereditatis ex senatus consulto Trebelliano*. A questo fine vale la pena di citare il testo di Ulpiano tratto dal 16° libro del commento all'editto.

D.36.1.38 pr. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum:  
*Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restitueret ille suscipere, non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem*

<sup>223</sup> Contra F. Knip, *op. cit.*, p. 396.

<sup>224</sup> G.2.251; cfr. Biondi STD, pp. 480-481.

*erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur.*

Dal frammento citato risulta che per la restituzione dell'eredità il ruolo principale lo svolgeva la manifestazione dell'intenzione dell'erede di fare la *restitutio*. Essa poteva essere espressa oralmente, a mezzo di scritto oppure attraverso un fattorino, e perfino in modo congetturale. Non si doveva allora intraprendere alcuna attività, perché la volontà di trasferire si esprimeva sufficientemente nell'assenso al fedecommissario di entrare in possesso dei beni ereditari oppure di almeno una loro parte. Se, però, l'erede avesse introdotto il fedecommissario in possesso degli oggetti concreti appartenenti all'eredità, e avesse avuto intenzione diversa dall'adempimento della *restitutio hereditatis*, non avrebbe avuto luogo la restituzione dell'eredità. La conferma della restituzione, cioè il riconoscere come *restitutio* l'azione a cui l'erede pensava che fosse, per esempio, una donazione o *commodato*, non era difficile. Bastava che l'erede cambiasse la sua volontà — *postea ratum habuit* — riconoscendo che ebbe luogo il trasferimento dell'eredità, e grazie a questo l'azione giuridica esercitata acquisiva l'efficacia della *restitutio hereditatis*. *Ratihabitio* costituiva allora *confirmatio restitutionis*<sup>225</sup>. Inoltre l'erede non doveva essere presente alla restituzione perché la poteva fare su suo *iussum* un terzo, invece in mancanza dello *iussum* niente impediva di riconoscere ulteriormente l'attività di questa persona (*ratihabitio*). Anche il fedecommissario poteva non partecipare personalmente alla *restitutio*, poiché bastava che indicasse la persona alla quale, in sua vece, si doveva trasferire l'eredità fedecommissaria.

Finora l'attenzione veniva prestata all'intenzione di trasferire, prodotta dall'erede, nonostante che nel frammento citato si faccia viva anche la partecipazione della volontà del fedecommissario: egli

<sup>225</sup> Cfr. D.36.1.67 pr. Maecianus libro quinto fideicommissorum.

entrava in possesso dei beni appartenenti all'eredità, indicava la persona a favore della quale doveva essere eseguita la *restitutio*. Si potrebbe avere l'impressione che alla restituzione dell'eredità la quale causava il passaggio a lui delle azioni finora spettanti all'erede, bastasse la dichiarazione unilaterale della *restitutio hereditatis* attraverso quest'ultimo<sup>226</sup>. Il che non è confermato da altre fonti. Esse indicano che le azioni passavano al fedecommissario *ipso iure* solo quando avesse espresso la volontà di ricevere l'eredità trasmessagli<sup>227</sup>: lo poteva fare subito; poteva esprimere la volontà precedentemente in relazione all'intenzione dell'erede; poteva infine confermare che il trasferimento dell'eredità era stato accettato (*ratihabitio*). L'intenzione di effettuare la *restitutio hereditatis* doveva essere espressa da entrambe le parti. Non lo facevano sempre di persona. In luogo dell'assente poteva chiedere la *hereditas fideicommissaria* il procuratore, se aveva dato la *cautio* che le sue azioni sarebbero state confermate, cioè che al suo ritorno il fedecommissario avrebbe effettuato la *ratihabitio* della volontà di ricevere l'eredità fedecommissaria espressa dal procuratore<sup>228</sup>. Conformemente al decreto dell'imperatore Antonino Pio, il curatore della erede (*heres institutus*), la quale era *furiosa*, avrebbe dovuto fare la *restitutio hereditatis*, allorché avrebbe ricevuto la *bonorum possessio secundum tabulas*<sup>229</sup>. Non si poteva, invece, restituire l'eredità al fedecommissario schiavo, all'insaputa o senza il consenso del suo proprietario. Essa, però, non doveva essere espressa precedentemente. Bastava che il *dominus* — e proprio attraverso lui passavano le azioni ereditarie — approvasse l'azione effettuata

<sup>226</sup> La controversia intorno all'unilateralità o bilateralità della restituzione dell'eredità è stata presentata da Bartošek SCT, pp. 35-41.

<sup>227</sup> D.36.1.1.9. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; cfr. D.36.1.67 pr. Maecianus *libro quinto fideicommissorum*; D.36.1.68.1. Paulus *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.42. Paulus *libro secundo fideicommissorum*; cfr. anche D.36.1.69 pr. Valens *libro tertio fideicommissorum*.

<sup>228</sup> D.36.1.68.1. Paulus *libro secundo fideicommissorum*.

<sup>229</sup> D.36.1.36. Ulpianus *libro sexto de officio proconsulis*.

*ex post (ratihabitio)*<sup>230</sup>. Anche il *pupillus* non poteva trasmettere l'eredità senza l'*auctoritas tutoris*. Il suo tutore poteva farlo indipendentemente, solo se il pupillo non avesse ancora compiuto il settimo anno di vita. Ugualmente non al tutore veniva restituita la *hereditas fideicommissaria*, ma allo schiavo del pupillo oppure al pupillo stesso con l'*auctoritas tutoris*<sup>231</sup>. L'eredità poteva essere trasmessa dagli *heredes* o dai *bonorum possessores* dell'erede, dal suo *pater familias* oppure dal proprietario che fece l'*adquisitio hereditatis*<sup>232</sup>. Non aveva importanza se l'*hereditas fideicommissaria* veniva restituita alla persona che era *in potestate*, o al suo *pater familias*<sup>233</sup>.

Tutto quello che finora è stato detto, dimostra che la restituzione dell'eredità costituiva un'azione bilaterale perché l'accordo tra le parti era indispensabile per la sua esistenza<sup>234</sup>. Lo si raggiungeva attraverso

<sup>230</sup> D.36.1.67 pr. Maecianus *libro quinto fideicommissorum*; cfr. D.36.1.42. Paulus *libro secundo fideicommissorum*.

<sup>231</sup> D.36.1.38.1-2. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*; D.36.1.40. Ulpianus *libro sexto decimo ad edictum*; cfr. D.36.1.67.3. Maecianus *libro quinto fideicommissorum*.

<sup>232</sup> D.36.1.41.1. Paulus *libro vicensimo ad edictum*.

<sup>233</sup> D.36.1.41.2. Paulus *libro vicensimo ad edictum*.

<sup>234</sup> Bartošek SCT, pp. 41-42 poneva la domanda se subito si formava questo carattere contrattuale della *restitutio hereditatis ex senatus consulto Trebelliano*. Dal punto di vista dogmatico esso sembrava importante e opportuno per la situazione giuridica di allora, il che potrebbe significare che esistesse dal momento dell'emissione del senatoconsulto Trebelliano. Ragioni storiche indicherebbero, invece, che questo carattere contrattuale della *restitutio* sia un'opera dei giuristi classici, il che corrisponderebbe meglio alla costruzione evolutiva dell'ordinamento giuridico romano. Dopo aver fatto la rassegna delle fonti l'autore è propenso piuttosto alla seconda ipotesi.

Attualmente è indiscusso che la restituzione dell'eredità in base al senatoconsulto Trebelliano aveva un carattere contrattuale nel diritto romano classico. Mancano, invece, i testi provenienti dai tempi successivi all'emissione del *senatus consultum Trebellianum*, e prima dell'approvazione del *senatus consultum Pegasianum*, che permettano di esaminare meglio la prima delle possibilità presentate, mentre le fonti citate da M. Bartošek non forniscono argomenti convincenti a favore della seconda.

l'espressione di entrambe le parti, fatta in modo giuridicamente efficace, dell'intenzione di restituire — ricevere l'eredità, allo stesso tempo o nella *ratihabitio*.

La *restitutio hereditatis ex senatus consulto Trebelliano* era un negozio giuridico, grazie a cui l'erede, già dopo l'acquisizione dell'eredità, trasferiva al fedecommissario universale i diritti al patrimonio ereditario. Essa non produceva gli effetti civili, ma causava la successione legale nell'ambito dello *ius honorarium*. La stessa *restitutio hereditatis* era un concetto tecnico, la cui novità si esprimeva in due elementi costruttivi fondamentali. Primo: con un solo atto produceva effetti giuridici verso tutti i beni ereditari senza considerare l'effettiva ricezione di ognuno di essi da parte del fedecommissario. Secondo, aveva natura giuridica di azione bilaterale<sup>235</sup>, la quale veniva conclusa in modo evidente o congetturale, oralmente o per iscritto, tra i presenti o gli assenti. Il trasferimento dell'eredità aveva luogo, però, non prima che le parti si fossero intese su ciò e accordate. Se semplicemente si arrivava a questo, il patrimonio ereditario veniva trasferito assieme ai debiti e crediti di cui facevano parte, mentre i fedecommissari che lo ricevevano venivano a trovarsi nella stessa posizione degli eredi.

La collocazione del fedecommissario *loco heredis* poteva essere legata con un altro importante problema. Se conforme alla volontà dell'ereditando si doveva restituire solo una frazione dell'eredità, al momento del trasferimento la comproprietà dell'erede e del fedecommissario, nata improvvisamente, poteva creare alcuni problemi. Secondo lo *ius civile* allo scopo di abolire la comproprietà derivante dalla successione *mortis causa* veniva presentata l'*actio familiae erciscundae*<sup>236</sup>, perciò in caso di fedecommissario universale

---

<sup>235</sup> Bartošek SCT, pp. 34-35; Voci DER II, p. 345.

<sup>236</sup> Sull'*actio familiae erciscundae* scrissero: Biondi AD, pp. 367-407; V. Kovošec, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht*, Leipzig 1927, pp. 72-74; F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar 1936; G. Sciascia, *In tema di actio familiae erciscundae*, AG 132 /1945, pp. 73-81;

limitato solo a una parte del patrimonio, il pretore decideva di concedere sia all'erede che al fedecommissario universale un'azione analoga — l'*utile familiae erciscundae iudicium*<sup>237</sup>. Ovviamente ci si poteva servire di essa solo dopo la *restitutio hereditatis*, ma per sua natura l'azione era una tipica *actio familiae erciscundae*, solo che applicata *utiliter*. In quanto azione analoga a questa azione civile era anche un *iudicium duplicium*, il che significava che l'erede e il fedecommissario universale in essa svolgevano il ruolo di attore e di convenuto. L'*utile familiae erciscundae iudicium*, nello stesso modo come l'azione civile, veniva intentato per abolire definitivamente la comproprietà nata in seguito alla realizzazione del fedecommissato universale limitatamente ad una parte di eredità<sup>238</sup>. La concessione del pretore a entrambe le parti di questa azione costituiva un ulteriore mezzo giuridico per mettere ordine nella situazione processuale dei fedecommissari nell'ambito dello *ius honorarium*.

Nel *senatus consultum Trebellianum* venne deciso di concedere le azioni spettanti all'erede e contro di lui, dopo la *restitutio hereditatis* al fedecommissario universale. Anche se il senatoconsulto Trebelliano si limitava alle controversie pendenti al momento della restituzione dell'eredità, molto spesso doveva regolare completamente la situazione dei fedecommissari trasferendo loro la legittimazione processuale attiva e passiva. In base ad essa il pretore concedeva: le *actiones utiles* per rivendicare i singoli beni ereditari dai terzi, la *fideicommissaria hereditatis petitio* per dare la possibilità di riprendere loro tutta l'eredità, e nel regolare i conti con l'erede l'*utile familiae erciscundae iudicium*. Dalle fonti presentate vien fuori che il

---

G. Brogini, *Iudex arbiterve. Prelegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, pp. 189-198; Voci DER I, pp. 735-736.

<sup>237</sup> D.10.2.40. Gaius *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.28.11. Julianus *libro quadragesimo digestorum*; cfr. anche D.10.2.24.1 Ulpianus *libro nono decimo ad edictum* però comunemente trattato come non autentico; A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, p. 22; Biondi AD, pp. 373-376; Bartošek SCT, p. 174; Voci DER I, p. 736.

<sup>238</sup> Cfr. Bartošek SCT, pp. 168-175, dove l'autore spiega perché venne usata la querela *utilis* invece dell'*actio communi dividundo*.

fedecommissario universale agiva per conto dell'erede nella situazione giuridica di costui, perché grazie al *senatus consultum Trebellianum* a lui venivano trasferite le azioni (*transferebantur, transibant actiones*). Questo significa che così come l'*heres* era soggetto di azioni civili, del pari al fedecommissario spettavano le *actiones* nell'ambito dello *ius honorarium*. Il senatoconsulto diede al *magistratus* la base giuridica per concederle. Grazie a ciò il fedecommissario in quanto *heredis loco*, nel processo formulare agiva in nome proprio. È difficile, allora, non essere d'accordo con l'assunto che il nocciolo della riforma trebelliana era costituito dall'intento di migliorare il diritto civile con quello pretorio<sup>239</sup>.

Sembra che in conseguenza dell'emissione del *senatus consultum Trebellianum* per la rivendicazione dei propri diritti il fedecommissario avesse a disposizione due tipi di processo. Con il primo richiedeva la *restitutio hereditatis* e la realizzazione in questo modo della volontà del *de cuius* da parte dell'erede che aveva ricevuto l'eredità (*petitio/persecutio fideicommissi*); con l'altro poteva, già dopo la restituzione dell'eredità, tutelare i propri diritti dalla violazione dei terzi<sup>240</sup>. Il primo processo si svolgeva davanti al console o al pretore fedecommissario, e in provincia davanti al governatore, nell'ambito della *cognitio extra ordinem* — così come avveniva prima dell'emissione del *senatus consultum Trebellianum*. Pare, invece, che il fedecommissario cercasse la tutela dei propri diritti nei confronti dei terzi nel processo formulare. Tuttavia rimane abbastanza problematico se esso si svolgesse solo davanti al pretore urbano. Su questo insisteva decisamente M. Bartošek<sup>241</sup>. Il suo parere non susciterebbe obiezioni, se fosse l'unico a spiegare tutti i dubbi che si manifestavano in relazione alle fonti accessibili contemporaneamente. Mancano, per esempio, argomenti convincenti, perché non si potevano rivendicare i propri diritti nei confronti dei terzi anche davanti al *magistratus* incaricato per le questioni

<sup>239</sup> B. Frese, *Viva vox iuris civilis*, ZSS 43/1922, p. 477.

<sup>240</sup> Cfr. Bartošek SCT, p. 104.

<sup>241</sup> Bartošek SCT, p. 105.

fedecommissarie, cioè lo stesso presso il quale probabilmente poco prima era stata acquisita l'*hereditas fideicommissaria*. A favore della giurisdizione del pretore fedecommissario nelle questioni contro i terzi troviamo il testo D.36.1.13.3 — M. Bartošek l'ha considerato postclassico per intero, ma l'ha motivato in modo non convincente<sup>242</sup>. Inoltre il fatto che proprio il *praetor urbanus* avesse lo *ius edicendi* costituisce un argomento sufficiente per rigettare la giurisdizione del *praetor fideicommissarius*? I testi conservatisi, riguardanti il comportamento nei confronti dei terzi provengono in realtà dai commenti agli editti. In questi frammenti probabilmente venne inserito un confronto con la procedura fedecommissaria<sup>243</sup>. Invece le opere riguardanti questa procedura diventarono, insieme alla liquidazione dell'ufficio del *praetor fideicommissarius*, antichate già alla fine del III° secolo e perciò si persero durante la grande svolta che avvenne a seguito della trascrizione delle opere, dai rotoli ai codici. Inoltre si sa che l'aggettivo *fideicommissarius* dopo la parola *praetor* venne cancellato ovunque, ad eccezione dei testi che trattavano della storia del diritto<sup>244</sup>. Quindi anche se la tesi di M. Bartošek sembri molto interessante, è difficile riconoscere con assoluta certezza che il senatoconsulto fosse stato redatto nella forma di un'istruzione indirizzata solo al pretore urbano<sup>245</sup> ed esclusivamente a lui fosse stata affidata l'esecuzione del *senatus consultum Trebellianum*.

Più volte è stato sottolineato che, il trasferimento delle azioni ereditarie dall'erede al fedecommissario universale, costituiva l'essenza della riforma trebelliana. Questa era la sua dimensione processuale in cui si esprimeva il passaggio dei rapporti ereditari direttamente e senza bisogno di qualsiasi singolo atto di trasferimento. Per questo le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* diventavano inutili perché il fedecommissario veniva reso non solo soggetto dei

<sup>242</sup> Bartošek SCT, pp. 108-109 n. 40.

<sup>243</sup> Röhle PF, p. 409.

<sup>244</sup> Röhle PF, pp. 407-410.

<sup>245</sup> Cfr. Voci DER II, p. 346 n. 15.

*corpora hereditaria*, ma anche dei debiti e crediti. Grazie all'applicazione dell'*exceptio restitutae hereditatis* l'erede non doveva temere le rivendicazioni da parte dei creditori ereditari, ma in conseguenza di ciò non poteva più rivendicare i crediti ereditari. A ciò era autorizzato il fedecommissario universale non solo sostanzialmente, come prima della riforma trebelliana, ma anche formalmente.

Nonostante che al successore continuasse a spettare l'appellativo di *heres*, dal momento della restituzione il suo diritto all'eredità era privo di sostanza. Paolo poteva, quindi, scrivere nel 20° libro *ad edictum* — D.36.1.39: *non enim solutio est hereditatis restitutio, sed successio, cum obligetur*. Benché l'erede conformemente alla volontà del *de cuius* avesse restituito l'eredità, continuava ad essere erede civile. Il fedecommissario non poteva, allora, diventare *heres*, anche se dopo la riforma trebelliana l'eredità intera passava a lui. Se, però, egli diventava soggetto di *res incorporalis* detta *hereditas* e dunque dei beni ereditari, dei crediti e dei debiti, anche quelli provenienti dalle obbligazioni naturali<sup>246</sup>, effettivamente entrava nell'intera situazione giuridica dell'ereditando<sup>247</sup>. Diventava, quindi, il suo successore universale. Questa posizione, prima di lui, l'aveva l'erede ed era proprio questi ad introdurre in essa il fedecommissario attraverso la *restitutio hereditatis*. Perciò la persona a cui veniva lasciata l'eredità fedecommissaria, diventava successore dell'ereditando a titolo generale indirettamente, attraverso la mediazione dell'erede civile. La situazione di entrambi questi soggetti nel periodo in cui ognuno di loro era successore universale dell'ereditando, non era, però, uguale. Dopo la *restitutio hereditatis* il fedecommissario agiva con le azioni, che gli venivano attribuite

<sup>246</sup> D.36.1.49. Pomponius libro primo variarum lectionum: *Si heredi eius, cui natura debuerit, aliquis solverit, ei, cui fideicommissa hereditas relicta sit, id reddendum.*

<sup>247</sup> Per questo motivo Gaio (G.2.251-252) per determinare la sua situazione giuridica dopo l'emanazione del senatoconsulto Trebelliano usava l'espressione *loco heredis*, invece del precedente *loco emptoris*.

nell'ambito dello *ius honorarium*, in base al *senatus consultum Trebellianum*. Si può, quindi, tentare di affermare che nella pratica processuale egli era un successore universale dell'ereditando secondo lo *ius honorarium*, come l'*heres* lo era in base allo *ius civile*.

### C) LE MODIFICHE INTRODOTTE DAL *SENATUS CONSULTUM PEGASIANUM*

La riforma trebelliana rese possibile al fedecommissario non solo l'acquisizione dei *corpora hereditaria*, ma fece di lui, al posto dell'erede, il soggetto dei debiti e dei crediti ereditari, grazie al fatto che a lui furono trasferite le azioni spettanti finora all'erede. Così si riuscì a rendere indipendente il fedecommissario universale dalle conseguenze derivanti dall'insolubilità o dell'erede o del fedecommissario. Sempre a causa dell'accessorietà del *fideicommissum hereditatis*, il fedecommissario poteva arrogarsi il diritto all'eredità ma solo dopo l'*aditio hereditatis*. Fino a quel momento era solo una persona indicata dal testatore, un fedecommissario potenziale quindi, che in realtà acquisiva la sua posizione giuridica all'atto dell'accettazione dell'eredità. Tale posizione giuridica la doveva, quindi, alla buona volontà dell'erede, la quale si manifestava nell'accettazione dell'eredità. Non c'era modo per costringere l'erede all'*aditio*. A ciò doveva rimediare il *senatus consultum Pegasianum*.

Esso fu approvato all'inizio del regno dell'imperatore Vespasiano<sup>248</sup>, sotto il consolato di Plotius Pegasus e L. Cornelius Pusio Annius Messalla<sup>249</sup>, probabilmente nel 72<sup>250</sup>, giacché, come è dato presumere, questi ricoprivano la carica tra il 71 e il 73<sup>251</sup>. Il senatoconsulto Pegasiano introduceva due modifiche fondamentali

<sup>248</sup> I.2.23.5; Par.2.23.5.

<sup>249</sup> Le fonti G.2.254; I.2.23.5; Par.2.23.5 parlano di due consoli solo „*Pegasus et Pusio*”. In relazione ai nomi completi cfr. E. Champlin, *Pegasus*, ZPE 32/1978, pp. 269-278; P. Gallivan, *The Fasti for A.D. 70-96*, The Classical Quarterly 31/1981, pp. 193, 207.

<sup>250</sup> Camodeca NF, p. 63.

<sup>251</sup> P. Gallivan, *op. cit.*, p. 207.

nell'ordinamento giuridico del fedecommesso universale. Introducendo la possibilità di tenere un quarto di eredità, invogliava gli eredi ad accettarla volontariamente, per restituirla successivamente in conformità alla volontà del testatore. Istituì anche la procedura che permetteva al fedecommissario di rilevare la *hereditas fideicommissaria* nonostante il rifiuto dell'*aditio* da parte degli eredi<sup>252</sup>.

In base al *senatus consultum Pegasianum*, il *fideicommissarius* poteva presentare al pretore la richiesta (*postulatio*) per costringere l'erede testamentario (*heres scriptus*) all'adizione dell'eredità, se egli non avesse voluto farlo volontariamente adducendo a pretesto l'indebitamento eccessivo del patrimonio dell'ereditando. Lo *iussum*<sup>253</sup> o il *decretum*<sup>254</sup> *praetoris* allora emesso non lasciava all'erede alcuna scelta: doveva accettare l'eredità e restituirla interamente al fedecommissario. Il senatoconsulto Pegasiano stabiliva che tutte le azioni sarebbero passate al fedecommissario conformemente al *senatus consultum Trebellianum*. Grazie a ciò l'erede rinunciava alla legittimazione processuale attiva e passiva, e di converso acquisiva una garanzia piena nei confronti delle perdite che l'accettazione dell'eredità avrebbe potuto provocare. Invece la responsabilità conseguente all'*aditio hereditatis* ricadeva sul fedecommissario il quale aveva presentato la *postulatio*. Contro di lui venivano indirizzate tutte le azioni, ma d'altro canto solo lui poteva rivendicare i debiti ereditari<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Il *senatus consultum Pegasianum* conteneva anche la decisione di privare i *caelibes* e gli *orbi* della capacità di ricevere le disposizioni *mortis causa* in base ai fedecommissi, v. *infra* pp. 150-152.

<sup>253</sup> G.2.258; D.29.4.17. Gaius libro *septimo decimo ad edictum provinciale*; D.36.1.2. Celsus libro *vicesimo primo digestorum*; D.36.1.28.12. Julianus libro *quadragesimo digestorum*; D.36.1.61 pr. Paulus libro *quarto quaestionum*; D.36.1.65.11. Gaius libro *secundo fideicommissorum*; D.38.2.20.5. Julianus libro *vicesimo quinto digestorum*; I.2.23.6.

<sup>254</sup> D.36.1.6 pr. Ulpianus libro *quarto fideicommissorum*; D.36.1.69 pr. Valens libro *tertio fideicommissorum*; D.36.1.69.2. Valens libro *tertio fideicommissorum*; PS 4.4.3.

<sup>255</sup> G.2.258; I.2.25.6; D.36.1.4. Ulpianus libro *quarto fideicommissorum*; Ulp.25.16; G.Aug.73; PS 4.4; Par.2.23.6; cfr. D.36.1.47 Modestinus libro *singulari*

Dalla costruzione presentata, in modo evidente risulta che la richiesta di costringere l'erede, il quale aveva considerato l'eredità come sospetta (*hereditas suspecta*), poteva essere presentata solo dal fedecommissario universale, cioè solo dalla persona a cui potevano essere trasferite le azioni. In caso contrario l'erede avrebbe trasferito al pretendente i frutti provenienti dalla *hereditas*, continuando ad essere responsabile degli oneri che ne derivavano<sup>256</sup>. Era stato anche previsto che in caso di assenza del fedecommissario un suo procuratore potesse agire presso il pretore<sup>257</sup>.

L'*aditio et restitutio hereditatis* poteva richiederle non solo il *fideicommissarius* dell'eredità intera ma anche quello di una frazione di essa. Se, quindi, essendoci vari fedecommissari, al pretore si fosse rivolto almeno uno di essi, per esempio l'unico presente oppure l'unico il cui fedecommissario universale era diventato esigibile, l'erede avrebbe accettato l'eredità e l'avrebbe restituita interamente a questo fedecommissario nonostante che quest'ultimo doveva ricevere, conformemente alla volontà del testatore, solo una frazione dell'eredità. La legittimazione processuale passava indivisibilmente a colui che presentava la *postulatio*, il quale in seguito a ciò aveva la piena responsabilità derivante dall'eredità. Successivamente a costui potevano indirizzare le loro rivendicazioni altre persone in favore delle quali l'ereditando aveva costituito i fedecommissari universali. Se solo desideravano ritirare le loro parti di *hereditas fideicommissaria*, al momento di richiederle al fedecommissario che aveva accettato la *restitutio hereditatis*, le azioni passavano a loro adeguatamente. Se, invece, altri fedecommissari universali non avevano intenzione di aspirare alle parti che il testatore aveva loro destinato, l'eredità

---

*de heurematicis*; D.36.1.13.2. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum* nonché le ampie elaborazioni di Manthe SCP, pp. 85-101.

<sup>256</sup> D.36.1.15.5. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

<sup>257</sup> D.36.1.11.2. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

rimaneva a colui che si assumeva la responsabilità di costringere l'erede alla adizione e restituzione di essa<sup>258</sup>.

Sembra che in pratica raramente venisse richiesto lo *iussum*<sup>259</sup> al console. Di solito era il *praetor fideicommissarius* a costringere l'erede<sup>260</sup>. Invece un importante problema procedurale nasceva, quando un console o un pretore veniva costituito erede. Nessuno di loro poteva costringere se stesso all'*aditio et restitutio hereditatis*, e così avvalersi del trasferimento della responsabilità sul fedecommissario, né tantomeno un *collega* non aveva potere nei confronti di un suo pari. In questa situazione poteva chiedere aiuto solo all'imperatore<sup>261</sup>.

All'inizio si è osservato che la resistenza dell'erede, cioè il suo rifiuto di adire l'eredità costituiva la base per l'emissione del *decretum*, e attraverso questo per trasferire al fedecommissario le azioni conformemente al senatoconsulto Trebelliano<sup>262</sup>. Non è stato esaminato, invece, il caso in cui l'eredità fosse effettivamente troppo indebitata, oppure fosse considerata dall'erede come sospetta per qualsiasi altro motivo, quale, per esempio, una semplice scusa<sup>263</sup>. A quanto pare, non

---

<sup>258</sup> D.36.1.1.9. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.17.4,5,7,8. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.29 pr. Africanus *libro sexto quaestionum*.

<sup>259</sup> Il contenuto della richiesta del fedecommissario è stato ricostruito dal Manthe SCP, p. 92: *Ille scriptus heres rogatus est mihi restituere hereditatem: suspectam sibi esse dicit. Ego paratus sum onera ... hereditatis in me suscipere. Volo meo periculo adeat et restituat mihi.*

<sup>260</sup> Cfr. Manthe SCP, p. 91; invece Bartošek SCT, pp. 103-110 nonché Giodice TGF, pp. 186-190 ritengono che era possibile costringere l'erede ad accettare e restituire l'eredità, da lui considerata sospetta in due procedure parallele: una che si basava sull'intervento del console o del pretore fedecommissario nonché l'altra che si svolgeva nell'ambito della giurisdizione del *magistratus* ordinario (pretore urbano), autorizzato da una norma speciale del *senatus consultum Pegasianum* ad un intervento straordinario.

<sup>261</sup> D.36.1.13.4. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

<sup>262</sup> Non bastava, invece, l'accettazione volontaria, se c'era il pericolo dell'applicazione della coazione da parte del pretore, cfr. D.36.1.9.1. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

<sup>263</sup> D.36.1.4. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.9.2. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

aveva nemmeno importanza se erede fosse una singola persona, oppure un *municipium*, costituito erede dal proprio liberto<sup>264</sup>. Lo *iussum* del pretore aveva lo stesso effetto nei confronti di tutti i soggetti. Grazie a quanto stabilito dal *senatus consultum Pegasianum* sul trasferimento al fedecommissario di tutte le azioni dopo l'adizione e la restituzione dell'eredità per costrizione, l'erede era completamente libero da qualsiasi azione legata all'eredità. Nonostante questa garanzia gli rimaneva il titolo di erede civile, ma di regola non poteva giustificarsi dinanzi al pretore che in seguito allo *iussum* sarebbe diventato *heres* di una persona di cattiva reputazione, per esempio di un gladiatore, di una prostituta<sup>265</sup> o di un ladro di tombe<sup>266</sup>. Ci si chiede se questi testimoni dell'inesorabilità e dell'univocità della risoluzione accettata dal senatoconsulto Pegasiano? È probabile di sì, anche se l'attività del *magistratus* era lontana dall'automatismo. Costringendo qualcuno all'adizione e alla restituzione dell'eredità, il pretore prendeva in considerazione le circostanze in cui aveva luogo l'*aditio hereditatis*: il posto di essa, le condizioni ed i termini allegati, lo stato sociale del testatore e dell'erede, lo stato di salute o l'età dell'erede, ecc.<sup>267</sup>. L'assenza dell'erede non aveva, invece, importanza e non paralizzava le azioni del pretore. Se il rifiuto ad adire l'eredità fosse arrivato a mezzo di scritto, ugualmente veniva emesso il *decretum*<sup>268</sup>; quando, invece, da parte dell'erede in genere fosse mancata la risposta, il pretore avrebbe disposto inoltre la *missio in possessionem* contro di lui<sup>269</sup>.

Sembra che la giurisprudenza accettasse molto bene l'introduzione della procedura coatta attraverso il *senatus consultum Pegasianum*. È interessante che a questa desse la precedenza, anche se grazie ad altre istituzioni giuridiche si riusciva ad ottenere effetti

<sup>264</sup> Cfr. Ulp.22.5. V. *infra* pp. 116-121.

<sup>265</sup> D.36.1.5. Maecianus *libro sexto fideicommissorum*.

<sup>266</sup> D.36.1.7. Maecianus *libro quarto fideicommissorum*.

<sup>267</sup> D.36.1.6.6. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.7. Maecianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.8. Paulus *libro secundo fideicommissorum*.

<sup>268</sup> D.36.1.6 pr. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; cfr. anche D.36.1.9 pr. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

<sup>269</sup> PS 4.4.3; cfr. F. Arcaria, 'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria, BIDR 89/1986, pp. 245-303; Manthe SCP, p. 92 n.34 e la bibliografia ivi citata.

simili. Ne è testimonianza il caso esaminato da Ulpiano nel quarto libro *fideicommissorum*.

D.36.1.6.5. Ulpianus libro quarto *fideicommissorum*:  
*Titius heres institutus Sempronio substituto rogatus est ipsi Sempronio hereditatem restituere: institutus suspectam dicebat hereditatem: quaeritur, an cogendus est adire et restituere hereditatem. et deliberari potest: sed verius est cogendum eum, quia interesse Sempronii potest ex institutione quam ex substitutione hereditatem habere, vel legatis vel libertatibus onerata substitutione: nam et si legitimus heres fuerit is, cui fideicommissaria hereditas relicta est, idem dicitur.*

Vero è che l'ereditando aveva costituito oltre all'erede anche un suo sostituto, ma chiedeva all'erede che egli, dopo aver accettato l'eredità, la restituisse proprio al sostituto. Prevedendo tutte e due le soluzioni, il testatore voleva essere sicuro che il sostituto sarebbe stato il suo successore nella totalità dei diritti indipendentemente dalle circostanze. Il problema nacque, però, nel momento in cui l'*institutus* rifiutava di accettare l'eredità sostenendo che fosse sospetta. Se non ci fosse stata la sostituzione, non ci sarebbero dubbi che su richiesta del fedecommissario universale il pretore avrebbe dovuto costringerlo all'*aditio et restitutio hereditatis*. Tale richiesta, però, poteva essere presentata da uno che senza l'intervento del *magistratus* avrebbe ricevuto ugualmente l'intera eredità? Si doveva dare la precedenza al fedecommissario applicando la decisione del senatoconsulto Pegasiano, o servirsi di quella istituzione dello *ius civile* che trovava applicazione allorché l'erede non accettava l'eredità? Questo problema doveva far nascere una discussione animata. Ulpiano si dichiarò a favore della costrizione dell'erede all'*aditio et restitutio hereditatis*. Il giurista motivò ciò indicando l'interesse del fedecommissario universale. Il criterio sembra giusto e chiaro specialmente se si considera che colui che riceveva la *hereditas fideicommissaria* era l'unico soggetto di entrambe le soluzioni. Grazie alla procedura coatta otteneva l'eredità intera,

mentre il sostituto poteva essere ancora gravato con legati, con affrancamenti o con altre diminuzioni del patrimonio.

Il dilemma della scelta tra la sostituzione e il fedecommesso universale lo ebbe Giuliano cento anni prima. Gaio riportò la sua opinione in merito.

D.36.1.65.13. Gaius libro secundo fideicommissorum:  
*Julianus ait, si heres institutus Titio rogatus sit restituere, substitutus Maevio et institutus suspectam sibi hereditatem esse dicat, desiderante Titio iubendum eum adire et restituere.*

Nella situazione considerata sia all'*institutus* che al *substitutus* veniva richiesto di restituire l'eredità alla persona indicata. Però in ogni caso il testatore ordinava che la *hereditas fideicommissaria* spettasse a qualcun altro. Se l'erede rifiutava di accettare l'eredità, il giurista decise univocamente che non si doveva dar luogo alla sostituzione, ma bisognava costringere l'*institutus* all'*aditio et restitutio hereditatis*, se solo il primo fedecommissario universale l'avesse richiesto al pretore. Così Giuliano in primo luogo concesse la precedenza al fedecommesso universale nei confronti della sostituzione; in secondo luogo confermò che la procedura introdotta dal senatoconsulto Pegasiano costituiva parte integrale della costruzione dogmatica del fedecommesso imposto all'*heres institutus*.

Nell'ultima parte del testo citato precedentemente D.36.1.6.5 era contenuta l'osservazione di Ulpiano che la procedura coatta veniva applicata anche quando il fedecommissario universale era erede *ab intestato*; se il testamento fosse caduto in seguito al rifiuto dell'eredità da parte del *heres institutus*, la persona a cui egli avrebbe dovuto trasferire l'eredità l'avrebbe ereditata. Benché la sostituzione non avesse avuto luogo come, per esempio, in D.36.1.6.5, venne deciso di dare la precedenza al *fideicommissum hereditatis* anche in questo caso.

Invece il frammento del 40° libro dei *digesta* di Giuliano riguarda la successione contro il testamento.

D.36.1.28.12. Julianus libro quadragesimo digestorum:  
*Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi*

*debet adire et restituere, quamvis filius contra tabulas bonorum possessionem accipere possit.*

Il testatore chiedeva di restituire l'eredità a un suo figlio emancipato. L'erede a sua volta non si decideva all'*aditio hereditatis*. Secondo il giurista, bisognava costringere l'erede ad adire e restituire l'eredità indipendentemente dal fatto che se il figlio avesse richiesto l'eredità, l'avrebbe ricevuta ugualmente, perché gli sarebbe stata concessa la *bonorum possessio contra tabulas*.

Le fonti esaminate permettono di affermare che la giurisprudenza si dichiarò decisamente a favore della coazione verso gli eredi, perfino quando il patrimonio ereditario poteva arrivare ai fedecommissari universali attraverso la sostituzione, la successione *ab intestato* oppure attraverso la *bonorum possessio contra tabulas*. Sembra che in ognuno di questi casi si prendesse in considerazione il vantaggio dei fedecommissari che consisteva in ciò: ricevevano subito l'eredità intera.

Nel *senatus consultum Pegasianum* venne stabilita la procedura coatta contro l'erede che rifiutando l'*aditio hereditatis* mandava a monte i fedecommissi universali compresi nel testamento e si sottraeva alla volontà del testatore riguardo alla sorte finale dell'eredità. I casi considerati hanno mostrato che essa diventò parte integrale della costruzione dogmatica del *fideicommissum hereditatis* e che ci si serviva di essa non appena fossero state realizzate le premesse. Qui va sottolineato che essa veniva applicata esclusivamente ai fedecommissi universali e la sua applicazione non venne estesa ad altri fedecommissi<sup>270</sup>. Lo *iussum* emanato nel suo ambito causava che all'erede non rimaneva nient'altro se non accettare e restituire l'eredità al fedecommissario. In questo modo si riuscì a rendere indipendente l'esistenza del fedecommissario universale dalla buona volontà dell'erede, il quale nell'*aditio hereditatis* poteva non vedere per sé alcun interesse, e il rispetto della volontà

---

<sup>270</sup> D.29.4.17. Gaius libro septimo decimo ad edictum provinciale; D.36.1.15.5,6. Ulpianus libro quarto fideicommissorum; D.36.1.17.2. Ulpianus libro quarto fideicommissorum.

dell'ereditando non costituiva per lui un motivo sufficiente per accollarsi il rischio di pagare i debiti ereditari o fare un minimo sforzo legato all'effettuazione delle attività derivanti dal testamento. Venne deciso che con l'applicazione della procedura coatta la legittimazione processuale attiva e passiva venisse trasferita al fedecommissario conformemente al *senatus consultum Trebellianum* e grazie a ciò venivano assicurati gli interessi dell'erede. In questo modo lo si tutelava dalle perdite che l'*aditio hereditatis* poteva provocare: rifiutò di adire, ma non per privarsi degli eventuali profitti. Da questo momento l'adempimento della volontà dell'ereditando dipendeva ormai esclusivamente da questo se il fedecommissario era pronto ad accettare l'eredità fedecommissaria, e insieme ad essa anche la responsabilità risultante dal trasferimento delle azioni su di lui. Si rimediò così all'ultimo dei problemi importanti che si manifestarono per via del regolamento universale, dogmatico della nuova istituzione giuridica, quale era nel I° secolo dopo Cristo il fedecommissato universale. Si potrebbe perfino sostenere che sarebbe stato già un bene se nel senatoconsulto Pegasiano si fossero limitati solo all'introduzione della procedura coatta. Però non accadde così.

Gli autori del *senatus consultum Pegasianum* decisero di indurre gli eredi, gravati dei fedecommissi universali, prima di tutto all'accettazione volontaria delle eredità. Perciò prendendo a modello il regolamento della *lex Falcidia*<sup>271</sup>, che riguardava la *hereditas* onerata eccessivamente di legati, crearono un incoraggiamento sotto la forma giuridica di tenersi un quarto di eredità. Finora infatti gli eredi più volte si erano rifiutati di accettare l'eredità che poco dopo avrebbero dovuto trasferire interamente o quasi ai fedecommissari,

<sup>271</sup> Sulla *lex Falcidia* cfr. ad esempio: F. Vassali, *Falcidiae stipulatio*, BIDR 26/1913, pp. 52-89; F. Schwarz, *War die 'lex Falcidia' eine 'lex perfecta'?*, SDHI 17/1951, pp. 225-247; G. Franciosi, «*Lex Falcidia*», «*sc. Pegasianum*» e *disposizioni a scopo di culto*, Studi Donatuti, vol. I, Milano 1973, pp. 401-416; P. De La Rosa Diaz, *Algunos aspectos de la «lex Falcidia»*, Estudios Hernandez-Tejero, vol. II, Madrid 1992, pp. 111-121; Dajczak ZRŽ, pp. 71-85.

perché i profitti che ne derivavano per loro erano scarsi<sup>272</sup>. Concedendo all'erede un quarto di eredità si causavano degli effetti contrari alla volontà esplicita dell'ereditando, il quale aveva richiesto di restituire tutta o una parte di eredità espressa con una determinata frazione al fedecommissario universale. Ciò creava due ulteriori problemi, questa volta di natura costruttiva. Di nuovo si doveva trovare un modo per dividere i debiti e i crediti ereditari tra gli eredi ed i fedecommissari. Inoltre permettendo all'erede di tenersi il quarto pegasiano<sup>273</sup> lo rendevano quantomeno parzialmente, responsabile verso i creditori ereditari. Si dovevano nuovamente determinare i limiti di questa responsabilità.

Nel senatoconsulto Pegasiano il senato decise che se l'ereditando avesse ordinato allo *heres scriptus* di restituire a qualcuno più di tre quarti di eredità<sup>274</sup>, ne avrebbe potuto trattenere per sé un quarto. Le conseguenze previste dal *senatus consultum Pegasianum*, nella situazione in cui l'erede avesse approfittato di questo diritto, vennero rappresentate da Gaio.

G. 2.254: *Per quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent*

<sup>272</sup> V. *supra* pp. 95-96.

<sup>273</sup> Cfr. Manthe SCP, pp. 76-78, che si occupa della correttezza della terminologia: *quarta Falcidia, quarta Pegasiana, quarta Trebelliana* (nel diritto giustiniano). Si deve, invece, dare ragione all'autore che per motivi linguistici è completamente infondata l'espressione *quarta Trebellianica*, cfr. ad esempio: F. von Lindelof, *Interpretation der L. 86. Titia D. ad Leg. Falcid. (35.2). L. 24. Filium C. fam. errisc. (3.36) und der L. 91. In quartam D. ad Leg. Falcid. (35.2.), oder Erörterung der Controverse: „ob die s.g. Quarta Trebellianica etwas anders ist, als die Falcidia, angewandt auf Universal-Fideicommissum“?*, *Archiv für Civilistische Praxis* 4/1821, pp. 436-455; P. Jacoby, *Zur Interpretation der lex 91 ad leg. Falc. 35.2*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess [Neue Folge]* 16/1859, pp. 58-70.

<sup>274</sup> G.2.256.

*stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.*

Dall'anzidetto testo risulta che l'erede che si era deciso a tenersi un quarto dovesse rispondere dei debiti, mentre grazie al senatoconsulto Pegasiano il fedecommissario veniva messo nella situazione di colui che aveva ottenuto un *legatum partitionis*<sup>275</sup>. A seguito di tale regolamento, il fedecommissario universale doveva contrarre con l'erede, che gli aveva restituito l'eredità diminuita del quarto pegasiano, le stipulazioni che venivano contratte dall'erede e dal legatario frazionario. Esse venivano chiamate *stipulationes partis et pro parte*<sup>276</sup>, perché le parti si obbligavano reciprocamente a partecipare ai crediti ed ai debiti proporzionalmente alle parti di eredità che spettavano loro. Prima il *fideicommissarius* si rivolgeva all'erede chiedendo se gli avrebbe consegnato una adeguata parte di ciò che avrebbe ricevuto dai debitori come *heres (stipulatio partis)*. Poi l'erede chiedeva al fedecommissario se, nel caso in cui ci fosse stata una aggiudicazione a favore del creditore, gli avrebbe restituito quella parte del debito pagato che spetta alla sua partecipazione (*stipulatio pro parte*). Il contenuto di queste stipulazioni venne tramandato in modo molto attendibile<sup>277</sup> da Teofilo.

Par. 2.23.5: »ὁμολογεῖς, ὦ fideicommissarie, ἐὰν ἀπαιτηθῶ μὲν νομίσματα ὑπὸ creditoros hereditariu διδόναι μοι τὰ λ;« καὶ ὁ κληρονόμος ἐπηρωτᾶτο ὑπὸ τοῦ fideicommissariu· »ὁμολογεῖς, ὦ κληρονόμε, ἐὰν παρὰ hereditariu debitoros μὲν λάβης νομίσματα, διδόναι μοι τὰ λ;«; καὶ ἔλεγεν· »ὁμολογῶ.«<sup>278</sup>

<sup>275</sup> V. *supra* pp. 31-32.

<sup>276</sup> G.2.257; Par.2.23.5.

<sup>277</sup> Manthe SCP, pp. 53-56, 61-62, 212.

<sup>278</sup> *Et stipulatur heres hoc modo: „spondesne, fideicommissarie, si XXXX aureos a me creditor hereditarius exegerit, XXX mihi dare”? et is qui*

Grazie all'aver concluso le *stipulationes partis et pro parte*<sup>279</sup> l'erede ed il fedecommissario partecipavano adeguatamente sia ai profitti che alle perdite che l'eredità comportava. Perciò la decisione del senato di mettere quest'ultimo nella posizione di legatario parziale divenne un modo per dividere tra costui e l'erede i crediti e i debiti ereditari. A questo punto ci si chiede come in questa situazione venissero protetti gli interessi dell'erede che aveva restituito l'eredità tenendosi il quarto pegasiano. Il fedecommissario continuava a rispondere dei debiti in un'ambito così ampio come stabilito dal *senatus consultum Trebellianum* oppure solo allorquando ci si serviva ancora delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*?

U. Manthe ha dimostrato in modo convincente che attraverso la conclusione di una stipulazione, con il *legatum partitionis* si poteva regolare solo la partecipazione del legatario ai debiti dell'ereditando nonché ai debiti ereditari straordinari, come i costi del funerale, i costi del mantenimento della madre gravida in attesa del bambino — il futuro erede — oppure il valore degli schiavi liberati nel testamento. Ciò risultava dall'essenza stessa del legato parziario che era un lascito singolare, di pari diritti a qualsiasi altro legato<sup>280</sup>. Quindi il legatario parziario non poteva obbligarsi con la stipulazione a rispondere dei lasciti ancora non pagati, e così le *stipulationes partis et pro parte* non comprendevano nella loro sostanza il regresso di essi<sup>281</sup>. Invece la mancanza di regresso — nel caso del *fideicommissum hereditatis* — conduceva alla necessità di considerare la „concorrenza” del fedecommissario universale con gli altri lasciti<sup>282</sup>.

---

*fideicommissum acceperat rursus ab herede ita stipulabatur: „spondesne, heres, si a debitore hereditario XXXX aureos fueris consecutus XXX mihi dare”? et aiebat heres: „spondeo”.*

<sup>279</sup> Sulla ricostruzione della sostanza delle *stipulationes partis et pro parte* cfr. Manthe SCP, pp. 61-64, specialmente pp. 61-62 e n. 27.

<sup>280</sup> Manthe SCP, pp. 56-61.

<sup>281</sup> Cfr. C.6.49.1. Severus et Antoninus (a. 197). Manthe SCP, pp. 64-66.

<sup>282</sup> Manthe SCP, pp. 101-126, 210.

Esisteva ancora un'altra differenza essenziale tra le stipulazioni del legato parziario e le *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Queste ultime autorizzavano e obbligavano l'acquirente a partecipare ai processi ereditari, invece le *stipulationes partis et pro parte* non potevano comprendere tale obbligo, perché appartenevano alla costruzione dogmatica del legato parziario, e il trasferimento delle azioni era decisamente estraneo all'essenza stessa del lascito *iure civili*. Ne risulta che l'aver il *senatus consultum Pegasianum* messo il fedecommissario universale *loco legatarii* era tanto meno conveniente per l'erede che non quando il *fideicommissarius* si trovava *loco emptoris*, come avveniva prima della riforma trebelliana.

Se, quindi, il testatore costituiva un fedecommissario universale il cui valore superava di tre quarti l'eredità, e l'erede approfittava del diritto al quarto pegasiano, il fedecommissario partecipava solo ai debiti dell'ereditando nonché ai debiti straordinari dell'eredità. Non lo riguardavano, invece, i lasciti ancora non pagati. Succedeva così perché la sua responsabilità risultava dalle *stipulationes partis et pro parte* ed era notevolmente limitata in confronto a quella che avrebbe avuto una volta in base alle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Inoltre per gli eredi l'insolvibilità dei fedecommissari universali di nuovo costituiva un rischio, perché la *stipulatio pro parte* non faceva parte delle *satisfactiones*, cioè non veniva garantita dai mallevatori<sup>283</sup>. Tutto il carico di responsabilità dei debiti ereditari ricadeva quindi sull'erede: *per quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinet*<sup>284</sup>. Dato che aveva deciso di tenersi il beneficio di un quarto, in pratica si assumeva una responsabilità notevole, imposta dal senatoconsulto Pegasiano.

Se il costo dell'accettazione di un quarto di eredità fosse sembrato all'erede troppo alto, avrebbe potuto restituire l'eredità intera al fedecommissario. Allora il *senatus consultum Pegasianum* prevedeva la conclusione della stipulazione *ad exemplum emptae et*

---

<sup>283</sup> Cfr. Manthe SCP, 70-71.

<sup>284</sup> G.2.254.

*venditae hereditatis stipulationes*<sup>285</sup>, cioè similmente a ciò che avveniva prima della riforma trebelliana. Grazie al fatto di mettere il fedecommisario universale *loco emptoris* si accrebbe la tutela dell'erede, anche se la sua situazione era lo stesso imparagonabile a quella esistente durante il *senatus consultum Trebellianum*. Il regolamento pegasiano costituiva, quindi, in questo ambito un passo indietro in confronto a quello trebelliano che permetteva di trasferire le azioni al fedecommisario universale. Concedendo solo a lui la legittimazione attiva e passiva, l'erede veniva efficacemente tutelato contro le rivendicazioni da parte dei creditori ereditari.

Riassumendo, si deve sottolineare che se l'erede, gravato del fedecommesso universale che superava di tre quarti l'eredità, avesse accettato la successione volontariamente, avrebbe sostenuto gli oneri da essa derivanti nonostante la restituzione di questa al fedecommisario universale. Il fatto che, dopo aver effettuato l'*aditio hereditatis* senza costrizione sia trattenendosi il quarto, sia rinunciandovi, l'erede *universa onera hereditaria sustinet*<sup>286</sup>, costituiva indubbiamente una conseguenza negativa del senatoconsulto Pegasiano.

Lo scopo originario degli autori del *senatus consultum Pegasianum* era quello di controbilanciare il rifiuto delle eredità gravate di fedecommesso universale, cioè quelle la cui accettazione non dava agli eredi nessuno o un profitto molto scarso. Il quarto pegasiano era il mezzo per raggiungere questo scopo. Se, però, il fedecommesso universale aveva un valore non superiore a tre quarti dell'eredità, le norme del *senatus consultum Pegasianum* non venivano applicate. Aveva luogo la *restitutio hereditatis* in base al senatoconsulto Trebelliano, e le azioni derivanti dall'eredità si dividevano proporzionalmente tra l'erede ed il fedecommisario<sup>287</sup>. La possibilità prevista dagli autori del senatoconsulto Pegasiano di raggiungere tale

---

<sup>285</sup> G.2.257.

<sup>286</sup> G.2.257.

<sup>287</sup> G.2.255; D.36.1.1.20. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; cfr. Manthe SCP, pp. 78-84.

scopo doveva effettivamente garantire un quarto *hereditatis* all'erede, solo che questo era assicurato dal testatore stesso.

L'ereditando creando un incoraggiamento all'*aditio hereditatis*, non poteva costituire un fedecommesso universale superiore a tre quarti di eredità. Subiva, pertanto, in seguito al senatoconsulto Pegasiano una limitazione nella libertà di disporre del proprio patrimonio *mortis causa*. Invece all'erede rimaneva almeno un quarto di eredità, ma anche la responsabilità dei debiti nella stessa misura. Perciò dopo l'approvazione del *senatus consultum Pegasianum* il passaggio trebelliano delle azioni causava che l'erede era garantito dalle rivendicazioni da parte dei creditori ereditari solo proporzionalmente alla parte trasferita al fedecommissario universale conformemente alla volontà del testatore. Costoro potevano, allora, lo stesso attaccare con i processi l'erede, il quale non era in grado di trovare rimedio neanche rinunciando al quarto previsto per lui dall'ereditando. Se poi qualcuno avesse speso più di quanto gli era stato richiesto nel fedecommesso, la legittimazione passiva e attiva riguardo a questa parte addizionale non veniva trasferita<sup>288</sup>. Del resto similmente la responsabilità dell'erede non veniva cambiata dalla rinuncia al quarto, che gli spettava direttamente in base al *senatus consultum Pegasianum*, cioè quando l'ereditando aveva costituito un *fideicommissum hereditatis* che superava di tre quarti l'eredità. Però se al fedecommissario fosse già stata trasferita l'eredità intera, non si poteva rivendicare più da lui un quarto perché non dovuto, dato che essa era stata trasferita *ex causa fideicommissi*<sup>289</sup>.

In base a quello che si è detto finora sembra che non si potesse accettare volontariamente l'eredità che poi avrebbe dovuto essere restituita alla persona determinata, per non rispondere verso i creditori dei debiti che la gravavano. Dal punto di vista dell'ereditando sotto il regime del senatoconsulto Pegasiano non si poteva costituire qualcuno

<sup>288</sup> D.36.1.65.3. Gaius *libro secundo fideicommissorum*; cfr. Manthe SCP, pp. 189, 190-208.

<sup>289</sup> PS 4.3.4. Questa problematica viene analizzata dettagliatamente da Manthe SCP, pp. 182-199.

fedecommissario perché si trovasse *heredis loco*, a meno che l'erede avesse rifiutato l'*aditio hereditatis*. Qui, però, era necessaria „la collaborazione” di quest'ultimo, la quale si doveva esprimere con il rifiuto dell'eredità. L'erede lo poteva fare perfino volentieri: allora non ne traeva alcun profitto; ma se la propria tranquillità gli sembrava più importante, accettando sotto coazione, si liberava da quella responsabilità verso i creditori che gli proveniva dall'*aditio* volontaria. Ovviamente in questa situazione perdeva un quarto assegnatogli dal *senatus consultum Pegasianum*<sup>290</sup>.

A quanto pare esisteva ancora un altro modo per introdurre il fedecommissario universale nella situazione giuridica dell'erede. Bastava che l'ereditando, rivolgendosi all'erede di restituire l'eredità intera, riservasse per lui dei singoli beni (*deducta certa re vel pecunia*), il cui valore ammontasse a un quarto di eredità<sup>291</sup>. Come dimostrò U. Manthe<sup>292</sup>, questa clausola costituiva un lascito, il che significa che l'erede acquistava determinati beni *iure legati* e non *iure hereditario*. Nel caso dell'inserimento di tale legato l'erede *de facto* non perdeva il suo quarto, invece la legittimazione processuale passava indivisibilmente per intero al fedecommissario universale al momento della restituzione. Ciò succedeva in conformità al senatoconsulto Trebelliano perché il testatore aveva assicurato realmente all'erede un quarto di eredità<sup>293</sup>, grazie a ciò non sorgevano le ragioni per applicare i regolamenti del *senatus consultum Pegasianum*. Perciò inserendo la condizione *deducta certa re vel pecunia* si riusciva ad evitare la stipulazione, ad assicurare all'erede un quarto nonché a trasferire indivisibilmente la legittimazione processuale attiva e passiva al fedecommissario universale, e così

---

<sup>290</sup> D.36.1.1.9. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.4. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.17.4, 9. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.29 pr. Africanus *libro sexto quaestionum*; por. Manthe SCP, pp. 92-101.

<sup>291</sup> D.36.1.60.3. Papinianus *libro nono responsorum*; D.36.1.1.21. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.31.3. Marcianus *libro octavo institutionum*.

<sup>292</sup> Manthe SCP, pp. 133-156.

<sup>293</sup> Manthe SCP, pp. 23-24, 127-133.

tutelare l'erede dalle azioni da parte dei creditori ereditari. Il pericolo connesso con l'applicazione di questo metodo consisteva in ciò: che l'ereditando non doveva sbagliarsi nell'indicare i beni concreti o le somme che avrebbe dovuto trattenersi l'erede. In caso di errata valutazione del quarto di patrimonio tutta l'azione, mirata in fondo ad eludere il senatoconsulto Pegasiano, andava a vuoto.

Modestino consigliava che per gli eredi un modo più sicuro di trasferire tutte le azioni al fedecommissario universale fosse il rigetto dell'eredità col pretesto del suo eccessivo indebitamento<sup>294</sup>. Le ampie fonti riguardanti la coatta *aditio et restitutio hereditatis* sembrano indicare che l'uso di questo metodo non fosse raro<sup>295</sup>. Quando, però,

<sup>294</sup> D.36.1.47. Modestinus *libro singulari de heurematicis*. In questo contesto si può capire meglio le difficoltà che nascevano quando erede veniva costituito un console o un pretore (v. *supra* p. 119). Il problema consisteva non solo nel fatto che si doveva trovare un metodo procedurale per vincere la resistenza dell'erede il quale non voleva accettare una eredità effettivamente sospetta. Per il console stesso o pretore sarebbe stato svantaggioso se non si fosse trovato qualcuno che lo avrebbe costretto all'*aditio et restitutio hereditatis*. Allora il console o il pretore non avrebbe potuto avvalersi del consiglio di Modestino ed accettare l'eredità coatta, per trasferire al fedecommissario universale tutta la legittimazione processuale attiva e passiva. Cfr. R. Lambertini, *D. 36.1.47(45): il consiglio di Modestino all'onerato di fedecommissario universale*, Studi Basanelli, Milano 1995, pp. 817-834.

<sup>295</sup> Oltre tutta una parte del libro 36 del Digesto: D.36.1.6-17; cfr. anche D.12.6.34. Julianus *libro quadragesimo digestorum*; D.26.5.13 pr. Papinianus *libro undecimo quaestionum*; D.29.4.17. Gaius *libro septimo decimo ad edictum provinciale*; D.29.5.23. Marcianus *libro tertio decimo fideicommissorum*; D.32.41.13. Scaevola *libro vicesimo secundo digestorum*; D.35.1.44.5. Paulus *libro nono ad Plautium*; D.36.1.28.1-6,9-10,12-15. Julianus *libro quadragesimo digestorum*; D.36.1.29.1. Africanus *libro sexto quaestionum*; D.36.1.31 pr. Marcianus *libro octavo institutionum*; D.36.1.32. Marcianus *libro nono institutionum*; D.36.1.54.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.36.1.55. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.36.1.57.2-3. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.36.1.61 pr. Paulus *libro quarto quaestionum*; D.36.1.65.7,11,13,15 Gaius *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.66.1,3. Marcianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.67. Marcianus *libro quinto fideicommissorum*; D.36.1.68 pr.-1,3. Paulus *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.69. Valens *libro tertio fideicommissorum*;

l'erede restituiva l'eredità per costrizione, non otteneva il quarto pegasiano. Definitivamente nelle sue mani rimaneva la decisione, al momento di apertura del testamento, di quale dei metodi avrebbe fatto uso per eludere il *senatus consultum Pegasianum*, sempre che ovviamente l'ereditando oltre al *fideicommissum hereditatis* avesse allegato la clausola *deducta certa re vel pecunia*<sup>296</sup>.

Riassumendo, in relazione alla costruzione giuridica del *fideicommissum hereditatis* formata dalla riforma trebelliana, il *senatus consultum Pegasianum* offrì due regolamenti completamente nuovi: la procedura coatta ed il diritto al quarto. Ognuno di essi venne introdotto solo per il fedecommesso universale. Per quanto, però, la procedura di costrizione era applicata esclusivamente nei casi delle eredità fedecommissarie<sup>297</sup>, il quarto venne esteso anche ad altri fedecommissi<sup>298</sup>. Questo significa che l'ereditando con i fedecommissi poteva disporre solo di tre quarti di eredità. Per i fedecommissi venne quindi introdotta una limitazione, la quale veniva subito dai legati fin dall'approvazione della *lex Falcidia*.

Grazie alla costrizione applicata dal potere amministrativo veniva finalmente superata la resistenza dell'erede, il quale rifiutava di adire l'eredità vanificando così i progetti del testatore che desiderava attraverso il fedecommesso costituire come proprio successore universale una data persona. *L'aditio et restitutio hereditatis* imposte dal *magistratus* causavano il passaggio delle azioni ereditarie alla persona beneficiata dal fedecommesso universale. Da una parte ciò serviva a rendere indipendente il fedecommissario dalla buona volontà dell'erede; dall'altra, invece, garantiva l'erede dalla responsabilità verso i creditori ereditari.

---

D.36.1.70. Valens libro quarto *fideicommissorum*; D.36.1.73. Maecianus libro decimo *fideicommissorum*.

<sup>296</sup> Cfr. D.36.1.65.3. Gaius libro secundo *fideicommissorum*: *Sed cum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere et ommissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur transferri actiones.*

<sup>297</sup> V. *supra* p. 124.

<sup>298</sup> G.2.254.

La seconda novità del senatoconsulto Pegasiano consisteva nell'estendere il diritto del quarto, introdotto dalla *lex Falcidia* ai fedecommissi universali. Questo doveva servire ad incoraggiare gli eredi alla *aditio hereditatis* volontaria. Se, quindi, il testatore avesse imposto all'erede un fedecommisso universale che superava di tre quarti il valore dell'eredità, l'erede ciononostante avrebbe potuto trattenere per sé un quarto. Purtroppo in questo campo il „regolamento pegasiano era complicato e poco chiaro, e per gli interessati — pericoloso ed equivoco”<sup>299</sup>. Il principale motivo di ciò sembra consistere nel collocare il fedecommissario, in modo non ponderato, nella posizione di legatario parziario (*loco legatarii*), e nel caso in cui non si sarebbe avvalso del diritto al quarto, nella posizione di acquirente dell'eredità (*loco emptoris*). Nel primo caso aveva luogo la disposizione del patrimonio ereditario contro la volontà del testatore<sup>300</sup>. Nel secondo, il regolamento della nuova istituzione giuridica veniva riportato al precedente pretrebelliano stadio di sviluppo. Il senatoconsulto Pegasiano in entrambi i casi non liberava l'erede dai debiti ereditari. Egli, garantito solo dalle stipulazioni, correva il rischio dell'insolubilità del fedecommissario. Il risultato principale del *senatus consultum Trebellianum*, il quale doveva consistere nel trasferire al fedecommissario la legittimazione processuale attiva e passiva, venne conservato solo quando l'ereditando aveva assicurato all'erede un quarto di eredità in modo ideale o reale. Realizzava ciò, costituendo un fedecommisso frazionario, non superiore a tre quarti di eredità, oppure allegando al fedecommisso universale la clausola che consentiva all'erede di trattarsi dei beni concreti o delle somme per un valore del quarto.

Sottoponendo ad un severo giudizio il senatoconsulto Pegasiano, purtroppo si deve essere d'accordo con Francis de Zulueta secondo il quale deve far molto riflettere non tanto la costruzione giuridica errata del *senatus consultum Pegasianum*, quanto il fatto

<sup>299</sup> Manthe SCP, p. 21; cfr. una presentazione dettagliata dei difetti del *senatus consultum Pegasianum* con la sua critica giustiniana pp. 21-23, 64-75.

<sup>300</sup> Per un esempio convincente cfr. Manthe SCP, pp. 67-68.

che non venne corretta per quasi 450 anni<sup>301</sup>. Fino al passare in giudicato il 30 dicembre 533 delle Istituzioni giustinianee, nelle quali venne contenuta la sua riforma<sup>302</sup>, gli sforzi dei giuristi nonché l'attività legislativa degli imperatori servirono a rimediare ai singoli effetti, ma senza un radicale regolamento di essi con la loro causa. Queste azioni furono, quindi, condannate, almeno parzialmente, all'insuccesso, così come avviene in ogni cura dei sintomi senza che prima siano state accettate e curate le radici della malattia.

#### D) CONCLUSIONI

La costruzione dogmatica del fedecommesso universale si formò nel I° secolo dopo Cristo, e in essa il ruolo fondamentale lo svolsero il senatoconsulto Trebelliano e Pegasiano, approvati dal senato nella seconda metà di quel secolo. Prima dell'emanazione del primo di essi, il *fideicommissum hereditatis* si diffuse già notevolmente sul territorio dell'Impero. Ancora sotto il regno dell'imperatore Claudio sorse un modo stabile e istituzionalizzato di concedergli la tutela giuridica sotto forma della *cognitio extra ordinem*. Con essa venivano rivendicati i fedecommissi, tra cui il fedecommesso universale, davanti ai consoli, ai pretori fedecommissari oppure ai governatori della provincia. Tuttavia la richiesta avanzata presso questi organi diventava possibile solo dopo che l'erede aveva accettato l'eredità, perché il fedecommesso universale era un incarico accessorio all'*hereditas* e la sua esistenza dipendeva dall'*aditio hereditatis*.

Intenzione dell'ereditando, il quale costituiva il fedecommesso universale, era il trasferimento al fedecommissario di tutto ciò che l'erede riceveva per via successoria. Anche quando richiedeva di trasferire una parte frazionaria di eredità, non si aspettava certamente la restituzione dei singoli beni (applicava un modo analogo di disporre del patrimonio *mortis causa* solo quando determinava le

<sup>301</sup> F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius*, vol. II, Oxford 1953, p. 117.

<sup>302</sup> Cfr. Manthe SCP, pp. 72-73.

partecipazioni dei singoli eredi o se costituiva un legato parziario). Il testatore desiderava quindi introdurre il fedecommissario nella totalità dei suoi diritti, cioè renderlo proprio successore a titolo universale. In base al diritto vigente nella prima metà del I° secolo dopo Cristo la realizzazione della volontà dell'ereditando non era facile. L'eredità costituiva una *res incorporalis* composta dai beni ereditari, crediti e debiti. Per quanto senza difficoltà si riusciva a trasferire i *corpora hereditaria*, il trasferimento al fedecommissario dei debiti e crediti ereditari creava un serio problema, perché in questo campo mancavano sia le norme adatte, che la forma propria per effettuare la *restitutio hereditatis*. Una soluzione era data dall'uso della *venditio hereditatis nummo uno* a cui, per trasferire i crediti e debiti venivano allegate le stipulazioni reciproche (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*). In questo modo il fedecommissario veniva immesso in *loco emptoris* non diventava soggetto di legittimazione processuale attiva e passiva, mentre l'eredità non era garantito dalle azioni da parte dei creditori ereditari. Il fedecommissario leale in queste controversie agiva quale *procurator in rem suam*. Se, però, trascurava questo dovere, l'eredità stessa doveva solvere, e le stipulazioni permettevano di rivalersi sul fedecommissario. Se questi risultava insolubile, le perdite le subiva l'eredità perché soddisfaceva i creditori con i propri mezzi in quanto i beni ereditari con i quali avrebbe normalmente dovuto fare ciò, erano stati già trasferiti conformemente al fedecommissario. Ad eccezione della fedeltà alla volontà del *de cuius*, l'eredità non aveva troppe motivazioni ad adire l'eredità che poco dopo avrebbe dovuto restituire. Oltre a ciò che aveva previsto per lui il testatore, riceveva gli *iura sepulchrorum* e le *actiones operarum*, eventualmente poteva anche contare sull'estinzione dei debiti che aveva verso l'eredità. In genere, però, i vantaggi gli potevano sembrare non importanti in confronto alle perdite che avrebbe potuto subire con l'*aditio hereditatis*. Più comodo sarebbe stato respingere quindi l'eredità, grazie a ciò veniva meno l'*hereditas fideicommissaria*.

Una vera riforma di questo stato di cose venne apportata dal *senatus consultum Trebellianum* in cui il trasferimento delle azioni

ereditarie dall'erede al fedecommissario universale costituiva la sua essenza. I rapporti ereditari passavano, allora, a quest'ultimo direttamente e senza bisogno di altri singoli atti. Insieme al passaggio della legittimazione processuale attiva e passiva ai fedecommissari, aveva luogo il trasferimento dei debiti e crediti ereditari, mentre le *stipulationes emptae et venditae hereditatis* diventavano superflue. Grazie all'applicazione dell'*exceptio restitutae hereditatis* l'erede non doveva, quindi, temere più le rivendicazioni da parte dei creditori ereditari, e per questo delle perdite causate dall'accettazione dell'eredità. Il fedecommissario, invece, acquisiva la posizione di erede grazie alla concessione delle *actiones utiles*, della *fideicommissaria hereditatis petitio*, dell'*utile familiae erciscundae iudicium*, nonché l'*exceptio* menzionata.

A seguito del regolamento Trebelliano la *restitutio hereditatis* non veniva trattata come realizzazione dell'obbligo da parte dell'erede, ma come trasferimento reale della successione. Perciò il fedecommissario si trovava non più *loco emptoris*, ma *loco heredis* ed era successore dell'ereditando a titolo universale. La successione universale testamentaria si realizzava attraverso l'intermediazione dell'erede a cui, nonostante la restituzione, rimaneva solo il titolo di *heres*. Si può, allora, considerare che la riforma Trebelliana creò finalmente le basi giuridiche per la realizzazione della volontà dell'ereditando il quale, agli eredi da lui costituiti, affidava il compito di trasferire l'eredità alla persona che aveva scelto come proprio successore *mortis causa* per ciò che riguarda la totalità dei diritti.

Nel *senatus consultum Trebellianum* non si tentò, invece, di eliminare l'accessorietà del *fideicommissum hereditatis*. Ci si occupò di questo problema, dopo quasi vent'anni, nel senatoconsulto Pegasiano il quale introdusse la procedura che rendeva possibile la costrizione dell'erede ad accettare l'eredità. Se ciò fosse stato richiesto dal fedecommissario universale interessato, il *magistratus* emetteva il relativo *iussum* in conformità del quale l'erede avrebbe dovuto effettuare l'*aditio et restitutio hereditatis*, ma in compenso restava esonerato da ogni responsabilità derivante dall'eredità. Essa ricadeva sul fedecommissario che aveva richiesto l'eredità

fedecommissaria, giacché le azioni venivano trasferite a lui conformemente al senatoconsulto Trebelliano.

Gli ideatori del senatoconsulto prima di tutto desideravano creare un incoraggiamento all'adizione volontaria delle eredità, perciò introdussero i regolamenti che servivano ad assicurare il quarto di *hereditas* all'erede. Se per costui l'avesse previsto l'ereditando, cioè avesse gravato di fedecommissio universale non superante i tre quarti di valore dell'eredità, si sarebbe continuato ad applicare il *senatus consultum Trebellianum*. L'erede, allora, avrebbe risposto dei debiti limitatamente a quella parte che era rimasta a lui. Se il testatore stesso non avesse assicurato all'erede un quarto, il senatoconsulto Pegasiano gli concedeva il diritto di trattenerselo, però allo stesso tempo si riaffacciava il problema di ripartire tra lui ed il fedecommissario i debiti e crediti ereditari. Se l'erede non approfittava del proprio diritto, ma fedele alla volontà dell'ereditando trasferiva più di tre quarti di eredità, venivano contratte le stipulazioni *ad exemplum emptae et venditae hereditatis*, e allora il *senatus consultum Pegasianum* riportava il regolamento del fedecommissio universale fino ai tempi antecedenti la riforma trebelliana, quando il fedecommissario si trovava *loco emptoris*. Tuttavia era ancora peggio, quando l'erede si teneva un quarto. Il senatoconsulto Pegasiano decise allora che occorreva contrarre le *stipulationes partis et pro parte* come nel caso di legato parziario. Di conseguenza il fedecommissario veniva messo nella posizione del legatario di diritto civile. Egli, quindi, non era né obbligato né autorizzato a partecipare ai processi ereditari. L'erede non aveva, dunque, verso di lui il diritto di regresso dei lasciti non pagati, perciò si doveva esaminare „la concorrenza” del *fideicommissum hereditatis* con gli altri lasciti. Quindi il fatto di collocare il fedecommissario in *loco legatarii* scaricava praticamente tutta la responsabilità sull'erede il quale di nuovo correva il rischio della sua insolvenza.

Il senatoconsulto Pegasiano effettivamente limitava al testatore la libertà di disporre del patrimonio *mortis causa* fino ai tre quarti di eredità. L'attribuzione all'erede di un quarto in forza di legge, causava effetti contrari con l'ultima volontà del *de cuius*. La promessa di una

parte dell'eredità costituiva un incoraggiamento dubbioso o addirittura apparente all'*aditio et restitutio hereditatis*, perché oltre ad un apparente vantaggio, scaricava tutta la responsabilità sull'erede. Il senatoconsulto complicava inutilmente i regolamenti giuridici precedenti riguardanti l'*hereditas fideicommissaria*. Non per questo si possono attribuire agli ideatori del *senatus consultum Pegasianum* delle cattive intenzioni. In una materia giuridica così complessa, qual è il fedecommesso universale, non bastava riconoscere semplicemente il diritto ad un quarto. Si doveva molto dettagliatamente elaborare e regolamentare esplicitamente tutte le conseguenze derivanti dalla sua introduzione, creando un effettivo diritto ad un quarto. Così non avvenne e il senatoconsulto Pegasiano costituisce un ulteriore esempio nella storia del diritto di come una equa, d'altronde, iniziativa legislativa, invece di sistemare e migliorare i regolamenti esistenti, abbia introdotto confusione ed abbia ostacolato notevolmente l'uso del diritto, solo perché non era stata ponderata sufficientemente.

Dopo aver presentato la costruzione dogmatica del fedecommesso universale, è più facile paragonare questa istituzione con il legato parziario. Si vede già che dopo la riforma trebelliana acquistò una superiorità notevole sul lascito di diritto civile, perché permetteva di trasferire tutta l'*hereditas*, mentre il *legatum partitionis* doveva tener conto della limitazione derivante dalla *lex Falcidia* (il legato parziario veniva costituito per non più di tre quarti di eredità). Ma la cosa più importante era che il legatario parziario diventava successore solo a titolo singolare, mentre il fedecommisario, grazie al *senatus consultum Trebellianum*, diventava *heredis loco*, e dunque successore dell'ereditando a titolo universale. La differenza tra le anzidette istituzioni cessò di essere così univoca allorché fu introdotto il quarto pegasiano. La *hereditas fideicommissaria* cominciò ad essere sottoposta alla stessa limitazione quantitativa del legato parziario. In certi casi il fedecommisario era posto *loco emptoris*, e in altri *loco legatarii*, cioè addirittura nella situazione giuridica del legatario parziario. Ciononostante il *senatus consultum Trebellianum* produceva effetti pieni, quando si attuava la procedura coatta; allorché l'ereditando aveva riservato a vantaggio dell'erede

singoli beni o determinate somme che esaurivano il valore del quarto nonché quando aveva costituito un fedecommissario che non superava i tre quarti di eredità. Ma i casi in cui il fedecommissario continuava ad essere successore universale del testatore, nonché l'eccezionale facilità, risultante dalla sua essenza di effettuare il fedecommissario universale, spiegano sufficientemente perché con il venir meno dell'interesse per il legato parziario, il *fideicommissum hereditatis* godeva di grande popolarità? Sembra che a questa domanda si possa rispondere solo dopo aver esaminato gli scopi che il fedecommissario universale permetteva di raggiungere agli ereditandi.

Ottaviano Augusto concesse la tutela ai fedecommissari universali, cioè permise ai fedecommissari di rivendicare le eredità le quali erano già state accettate dagli eredi. L'aver creato la possibilità di costringere gli eredi ad accettare l'eredità costituì un indubbio successo del *senatus consultum Pegasianum*. Per la qualcosa l'esistenza stessa del fedecommissario universale fu resa indipendente dalla buona volontà degli eredi. Ma davvero l'accessorietà del *fideicommissum hereditatis* venne meno completamente? Un problema serio nasceva per esempio se l'erede fosse morto prima che avesse luogo l'*aditio hereditatis*. Sembra che nel I° secolo dopo Cristo non si trovò una soluzione a questa ipotesi.

## CAPITOLO IV

### IL FEDECOMMESSO UNIVERSALE E LA LIBERTÀ DI DISPORRE DEL PATRIMONIO *MORTIS CAUSA*

#### A) LE MODIFICHE NELL'AMBITO SOGGETTIVO

Il fedecommesso universale si differenziava notevolmente dalle istituzioni del diritto ereditario nate nel periodo della repubblica. È stato possibile notarlo già nel processo che portò alla sua nascita nonché in quello che gli consentì di acquisire il riconoscimento giuridico nella *cognitio extra ordinem*. Le origini del fedecommesso universale sembrano strettamente legate al formarsi di questo nuovo ordine di tutela giuridica. Inoltre, per il *fideicommissum hereditatis* non venne creata la forma richiesta dal diritto, ma la base della sua essenza fu considerata nella volontà espressa dall'ereditando di obbligare l'erede. Anche se questo fu un sintomo della tendenza a disformalizzare le azioni giuridiche delineantesi già negli ultimi secoli della repubblica, nel diritto ereditario costituì un *novum* assoluto.

Se il fedecommesso universale si differenziava tanto dalle istituzioni giuridiche precedenti, doveva, in confronto ad esse, svolgere altre funzioni. Diventa ovvio chiedersi a che scopo veniva utilizzata questa nuova istituzione e quali possibilità essa creava. A tal fine si deve cercare di determinare quali scopi avrebbe potuto raggiungere l'ereditando con la sua applicazione nonché se grazie al fedecommesso universale sarebbe aumentata l'influenza del testatore sulla sorte dell'eredità. In fondo, quindi, si tratta di ciò se, in conseguenza della concessione della tutela giuridica e del formarsi in modo costruttivo del fedecommesso universale, venne

ampliata la libertà di disporre del patrimonio *mortis causa* nell'ambito del diritto romano.

Nel capitolo precedente è stata presentata la costruzione dogmatica del fedecommesso universale formatasi nel primo secolo del principato. Tenendola presente, si può esaminare l'influsso che esercitò sul già esistente diritto ereditario — o sulle sue singole istituzioni, o sulle regole e norme giuridiche che lo regolavano. A questo fine, in conseguenza del ruolo, già trattato nel primo capitolo, che avevano svolto i fedecommissi universali a beneficio degli stranieri nella nascita dei fedecommissi, sarà opportuno parlare in primo luogo delle modifiche soggettive. Stabilito chi sarebbe potuto diventare successore di diritti nella loro interezza, vale la pena di esaminare gli effetti derivanti dall'onere gli eredi non testamentari con l'*hereditas fideicommissaria*. Infine si dovrà valutare l'influsso che acquisiva l'ereditando sull'ulteriore destino dell'eredità, grazie al fedecommesso universale.

Le fonti sul fedecommesso universale testimoniano in modo univoco che la richiesta agli eredi di restituire alla persona indicata l'eredità intera o una parte frazionaria di essa, la potevano rivolgere solo coloro cui il diritto permetteva di disporre del proprio patrimonio nel testamento. Esclusivamente coloro che possedevano la cosiddetta *testamenti factio activa* erano in grado di costituire un fedecommesso universale vincolante legalmente<sup>303</sup>. Di esso venivano gravati sempre gli eredi del testatore: l'*heres institutus*, il sostituto o il sostituto pupillare<sup>304</sup>, e nel caso di ulteriori fedecommissi anche i fedecommissari universali. Ovviamente perché in genere nascesse un fedecommesso universale, prima esso doveva essere imposto all'erede. Erede poteva essere solo la persona possedente la cosiddetta *testamenti factio passiva*<sup>305</sup>. Per l'*adquisitio hereditatis* il diritto civile richiedeva inoltre che essa non fosse priva di *capacitas*. Ciò significava che la legittimazione all'acquisizione delle disposizioni

<sup>303</sup> Cfr. Biondi STD, pp. 82-84; Voci DER II, p. 238; Voci DER I, pp. 387-399.

<sup>304</sup> V. *supra* p. 66.

<sup>305</sup> Ulp.22.1. Cfr. Biondi STD, pp. 103-104; Voci DER I, pp. 399-430.

*mortis causa* dipendeva dalle condizioni previste dal diritto. Queste condizioni di solito vengono divise in soggettive ed oggettive<sup>306</sup>. La suddetta divisione è priva di motivazione dogmatica e costituisce una semplice descrizione di ciò che costituisce causa di mancanza di legittimazione all'accettazione delle disposizioni *mortis causa*. Più giusta sembra la differenziazione delle premesse dipendenti ed indipendenti che viene operata in base al fatto se la realizzazione delle condizioni poste dal diritto dipenda dal soggetto a cui nel testamento venne destinata qualche disposizione, se appunto ebbe luogo l'apertura testamentaria, oppure no. Non è difficile notare che tutte le premesse oggettive avranno allora carattere indipendente. Nel caso di successione una persona appartenente al primo censo, la *lex Voconia* condizionava la costituzione dell'erede al sesso, cioè che non fosse una donna; mentre la possibilità di acquisire un legato lo condizionava al suo valore, il quale non doveva superare il valore di quanto destinato agli eredi<sup>307</sup>. Entrambe le premesse indicate dalla legge avevano carattere indipendente: la prima di esse riguardava il soggetto, l'altra l'oggetto. Invece la *lex Iulia de maritandis ordinibus* poneva condizioni dipendenti, condizionando la *capacitas* con l'unirsi in matrimonio della persona celibe o nubile a cui vantaggio dovevano essere fatte le disposizioni testamentarie conformemente alla volontà del *de cuius*<sup>308</sup>. Nel caso di mancanza della *testamenti factio*, la disposizione *mortis causa* non era valida dall'inizio in quanto non conforme alla legge, mentre la mancanza della *capacitas* la rendeva inefficace solo al momento dell'apertura del testamento<sup>309</sup>.

<sup>306</sup> Voci DER I, p. 433; R. Astolfi, *Lex Iulia et Papia*<sup>3</sup>, Padova 1995, pp. 11-12.

<sup>307</sup> V. *supra* pp. 24-27.

<sup>308</sup> Zablocka PPOR, pp. 34-36.

<sup>309</sup> G.2.145: *Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, velut cum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo commentario relatium est. 146: Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et, quae rumpuntur, irrita fiant, et, quae statim ab initio non iure fiunt, irrita sint. Sed et ea, quae iure facta sunt et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possunt nihilo minus rupta dici. Sed quia sane*

Perciò il costituire erede uno straniero<sup>310</sup> apriva la strada alla successione *ab intestato*, mentre la costituzione di un coniuge senza figli provocava l'inefficacia del testamento quanto alla metà della disposizione spettantegli, se all'atto dell'apertura testamentaria non avesse avuto un figlio<sup>311</sup>. Perciò il testatore avrebbe dovuto indicare come erede uno che possedeva la *testamenti factio* e non era privo della *capacitas*, se voleva che l'eredità fosse restituita alla persona a vantaggio della quale aveva costituito il fedecommesso universale. Nel caso che la perdita della *capacitas* si verificava nel lasso di tempo intercorrente tra la costituzione e l'apertura testamentaria, si doveva provvedere ad altro erede costituendo subito o dei coeredi, o facendo un nuovo testamento.

Non c'è dubbio che tutte le persone che possedevano la *testamenti factio passiva* e la *capacitas* sarebbero potute diventare fedecommissari universali. Ciò significa che gli ambiti soggettivi delle capacità di accettare le eredità nonché della capacità di accettare i fedecommissi universali quanto meno corrispondevano tra di loro. Nel primo capitolo è stato dimostrato che un ruolo centrale e decisivo nel processo della creazione del fedecommesso universale come istituzione giuridica nonché nella sua diffusione lo svolsero i fedecommissi universali a beneficio degli stranieri. Accadde così perché gli stranieri erano privi della *testamenti factio*, mentre il *fideicommissum hereditatis* dava l'opportunità eccezionale di evitare questo ostacolo. Costituendo a loro favore un fedecommesso universale, il testatore li rendeva successori universali. Da questo risulta, inoltre, che soggetti capaci di accettare i fedecommissi universali erano almeno coloro che possedevano la *testamenti factio passiva* e che non avevano perso la *capacitas*, nonché gli stranieri. Ci si potrebbe, dunque, chiedere semplicemente quanto era più ampio

---

*commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi vel irrita fieri.* (sottolineato FLB)

<sup>310</sup> Gli stranieri erano privi della *testamenti factio*, il che testimonia Gaio nelle Istituzioni G.1.25; G.2.218; G.2.110. V. *supra* p. 44.

<sup>311</sup> V. *infra* pp. 150-151.

l'ambito soggettivo della capacità di accettare i fedecommissi universali rispetto all'ambito soggettivo della capacità di adire le eredità. Tuttavia porre così il problema suggerirebbe la staticità del diritto in questo campo, e ciò contrasta con tutto quello che si sa finora sulla formazione del fedecommesso universale come istituzione giuridica. Si deve, almeno, ricordare che su proposta dell'imperatore Adriano venne approvato il *senatus consultum* sulla confisca a favore del *fiscus* di tutti i fedecommissi costituiti a beneficio degli stranieri<sup>312</sup>. Se si prende, allora, in considerazione che nel corso di cento anni dalla concessione del riconoscimento giuridico al fedecommesso universale agli stranieri venne tolta la capacità di accettarlo, si possono avere dei dubbi se mai fosse esistita una cerchia delimitata di soggetti capaci di acquisire la successione universale attraverso il *fideicommissum hereditatis*. Più giusto pare quindi esaminare il processo in cui tale cerchia si era formato. La prospettiva storica sembra indispensabile per definire — guardando sempre dal punto di vista dell'ereditando — a favore di chi e in quale periodo del diritto romano classico si poté efficacemente costituire il fedecommesso universale. La domanda sulle nuove possibilità create ai testatori dal fedecommesso universale nell'ambito soggettivo, non si limita esclusivamente alla cerchia delle persone che a causa della mancanza della *testamenti factio passiva* non potevano essere costituite eredi. Un problema ugualmente serio era costituito infatti dalla mancanza della *capacitas*, specialmente quando il diritto condizionava la legittimazione per l'acquisizione delle disposizioni *mortis causa* alle premesse indipendenti e dunque soggettivamente ineliminabili al momento dell'apertura del testamento. Perciò il fatto di creare all'ereditando la possibilità di eludere questo ostacolo doveva sembrare non meno prezioso.

Al pari degli stranieri, erano prive della *testamenti factio passiva* le *incertae personae* e i *postumi alieni*<sup>313</sup>. Incerta veniva considerata la persona che *per incertam opinionem animo suo*

<sup>312</sup> V. *supra* pp. 44-47, 53-54.

<sup>313</sup> G.2.238-242; Ulp.22.4; Ulp.24.18; Ulp.25.13; PS 3.6.13.

*testator subiciti*<sup>314</sup>; mentre figlio postumo era colui che nasceva dopo la morte del padre<sup>315</sup>. Figlio postumo altrui veniva considerato il figlio nato dopo la morte del testatore, il quale non sarebbe entrato sotto la sua potestà, se fosse nato durante la sua vita<sup>316</sup>. Poteva essere, per esempio, il nipote nato dal figlio emancipato<sup>317</sup>, il proprio figlio non generato a seguito di *iustum matrimonium*<sup>318</sup>, il figlio del fratello<sup>319</sup> o i figli dei propri liberti<sup>320</sup>. È opinione comune che il *postumus alienus* doveva essere concepito ancora durante la vita dell'ereditando<sup>321</sup>.

Siccome la norma dello *ius civile* non permetteva di costituire eredi i figli postumi altrui, anche se si poteva costituire i propri *postumi*<sup>322</sup>, sorge la domanda perché il *postumus alienus*, diversamente dal *suus*, venne privato della *testamenti factio*. Per chiarire ciò viene citato in primo luogo il testo delle Istituzioni di Gaio.

G. 2.242: *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus, est enim persona incerta.*

<sup>314</sup> G.2.238. Su *incertae personae* cfr. Voci DER I, pp. 413-415.

<sup>315</sup> M. Terentius Varro, *De lingua Latina* 9.60-61; S. Pompeius Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitomae*, s.v. *postumus*, L. 274; A. Gellius, *Noctes Atticae*, 2.16.5; D.28.3.3.1. Ulpianus libro tertio ad Sabinum.

<sup>316</sup> G.2.241. Sui *postumi* hanno scritto: La Pira IC, pp. 67-84; U. Robbe, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano 1937; Biondi STD, pp. 114-119; Voci DER II, pp. 641-645; Voci DER I, pp. 402-407; M. Meinhart, D.50.16.231. *Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, ZSS 82/1965, pp. 204-205; U. Robbe, s.v. *postumi*, NNDI, vol. XIII, Torino 1966, pp. 434-436; J. Kosioriewicz, *Dziedziczenie beztestamentowe pogrobowców wrzymskim prawie klasycznym*, Rzeszowskie Zeszyty Naukowe „Prawo-Ekonomia-Rolnictwo” 6/1988, pp. 142-155; J. Zablocki, *In decem mensibus gigni hominem*, *Prawo Kanoniczne* 35(3-4)/1992, pp. 197-210; F. Lamberti, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, Napoli 1996.

<sup>317</sup> G.2.241.

<sup>318</sup> G.2.241.

<sup>319</sup> D.30.127. Paulus libro singulari de iure codicillorum.

<sup>320</sup> Gnom.Id. §16.

<sup>321</sup> Cfr. ad esempio U. Robbe, *I postumi*, p. 180; Voci DER I, pp. 403-404.

<sup>322</sup> G.1.147.

L'affermazione del giurista sembra esplicita: siccome nel costituire i postumi altrui non era definito in modo soddisfacente di chi si trattava, costoro erano inclusi nella categoria delle *personae incertae*. Quando si prende in considerazione la sopraindicata norma di diritto civile riguardante la costituzione dei propri postumi si ha l'impressione che il *postumus alienus* venisse trattato come le persone incerte, non per il fatto che fosse un postumo, ma perché era un postumo altrui. Sembrano pure confermare tale ragionamento i risultati delle ricerche condotte da Ubaldo Robbe il quale sottolineava che la mancanza della *testamenti factio passiva* da parte dei *postumi alieni* derivava dal fatto che essi si trovavano fuori della cerchia di persone che sarebbero state considerate sufficientemente definite dal testatore<sup>323</sup>. A sua volta P. Voci ritenne assurdo includere il postumo tra le *personae certae* oppure *incertae* non a causa della natura della situazione in cui si trovava, ma visto il suo stato di *suus* o *alienus*. Secondo l'autore al postumo manca la capacità di accettare l'eredità, perché ancora non era nato, e per quanto riguarda la concessione di essa nei casi concreti decideva esclusivamente l'utilità di tale soluzione. Si deve condividere questa opinione specialmente se si prende in considerazione che il pretore non trovava un ostacolo essenziale nella mancanza della *testamenti factio* da parte del *postumus alienus*. Ammise nell'editto alla *bonorum possessio* tutti i postumi — anche quelli alieni<sup>324</sup>. Quale che fosse il motivo per il quale il diritto civile privava questi ultimi della *testamenti factio*, è certo che nessun testatore non poteva costituire erede una persona indeterminata o una persona indeterminata che fosse postumo altrui.

G. 2.287: *Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui, neque legari ei posse. Sed senatus consulto, quod*

<sup>323</sup> U. Robbe, *op. cit. ult.*, p. 24, 30, 180; specialmente se si paragona agli esempi contenuti in G.2.238.

<sup>324</sup> D.37.11.3. Paulus libro quadragesimo primo ad edictum; D.37.9.6. Ulpianus libro quadragesimo primo ad edictum; D.37.9.10. Paulus libro septimo quaestionum; I.2.20.28; I.3.9 pr.; cfr. Ferrini TG, p. 132.

*auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

Gaio confermò l'esistenza della norma del diritto civile la quale rifiutava alle *personae incertae* e ai *postumi alieni* la capacità di essere costituito erede o legatario. Ciononostante, come notò il giurista, a loro beneficio si potevano fare delle disposizioni *mortis causa* grazie ai fedecommessi. Questo durò purtroppo solo fino al dominio dell'imperatore Adriano il quale, al pari dei fedecommessi universali a favore degli stranieri, negò ai testatori anche questa possibilità di disporre liberamente del proprio patrimonio in caso di morte. Su sua proposta venne approvato il *senatus consultum* che estendeva alle persone incerte e ai postumi altrui il divieto, il quale precedentemente si riferiva nel loro caso solo alle *hereditates* e ai *legata*. Adriano, del resto, non si fermò qui.

I. 2.20.25: *Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit.*

La parola *olim* venne usata nelle Istituzioni giustinianee accanto alla menzione sul rescritto di Adriano, ma la struttura della frase non permette di sospettare seriamente che la parola „un tempo” veniva riferita a un periodo effettivamente diverso dai tempi del regno di questo imperatore. Perciò il frammento citato sembra riferirsi allo stato giuridico del periodo classico. Anche il contenuto del testo fa notare ciò. Nelle I. 2.20.25 venne confermato che alle persone incerte non si potevano lasciare né lasciti di diritto civile, né fedecommessi universali. Questa norma entrò in vigore dopo l'approvazione del *senatus consultum* di G. 2.287. Nel frammento si menziona anche il rescritto di Adriano riguardante i fedecommessi. In esso l'imperatore vietò di disporre per loro tramite a beneficio delle *incertae personae* perfino nei testamenti dei militari. L'introduzione del divieto in un campo del diritto delle eredità così specifico, anche per il liberalismo del regolamento, significava una valutazione univocamente negativa delle disposizioni *mortis causa* per le persone incerte. Però prima dell'anzidetto rescritto sembra che i soldati potessero senza difficoltà

disporre, grazie ai fedecommissi universali, di tutto il loro patrimonio perfino a favore delle *incertae personae*.

Per oltre cento anni il fedecommisso universale aveva dato agli ereditandi la possibilità di beneficiare con la successione nella totalità dei diritti sia gli stranieri, sia le *personae incertae* nonché i postumi dei propri parenti e liberti, cioè le persone che in sostanza non potevano essere costituite eredi. Per quanto i *postumi alieni* venivano ammessi alla *bonorum possessio*, soltanto il fedecommisso universale consentiva di immettere la persona incerta nonché lo straniero *heredis loco*.

Ai tempi di Gaio i soggetti summenzionati erano già privi della *testamenti factio* anche nel campo dei fedecommissi. Nel diritto giustiniano venne ammessa la possibilità di costituire erede il *postumus alienus*<sup>325</sup>. Sembra, quindi che il fedecommisso universale almeno nel caso dei postumi risultò socialmente utile e se ne servirono gli ereditandi. Venne utilizzato perché unico strumento che dava la possibilità giuridica di costituirli facilmente successori universali *mortis causa*. Del resto il concedere per oltre un secolo la tutela giuridica ai fedecommissi a beneficio degli stranieri, dei *postumi alieni* e delle *personae incertae* prova sufficientemente che con le necessità nascenti della pratica non stavano più al passo i regolamenti del diritto ereditario derivanti dal periodo preclassico. Inoltre i suddetti tipi di fedecommissi universali dimostrano esplicitamente l'esistenza nel I° secolo d.C. della tendenza di ampliare l'ambito giuridicamente ammissibile di disporre del proprio patrimonio in caso di morte.

<sup>325</sup> C.6.48.1. Justinianus (a. 528-529); I.2.20.28; I.3.9 pr.; cfr. C. Heimbach, *Ueber Justinians Constitution de incertis personis, L. un. C. VI. 48. und deren Verhältnis zum ältern und neuern Justinianischen Rechte*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess [Neue Folge] 5/1848, pp. 1-103. Sembra che anche il testo di D.34.5.5.1. Gaius libro primo fideicommissorum: *Si tibi et postumo suo [vel alieno] hereditatem restituere quis rogaverit*, riguardi il diritto giustiniano. Dato che conformemente a G.2.287, ai tempi di Gaio non si potevano fare i fedecommissi a beneficio dei postumi altrui, e la possibilità di considerarli nel testamento fu ammessa dalla riforma del 528, è fondato il sospetto di un'ingerenza nel testo del giurista; cfr. *Index Interpolationum*, vol. II, Weimar 1931, *ad h.l.*

I *caelibes* e gli *orbi* similmente agli stranieri, alle persone incerte e ai postumi altrui, solo per un certo tempo poterono ricevere le disposizioni *mortis causa* grazie ai fedecommissi. Lo testimoniava Gaio scrivendo nelle Istituzioni:

G. 2.286: *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataeque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. 286a. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatus consulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut, si nulli liberos habebunt, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.*

Dalla prima parte del testo citato risulta che la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18° anno a.C.<sup>326</sup> privava totalmente i *caelibes* della capacità di accettare le eredità ed i legati testamentari<sup>327</sup>. Essa imponeva ai cittadini di rimanere in matrimonio<sup>328</sup>, punendo con la privazione della *capacitas* tutti coloro che non rispettavano le sue norme. Ciò significava che se gli uomini in età dai 25 ai 60 anni rimanevano celibi, e le donne nubili dai 20 ai 50 anni, conformemente alla legge non potevano essere legittimamente né eredi, né legatari<sup>329</sup>. Condizionando la *capacitas* alla situazione matrimoniale la *lex Iulia* metteva una condizione soggettiva di carattere dipendente, giacché i *caelibes* potevano riacquistare la capacità di accettare le disposizioni *mortis causa*, se entro cento giorni dal momento della morte dell'ereditando si fossero uniti in matrimonio<sup>330</sup>.

<sup>326</sup> Rotondi LP, pp. 443-445.

<sup>327</sup> Cfr. G.2.111; G.2.144.

<sup>328</sup> In certi casi gli stessi risultati dava il fidanzamento, cfr. Zablocka PPOR, pp. 36-39.

<sup>329</sup> R. Astolfi, *op. cit.*, pp. 1-10. Invece Gnom.Id. § 27 indicherebbe che in Egitto venissero confiscati i patrimoni anche dei celibi aventi più di sessant'anni.

<sup>330</sup> Ulp.17.1; Ulp.22.3. Cfr. R. Astolfi, *op. cit.*, pp. 17-20.

Nella seconda parte del testo il giurista ci ha tramandato che alla situazione dei celibi e delle nubili era simile la posizione ereditaria degli *orbi* — persone che pur essendo coniugi, non avevano avuto un figlio dalla loro unione. La *lex Papia Poppaea* risalente al 9° anno d.C. li privava della *capacitas* a metà<sup>331</sup>. Anche in questo caso veniva messa una condizione di legittimazione soggettiva, ma diversamente che nella *lex Iulia*, indipendente, perché la capacità di accettare l'eredità intera o i legati nel valore intero veniva condizionata al fatto di possedere i figli al momento dell'apertura testamentaria. Chi non li aveva, non sarebbe riuscito più ad averli per ovvi motivi di tempo.

Conformemente alla testimonianza di Gaio, sia i *caelibes* che gli *orbi* ricevevano, però, i fedecommessi per un certo tempo legittimamente e senza ostacoli. Nonostante, quindi, il testatore non potesse sicuramente costituire eredi i celibi o le nubili, nel *fideicommissum hereditatis* trovava lo strumento giuridico per costituirli propri successori universali. Allo stesso modo costituendo come *heres institutus* la persona senza figli rischiava che questa non avrebbe ottenuto interamente la propria quota ereditaria. Il fedecommesso universale costituiva a tal fine un rimedio.

La *lex Iulia de maritandis ordinibus* e la *lex Papia Poppaea* con le condizioni ivi comprese e riguardanti la *capacitas* costituivano gli esempi evidenti dei mezzi giuridici con i quali Ottaviano Augusto realizzava la sua politica sociale<sup>332</sup>. Lo stesso imperatore concedette ai fedecommessi il riconoscimento giuridico. È difficile supporre che così facendo, creasse consapevolmente il modo di eludere i propri divieti e permettesse di vanificare i drastici mezzi di pressione che aveva introdotto. *Nota bene* essi dovevano essere efficaci se dopo 25 anni dall'approvazione della *lex Iulia* di nuovo vennero usati nella *lex*

<sup>331</sup> Cfr. G.2.111; nonché Ulp.13.rubr; C.8.57.rubr; C.8.57.1 pr.=C.Th.8.16.1 pr. Constantinus (a. 320). Circa la datazione della *lex Papia Poppaea* cfr. Rotondi LP, pp. 457-462.

<sup>332</sup> Già gli antichi criticavano la loro introduzione, cfr. Suet.Aug.34; Dio Cass.54.16.3.

*Papia*. Da ciò risulta che riconoscendo giuridicamente i fedecommissi non venne determinato nessun ambito soggettivo per le persone a cui beneficio potevano essere fatti. Grazie a ciò gli ereditandi acquisirono la piena libertà nell'eludere sia i limiti derivanti dalla mancanza della *capacitas* sia della *testamenti factio passiva*. Questa libertà venne limitata solo dai successivi divieti soggettivi, come il *senatus consultum* di G. 2.285 riguardante gli stranieri.

La capacità di ricevere le disposizioni *mortis causa* in base ai fedecommissi venne tolta ai *caelibes* e agli *orbi* abbastanza presto. Come scrive il giurista, il divieto fu stabilito dal *senatus consultum Pegasianum* — lo stesso che per i fedecommissi universali introdusse la *quarta Falcidia* e la procedura coatta<sup>333</sup>. In esso venne deciso di privare dei fedecommissi interi i celibi e le nubili; invece a quelli senza figli di concedere solo la metà dei fedecommissi universali fatti a loro vantaggio. Il resto dell'eredità doveva spettare alle persone elencate nel testamento aventi discendenti, e in loro mancanza *ad populum*. In seguito al senatoconsulto Pegasiano venne semplicemente ampliato ai fedecommissi universali il regolamento della *lex Iulia et Papia* che riguardava finora solo le eredità ed i legati.

L'elusione, tramite il *fideicommissum hereditatis*, dei divieti di costituire eredi gli stranieri, i *postumi alieni*, le *incertae personae* e i *caelibes* nonché dei limiti riguardo a coloro che erano senza figli, venne escluso dai singoli senatoconsulti. Si mantenne, invece, il modo di conseguire la successione universale *mortis causa* in relazione a due categorie di soggetti le quali erano prive della legittimazione di acquisire le disposizioni *mortis causa*. Sulla prima di esse si conservò la seguente menzione nelle Istituzioni di Gaio:

---

<sup>333</sup> Cfr. E. Volterra, *Senatus consulta nr 126*, NNDI, vol. XVI, Torino 1969, p. 1072; R. Astolfi, *op. cit.*, p. 13, 258; Manthe SCP, pp. 42-43; Giodice TGF, p. 181 n. 6. U. Manthe ha ricostruito la decisione del *senatus consultum Pegasianum* riguardante i celibi ed i senza figli nel seguente modo: *et ut caelibes orbique fideicommissa atque hereditates legataque capere posse prohibeantur*.

G. 2.274: *Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

Come si è già detto, la *lex Voconia* approvata nel 169° anno a.C. poneva un'indipendente condizione soggettiva riguardo al sesso dell'erede costituito da una persona il cui patrimonio superava con il suo valore 100 000 assi<sup>334</sup>. Nel frammento presentato il giurista testimonia che ai suoi tempi il fedecommesso universale continuava ad essere utilizzato per eludere il divieto introdotto oltre tre secoli prima di istituire eredi le donne. Del resto è noto che il *fideicommissum hereditatis* veniva utilizzato a questo scopo perfino quando i fedecommessi non avevano ancora il riconoscimento giuridico<sup>335</sup>. Ciò testimonia dell'utilità incontestabile di questa istituzione per gli ereditandi benestanti, che volevano assicurare il futuro delle proprie madri, mogli, figlie, sorelle o altre donne da loro amate, lasciando loro tutto il proprio patrimonio.

La seconda categoria dei soggetti privati della legittimazione ad acquistare le disposizioni *mortis causa*, era costituita dai Latini Iuniani<sup>336</sup>. Gaio scrisse della loro situazione:

G. 1.23: *Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari. 24. Quod autem diximus ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid inde directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt.*

<sup>334</sup> V. *supra* pp. 11-13.

<sup>335</sup> Cic.fin.2.55.

<sup>336</sup> Cfr. A. Steinwenter, s.v. *Latini Iuniani*, RE XII.1, Stuttgart 1924, col. 910-924; P. Van Warmelo, *Bona liberti, bona latini Iuniani*, Butterworths South African Review 1956, pp. 27-38; A. Wiliński, *Zur Frage von Latinern ex lege Aelia Sentia*, ZSS 80/1963, pp. 378-392; M. De Dominicis, *La «Latinitas Iuniana» e la legge Aelia Senzia*, Scritti Romanistici, Padova 1970, pp. 181-196; Id., *Les Latins Juniens dans la pensée du législateur romain*, RIDA 20/1973, pp. 311-324; Zabłocka PPOR, pp. 14-16; M. Lemosse, *Les affranchis latins*, TR 62/1994, pp. 309-316.

G. 2.275: *Latini quoque, qui hereditates legataque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommissio capere possunt.*

Il giurista sottolineò che la *lex Iunia Norbana*<sup>337</sup> privò i Latini Iuniani del diritto di fare testamento, cioè della *testamenti factio activa*<sup>338</sup>, nonché della possibilità di acquisire alcunché per suo tramite. I Latini Iuniani non avevano, quindi, neanche la *testamenti factio passiva*. La *lex Iunia Norbana* stabiliva la condizione soggettiva, ma di carattere dipendente. Poiché esisteva la norma, conformemente alla quale nel caso dell'acquisizione della cittadinanza entro cento giorni dalla morte del testatore, il Latino acquisiva la capacità di ricevere l'eredità — ovviamente allora già in quanto *civis Romanus*<sup>339</sup>. La cosa più importante, che vien fuori dalle considerazioni fatte nel presente capitolo, a proposito dei frammenti di G. 1.24 e G. 2.275, è che nonostante i Latini Iuniani *directo iure*

---

<sup>337</sup> È entrato in uso datarla al 19 d.C., cfr. Rotondi LP, pp. 463-464; C. Castello, *D.40.1.14.1 — Manumissio e lege Augusti*, Studi Sanfilippo, vol. V, Milano 1984, p. 180, ma Id., *'Humanitas' e 'favor libertatis'. Schiavi e liberti nel I secolo*, Sodalitas. Scritti Guarino, vol. V, Napoli 1984, p. 2186 si è dichiarato poi a favore del datare la legge ai tempi di Augusto. M. De Dominicis in *La «Latinitas Iuniana» e la legge Elia Senzia* ha espresso l'opinione che essa sia stata approvata decisamente prima — ancora prima dell'emanazione nel 4 d.C. della *lex Aelia Sentia*; in *Les Latins Juniens dans la pensée du législateur romain*, p. 313 ha proposto già il 25 od il 17 a.C.

<sup>338</sup> Cfr. Ulp.20.14.

<sup>339</sup> Ulp.17.1: *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibis vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi parverit vel Latinus ius Quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit: Ulp.22.3: *Latinus Iunianus si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest: quod si Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur. Idem iuris est in persona caelibis propter legem Iuliam.* I testi hanno trasmesso la norma che sarebbe nata quando la categoria dei Latini Iuniani svolgeva un ruolo socialmente importante. Succedeva così solo nel periodo del principato, il che significa che la norma proviene dal diritto classico.*

non potevano ricevere le eredità, grazie ai fedecommissi universali, ciò diventava per loro possibile<sup>340</sup>.

L'elusione della *lex Iunia Norbana* attraverso l'uso dei fedecommissi universali, si rivelò particolarmente vantaggioso. Un divieto del senato stabilì che i Latini Iuniani non potevano ricevere donazioni in caso di morte; di ciò scriveva Paolo nel sesto libro del commento alla legge *Iulia et Papia*.

D.39.6.35 pr. Paulus *libro sexto ad legem Iuliam et Papiam: Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.*

Nel testo presentato il giurista menzionò il divieto del senato di fare *mortis causa donationes* a favore delle persone, *quos lex prohibet capere*. Siccome D.39.6.35 pr. proviene dal commento alla legge la quale tolse la legittimazione a ricevere le disposizioni *mortis causa* alle persone celibi e nubili nonché senza figli, si deve supporre che la decisione del senato riguardava i *caelibes* e gli *orbi*. Se, però, la norma avesse riguardato solo costoro, si deve presumere che Paolo avrebbe elencato queste categorie di soggetti. Dato che scrisse *quos lex prohibet capere*, la decisione del senato probabilmente si riferiva a diversi soggetti che la legge privò della capacità di ricevere le disposizioni *mortis causa*. Proprio tale era la situazione dei Latini Iuniani a seguito della *lex Iunia Norbana*, perciò sembra che la norma di D.39.6.35 pr. riguardasse anche questi ultimi<sup>341</sup>.

Conformemente a quanto tramandatici da Paolo, in pratica ogni *donatio mortis causa* doveva essere trattata come legato lasciato a qualcuno che non lo poteva ricevere in conformità alla legge.

<sup>340</sup> Cfr. Ulp.25.7.

<sup>341</sup> Sull'accostamento tra le categorie dei *Latini Iuniani* e dei *caelibes* e degli *orbi* cfr. ad esempio S. Di Paola, *Sull'estensione delle leggi caducarie al «mortis causa capere»*, Studi Arangio-Ruiz, vol. II, Napoli, pp. 495-496.

In base a questa decisione del senato le donazioni nel caso di morte venivano considerate come non fatte (*pro non scripto*)<sup>342</sup>.

Ultimamente nella letteratura si discute della natura giuridica della decisione del senato. Per quanto nella prima frase il giurista abbia scritto *senatus censuit*, altrettanto nella seconda parlava esplicitamente del *senatus consultum*. Però Francesco Arcaria<sup>343</sup> provò di dimostrare che nel D.39.6.35 pr. il senato non approvò il senatoconsulto, ma emise la decisione su un caso concreto di appello, promosso dai beneficiati di *donationes mortis causa*. Si appellarono contro le sentenze sfavorevoli di primo grado emesse nei processi fiscali per il recupero da parte del *fiscus* delle donazioni in quanto *caduca*. La decisione del senato, menzionata nel D.39.6.35 pr. sarebbe quindi una sentenza di conseguenze limitate al caso in oggetto, il che secondo F. Arcaria offriva motivo alla discussione ed al commento di Paolo — se ne parla nella seconda frase del testo citato. Sebbene il ragionamento dell'autore sembra interessante, nasce il timore che uno dei suoi argomenti più importanti è il silenzio delle fonti sul *senatus consultum* del D.39.6.35 pr., mentre di converso abbondantemente esse parlano del senatoconsulto Pegasiano. Ciò fa nascere altri due dubbi. Primo, esiste tutta una serie di *senatus consulta* solo una volta menzionati nelle fonti. È doveroso citare almeno i senatoconsulti discussi di G. 2.285 e di G. 2.287, i quali al pari del *senatus consultum* del D.39.6.35 pr. riguardavano solo ristretti gruppi di soggetti. Secondo, l'importanza dei senatoconsulti indicati non può essere paragonata a quella del *senatus consultum Pegasianum*. Inoltre le frequenti menzioni di esso si riferiscono al regolamento dogmatico del fedecommesso universale fatto nel

<sup>342</sup> Cfr. D.30.101.1. Julianus libro septuagesimo octavo digestorum; D.34.8.3 pr. Marcianus libro undecimo institutionum; D.34.8.4 pr. Ulpianus libro tertio decimo ad legem Iuliam et Papiam; D.29.7.2.1. Julianus libro trigesimo septimo digestorum; D.29.7.6.4. Marcianus libro septimo institutionum; cfr. anche C.6.51.1.2a. Justinianus (a. 534).

<sup>343</sup> F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, pp. 219-223.

senatoconsulto, e non al divieto ivi compreso dei fedecommissi universali a beneficio dei *caelibes* ed *orbi*<sup>344</sup>. Più giusto sembra quindi rimanere su quanto tramandatoci da Paolo sul senatoconsulto, che privava della legittimazione a ricevere le donazioni *mortis causa* tutti coloro, *quos lex prohibet capere*.

Non è nota la data dell'approvazione del *senatus consultum* in questione, perché come si è detto, non se ne sa nulla oltre quanto tramandatoci dal D.39.6.35 pr. Si presume che fosse stato approvato dopo il *senatus consultum Pegasianum* — addirittura all'inizio del II° secolo d.C., per chiudere l'ultima via che consentiva di fare le disposizioni *mortis causa* a beneficio dei *caelibes* ed *orbi*<sup>345</sup>. Ugualmente si può bene argomentare che venisse emesso prima del senatoconsulto Pegasiano. Esso si riferiva marginalmente ad una ristretta cerchia di soggetti quali erano i celibi e i senza figli, perché il suo scopo principale consisteva nell'introduzione delle soluzioni complessive riguardanti la costruzione del fedecommissio universale. Inoltre dato che il *senatus consultum* del D.39.6.35 pr. toglieva probabilmente la capacità di ricevere le *donationes mortis causa* anche ai Latini Iuniani, e questi non avevano mai perso la legittimazione a ricevere i fedecommissi universali, può sembrare più giusto anche il datarlo prima del *senatus consultum Pegasianum*.

Il senatoconsulto del D.39.6.35 pr. chiuse agli ereditandi la strada per trasferire ai Latini Iuniani le donazioni in caso di morte. In questo modo i fedecommissi cominciarono a svolgere un ruolo particolarmente importante poiché costituivano l'unico modo accessibile ai testatori di fare a loro beneficio delle disposizioni *mortis causa*. Al pari di prima si poté costituire successore universale sia un Latino Iuniano sia una donna, la quale non poteva essere costituita erede a causa della *lex Voconia*, solo grazie al *fideicommissum hereditatis*.

<sup>344</sup> L'autore ne era conscio, cfr. F. Arcaria, *op. cit.*, p. 221 n. 169.

<sup>345</sup> S. Di Paola, *Donatio mortis causa*, Catania 1950, pp. 193-197; R. Astolfi, *op. cit.*, pp. 13-14; F. Arcaria, *op. cit.*, p. 220.

Non ci è pervenuta alcuna fonte indicante che esistesse mai il divieto di disporre dei fedecommissi universali a beneficio dei Latini Iuniani o delle donne comprese nel regolamento della *lex Voconia*. Perché questi fedecommissi non condivisero la sorte dei fedecommissi costituiti a favore degli stranieri, delle *personae incertae* e dei *postumi alieni*, dei *caelibes* e degli *orbi*? David Daube<sup>346</sup> sottolineò il contrasto del contenuto di due fonti risalenti alla seconda metà del II° secolo d.C. Da una parte Aulo Gellio scriveva sulla *lex Voconia*, in modo da non lasciare dubbi, che il suo contenuto nonché la sua autorità persero molto di importanza, e le decisioni sembravano arcaiche e non in armonia alla pratica dei suoi tempi<sup>347</sup>. Dall'altra, invece, Gaio faceva riferimento ad essa con pieno rispetto dovuto alla legge vigente<sup>348</sup>. Tuttavia le fonti a noi tramandate non devono per forza essere tra di loro contraddittorie. Succede spesso che alcuni regolamenti introdotti tempo addietro, sembrino ai cittadini come non aventi influsso sulla loro vita quotidiana. I giuristi, invece, devono prendere in considerazione tutto ciò che invariabilmente costituisce una norma giuridica. Grazie a questo possono preservare le persone richiedenti un consulto, dalle sue conseguenze negative benché da questi ultimi venisse percepita come priva di importanza pratica. I testi di Aulo Gellio e Gaio presi insieme permettono, invece, di capire chiaramente che la *lex Voconia* continuava ad essere vigente nel II° secolo d.C., anche se allora non svolgeva più un ruolo troppo importante. Il motivo di ciò andrebbe ricercato nel numero di donne, all'epoca scarso, per le quali il divieto di essere costituite eredi vigeva sempre. La stessa situazione valeva probabilmente per i Latini Iuniani. Questa categoria di persone continuava ad esistere, ma la

<sup>346</sup> Daube LSPA, p. 99, specialmente n. 1.

<sup>347</sup> Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 20.1.23: *Quid salubrius visum est rogatione illa Stolonis iugerum de numero praefinito? quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus? quid tam necessarium existimatum est propulsandae civium luxuriae quam lex Licinia et Fannia aliaeque item leges sumptuariae? Omnia tamen haec oblitterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis.*

<sup>348</sup> G.2.274.

facilità con cui potevano acquisire la cittadinanza romana<sup>349</sup> aveva per effetto che in pratica il loro numero sembrava completamente indifferente. Visto che la cerchia delle persone comprese dal divieto della *lex Voconia* e della *lex Iunia Norbana* non era grande o per lo meno non veniva percepito come significativo, i fedecommissi universali costituiti per eludere i divieti di diritto civile evidentemente non disturbavano tanto da costringere a vietarli.

Il ruolo particolare del *fideicommissum hereditatis* risultava dal fatto che esso non era un'altro modo per cambiare direttamente tutta la situazione giuridica di una donna o di un Latino, ma permetteva di rimediare alle conseguenze della appartenenza a queste categorie di soggetti. Al Latino Iuniano era relativamente facile acquisire la cittadinanza, probabilmente come alla donna la *testamenti factio* grazie all'*ius trium liberorum*. Grazie alla *hereditas fideicommissaria* gli ereditandi potevano costituire propri successori a titolo universale proprio coloro che per qualche motivo non potevano diventarlo: o perché non furono in grado, o perché non vollero o perché non si adoperarono a ciò. Nonostante che si trattasse probabilmente di un numero di casi abbastanza limitato, per essi il fedecommissato era l'ultima possibilità di salvezza e relativamente sicura. Grazie solo alla sua esistenza i testatori acquisivano un senso di maggiore libertà nel disporre del patrimonio in caso di morte.

Le considerazioni finora condotte sembrano confermare che effettivamente nell'inquadrare giuridicamente i fedecommissi non venne determinata nessuna cerchia di persone a beneficio delle quali potevano essere fatti. Nel I° secolo d.C. gli ereditandi godevano di una enorme libertà nel trasferire i propri patrimoni *mortis causa*, non solo ai cittadini che possedevano la *testamenti factio* e la *capacitas*, ma anche agli stranieri, ai *postumi alieni* e alle *incertae personae*, ai *caelibes* e agli *orbi*, ai Latini Iuniani e alle donne a cui si applicava il divieto della *lex Voconia*. Siccome tale situazione giuridica si mantenne per almeno 60 anni è fondata la conclusione che il

<sup>349</sup> G.1.21, 28-35; Ep.1.4; Ulp.3.1-6; cfr. M. De Dominicis, *Les Latins Juniens dans la pensée du législateur romain*, pp. 318-324; Zabłocka PPOR, p. 16.

costituire un *fideicommissum hereditatis* a beneficio delle suddette persone al fine di renderli successori universali, avveniva non tanto contro il diritto civile, quanto senza riguardo al fatto che lo *ius civile* non creava tale possibilità.

Invece è tipico il fenomeno che quando nasce la possibilità giuridica di eludere alcuni divieti, si cerca di sfruttarla in tutte le situazioni. In questo modo si controlla il funzionamento e l'ambito della nuova soluzione, nonché se per caso la sua introduzione non abbia prodotto un breccia che porti alla disgregazione dell'intero sistema giuridico esistente. Tale caso ebbe luogo anche in seguito alla concessione della tutela giuridica ai fedecommissi nell'ambito della *cognitio extra ordinem*. Lo testimonia la frase delle Istituzioni di Gaio:

G. 2.288: *Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem reliqui posse.*

Il giurista in essa osservava che attraverso i fedecommissi universali non si potevano fare le disposizioni testamentarie *poenae nomine*<sup>350</sup>. Il fatto di collocare la frase citata alla fine stessa del lavoro sui fedecommissi nonché di sottolineare che nella suddetta questione non ci sono opinioni divergenti, non esclude che ci siano stati tentativi precedenti di costringere i fedecommissari o gli eredi ad azioni per loro svantaggiose, anche attraverso i fedecommissi universali.

Come disposizioni *mortis causa* fatte *poenae nomine*, cioè le cosiddette disposizioni fatte al fine di punire, venivano considerate quelle in cui il testatore cercava di costringere l'erede o il legatario a comportamenti quali non era possibile richiedere direttamente. L'ereditando provava in questo modo di dar vita ad effetti che diversamente *mortis causa* non era in grado di raggiungere<sup>351</sup>. Il divieto di tali disposizioni veniva sottolineato con particolare

<sup>350</sup> Cfr. Ulp. 25.13.

<sup>351</sup> G.2.235. Cfr. Ferrini TG, pp. 71, 331, 352-353, 375; A. Marchi, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, BIDR 21/1909, pp. 5-109; Biondi STD, pp. 207-213; Voci DER II, pp. 793-794.

riferimento ai legati<sup>352</sup>. Evidentemente più spesso con il loro uso ci si sforzava di costringere i legatari ad azioni svantaggiose per essi, impegnando in questa attività dei mezzi materiali notevolmente inferiori, che nel caso in cui *poenae nomine* fosse stato stabilito un erede. Tuttavia è noto che Sabino prese in esame l'*institutio heredis poenae nomine*. Come esempio di tale disposizione *mortis causa* allora veniva citato il caso dell'erede costituito a condizione che avrebbe dato in moglie la propria figlia alla persona che nel caso della mancata realizzazione della condizione era costituita sostituto<sup>353</sup>. Gaio aggiunse che anche l'indicare il coerede poteva assumere i tratti della *institutio heredis poenae nomine*<sup>354</sup>. Si avrebbe per esempio da fare con l'*hereditas fideicommissaria poenae nomine*, se la restituzione dell'eredità fosse stata condizionata allo sposare la persona indicata o al realizzare una condizione sfavorevole, illegale o oltraggiosa — per l'erede o per il fedecommisario, sia per i loro *patres familias*, patroni o proprietari. Perciò come *poenae nomine* potrebbe essere considerata l'intimazione di restituire nel fedecommesso universale una parte dell'eredità nella situazione in cui il patrimonio lasciato dal punto di vista economico costituiva l'intero, che dopo la divisione non era in grado di impinguarsi per sé ed arrecava perdite ad almeno una delle parti. Il fedecommesso universale dava quindi potenzialmente maggiori possibilità che costituire erede o del legato al fine di punire, perché permetteva al testatore di produrre i risultati svantaggiosi sia per l'erede che per il fedecommisario.

Sia i legati che la costituzione degli eredi allo scopo di costringerli a un'attività o astensione svantaggiosa, nel diritto civile erano considerati non validi. Questa soluzione viene attribuita alla

---

<sup>352</sup> D.34.6.1. Africanus *libro questionum*; D.34.6.2. Marcianus *libro sexto institutionum*; D.35.1.12. Ulpianus *libro vicesimo quarto ad Sabinum*; G.2.235-237; G.2.243; cfr. Ulp.24.17.

<sup>353</sup> I.2.20.36; Par.2.20.36.

<sup>354</sup> G.2.243.

giurisprudenza preclassica<sup>355</sup>. Conformemente a G. 2.288, ai tempi di Gaio anche i fedecommissi non potevano essere fatti *poenae nomine*. Il fatto che il giurista non abbia citato il *senatus consultum* o la costituzione imperiale che privavano di forza giuridica il *fideicommissum poenae nomine* nonché l'uso in G. 2.288 dell'espressione *non dubitatur* indicano che la giurisprudenza trovava da sola la soluzione per questi fedecommissi. Sicuramente ciò ebbe luogo non più tardi che all'inizio del II° secolo d.C.<sup>356</sup>. Questo modo di introdurre il divieto non dovrebbe però stupire: il fedecommesso *poenae nomine* era contraddittorio con l'essenza stessa del fedecommesso universale la quale è basata sulla *fides*. Era difficile costringere l'erede alla fedeltà alla richiesta del *de cuius* a tal punto che doveva procurarsi un danno sapendo che scopo dell'ereditando consisteva nel creargli svantaggi cui il testatore non poteva dar luogo con nessun mezzo lecito. Inoltre non si doveva aspettare una tutela giuridica per le azioni conformi alla volontà del *de cuius*, diretta principalmente a produrre un danno al fedecommissario. Il richiamarsi alla *fides* da parte dell'erede che eseguiva tale volontà, costituirebbe una stupidità o perfidia di quest'ultimo. Prima di tutto, però, non si poteva permettere che l'ereditando basasse la realizzazione delle sue disposizioni sull'onestà e la lealtà, giacché queste stesse, fatte *poenae nomine*, erano per loro natura in contraddizione con questi valori. *Alium non laedere!* Perciò i giuristi romani dovettero riconoscere che il testatore esprimendo la volontà di obbligare l'erede *poenae nomine* — anche nel modo più caratteristico per il fedecommesso — non causava gli effetti del fedecommesso universale. Di conseguenza, non si riuscì, quindi, attraverso il *fideicommissum hereditatis* a trasmettere l'eredità per costringere l'erede o il fedecommissario a comportamenti che non potevano essere richiesti direttamente.

<sup>355</sup> Voci DER II, p. 794.

<sup>356</sup> Contrariamente Aelius Capitolinus, *Scriptores Historiae Augustae*, Antoninus Pius 8.5, dove solo a questo imperatore si attribuisce l'emanazione del divieto dei legati *poenae causa*.

In base alle considerazioni precedenti può sembrare che, dal momento della concessione della tutela giuridica ai fedecommissi universali, tutte le azioni che li concernevano — da parte degli imperatori, del senato, e perfino della giurisprudenza — si concentrassero sulla limitazione della cerchia dei soggetti a beneficio dei quali venivano fatti i fedecommissi giuridicamente vincolanti. Che in questo modo si sia voluto provare a rimediare agli effetti dell'istituzione la cui introduzione era un male necessario che esigeva un riconoscimento giuridico di quella che era pratica ormai comune? Oppure si trattava di inquadrarla nell'ambito corrispondente al limite ammesso dal diritto civile? Sembra che non sia stato così, se sotto il regno dell'imperatore Adriano venne approvato un altro *senatus consultum* che a sua volta ampliava l'ambito soggettivo.

Le opere di Ulpiano<sup>357</sup>, la testimonianza di Paolo<sup>358</sup> e di Plinio Minore<sup>359</sup> non lasciano dubbi che i municipi non potevano essere costituiti eredi. Ma esisteva un modo attraverso il quale i testatori potevano costituire questi propri successori universali *mortis causa*? La risposta a questa domanda la offre il frammento 22.5 dei *Tituli ex Corpore Ulpiani*.

Ulp. 22.5: *Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, denique hoc senatus consulto prospectum est.*

Il testo presentato conferma che i municipi non potevano diventare eredi ed indica il motivo di tale stato di cose: venivano considerati *incerta corpora* perché non erano in grado di ricevere le

<sup>357</sup> D.4.3.15.1. Ulpianus libro undecimo ad edictum; D.3.4.7 pr. Ulpianus libro decimo ad edictum; D.10.4.7.3. Ulpianus libro vicesimo quarto ad edictum; D.50.12.3.1. Ulpianus libro quarto disputationum.

<sup>358</sup> D.41.2.1.22. Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum.

<sup>359</sup> Epist.5.7.1.

successioni riguardo all'interessa dei diritti né attraverso le dichiarazioni di volontà, né in modo congetturale<sup>360</sup>. Ne risulta che non fu preso in considerazione il raggiungimento del *consensus* perché ricevesse l'eredità un soggetto di questo genere e che i Romani furono messi davanti ad un problema importante, non solo teorico, qual'era quello creato dalla natura di un qualcosa che si potrebbe chiamare la volontà del *municipium*. Però nel testo si menzionano subito i due senatoconsulti che crearono in questa materia delle eccezioni. Con uno di essi si permise ai liberti di costituire eredi i municipi di cui un tempo erano schiavi. L'altro *senatus consultum* permise di restituire ai municipi le eredità in base al fedecommesso universale. L'esistenza di entrambi i senatoconsulti è confermata anche dal seguente frammento.

D.38.3.1 pr.-1. Ulpianus libro quadragesimo nono ad edictum: *Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono. Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: movet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto hereditibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est.*

Ulpiano sottolineò all'inizio che ai municipi — come ad ogni patrono — spettava il diritto ai beni dei propri liberti e liberte. Anche se l'ambito di questo diritto era lo stesso che si aveva quando patrono era un singolo cittadino, nasceva il problema della possibilità di realizzarlo da parte del municipio. Furono avanzati dei dubbi a questo riguardo e in particolare se in genere esso potesse chiedere la *bonorum possessio* al pretore, cioè se in pratica poteva ricevere l'eredità dal proprio liberto. Fu preso in esame specialmente il caso in cui i cittadini non ottenevano il consenso all'acquisizione dell'eredità.

<sup>360</sup> Non si deve, però, confondere i *corpora incerta* con le *personae incertae*.  
cfr. Ferrini TG, pp. 144-145.

Anche confrontando questa situazione all'indecisione del patrono cioè di un singolo cittadino, nella mancanza di consenso tra i cittadini, i Romani dovevano vedere un *casus* esprimente tutta la profondità del problema. Il non risolverlo doveva mettere in dubbio anche la richiesta della *bonorum possessio* nel caso di volontà concorde dei cittadini. Ne risulta che apparvero delle difficoltà nell'afferrare la natura della volontà del soggetto il quale non era una persona singola. Ciò si manifestò proprio in Ulp. 22.5 nelle parole: *neque cernere universi neque pro herede gerere possunt*<sup>361</sup>.

Il giurista dichiarandosi decisamente a favore dell'attribuzione ai municipi del diritto di richiedere la *bonorum possessio* doveva quindi far uso di argomenti di tutt'altro tipo. Per primo, fece notare che in pratica veniva riconosciuta l'efficacia dell'acquisizione della *bonorum possessio* grazie all'intermediazione di una singola persona (*per alium*). Ulpiano esplicitamente differenziò la *petitio* dall'*adquisitio*. Sottolineò che quando esisteva un precedente consenso alla *petitio*, veniva ammessa l'*adquisitio per alium* nonostante la mancanza di accordo tra i cittadini. Ciò, del resto, sembra un argomento fondamentale il quale condusse alla conclusione terminale *ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est*<sup>362</sup>. Però prima che il giurista vi arrivasse, citò due *senatus consulta*, di cui faceva menzione nel testo di Ulp. 22.5. In D.38.3.1.1 Ulpiano confermò che uno permise la restituzione dell'eredità ai municipi *ex Trebelliano*; l'altro invece permise che fossero costituiti eredi da parte dei propri liberti. Citando tutti e tre i fatti il giurista suggeriva che non era più il caso di dibattere perché i municipi avrebbero avuto il diritto di chiedere la *bonorum possessio*. Di fronte alle soluzioni casistiche esaminate non si poteva rifiutare loro questo diritto, specialmente che i problemi concernenti la natura di quello che veniva chiamato la volontà dei municipi, non impedivano al senato di approvare i due decreti. In

<sup>361</sup> Cfr. anche R. Orestano, *Il «Problema delle persone giuridiche» nel diritto romano*, vol. 1, Torino 1968, pp. 178-184.

<sup>362</sup> Cioè a favore dell'autenticità del frammento [*sed per alium ... adquirere*], *contra* cfr. *Index Interpolationum*, vol. III, Weimar 1935, *ad h.l.*

altre parole, il giurista citando le risoluzioni già approvate considerò la contestazione della possibilità di richiedere la *bonorum possessio* da parte dei municipi, come priva di significato non tanto giuridico, quanto pratico<sup>363</sup>. Ulpiano era, quindi, in questo caso contrario ad anteporre le considerazioni sull'essenza del problema, all'adozione dei regolamenti puramente prammatici.

Pertanto è importante per le considerazioni sul ruolo del fedecommeso universale, che nel D.38.3.1.1 Ulpiano abbia richiamato il senatoconsulto che permise di restituire ai municipi le eredità in base al *senatus consultum Trebellianum*. Questo significava concedere a questi la capacità di essere beneficiati attraverso il *fideicommissum hereditatis*. Le seguenti fonti permettono di identificare questo senatoconsulto nel *senatus consultum Apronianum*<sup>364</sup>:

D.36.1.27. Paulus libro singulari de senatus consultis:  
*Omnibus civitatibus, quae sub impero populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur,*

D.36.1.28 pr. Julianus libro quadragensimo digestorum:  
*ita tamen, ut hi quibus restituetur hereditas actorem eligant et ad agendum et ad excipiendas actiones.*

Il primo dei frammenti parla delle decisioni del *senatus consultum Apronianum*. Il senato con esso ordinò di restituire le eredità alle *civitates*, a cui vantaggio erano stati fatti i fedecommissi universali<sup>365</sup>. Paolo scrisse: *restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet*, sottolineando

<sup>363</sup> Cfr. D.37.1.4. Ulpianus libro trigesimo nono ad edictum.

<sup>364</sup> Di questo parere erano: C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, vol. I, Napoli 1900, p. 212; V. Scialoja, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma 1914, p. 383; Biondi STD, p. 126; S. Solazzi, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, Scritti di diritto romano, Napoli 1955, pp. 343-344.

<sup>365</sup> Sui fedecommissi universali a favore di due colonie: Benevento e Filippi parlavano i testi D.36.1.59 pr. Papinianus libro octavo responsorum e D.36.1.33. Celsus libro vicesimo digestorum.

con ciò specialmente nella parola *debere* che il senato voleva concedere la tutela giuridica ai fedecommessi universali costituiti a favore delle *civitates*, nonostante i suddetti problemi riguardanti la volontà di un *corpus incertum*. Sembra che ciò fosse dettato da motivi puramente prammatici ed aveva un tipico carattere giuridico-positivistico.

Il senatoconsulto riguardava tutte le *civitates* che si trovavano sul territorio su cui si estendeva il potere del popolo romano. Le sottoponeva alla disciplina del *senatus consultum Trebellianum*, il che rese possibile il trasferimento delle azioni ereditarie ai loro cittadini, come pure contro di loro. Paolo aggiunse che questo regolamento riguardava anche i *municipia*. Collocato dai compilatori giustinianeî subito dopo il D.36.1.27, il frammento del 40° libro dei *digesta* di Giuliano spiegò che nei municipi dovevano essere scelti gli *actores* i quali citavano e venivano convenuti in relazione all'eredità restituita dall'erede. Gli *actores* svolgevano, quindi, nei confronti del *municipium* lo stesso ruolo svolto dai procuratori verso una persona privata<sup>366</sup>. Similmente, si deve presumere, avveniva nelle *civitates*, dove in caso di eredità ottenuta attraverso il fedecommesso universale gli *actores* venivano indicati dal *magistratus*<sup>367</sup>.

Se fosse vero che gli *actores* potevano citare ed essere convenuti, a loro sarebbe dovuta passare la legittimazione passiva ed attiva. Essa passava a colui che accettava l'eredità trasferita dall'erede conformemente al fedecommesso. Se si prendono ancora in considerazione le parole di Giuliano *ita tamen, ut ... eligant*, si presenta ineluttabilmente la conclusione che i *municipia* e le *civitates* acquisivano la successione universale attraverso l'intermediazione dei rappresentanti.

I frammenti presentati del D.36.1.27-28 pr. riguardanti il *senatus consultum Apronianum* sono conformi a quanto trasmesso

<sup>366</sup> S. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, vol. II. Napoli 1933, p. 98.

<sup>367</sup> D.3.5.25. *Modestinus libro primo responsorum: Cum alicui civitati per fideicommissum restitui iussa esset hereditas, magistratus actores horum bonorum Titum et Seium et Gaium idoneos creaverunt [...]*

con il D.38.3.1.1 sia riguardo al contenuto, sia alle espressioni. F. Arcaria formulava, però, una tesi che fossero stati approvati due senatoconsulti diversi — entrambi riguardanti l'acquisizione dell'eredità da parte dei municipi in base ai fedecommissi universali. Il primo comprendeva i casi di acquisizione *per actorem*, in conformità al frammento citato del 40° libro *digestorum* di Giuliano. Il secondo, invece, di cui dovrebbe trattare il testo del D.38.3.1.1, permetteva di acquisire le eredità fedecommissarie *per alium*, cioè con l'intermediazione di rappresentanti diversi dagli *actores*, per esempio il *falsus actor*, le azioni del quale poi sarebbero state riconosciute dal *municipium*<sup>368</sup>.

In seguito alla tesi formulata appare, però, qualche dubbio. L'autore la basò solo sui testi del D.38.3.1.1 e del D.37.1.3.4, nessuno dei quali sembra sufficientemente univoco nella questione esaminata. Ciò riguarda principalmente il D.38.3.1.1, dove il frammento *sed per alium ... adquirere* costituisce un argomento a parte citato da Ulpiano; il giurista solo dopo di esso passò alla presentazione del *senatus consultum* che permetteva di restituire l'eredità *ex Trebelliano*. Perciò non sembra che Ulpiano collegasse l'acquisizione *per alium* con la disposizione fatta tramite il fedecommissio universale. Inoltre bisogna esaminare se la differenza tra l'accettazione *per actorem* e *per alium* riguarda l'essenza dell'azione giuridica, oppure solo la procedura della sua effettuazione. Come si è già detto, le azioni passavano in base al *senatus consultum Trebellianum* al fedecommissario solo quando egli avesse espresso la volontà di accettare l'eredità trasferitaagli. Lo poteva fare immediatamente, precedentemente o successivamente<sup>369</sup>. Se, quindi, ad un *municipium* o ad una *civitas* doveva essere trasferita un'eredità, indicando gli *actores* si esprimeva la volontà di accettare l'*hereditas fideicommissaria*. Se, invece, qualcuno accettando l'eredità restituita dall'erede, avesse agito di propria volontà, la *restitutio hereditatis* avrebbe avuto luogo solo quando il *municipium* o la *civitas* avrebbe accettato questa attività. Pertanto il permesso affinché

<sup>368</sup> F. Arcaria, *op. cit.*, pp. 304-305.

<sup>369</sup> V. *supra* pp. 107-110.

qualcuno conducesse la pratica del municipio „di propria volontà” non era in effetti uguale all'indicazione di esso, almeno nel caso del fedecommesso, come *actor*? Di qui la differenza tra l'acquisizione *per alium* e *per actorem* avrebbe piuttosto avuto un carattere procedurale: si acquisiva l'*hereditas fideicommissaria* in entrambi i casi attraverso il rappresentante; ci si poneva solo la domanda come e quando questi veniva indicato. Per effettuare la restituzione *ex Trebelliano* era indispensabile la volontà del fedecommisario: non era importante se espressa con l'indicazione dell'*actor* o *ex post* riconoscendo le azioni di un'altra persona. Perché avrebbero approvato perfino due *senatus consulta* riguardanti lo stesso problema? È assai più probabile che se il senato avesse visto la necessità di fare la distinzione tra l'acquisizione *per actorem* e *per alium*, l'avrebbe fatto nello stesso senatoconsulto. Se, invece, la necessità di tale differenziazione si era manifestata nella pratica, già dopo l'emissione del *senatus consultum Apronianum*, la giurisprudenza avrebbe trovato la soluzione senza problemi. Prima di tutto, però, le fonti non danno prove sufficientemente chiare per l'esistenza dei due senatoconsulti riguardanti la costituzione dei fedecommessi a beneficio di *civitates* e *municipia*.

Plinio Minore<sup>370</sup> tacque sul *senatus consultum Apronianum*, ma Giuliano lo commentava già nel D.36.1.28 pr., dunque è assai probabile che la sua origine risalga al regno dell'imperatore Adriano<sup>371</sup>. Se il nome del senatoconsulto Aproniano è legato alla persona del console che ne presentò il progetto, dovette essere approvato nel 117<sup>372</sup> o nel 123<sup>373</sup>, eventualmente nel 145<sup>374</sup>, e dunque dopo la morte di questo

<sup>370</sup> Epist.5.7.1.

<sup>371</sup> W. Liebenam, *Städteverwaltung im römischen Kaiserreiche*, Leipzig 1900 (edizione anastatica, Roma 1967), p. 183; C. Fadda, *op. cit.*, p. 212 n. 3; S. Solazzi, *op. cit. ult.*, p. 102; Kaser RP, p. 761 n. 3; Voci DER I, p. 421; E. Volterra, *Senatus consulta nr 140*, NNDI, vol. XVI, Torino 1969, pp. 1072-1073; R. Talbert, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton (New Jersey) 1984, p.446.

<sup>372</sup> M. Rebilus (Rebulus) Apronianus, cfr. A. Degrassi, *I fasti consolari dell'impero romano. Dal 30 avanti Cristo al 613 dopo Cristo*, Roma 1952, p. 34.

<sup>373</sup> L. Vanuleius Apronianus Octavius Priscus, cfr. A. Degrassi, *op. cit.*, p. 36.

imperatore. Fu il primo *senatus consultum*, in cui non venne limitata la cerchia dei soggetti capaci di ricevere le eredità attraverso i fedecommissi. Venne approvato per l'utilità della soluzione, grazie alla quale vennero superati, almeno nel campo del diritto positivo, i problemi legati alla situazione dei *municipia* e delle *civitates* nell'ambito del diritto ereditario. Sembra che oltre ai fedecommissi universali il *senatus consultum Apronianum* riguardasse anche altri fedecommissi<sup>375</sup>. Va, però, sottolineato che proprio il fedecommissio universale, in seguito alla sua approvazione, diventò l'unico metodo di rendere successore universale la *civitas* o il *municipium* da parte dell'ereditando il quale non era suo liberto.

Nel corso delle considerazioni trattate in primo luogo si avanzò la conclusione che quando fu concessa la tutela giuridica ai fedecommissi universali, non venne indicata nessuna cerchia dei soggetti ai quali sarebbe stata concessa la capacità di ricevere l'*hereditas fideicommissaria*. Per quanto, però, il processo conducente alla nascita del *fideicommissum hereditatis* come istituzione giuridica terminò probabilmente ancora sotto il regno di Ottaviano Augusto, il suo ambito soggettivo si formò nel corso di oltre cento anni. È difficile qui parlare dell'esistenza di un qualche processo. Il senato, qualche volta a notevoli distanze di tempo, prendeva decisioni in forza delle quali avevano luogo le esclusioni o le inclusioni di singoli gruppi di soggetti. In queste azioni è difficile, però, trovare una regolarità o la realizzazione di un piano che doveva condurre ad un concreto regolamento complessivo. I successivi senatoconsulti sembrano dettati da motivi strettamente prammatici.

Invece *ex post* è facile descrivere i cambiamenti che avvenivano nell'ambito soggettivo della legittimazione a ricevere le disposizioni *mortis causa* tramite il fedecommissio universale. Inizialmente grazie

<sup>374</sup> L. Vanuleius Apronianus Octavius Priscus, cfr. G. Alföldy, *Konsulat und Senatorenstand unter den Antoninen. Prosopographische Untersuchungen zur senatorischen Führungsschicht*, Bonn 1977, pp. 150-151.

<sup>375</sup> Cfr. D.36.4.12. Maecianus *libro duodecimo fideicommissorum*; cfr. anche C.6.49.3. Carus Carinus et Numerianus (*sine die et consule*).

a questa istituzione giuridica tutti potevano essere costituiti successori universali, perfino le persone prive di *testamenti factio passiva* o di *capacitas* nel diritto civile. Dopo oltre 60 anni venne chiusa questa possibilità per i *caelibes* e gli *orbi*; può darsi che sull'onda della successiva sistemazione degli affari interni si cercò di rafforzare l'efficacia della *lex Iulia et Papia*. Mezzo secolo più tardi vennero vietati i fedecommissi universali a beneficio degli stranieri, i *postumi alieni* e le *personae incertae*, ma venne approvato il *senatus consultum* che concedeva la tutela giuridica ai fedecommissi universali con cui venivano trasferite le eredità ai municipi ed alle *civitates*. Insieme a questi due generi di soggetti ai tempi di Adriano la successione universale grazie ai fedecommissi poterono riceverla già solo coloro che possedevano la *testamenti factio passiva* e la *capacitas* nonché i Latini Iuniani e le donne comprese nella *lex Voconia*. Dopo l'emissione del *senatus consultum* del D.39.6.35 pr., che vietava le *donationes mortis causa* a beneficio dei Latini Iuniani, i fedecommissi continuarono ad essere l'unico metodo per fare a loro vantaggio le disposizioni in caso di morte. La *lex Voconia* rendeva impossibile alle persone il cui patrimonio superava 100 000 assi, di lasciare alle donne più di metà dell'eredità. Perciò ad eludere il divieto della legge del 169° anno a.C. servirono non tanto tutti i fedecommissi, quanto proprio il *fideicommissum hereditatis*.

Nel I° secolo d.C. gli eredi godevano di una libertà notevolmente maggiore nel disporre del proprio patrimonio in caso di morte che ai tempi della repubblica. Grazie al fedecommissio universale potevano devolverlo interamente perfino alle persone private dal diritto civile della *capacitas*: i *caelibes* e gli *orbi*, nonché coloro che non godevano della *testamenti factio passiva*: gli stranieri, i Latini Iuniani, le donne private dalla *lex Voconia*, i postumi degli altri, le persone incerte. Sembra che fu fatto il tentativo di costituire fedecommissi universali *poenae nomine*, ma la giurisprudenza classica tagliò corto, abbastanza in fretta considerandoli inammissibili. Per i primi 60 anni di esistenza del fedecommissio universale come istituzione giuridica questa libertà fu completamente illimitata. Col passar del tempo i senatoconsulti cominciarono a

togliere la legittimazione ad alcuni potenziali fedecommissari: venne emesso il *senatus consultum Pegasianum*, i senatoconsulti di G. 2.285 e di G. 2.287 nonché, quasi contro la logica delle azioni precedenti che limitavano la cerchia dei fedecommissari potenziali, anche il *senatus consultum Apronianum*.

In quanto istituzione giuridica il *fideicommissum hereditatis* nacque per volontà di Ottaviano Augusto. Il *senatus consultum* di G. 2.285 ed il *senatus consultum* di G. 2.287 vennero emessi su iniziativa dell'imperatore Adriano. L'ambito soggettivo della legittimazione a ricevere l'eredità fedecommissaria veniva regolato dai senatoconsulti, cioè dai mezzi il cui controllo rimaneva nelle mani dell'imperatore o della sua burocrazia centrale. Ne risulta che il fedecommissario universale che ottenne la tutela giuridica nella *cognitio extra ordinem*, era posto completamente nell'ambito regolato dal nuovo ordinamento giuridico del principato.

Il riconoscimento giuridico del fedecommissario universale permise agli eredi di realizzare quei fini finora irraggiungibili nell'ambito del diritto civile. Dalle riflessioni precedenti risulta che avveniva così almeno per quanto riguarda la costituzione di persone concrete quali successori nella totalità dei diritti in caso di morte. Non c'è dubbio che pure dopo i limiti introdotti dai *senatus consulta*, l'ambito soggettivo della capacità a ricevere i fedecommissari universali era più ampio dell'ambito soggettivo della capacità di ricevere le eredità. Anche se successivamente fu resa impossibile l'elusione dei divieti del diritto civile attraverso il *fideicommissum hereditatis*, la concessione per 60 anni della tutela ai fedecommissari a favore dei *caelibes* e degli *orbi*, e per oltre un secolo a beneficio degli stranieri, delle *personae incertae* e dei *postumi alieni*, testimonia che almeno nel corso di questo tempo, il fedecommissario universale fu eccezionalmente utile per gli ereditandi che desideravano assicurare il futuro ai propri parenti privi della *capacitas* o della *testamenti factio passiva*.

B) L'EREDITANDO NEI CONFRONTI  
DELLA SUCCESSIONE EREDITARIA INTESTATA

Il problema fondamentale del diritto ereditario nato e sviluppatosi ai tempi della repubblica consisteva nel regolamentare il modo di indicare la persona o le persone che sarebbero entrate nella situazione giuridica del *de cuius*. La precedenza veniva data alle disposizioni della sua ultima volontà, riconoscendo in questo modo il diritto dei cittadini romani di disporre del proprio patrimonio in caso di morte. Nelle azioni giuridiche che servivano a tal fine venne precisamente definita la forma che doveva essere osservata dall'ereditando perché non ci fosse dubbio che effettivamente esprimesse la propria volontà riguardo alla sorte del patrimonio *mortis causa*. La necessità di decidere chi sarebbe dovuto diventare successore universale del *de cuius* si verificava quando mancavano i vocati all'eredità in base al testamento. Questo avveniva allorché l'ereditando non aveva fatto testamento oppure quando il testamento esistente si rivelava invalido o inefficace. Perciò una importanza fondamentale per la costruzione stessa del diritto ereditario aveva la differenziazione della vocazione *ex testamento* e della vocazione *ab intestato*. Nella sua essenza esse venivano separate, e la loro contrarietà costituiva una regola la quale venne espressa nella pemia *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*<sup>376</sup>.

---

<sup>376</sup> Cfr. Cic. *de inv.* 2.21.63; D.50.17.7. Pomponius *libro tertio ad Sabinum*; D.29.1.6. Ulpianus *libro quinto ad Sabinum*; D.49.17.19.2. Tryphoninus *libro octavo decimo disputationum*; D.29.1.37. Paulus *libro septimo quaestionum*; D.28.5.57. Paulus *libro singulari de secundis tabulis*; D.28.5.13.2. Ulpianus *libro septimo ad Sabinum*; D.29.2.39. Ulpianus *libro quadragesimo sexto ad edictum*; C.6.59.8. Diocletianus et Maximianus (a. 294); I.2.14.5. Cfr. E. Gans, *Dello svolgimento del diritto di successione nella storia romana*, Napoli 1851, pp. 370-378; Th. Schirmer, *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, Leipzig 1863, pp. 52-62; E. Hölder, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechtes*, Erlangen 1881, pp. 152-163; C. Fadda, *op. cit.*, pp. 320-323; V. Scialoja, *op. cit.*, pp. 29-31; A. Suman, «Favor testamenti» e «voluntas testantium», Roma 1916, pp. 19-41; P. Bonfante,

Nel principato nacque un nuovo ordine processuale sotto la forma della *cognitio extra ordinem*. Occorre osservare le istituzioni create grazie alla concessione della tutela giuridica nel suo ambito, esaminando se e come influivano sui precedenti regolamenti giuridici. Nel diritto ereditario questa analisi dovrebbe riguardare i fedecommessi ed i codicilli. Tra essi solo il *fideicommissum hereditatis* può riferirsi alla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* perché solo esso permetteva di entrare in tutta la situazione giuridica del *de cuius*<sup>377</sup>. Nel sottocapitolo precedente si trova tutta una serie di esempi a favore dell'utilizzo del fedecommesso universale nelle situazioni in cui non si potevano applicare i mezzi del diritto civile perché tali non esistevano. Della *hereditas fideicommissaria* ci si servì a causa dell'utilità della soluzione, e pertanto al momento dell'allargamento della libertà di disporre del patrimonio *mortis causa* non venne, per caso, acconsentito all'infrazione della contrarietà costruttiva tra la chiamata all'eredità in base al testamento e tra la successione ereditaria intestata? È possibile il timore che si arrivasse a una infrazione fondamentale attraverso l'ammissione a costituire dei fedecommessi universali agli eredi vocati all'eredità *sine tabulis*.

D.36.1.1.5. Ulpianus libro tertio fideicommissorum:  
*Hoc autem senatus consultum locum habet, sive ex testamento quis heres esset sive ab intestato rogatusque sit restituere hereditatem.*

---

*Corso di diritto romano*, vol. VI. *Le Successioni. Parte generale*, Roma 1930 (ristampa corretta della I edizione Milano 1974), pp. 216-218; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1946 (ristampa corretta della X edizione Milano 1987), p. 452-454; E. Rabel, *Die Erbrechtslehre Bonfontes*, ZSS 50/1930, pp. 306-310; F. Senn, *La notion d'heres suus et la règle «nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest»*, RHDfE 36/1958, pp. 63-66; Voci DER I, pp. 496-500; Schmidlin RR, pp. 62-66; Schmidlin SFH, pp. 71-81.

<sup>377</sup> Sull'onerare i fedecommessi *ab intestato* in genere, ha scritto ampiamente Johnston RLT, pp. 117-154.

Ulpiano non lasciò dubbi che il *senatus consultum Trebellianum*<sup>378</sup> veniva applicato sia quando l'erede veniva costituito nel testamento, sia quando della restituzione dell'eredità alla persona indicata veniva richiesto l'erede *ab intestato*. In base al. D.36.1.1.5 P. Voci ha tratto la conclusione che il senatoconsulto Trebelliano riguardava entrambi i tipi di eredi, anche se il successivo *senatus consultum Pegasianum* si riferiva esclusivamente agli eredi testamentari<sup>379</sup>. Quando, però, si esamina il *fideicommissum hereditatis* nel suo sviluppo storico, questa conclusione pare sbagliata. Come è noto, il *senatus consultum Trebellianum* nel suo contenuto menzionava solo gli eredi testamentari<sup>380</sup>. Il suo funzionamento doveva quindi essere ulteriormente ampliato ai fedecommessi universali costituiti *ab intestato* così che ai tempi di Ulpiano il fatto di applicare ad essi il senatoconsulto Trebelliano sembrava già ovvio. La seconda parte della conclusione di P. Voci pare indiscutibile perché suffragata dalla testimonianza di Paolo proveniente dall'11° libro delle *quaestiones*.

D.35.2.18 pr. Paulus libro undecimo quaestionum:  
*Filius familias qui militaverat decedens patris sui fidei  
 commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post  
 mortem restitueret: quaerebatur, an ut heres quartam  
 deducere possit. Dixi legem Falcidiam inductam esse a divo  
 Pio etiam in intestatorum successioneibus propter fideicommissa:  
 sed in proposito nec hereditatem esse, quamvis placeret mihi  
 extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius: nam  
 cum apud patrem remanet, ius pristinum durat et peculium  
 est. Nec huic contrarium est, quod in testamento eius qui  
 apud hostes decessit exercetur Falcidia: nam fictio legis  
 Corneliae et hereditatem et heredem facit.*

<sup>378</sup> Il contesto palinogenetico indica questo *senatus consultum*. Lenel PAL II, s.v. *Ulpianus* 1871, col. 909-910.

<sup>379</sup> Voci DER II, p. 353 n. 40.

<sup>380</sup> D.36.1.1.2. *Ulpianus libro tertio fideicommissorum: ...quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset...*; cfr. Bartošek SCT, p. 57 n. 98; Manthe SCP, p. 39 n. 15.

Nel testo, la cui autenticità non veniva messa in discussione<sup>381</sup>, Paolo considerava il fedecommesso universale costituito dal *peculium castrense*. Nella fattispecie da lui presentata il soldato non aveva fatto testamento, ma nel codicillo gravava con un fedecommesso il padre a cui avrebbe dovuto spettare il suo patrimonio castrense. Il giurista pose la domanda se l'erede che succedeva *sine tabulis* potesse al momento della restituzione tenersi il quarto pegasiano. Nella risposta ricordò che Antonino Pio aveva ampliato il diritto della *quarta Falcidia* ai fedecommissi universali *ab intestato*. Poi, però, il giurista spiegò esattamente il caso particolare della successione per quanto riguarda il *peculium castrense*. Se il *de cuius* avesse costituito erede qualcuno al di fuori della famiglia, attraverso l'*aditio* si sarebbe creata un'eredità, e ad essa sarebbe già stato applicato il diritto del quarto. Ma il *peculium castrense* che spettava al *pater familias* del soldato, non costituiva eredità. Secondo Paolo detto *peculium* ritornava al padre e perciò egli non poteva, dovendo restituire dal proprio patrimonio, approfittare della riduzione del fedecommesso di un quarto ammessa dall'imperatore. Diversamente sarebbe stato se il soldato fosse morto in cattività perché si sarebbe applicata a lui la *fictio legis Corneliae*, e la legge corneliana creava subito sia l'eredità che l'erede. Allora il patrimonio non sarebbe ritornato al padre e l'erede avrebbe potuto avvalersi della *quarta Falcidia*.

Dalle riflessioni fatte finora, la più importante nel testo del D.35.2.18 pr. È l'informazione che proprio Antonio Pio avrebbe ampliato esplicitamente il diritto della quarta falcidia ai fedecommissi universali *ab intestato*. Ne conseguono almeno tre conclusioni. Primo, la decisione dell'imperatore non avrebbe avuto senso, se il *senatus consultum Pegasianum* non si fosse riferito

<sup>381</sup> Cfr. *Index Interpolationum*, vol. II, Weimar 1931, *ad h.l.*; G. Beseler, *Einzelne Stellen*, ZSS 47/1927, p. 376 non diede nessuna motivazione della rinuncia alla menzione sull'ampliamento della *quarta Falcidia* operata da Antonino Pio ai fedecommissi universali *ab intestato* nella ricostruzione del testo D.35.2.18 pr.

esclusivamente agli eredi testamentari. Secondo, perché fosse approvato, l'onere del *fideicommissum hereditatis* sugli eredi *ab intestato* doveva essere comunemente accettato, al più tardi durante il regno di questo imperatore. Terzo, giacché si dovette aspettare almeno 70 anni prima che fosse riconosciuto il diritto del quarto pegasiano nel caso dei fedecommissi universali *ab intestato*, è difficile credere che fosse già compreso nel *senatus consultum Trebellianum*. Inoltre non è possibile escludere che prima che l'imperatore emettesse la deliberazione, i giuristi avevano esaminato già la possibilità di estendere ad essi l'efficacia dei due senatoconsulti.

A questo punto occorre esaminare il frammento del quarto libro *fideicommissorum* di Ulpiano, che sembra creare delle difficoltà d'interpretazione.

D.36.1.6.1. Ulpianus libro quarto fideicommissorum:  
*Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui:  
 ideoque tractatum est apud Iulianum, ad intestatos locum  
 habeat. Sed est verius eoque iure utimur, ut hoc senatus  
 consultum ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi sive  
 honorarii sint successores.*

Il contesto palinogenetico del suddetto testo indica che esso riguardava la coazione a ricevere un'eredità in base al *senatus consultum Pegasianum*<sup>382</sup>. All'inizio del D.36.1.6.1 Ulpiano ricordò che il senatoconsulto riguardava esclusivamente l'*heres institutus* e che Giuliano esaminava nel 40° libro dei *digesta*<sup>383</sup> se in esso fosse considerato anche il fedecommissario universale *ab intestato*<sup>384</sup>. Le parole di Ulpiano *sed est verius eoque iure utimur* significano che l'opinione di questo giurista nonché la norma giuridica vigente ai suoi tempi erano antitetiche con l'opinione di Giuliano. Poiché dunque, Ulpiano riconobbe che il senatoconsulto Pegasiano veniva

<sup>382</sup> Lenel PAL I, s.v. *Iulianus* 566, col. 424 nonché Lenel PAL II, s.v. *Ulpianus* 1875, col. 912-913.

<sup>383</sup> Lenel PAL I, s.v. *Iulianus* 566, col. 424.

<sup>384</sup> Sull'espressione „*ad intestatos*” usata in D.36.1.6.1 cfr. Manthe SCP, p. 46 n. 29.

applicato al. *fideicommissum hereditatis* imposto *ab intestato*. Giuliano doveva trattarlo negativamente. Tale conclusione riguardo alle opinioni del giurista dei tempi di Adriano pare, però, contraria al testo tratto dal suo 37° libro dei *digesta*.

D.29.7.2.4. Julianus libro trigesimo septimo digestorum:  
*Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommissio petitur salva ratione legis Falcidia.*

Giuliano in esso affermò che l'eredità data *inutiliter* nel testamento non poteva essere confermata nel codicillo come *hereditas*. Ciò non suscita dubbi perché nei codicilli non si potevano costituire eredi<sup>385</sup>. Ma subito aggiunge, che si poteva rivendicare l'eredità in base al. fedecommesso ma con l'osservanza delle disposizioni della *lex Falcidia*. Ne risulterebbe che Giuliano ancora prima della deliberazione di Antonino Pio, abbia accettato che gli eredi *ab intestato* si trattenessero il quarto. Se così fosse, in che cosa, quindi, si differenziava la sua opinione tratta dal 40° libro dei *digesta* da quella di Ulpiano del quarto libro *fideicommissorum*?

Nel D.36.1.6.1 si sospetta che ci fossero delle ingerenze postclassiche nel testo. Le osservazioni di B. Biondi concernevano solo la parte finale del testo, cioè le parole *sive legitimi sive honorarii sint successores*, il che non ha nessun rapporto con il problema creatosi<sup>386</sup>. Invece nella ricostruzione di M. Bartošek si è cancellata la divergenza di opinioni nata tra i giuristi classici<sup>387</sup>. L'autore si è basato sui frammenti delle opere postclassiche nonché sul D.36.1.1.5, la cui inesattezza veniva rilevata. Inoltre se effettivamente si verificarono delle interferenze nel testo originale di Ulpiano, questo sarebbe stato

<sup>385</sup> G.2.273.

<sup>386</sup> Biondi AD, pp. 397-398 n. 3.

<sup>387</sup> Bartošek SCT, p. 112 n. 4 ricostruiva: „Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui: ideoque tractatum est apud Julianum [ad intestatos locum habeat. sed est verius eoque iure utimur, ut] hoc senatus consultum ad intestatos quoque <pertinere> [pertineat, sive legitimi sive honorarii sint successores]”.

trasformato proprio così, come secondo M. Bartošek era nella sua versione originale. La ricostruzione proposta da questo autore esprime la tendenza alla semplificazione e uniformazione — tipica del diritto postclassico romano. A quanto pare, l'unica possibilità di conciliare il D.29.7.2.4 con il D.36.1.1.5 era costituita dal riconoscimento che prima della parola *sed*, Ulpiano abbia presentato le opinioni o le fattispecie contrarie all'applicazione del *senatus consultum Pegasianum* al *fideicommissum hereditatis ab intestato*, che furono trascurate dai compilatori. Allora la sua tesi sarebbe stata in opposizione ad esse, e non all'opinione di Giuliano. In sostanza, quindi, Giuliano avrebbe concesso agli eredi *ab intestato* il diritto al quarto, il che poi sarebbe stato suggellato con la decisione di Antonino Pio.

Anzitutto occorre sottolineare che l'autenticità del D.29.7.2.4 venne contestata più volte<sup>388</sup>. Si intravedeva in esso una menzione della clausola codicillare congetturale<sup>389</sup>, e tale trasmissione sarebbe contraria alla condizione posta nelle fonti, perché l'intenzione dell'ereditando di mantenere il testamento invalido come codicillo fosse esplicitamente dimostrata<sup>390</sup>. Questo parere veniva rappresentato da Martin David che considerava interpolata la seconda parte del D.29.7.2.4 cominciante con la parola *sed*<sup>391</sup>. Vincenzo Giuffrè sospettava che almeno la parte finale *salva ratione legis Falcidiae* provenisse dai compilatori. Ricordò giustamente che l'espressione

<sup>388</sup> *Index Interpolationum*, vol. II, Weimar 1931, *ad h.l.*; recentemente Johnston RLT, p. 136.

<sup>389</sup> F. Pringsheim, *Animus in Roman Law*, The Law Quarterly Review 195/1933, pp. 403-404. L'autore era convinto che la dicitura D.29.7.2.4 non derivava da Giuliano.

<sup>390</sup> V. *infra* pp. 185-189.

<sup>391</sup> M. David, *Studien zur heredis institutio ex re certa im klassischen römischen und justinianischen Recht*, Leipzig 1930, p. 44, 70-71 nel seguente modo ricostruiva D.29.7.2.4: *Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis [quasi hereditas] confirmari [sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiae].*

*quarta Falcidia* veniva messa al posto delle parole *quarta Pegasiana* proprio ai tempi giustiniani<sup>392</sup>.

Leggendo il D.29.7.2 si ha l'impressione che il testo D.29.7.2.4 fosse allegato ad esso e non rimane in rapporto diretto con il D.29.7.2.3. Un carattere notevolmente più serio hanno, però, gli argomenti di merito che possono testimoniare della mancanza di autenticità del frammento in questione. Che cosa avrebbe discusso il giurista nel 40° libro dei *digesta*, se tre libri avanti con tale sicurezza scriveva che gli eredi *ab intestato* potevano trattenersi il quarto della *Falcidia*? L'esistenza di quale fonte di controversia, impossibile da ignorare, provocò che Ulpiano facesse rilevare la diversità della sua opinione e sottolineasse che il diritto vigente ai suoi tempi accettava la sua stessa soluzione? Infine, perché l'imperatore doveva pronunciarsi in una questione in cui esisteva l'opinione univoca di un giurista così influente e rispettato? Invece la dichiarazione da parte proprio di Giuliano contro l'ampliamento del senatoconsulto Pegasiano al *fideicommissum hereditatis ab intestato* poteva essere un motivo sufficiente. Inoltre accettare che esistesse una disputa su questo problema e di conseguenza il riconoscere dei cambiamenti ulteriori nel D.29.7.2.4 significherebbe dichiararsi a favore di una *lectio difficilior* del frammento del D.36.1.6.1. Infine sembra assai probabile che il testo di Giuliano del 37° libro dei *digesta* venisse adattato alla norma giuridica introdotta poco dopo dall'imperatore. In questa versione venne collocato dai compilatori nel capitolo *de iure codicillorum*. Ciò significherebbe che nel D.29.7.2.4 venne espressa la situazione giuridica vigente già nel periodo classico, ma sorta solo dopo la morte di Giuliano. Gli argomenti presentati inducono a propendere per la tesi che nella forma conservata nei Digesti il D.29.7.2.4 non fu scritto da lui.

Se Giuliano esaminò nel 40° libro dei *digesta* se il *senatus consultum Pegasianum* comprendesse il fedecommesso universale *ab intestato* ed effettivamente si espresse negativamente a questo

<sup>392</sup> V. Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli 1965, p. 203 n. 317.

proposito, quali motivi poteva avere? Erano essi solo di natura formale e discendevano da una interpretazione letterale del senatoconsulto Pegasiano? O magari il giurista acconsentiva già alla restituzione dell'eredità conformemente al Trebelliano, ma senza diritto al quarto e senza possibilità di costringere l'erede? Ciò corrisponderebbe del pari all'accettazione del *fideicommissum hereditatis ab intestato* in una forma assai ridotta. Sembra, invece, che la stessa concessione della tutela giuridica ai fedecommissi imposti agli eredi *ab intestato* non suscitasse dubbi in Giuliano. Dai frammenti del 39° libro dei *digesta*, il cui contesto palinogenetico indica i fedecommissi singolari ed i fedecommissi di libertà, risulta che l'esistenza della tutela giuridica di questi fedecommissi il giurista la considerasse evidente<sup>393</sup>. Doveva, quindi, avere dei problemi o con l'accettazione della costrizione degli eredi all'*aditio et restitutio hereditatis* in base al Pegasiano, o con il riconoscimento giuridico del fedecommissio universale *ab intestato* in generale.

Il *fideicommissum hereditatis*, a differenza di altri fedecommissi, era regolato dettagliatamente dai senatoconsulti. Giuliano riteneva che l'allargamento della loro regolamentazione alle nuove situazioni non venisse gestita dalla giurisprudenza. Invece sta di fatto che il *senatus consultum Trebellianum* si limitava solo al gruppo degli eredi *ex testamento*, ed il *senatus consultum Pegasianum* riguardava esclusivamente i fedecommissi universali imposti agli *heredes scripti*. Ciò doveva dare adito a Giuliano ad altri dubbi, e le sue riflessioni di cui fece menzione Ulpiano, probabilmente vennero causate dai casi che capitavano in pratica e che consistevano nel concedere la tutela giuridica proprio a tali fedecommissi. Essi potevano essere fatti, quando alcuni *iuris consultes* cominciarono ad

<sup>393</sup> D.29.7.3 pr. Julianus libro trigensimo non digestorum; D.30.92.2. Julianus libro trigensimo nono digestorum; D.30.94 pr. Julianus libro trigensimo nono digestorum; D.31.61.1. Ulpianus libro octavo decimo ad legem Iuliam et Papiam [= Lenel PAL I, s.v. Julianus nr 814 (libro octogesimo secundo digestorum), col. 479]; cfr. anche D.36.3.15.1-2. Paulus libro septuagensimo quinto ad edictum; Ulp.25.4. Il contesto palinogenetico è stato indicato da Lenel PAL I, s.v. Julianus 548-559, col. 419-422.

accettare il *fideicommissum hereditatis ab intestato*. Contro le loro opinioni sarebbero state dirette le argomentazioni di Giuliano inserite nel 40° libro dei *digesta*. Dopo la decisione imperiale del D.35.2.18 pr., Ulpiano non ebbe timore di opporsi ad essa. Giacché, pertanto, quegli *iuris consultes* acconsentivano a che venisse trattenuta la *quarta Pegasiana* dagli eredi *ab intestato*, dovevano in primo luogo permettere la restituzione dell'eredità in base al *senatus consultum Trebellianum*. Questo porterebbe alla conclusione che la sua applicazione agli eredi *ab intestato* venisse ammessa dalla giurisprudenza in via interpretativa — probabilmente ancora prima che Giuliano fosse favorevole a ciò. Dal D.36.1.6.1 risulta, inoltre, che l'ampliamento da parte di Antonino Pio della sfera d'azione del *senatus consultum Pegasianum* non riguardava solo il quarto, ma anche il diritto di costringere l'erede all'*aditio et restitutio hereditatis*.

Le sopraddette considerazioni lasciano concludere che alla disciplina del Trebelliano e del Pegasiano vennero sottoposti anche i fedecommissi universali imposti agli eredi non chiamati all'eredità nel testamento, *sive legitimi sive honorarii sint successores*. Il *fideicommissum hereditatis ab intestato* godeva di una piena tutela giuridica almeno dai tempi di Antonino Pio. Le fonti forniscono ulteriori esempi di ciò; esse provengono dalle opere dei giuristi, la cui l'attività, però, ebbe luogo non prima che ai tempi del regno di questo imperatore<sup>394</sup>. Sembra fondato, invece, il sospetto che già alcuni loro predecessori ammettessero i fedecommissi universali *ab intestato*. Infine, l'imperatore condivise la loro opinione, conformemente o contro Salvio Giuliano. Questo dimostra che sottoponendoli alla disciplina del Trebelliano e del Pegasiano, la giurisprudenza svolse un ruolo insostituibile nel portare

<sup>394</sup> D.29.4.28.1. Maecianus libro quarto fideicommissorum; D.5.2.13. Scaevola libro tertio responsorum; D.31.88.17. Scaevola libro tertio responsorum; D.31.89.3. Scaevola libro quarto responsorum = D.36.1.80 pr. Scaevola libro vicensimo primo digestorum; D.32.40 pr. Scaevola libro vicensimo primo digestorum; D.36.1.78. Scaevola libro nono decimo digestorum; D.29.7.13.1. Papinianus libro nono decimo quaestionum; D.36.1.6.5. Ulpianus libro quarto fideicommissorum; cfr. I.2.23.10.

al. comune riconoscimento dei fedecommissi universali imposti agli eredi *ab intestato*.

La successione ereditaria intestata aveva luogo prima di tutto quando l'erede non aveva fatto il testamento. In conseguenza, fondatamente ci si chiede in che modo l'erede indicava i fedecommissari universali nonché dove esprimeva la volontà di obbligare gli eredi a restituire loro l'eredità intera o una sua parte frazionaria. Pare che a questo fine nel modo migliore all'ereditando servissero i codicilli. I *codicilli ab intestato*<sup>395</sup> ottennero un riconoscimento giuridico nello stesso tempo in cui lo ottennero i fedecommissi universali imposti *ab intestato*, cioè tra il regno dell'imperatore Vespasiano e di Antonino Pio<sup>396</sup>. È notorio che di solito proprio i fedecommissi costituivano la sostanza dei codicilli<sup>397</sup>.

G. 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint, at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.*

Gaio non lasciò dubbi che perfino nei codicilli testamentari non confermati si poteva comprendere un fedecommissario universale<sup>398</sup>. Invece la sua ammissibilità anche nei codicilli intestati conferma la soluzione trasmessa negli scritti di Q. Cervidio Scevola.

D.36.1.80 pr. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*:  
*Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit: „pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam. Itaque rogo,*

<sup>395</sup> M. Scarlata Fazio, *La successione codicillare*, Milano 1939, pp.29-46, 79-84.

<sup>396</sup> M. Scarlata Fazio, *op.cit.*, pp. 46, 55.

<sup>397</sup> G.2.270a; cfr. Ulp.25.8.

<sup>398</sup> Un esempio di fedecommissario universale contenuto nei codicilli testamentari venne dato nel testo D.36.1.80.2. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum* (v. *supra* p. 66). Tale fedecommissario sembra contenuto anche in D.36.1.77 pr. Scaevola *libro octavo digestorum* nonché in D.31.89.7. Scaevola *libro quarto responsorum*. Cfr. anche D.36.1.26.2. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*; Ep.2.7.8; I.2.25.2.

*quidquid aut ego relinquero aut vos ipsae habeatis, commune vobis sit: quod si non ego rogarem, vos pro vestra pietate faceretis". Filia intestati patris bonorum possessionem accepit: quaesitum est, an aliqua pars hereditatis Lucii Titii ex causa fideicommissi a filia matri debeatur. Respondit secundum ea quae proponeretur dimidiam partem deberi, si etiam uxor parata sit in commune bona sua conferre.<sup>399</sup>*

Dal testo citato risulta che Lucio Tizio, non avendo lasciato testamento, si rivolse nei codicilli alla moglie nonché alla loro comune figlia che precedentemente aveva emancipato. Chiese, dopo la sua morte, di riconoscere come patrimonio comune non solo l'eredità successoria, ma anche quello che faceva parte dei loro propri patrimoni. Siccome conformemente alla successione intestata secondo lo *ius honorarium* alla figlia spettava l'eredità intera, si pose la domanda se l'espressione compresa nei codicilli non esprimesse la volontà di costituire un fedecommesso a beneficio della moglie. Scevola riconobbe che fosse stato imposto un fedecommesso, perché constatò che la figlia avrebbe dovuto restituire alla madre la metà dell'eredità. Pertanto, il giurista condizionò la restituzione alla disponibilità della madre di unire il proprio patrimonio all'eredità nonché ai beni della figlia, se quell'ultima si fosse decisa a mantenere la comunione conformemente alla richiesta del padre. Lucio Tito non poteva ovviamente disporre del patrimonio separato di nessuna delle donne. Del resto non aveva intenzione di farlo e lo testimonia la seguente espressione: *quod si non ego rogarem, vos pro vestra pietate faceretis*. Le sue parole *commune vobis sit* vennero, invece, trattate da Scevola come condizione messa al fedecommissario.

---

<sup>399</sup> = D.31.89.3. Scaevola libro quarto responsorum: *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit: „pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam. primum autem sic inter vos agatis, ut me vivo egistis. itaque rogo, ut quidquid aut ego relinquero aut vos ipsae habeatis, commune vobis sit". filia intestati patris bonorum possessionem accepit: quaeritur, an aliqua pars hereditatis Lucii Titii ex causa fideicommissi a filia matri debeatur et quota. respondi secundum ea quae proponerentur dimidiam partem deberi, si modo uxor parata sit in commune bona sua conferre.*

Il giurista stesso dovette considerare essenziale la decisione nella fattispecie presentata, se la collocò sia nei suoi digesti che nei responsi. L'autenticità del suo testo non suscitava dubbi<sup>400</sup>. Perciò la cosa più importante per le riflessioni fatte è l'univocità della conclusione: Scevola non metteva in dubbio l'onere del fedecommesso universale posto nei codicilli intestati da Lucio Tizio. Ciò significa che almeno ai suoi tempi l'inserimento dei fedecommessi universali nei codicilli *ab intestato* veniva considerato ovvio. Questo è conforme alla conclusione tratta precedentemente che al più tardi ai tempi di Antonino Pio venne concessa la tutela ai fedecommessi universali imposti in maniera intestata<sup>401</sup>.

Giuliano<sup>402</sup> e Paolo<sup>403</sup> spiegavano che il motivo per cui si permise di gravare gli eredi *ab intestato* con i fedecommessi, fosse la convinzione che se l'ereditando avesse disposto solo i codicilli, aveva avuto l'intenzione di imporre i fedecommessi compresi in essi alle persone concrete, note a lui: *legitimi heredes* o *bonorum possessores*. Se non avesse fatto testamento, sapeva chi conformemente alla legge sarebbe stato suo erede. Se sostanzialmente accettava l'ordine di successione, non doveva indicare gli eredi. Bastava che si fosse limitato a determinare, nell'ambito da sé scelto, la sorte del patrimonio *mortis causa* attraverso i codicilli opportunamente compilati.

La successione ereditaria intestata aveva luogo anche nel caso di invalidità o di inefficacia del testamento<sup>404</sup>. Allora non cambiava

<sup>400</sup> Cfr. *Index Interpolationum*, vol. II, Wiemar 1931, *ad h.l.*

<sup>401</sup> Anche il fedecommesso di D.36.1.63. Paulus in *libro quarto decimo responsorum* poteva essere la *hereditas fideicommissaria*.

<sup>402</sup> D.29.7.3 pr. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*.

<sup>403</sup> D.29.7.8.1. Paulus *libro singulari de iure codicillorum*.

<sup>404</sup> L'inefficacia del testamento causata dal rifiuto di esso da parte dell'erede non costituiva un problema per il fedecommisario universale. Egli poteva costringere l'erede all'*aditio et restitutio hereditatis* conformemente al *senatus consultum Pegasianum*; v. *supra* pp. 116-124. Invece non era in grado di fare niente quando l'erede fosse morto senza sostituto e senza aver dichiarato ancora se accettava l'eredità, v. *infra* pp. 192-193.

niente il mettere le disposizioni *mortis causa* nei codicilli che, data l'esistenza del testamento, erano legati alla sua sorte. Ovviamente vista l'invalidità dell'atto di ultima volontà, non si potevano rivendicare i fedecommissi, anche se erano compresi nei codicilli<sup>405</sup>. Mettere la cosiddetta clausola codicillare<sup>406</sup> diventava l'unica soluzione. Ne fece menzione Ulpiano nel quarto libro delle *disputationes*.

D.29.7.1. Ulpianus libro quarto *disputationum*: *Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse: ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.*

Nel frammento presentato il giurista ci ha tramandato che gli imperatori più volte sottolineavano nelle costituzioni e nei rescritti che per differenziare il testamento dal codicillo si doveva valutare l'intenzione che aveva avuto l'ereditando allorché compilava un dato documento. Se egli pensava di fare testamento, e non aveva intenzione di considerarlo come codicillo, detto scritto non poteva essere considerato codicillo — neanche quando la sostanza di questo scritto, che non era un testamento valido, avrebbe permesso di considerarlo come codicillo valido<sup>407</sup>. Dalla lettura *a contrario* risulta, invece, che se l'ereditando avesse espresso tale volontà, il testamento invalido sarebbe diventato un codicillo. Una costatazione simile si trova in Papiniano:

<sup>405</sup> D.29.7.16. Paulus libro vicesimo primo *quaestionum*; D.29.7.3.2. Julianus libro trigensimo nono *digestorum*; D.29.7.5. Papinianus libro septimo *responsorum*.

<sup>406</sup> Cfr. M. Maner, *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen*, Tübingen 1854, pp. 109-157; A. Tewes, *System des Erbrechts nach heutigem Römischem Recht*, Leipzig 1863, pp. 254-257; A. Ascoli, *Note esegetiche a due frammenti dei digesti*, *Antologia giuridica* 3/1889, pp. 149-156; M. Scarlata Fazio, *op. cit.*, pp. 185-204; Biondi STD, pp. 624-625; Voci DER II, pp. 584-587; V. Giuffrè, *op. cit.*, pp. 90-106; G. Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano 1975; Johnston RLT, pp. 134-145.

<sup>407</sup> Cfr. D.32.11.1. Ulpianus libro secundo *fideicommissorum*; D.28.1.29 pr. Paulus libro quarto decimo *responsorum*; D.29.7.17. Paulus libro tertio *sententiarum* (v. *supra* p. 75) nonché D.29.7.13.1. Papinianus libro nono decimo *quaestionum* (v. *supra* pp. 75-76).

D.28.6.41.3. Papinianus *libro sexto responsorum*: ... *ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.*

Papiniano osservò che lo scritto voluto come testamento non diventava codicillo, se ciò non era stabilito espressamente dall'ereditando. Paolo, invece, ed Ulpiano ci hanno tramandato che i testatori solevano aggiungere nei testamenti la clausola con cui intendevano mantenerli validi come codicilli.

D.28.1.29.1. Paulus *libro quarto decimo responsorum*: *Ex his verbis, quae scriptura pater familias addidit: ταύτην τήν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσῃ ἔξουσία*, *videri eum voluisse omnimodo valere ea quae relinquit, etiamsi intestatus decessisset.*

D.29.1.3. Ulpianus *libro secundo ad Sabinum*: ... *quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt perscripturam, adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere.*

Le fonti forniscono numerosi esempi di clausole codicillari. Grazie ad esse è noto che essa non aveva luogo solo con la successione ereditaria intestata, quando il testamento invalido sarebbe dovuto diventare un codicillo *ab intestato*<sup>408</sup>, ma la allegavano anche in un nuovo testamento per mantenere in vigore le disposizioni del precedente atto di ultima volontà<sup>409</sup>. Proprio i testi riguardanti quest'ultimo caso dimostrano incontestabilmente che l'*heredis institutio* di un testamento invalido che diventò codicillo, veniva trattata come manifestazione della volontà di imporre il fedecommesso universale a beneficio dell'erede mancato.

---

<sup>408</sup> D.28.1.29.1. Paulus *libro quarto decimo responsorum*; D.31.88.17. Scaevola *libro tertio responsorum*; D.31.77.23. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.29.7.13.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; cfr. anche D.40.5.38. Paulus *libro tertio decretorum*.

<sup>409</sup> D.28.3.12.1. Ulpianus *libro quarto disputationum*; D.29.1.19 pr.-1. Ulpianus *libro quarto disputationum*; D.36.1.30. Marcianus *libro quarto institutionum*.

L'applicazione della clausola codicillare è ritenuta comunemente un esempio di conversione dell'atto giuridico<sup>410</sup>. V. Giuffrè analizzando questa clausola ritenne che in essa si possono distinguere due negozi effettivamente voluti, l'uno sussidiario rispetto all'altro. Essi sono *ab origine* copresenti e non importa se validi o no. La manifestazione della volontà di trasferire a una determinata persona il proprio patrimonio è infatti, nello stesso tempo, *heredis institutio*, e *hereditas fideicommissaria*. L'ereditando nutre la speranza che essa conteneva tutti i requisiti di sostanza e di forma della costituzione dell'erede. Complessivamente manifesta la volontà che contiene gli elementi formali e sostanziali del fedecommesso universale<sup>411</sup>. Giovanni Negri si oppose a un'impostazione così dogmatica dell'argomento e fece notare che il fedecommesso universale in realtà produce gli effetti giuridici solo quando non è efficace la costituzione dell'erede e *viceversa*<sup>412</sup>. Ciò gli permise di definire la clausola codicillare in quanto fedecommesso gravante i *legitimi heredes* ed i *bonorum possessores ab intestato*, in cui si affida alla loro probità la realizzazione della sostanza di un testamento invalido<sup>413</sup>. La costituzione dell'erede doveva quindi essere in tale situazione considerata sempre come fedecommesso universale a suo beneficio.

I testi riguardanti la clausola codicillare non offrono la base per pensare che per essa venisse richiesta una qualsivoglia forma. La clausola poteva già essere contenuta sia nel testamento stesso, sia nei codicilli ad esso allegati. La sua sostanza era costituita dalla volontà del testatore che affidava alla *fides* degli eredi l'effettuazione delle disposizioni del testamento nonostante che esso fosse invalido. Tutte queste circostanze, considerate specialmente alla luce della conclusione del secondo capitolo, permettono di osservare che nella clausola

---

<sup>410</sup> D.29.1.19 pr.-1. Ulpianus libro quarto disputationum; D.29.1.3. Ulpianus libro secundo ad Sabinum; cfr. Biondi STD, p. 624; Voci DER II, p. 584; V. Giuffrè, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>411</sup> V. Giuffrè, *op. cit.*, p. 101.

<sup>412</sup> G. Negri, *op. cit.*, p. 22.

<sup>413</sup> G. Negri, *op. cit.*, p. 63.

codicillare aggiunta dall'ereditando si manifestavano i segni caratteristici del fedecommesso. Inoltre, come si evince dai suddetti frammenti, un'importanza particolare si dava a ciò: che l'intenzione dell'ereditando fosse espressa esplicitamente. Perciò stesso non era esclusa la presunzione di esistenza della clausola codicillare, al pari di come era esclusa l'aggiunta di un fedecommesso, se la volontà dell'ereditando non fosse stata espressa in modo sufficientemente chiaro. La definizione di G. Negri sembra, quindi, giusta.

Le riflessioni precedenti consentono di concludere che il testamento invalido non produceva effetti nemmeno come codicillo, se non fosse stato munito di una adeguata disposizione avente carattere fedecommissario. Le disposizioni contenute in un atto invalido di ultima volontà non vincolavano gli eredi neanche quando esse di per sé potevano trovarsi nel codicillo. Questo pare del tutto comprensibile. Siccome infatti l'ereditando intendeva fare testamento, le sue disposizioni o erano valide come disposizioni testamentarie, o non lo erano affatto. Non esisteva nessun motivo di mantenere in vigore delle disposizioni invalide secondo il diritto civile, se mancava la volontà di obbligare gli eredi attraverso il fedecommesso<sup>414</sup>. L'accettazione di tale soluzione era di estrema importanza. Rendevo impossibile la cancellazione delle norme del diritto ereditario esistente in seguito all'utilizzazione delle nuove, elastiche istituzioni del *fideicommissum* e dei *codicilli*. Se infatti nel caso di ogni testamento invalido si fosse presunta l'esistenza della clausola codicillare, sarebbero state mantenuti in vigore tutti gli scritti compilati dagli ereditandi. Le condizioni riguardanti il contenuto o la forma del testamento avrebbero perso completamente il loro significato. Sarebbe stato affossato il precedente patrimonio del diritto ereditario riducendolo completamente al diritto dei fedecommissi e dei codicilli. Contrariamente alle apparenze non sarebbe stata però raggiunta una totale libertà nel disporre dei beni *mortis causa*. Si sarebbero distrutti anche i meccanismi che assicuravano la realizzazione della volontà degli ereditandi. Così

<sup>414</sup> Cfr. G. Negri, *op. cit.*, p. 101.

avrebbero perso qualsiasi sicurezza riguardante la sorte futura dei propri patrimoni.

Grazie alla esigenza della esplicita manifestazione della volontà a mantenere il testamento invalido come codicillo, si evitò il pericolo di cancellare il regolamento dello *ius civile*. Questa condizione aveva carattere puramente formale e in nessun caso non ostacolava all'ereditando l'utilizzo del diritto di gravare gli eredi *ab intestato* con un fedecommesso universale. Il porre un'esigenza minima non arrecò danno maggiore alla libertà introdotta. Si evitava, invece, il caos giuridico e si otteneva la sicurezza che l'ereditando voleva avvalersi di questa libertà. Rimase, però, la domanda riguardante le conseguenze che per la divisibilità costruttiva tra la chiamata alla successione basata sul testamento e quella intestata aveva il permesso di imporre il *fideicommissum hereditatis ab intestato*.

Il diritto romano classico conosceva già due fondamentali gruppi di casi in cui non veniva rispettata la divisibilità tra la successione *ex testamento* e quella *ab intestato*. In primo luogo si deve menzionare la ferrea eccezione fatta per i soldati che potevano *pro parte testati, pro parte intestati decedere*<sup>415</sup>. Inoltre la chiamata testamentaria e intestata per lo stesso erede si verificava non una volta nel caso di successione *contra tabulas*. Succedeva così per esempio quando il testatore che aveva diseredato nominativamente i figli, passava sotto silenzio altri discendenti i quali sarebbero dovuti essere per lo meno diseredati *inter ceteros*. Ottenevano una parte dell'eredità spettante loro intestatamente, e nel caso in cui l'ereditando avesse indicato eredi gli *extranei*, anche la metà di *hereditas*<sup>416</sup>. Inoltre, se la *querela inofficiosi testamenti* veniva esercitata efficacemente solo contro alcuni degli *heredes instituti*, invece in quanto alla parte di eredità spettante agli altri il testamento

<sup>415</sup> D.29.1.6. Ulpianus libro quinto ad Sabinum; D.49.17.19.2. Tryphoninus libro octavo decimo disputationum; D.29.1.37. Paulus libro septimo quaestionum; I.2.14.5.

<sup>416</sup> G.2.124.

continuava a essere valido immutabilmente<sup>417</sup>. Qualche volta nonostante che fosse invalidato l'atto di ultima volontà il pretore ammetteva alla successione anche gli eredi costituiti dal testatore, sebbene essi non avevano diritto alla *bonorum possessio contra tabulas*. Il *magistratus* procedeva così nei confronti degli ascendenti o discendenti indicati dall'ereditando a causa della parentela che li legava nonché nei confronti delle donne costituite eredi in considerazione dell'obbligo del testatore a restituire la dote<sup>418</sup>.

Tra i cittadini romani che facevano parte della vita giuridica, i soldati costituivano una categoria relativamente limitata, anche in considerazione del valore economico dei beni di cui disponevano. Sicché in verità solo loro potevano permettersi di disporre parzialmente del patrimonio *mortis causa* e di lasciare il resto dei beni agli eredi chiamati all'eredità in virtù della legge. Invece la contestazione delle disposizioni *mortis causa* nella successione formale o materiale contro il testamento ebbe sempre carattere straordinario ed eccezionale. Il testatore effettuando adeguatamente l'atto dell'ultima volontà con facilità evitava la coesistenza nella successione a sé della chiamata *ex testamento* ed *ab intestato*. Va ricordato che non intendeva permettere che solo una parte del patrimonio spettasse agli *heredes instituti*.

Non c'è dubbio che la concessione della tutela giuridica ai fedecommessi universali *ab intestato* costituiva pure il superamento della divisibilità costruttiva tra la successione basata sul testamento e quella intestata. Questo caso era però decisamente diverso da quelli indicati precedentemente. Grazie al *fideicommissum hereditatis* ogni

<sup>417</sup> D.5.2.15.2. Papinianus *libro quarto decimo quaestionum*; D.31.76 pr. Papinianus *libro septimo responsorum*; D.44.2.29 pr. Papinianus *libro undecimo responsorum*; C.3.28.13. Gordianus (a. 239); D.5.2.24. Ulpianus *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*; D.5.2.25.1. Ulpianus *libro secundo disputationum*; D.5.2.19. Paulus *libro secundo quaestionum*.

<sup>418</sup> D.37.5.5.6-7. Ulpianus *libro quadragesimo ad edictum*; D.37.5.8.1-2. Ulpianus *libro quadragesimo ad edictum*; D.37.5.25. Marcellus *libro nono digestorum*; D.37.5.10 pr. Ulpianus *libro quadragesimo digestorum*; D.37.4.3.11. Ulpianus *libro trigesimo nono ad edictum*.

ereditando poteva intenzionalmente astenersi dal fare testamento e chiamare così all'eredità gli eredi intestati i quali solo venivano obbligati fedecommissariamente a restituirla alle persone indicate. Decidendo in questo modo della sorte definitiva del proprio patrimonio evitava il pericolo che in futuro il procedimento *contra tabulas* avrebbe potuto creare per le sue disposizioni. Quindi il fedecommesso universale *ab intestato* lo proteggeva dalle complicazioni giuridiche legate alla compilazione del testamento. Gli rendeva possibile anche la disposizione del patrimonio *mortis causa* nella situazione in cui esisteva il timore che non sarebbe riuscito ad adempire alla forma *heredis institutio*, richiesta dalla legge. Il codicillo con il fedecommesso universale a beneficio della persona che si voleva vedere come proprio erede nella interezza dei diritti, lo si poteva istituire velocemente e senza alcun aiuto: in viaggio, in caso di tempesta di mare o di terremoto, durante i tumulti, un conflitto militare o negli altri casi in cui si perdeva il contatto con i concittadini. Il *fideicommissum hereditatis ab intestato* rispetto alla parte espressa in frazione permetteva pure di limitare adeguatamente le partecipazioni degli stessi eredi intestati.

L'esistenza del fedecommesso universale imposto intestatamente creava la base giuridica per allegare la disposizione che, in caso di invalidità del testamento fosse trattato come codicillo. Allora l'*institutio* contenuta in esso doveva essere intesa come un *fideicommissum hereditatis* e grazie a ciò beneficiava dell'eredità definitivamente un erede costituito per fatalità. Come argomentò in modo convincente G. Negri, la clausola codicillare provocava effetti perfino quando aveva luogo la successione *contra tabulas*. Quindi la sua efficacia dipendeva dal fatto che il testatore era effettivamente non consapevole di aver violato i diritti della persona. L'intenzione di allegare la clausola non poteva consistere nel sancire l'infrazione dei diritti; infrazione che diventò causa dell'invalidamento del testamento<sup>419</sup>. E tutto questo, perché la volontà dell'uomo che

<sup>419</sup> D.5.2.13. Scaevola *libro tertio responsorum*. G. Negri, *op. cit.*, pp. 319-323; Johnston RLT, pp. 140-142.

godeva in pieno delle facoltà mentali fosse sempre onorata dal diritto<sup>420</sup>.

Concludendo le riflessioni sul *fideicommissum hereditatis ab intestato* vale la pena di ritornare all'accessorietà del fedecommesso universale. È noto che quando l'erede rifiutava l'*aditio hereditatis*, si poteva costringerlo ad essa in base al. *senatus consultum Pegasianum*. Un problema più importante si manifestava, invece, se l'erede moriva prima dell'acquisizione dell'eredità o risultava sempre irreperibile. L'ereditando in anticipo prevedendo tale situazione, facilmente garantiva da essa il fedecommissario con l'imposizione di un fedecommesso universale, con la riserva che si sarebbe potuto promuovere la *petitio fideicommissi* anche se avesse avuto luogo la successione intestata. Giacché allora ognuno, *ad quem bona eius (morituri intestati) pertinent*<sup>421</sup>, diventava obbligato a restituirla al fedecommissario. La *restitutio hereditatis* doveva in tale situazione effettuarla perfino il *fiscus* al quale sarebbe spettata l'eredità<sup>422</sup>. Perciò dai tempi di Antonino Pio si riuscì definitivamente a superare l'accessorietà del fedecommesso universale, se solo questa era la volontà degli ereditandi. Se, invece, essi non si erano decisi a costituire un *fideicommissum hereditatis ab intestato*, nel diritto classico si potevano immettere i fedecommissari nel possesso (*missio in rem*), se si verificavano delle difficoltà per reperire l'erede<sup>423</sup>. Per la soluzione definitiva solo Giustiniano si decise. L'imperatore in una delle sue costituzioni decise che se la *restitutio hereditatis* sarebbe risultata impossibile, le azioni sarebbero state *ipso iure* trasferite al fedecommissario<sup>424</sup>.

Pomponio scrisse ancora nel terzo libro *ad Sabinum* — D.50.17.7 sull'esistenza del conflitto naturale tra la successione

<sup>420</sup> Cfr. D.31.88.17. Scaevola *libro tertio responsorum*.

<sup>421</sup> G.2.270.

<sup>422</sup> D.30.114.2. Marcianus *libro octavo institutionum*.

<sup>423</sup> V. *supra* p. 120.

<sup>424</sup> C.6.49.7.1. Justinianus (a. 530); cfr. D.36.1.13.1. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*.

all'erede basata sul testamento e la successione intestata<sup>425</sup>. In confronto ad altri casi, noti nel diritto classico, di non riconoscimento di questo conflitto, l'introduzione del *fideicommissum hereditatis ab intestato* diventò una soluzione integrale. Assai chiaramente non ebbe più senso seguire rigidamente la totale separazione della successione testamentaria e intestata. La regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* continuava ad avere carattere costruttivo, ma persistere nel suo mantenimento doveva sembrare una manifestazione di formalismo eccessivo. Non si tendeva alla sua cancellazione, ma permettendo agli ereditandi di intromettersi nell'ordine di successione intestata venne ampliata semplicemente la libertà di disporre del patrimonio *mortis causa*. Lo strumento di tale ampliamento divenne il fedecommesso universale. La clausola codicillare costituì l'esempio migliore che l'avvalersi di esso non distruggeva il precedente ordinamento giuridico. Al contrario. Grazie alla *hereditas fideicommissaria* i regolamenti del diritto ereditario diventarono più scorrevoli e cominciarono a rispondere meglio ai bisogni nonché alle aspettative della prassi. Benché con ciò la diversità costruttiva della chiamata *ex testamento* e *ab intestato* rimase intatta, dai tempi di Antonino Pio è difficile parlare più di contrasto tra la successione basata sul testamento e quella intestata, quanto meno dal punto di vista dell'ereditando.

#### C) L'EREDITANDO E LA SORTE ULTERIORE DELLA SUCCESSIONE A LUI

La diffusione del fedecommesso universale produsse una notevole duttilità del diritto ereditario non solo nell'ambito della chiamata testamentaria. Grazie a questa istituzione l'ereditando poteva in pratica decidere della sorte dell'eredità anche dopo l'*aditio hereditatis*. Ciò

<sup>425</sup> D.50.17.7. Pomponius libro tertio ad Sabinum: *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est 'testatus' et 'intestatus'*. (sottolineato FLB)

derivava già dalla costruzione dogmatica del *fideicommissum hereditatis*. Proprio l'obbligo dell'erede alla restituzione, spesso, dell'eredità intera costituiva la sua base, e i fedecommissari universali successivi cominciarono a trovarsi *heredis loco*. Dopo l'entrata in vigore delle norme del *senatus consultum Pegasianum*, l'erede non poteva perfino astenersi dall'accettare l'eredità, se solo il fedecommissario era interessato all'*hereditas fideicommissaria*. La situazione dell'erede venne allora notevolmente indebolita, e dalla volontà dell'ereditando dipendeva completamente non solo chi sarebbe stato erede, ma anche a chi in effetti sarebbe spettata l'eredità.

Conformemente allo *ius civile*, chi per una volta sia *ipso iure*, sia attraverso l'*aditio hereditatis* diventava erede del *de cuius*, continuava ad esserlo per sempre. Questa norma venne espressa nella paremia *semel heres semper heres*, dedotta probabilmente dal frammento del secondo libro *de casibus* di Gaio — D.28.5.89<sup>426</sup>. Anche Giuliano testimoniò la sua esistenza, quando scriveva nel 29° libro dei *digesta* D.28.2.13.1: *Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse...*. Attraverso la diversa formulazione della sostanza della stessa norma, il giurista sottolineò non tanto la situazione personale dell'erede risultante dall'*heredis institutio*, quanto il divieto di togliere l'eredità una volta acquistata. Colui che diventava erede entrava nell'*obligatio hereditatis*, la quale non poteva essere trasferita attraverso la *in iure cessio hereditatis* e persino nemmeno attraverso la *novatio*. L'impossibilità di perdere la posizione di erede, per principio escludeva l'acclusione al testamento di clausole risolutive, sia condizionali che terminali<sup>427</sup>. La loro eventuale presenza aveva per effetto l'invalidità della disposizione. Bensi chi prevedeva la privazione dell'erede della sua posizione ereditaria, in realtà non intendeva istituire un erede, mentre il

<sup>426</sup> D.28.5.89. Gaius libro singulari de casibus: ...cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse; D.4.4.7.10. Ulpianus libro undecimo ad edictum: ...sine dubio heres manebit, qui semel exstitit.

<sup>427</sup> D.28.5.34. Papinianus libro primo definitiorum.

concetto di „erede temporale” costituiva per i Romani una *contradictio in terminis*<sup>428</sup>.

Le eccezioni alla *regula iuris* presentata da Giuliano erano ammesse dallo *ius civile* stesso. Di nuovo ai soldati si consentiva di istituire eredi a tempo determinato o sotto condizione sia sospensiva che risolutiva<sup>429</sup>. Nella vita civile aveva luogo la violazione della regola *semel heres semper heres* nel momento dell'adozione nonché nel momento del passaggio sotto la *manus* del marito. Le persone adottate nonché le donne perdevano infatti la posizione di eredi, e l'*obligatio hereditatis* passava rispettivamente all'adottante o al marito o al suo *pater familias*<sup>430</sup>. Però lo *ius civile* poneva dei limiti rigidi a tutte queste eccezioni<sup>431</sup>. I testamenti militari costituivano una parte speciale del diritto ereditario, caratterizzato da regolamenti molto liberali. Nella normale attività giuridica venivano ammessi solo quando aveva luogo una successione specifica nei diritti *inter vivos*, quale era la successione universale nel caso dell'*adrogatio* e della *conventio in manum*.

Solo il testatore che prestava il servizio militare poteva efficacemente decidere della sorte del proprio patrimonio anche dopo che esso era stato acquistato dall'erede in eredità. Invece il

<sup>428</sup> Cfr. Rivier SCM, pp. 31-34; C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, vol. II. *Parte seconda*, Napoli 1902, p. 320; A. Suman, *op. cit.*, pp. 66-83; C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli 1946, p. 24, 46, 93-98; H. Lévy-Bruhl, *Heres*, RIDA (Mélanges De Visscher II) 3/1949, p. 141; R. Ambrosino, *Esercitazioni di 'dommatica moderna' sul diritto romano (Risposte ai miei critici in tema di eredità)*, SDHI 17/1951, pp. 222-224; Biondi STD, pp. 561-563; U. von Lübtow, *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrecht*, Studi De Francisci, vol. I, Milano 1956, pp. 506-508; Voci DER II, pp. 615-616; Schmidlin RR, pp. 66-67; Schmidlin SFH, pp. 81-91.

<sup>429</sup> D.29.1.15.4. Ulpianus libro quadragesimo quinto ad edictum.

<sup>430</sup> G.3.84. Cfr. C. Fadda, *op. cit.*, pp. 318-319; S. Solazzi, *op. cit.*, pp. 198-201; C. Sanfilippo, *op. cit.*, p. 93-94.

<sup>431</sup> Le clausole risolutive venivano ammesse nei testamenti anche nel caso dell'*usufructus* e *tutela*, giacché queste istituzioni avevano per propria natura carattere temporale.

*fideicommissum hereditatis* dava tale opportunità ad ogni ereditando. Quando ai fedecommissi universali fu dato il riconoscimento giuridico, i fedecommissari chiedendo la realizzazione della volontà dell'ereditando, esigevano dal *magistratus* che costringesse gli eredi a restituire tutta l'eredità o una sua parte frazionaria. Agli eredi rimaneva solo il titolo di *heres* insieme all'*iura sepulchrorum* e alle *actiones operarum*, e a partire dal regno dell'imperatore Vespasiano anche la *quarta Pegasiana*. Si deve, però, osservare che il fedecommissario universale formalmente non violò la norma espressa con la paremia *semel heres semper heres*. Per sua stessa natura portò eppure alla sua effettiva elusione e, ciò che è importante, proprio come tale venne riconosciuto e sanzionato dalla legge.

L'elusione della regola *semel heres semper heres* diventava particolarmente comodo per gli ereditandi quando dava la possibilità di rinviare il momento della restituzione dell'eredità al fedecommissario. Solo allora si raggiungeva l'effetto della temporale *institutio heredis*. Invece il rinvio del momento in cui l'eredità doveva essere trasferita, era possibile, perché si permetteva di aggiungere delle condizioni o dei termini al *fideicommissum hereditatis*. Le fonti lo confermano più volte<sup>432</sup>. Gaio all'inizio del suo lavoro sui fedecommissi osservò:

G. 2.250: *Et liberum est vel sub condicione, vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa.*

Da quanto sopra, risulta che oltre ai fedecommissi imposti *pure*, cioè quelli che potevano essere rivendicati dai fedecommissari già al momento dell'acquisizione dell'eredità da parte degli eredi, si potevano anche lasciare dei fedecommissi con condizione o termine designato con il *dies certus*. Il frammento di Ulpiano del 79° libro del commento all'editto consente ulteriori precisazioni. Il giurista

<sup>432</sup> D.36.1.1.9. Ulpianus libro tertio fideicommissorum; D.36.1.10. Gaius libro secundo fideicommissorum; D.36.1.12. Papinianus libro vicesimo quaestionum; D.36.1.13 pr. Ulpianus libro quarto fideicommissorum; D.36.1.23.2. Ulpianus libro quinto disputationum; D.36.1.29 pr.-1. Africanus libro sexto quaestionum; D.36.1.32 pr. Marcianus libro nono institutionum.

scrivendo sulle stipulazioni che vengono fatte per garantire la realizzazione del fedecommesso, accennò quanto segue:

D.36.3.14 pr. Ulpianus *libro septuagensimo nono ad edictum: Haec stipulatio et in fideicommissis locum habet, sive pure fideicommissum sit relictum sive ex die certa vel incerta vel sub condicione, sive res aliqua sive hereditas sive ius aliquod relictum est.*<sup>433</sup>

Nell'anzidetto testo Ulpiano sottolineò che le stipulazioni menzionate venivano fatte sia nel caso dei fedecommissi nei quali veniva lasciato solo un qualche bene o un diritto, sia nel caso dei fedecommissi universali. Non aveva neanche importanza se il fedecommesso universale veniva imposto *pure*, o sotto condizione, o termine. Il giurista, però, parlando del termine non si limitò a menzionare il *dies certus* conosciuto già da G. 2.250. Citò anche il *dies incertus*, cioè quello a proposito del quale o non c'era sicurezza limitatamente a quando accadrà (*dies certus an incertus quando*), o in cui esisteva l'insicurezza se accadrà, anche se non c'era dubbio per la data concreta (*dies incertus an certus quando*), o addirittura non si sapeva se e quando quel giorno verrà (*dies incertus an incertus quando*). Gli ultimi due casi di *dies incertus* sembrano avere l'effetto di una condizione perché non si sapeva se in genere avrebbero avuto luogo<sup>434</sup>. Perciò anche se a causa dell'elemento di insicurezza posto

<sup>433</sup> Cfr. anche C.6.43.3.3. Justinianus (a. 531).

<sup>434</sup> Sul *dies incertus* nel diritto romano hanno dibattuto: E. Machelard, *Examen de la règle dies incertus conditionem in testamento facit* (diss.), Paris 1882, pp. 542-587; A. Boistel, *Du dies incertus et de ses effets dans les dispositions testamentaires*, Extrait de la Revue générale du droit, Paris 1885, pp. 1-33; G. Brunetti, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie*, Firenze 1893; C. Ferrini, *Sul „dies incertus“ nei legati*, Antologia giuridica 8/1894, pp. 179-195, ora in *Operae*, vol. IV, Milano 1930, pp. 333-352; G. Segrè, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disposizioni di ultima volontà*, Rivista italiana per le scienze giuridiche 18/1894, pp. 316-345, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Roma 1938, pp. 314-348; C. Appleton, *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain*, Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger 50/1926, pp. 154-188 e H. Siber, *rec. a C. Appleton, op. cit.*, ZSS 48/1928.

dall'ereditando le fonti indicano il *dies incertus* come un tipo di clausola allegata all'atto giuridico diverso dal *dies certus* e *condicio*, quel *dies incertus* assumeva in effetti o un carattere di condizione, o di termine. Quindi se nel classificare le condizioni e i termini si cercasse di conservare le particolarità di ognuna delle categorie, oltre alla *condicio* e *dies certus* si dovrebbe come il *dies incertus* indicare il *dies certus an incertus quando*. Attualmente si potrebbe chiamarlo *dies incertus sensu stricto*.

Si pone la domanda perché Gaio menzionò solo il *dies certus*. È possibile che non abbia preso affatto in considerazione l'acclusione della condizione o del termine al fedecommesso nella forma di *dies incertus*? Vale la pena di citare a questo punto la lettura del palinsesto veronese differente da quella sopracitata e pubblicata dai successivi editori delle Istituzioni di Gaio:

*Et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vcl ex die, quod est regula.*<sup>435</sup>

D'accordo con questa versione, il giurista ricordò la regola che oltre ai fedecommissi lasciati *pure*, ai fedecommissi potevano essere aggiunti la condizione (*condicio*) o il termine (*dies*). Gaio non avrebbe menzionato per niente il *dies incertus* e non avrebbe differenziato *dies certus* e *dies incertus*, che come si è già potuto notare, non era univoco. Però leggendo le sue osservazioni sui fedecommissi, è difficile non riportare l'impressione che la frase citata vi fosse stata solo aggiunta. L'idea ivi compresa non viene poi sviluppata. Sembra, dunque, che Gaio le avesse incluse solo per l'ordine perché si sentiva obbligato a dare al lettore del manuale, cioè delle Istituzioni, un quadro completo dell'istituzione giuridica presentata. Non ritenne, però, opportuno introdurlo in altre complicazioni derivanti dalla suddetta regola. Non ci sono, invece,

---

pp. 760-765; Grosso LDR, pp. 422-431; G. Sciascia, *Termine (Diritto romano)*, NNDI, vol. XIX, Torino 1973, pp. 93-94.

<sup>435</sup> R.G. Böhm, «*Emendationes Gaianae*» III, *Labeo* 24/1978, pp. 186-187; cfr. anche M. David — L.W. Nelson, *Kommentar. Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischen Kommentar herausgegeben*, Leiden 1954, pp. 427-428.

motivi di pensare che il giurista non conoscesse la differenziazione *dies certus — dies incertus*. Perciò dopo la precisazione di Ulpiano in D.36.3.14 pr., è più facile accettare proprio la lettura: *vel ex die, quod est regula*.

Le considerazioni precedenti permettono di trarre la conclusione che i fedecommissi potessero essere imposti agli eredi sia *sub condicione*, sia *ex die certa* o *ex die incerta*. Vale la pena di esaminare gli esempi delle clausole conservatesi nelle fonti che apparivano nei fedecommissi universali, per conoscere quali scopi gli ereditandi desideravano conseguire con la loro aggiunta.

All'inizio si deve, però fare un'osservazione: che non sempre l'aggiunta della condizione serviva a ritardare la restituzione dell'eredità al fedecommissario. Succedeva che nonostante la *condicio* gli ereditandi desideravano raggiungere subito lo scopo mirato. Un esempio significativo era la condizione *si non nupserit*, con la quale alla donna veniva lasciato un fedecommissio universale<sup>436</sup>. Non pare che il testatore si illudesse che ella sarebbe rimasta in vedovanza affinché l'*hereditas fideicommissaria* fosse trasmessa solo ai suoi eredi. L'avrebbe potuta ricevere subito, se solo si fosse obbligata alla *cautio Muciana* per restituire l'eredità nel caso di nuove nozze. Ambedue le parti avevano quindi la possibilità di considerarsi soddisfatte subito: il testatore perché sarebbe stata fatta una garanzia addizionale che serviva alla realizzazione dello scopo da lui prefissato, nonché la donna perché avrebbe potuto subito utilizzare i beni ereditari<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> D.36.1.67.1. Maecianus *libro quinto fideicommissorum*; cfr. anche D.32.14 pr. Gaius *libro primo fideicommissorum*; D.35.1.62.2. Terentius Clemens *libro quarto ad legem Iuliam et Papiam*; D.35.1.63 pr. Gaius *libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*; D.35.1.100. Papinianus *libro septimo responsorum*. Cfr. anche W. Dajczak, «*Cum vir uxori si non nupserit aliquid legavit.*» *Der Beitrag zur Frage der condicio viduitatis*, Estudios Martínez Díez, Madrid 1994, pp. 119-127.

<sup>437</sup> Cfr. W. Dajczak, *Nabycie legatu pod warunkiem „pozostania we wdowieństwie” w prawie rzymskim klasycznym i poklasycznym*, Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo 32/1992, pp. 11-22; Dajczak ZRZ, pp. 142-144 con la bibliografia ivi citata.

Il modo più semplice di rinviare il momento della restituzione dell'eredità era l'indicazione della data precisa in futuro, in cui l'erede si sarebbe obbligato a trasferire la propria partecipazione al fedecommissario. Tale *dies certus* veniva aggiunto, come è dato presumere, attraverso una semplice designazione del giorno nel calendario<sup>438</sup> o indirettamente (anche se non meno in modo univoco), scrivendo per esempio: il giorno in cui una data persona avrebbe compiuto il sedicesimo anno di vita<sup>439</sup>. Carattere simile aveva il determinare dopo quanto tempo dalla apertura o dall'acquisizione dell'eredità si doveva effettuare la *restitutio hereditatis*<sup>440</sup>.

Le fonti riguardanti i fedecommissi universali ci tramandano che come *dies* della restituzione dell'eredità, assai più spesso veniva fissato il momento della morte di una persona. Di solito era quello dell'erede stesso<sup>441</sup>, anche se altrettanto si poteva trattare del giorno in cui sarebbe morto un terzo, per esempio il padre del

<sup>438</sup> D.36.1.60.1. Papinianus *libro nono responsorum*.

<sup>439</sup> D.36.1.48. Javolenus *libro undecimo epistularum*.

<sup>440</sup> D.36.1.17.7. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.60.2. Papinianus *libro nono responsorum*; D.36.1.72 pr. Pomponius *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.80.11. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*.

<sup>441</sup> G.2.277; D.5.3.25.15,16. Ulpianus *libro quinto decimo ad edictum*; D.22.1.3.2. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.22.1.14.1. Paulus *libro quarto decimo responsorum*; D.31.70.3. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.31.76.5. Papinianus *libro septimo responsorum*; D.31.77.4,12. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.31.88.16. Scaevola *libro tertio responsorum*; D.31.89.7. Scaevola *libro quarto responsorum*; D.32.41.12. Scaevola *libro vicesimo secundo digestorum*; D.32.83 pr. Modestinus *libro decimo responsorum*; D.34.5.7.1. Gaius *libro primo fideicommissorum*; D.35.1.72.3. Papinianus *libro octavo decimo quaestionum*; D.36.1.17.3. Ulpianus *libro quinto decimo ad edictum*; D.36.1.23.4. Ulpianus *libro quinto disputationum*; D.36.1.28.16. Julianus *libro quadragensimo digestorum*; D.36.1.35. Marcianus *libro secundo regularum*; D.36.1.56. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.36.1.59 pr.,2. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.60.4,6,7,8. Papinianus *libro nono responsorum*; D.36.1.77.1. Scaevola *libro octavo decimo digestorum*; D.36.1.80.7,8,10,14,16. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*; D.36.1.82. Scaevola *libro quinto digestorum*; C.6.42.12. Philippus (a. 244); C.6.42.16. Carus Carinus et Numerianus (a. 283); C.6.54.4 pr. Severus et Antoninus (a. 215).

fedecommissario<sup>442</sup>. La clausola in questione non costituiva *dies certus*, perché conteneva in sé un elemento di incertezza, almeno per quanto riguarda il momento in cui sarebbe avvenuta la morte. Perciò stabilire il momento della restituzione *post mortem*<sup>443</sup> o altrettanto meglio *cum morieris*<sup>444</sup> costituiva il *dies incertus quando*<sup>445</sup>. Questo era anche *dies incertus an?* Costituire nello stesso modo un legato avrebbe contenuto un'incertezza se mai quel giorno accadrà. Se il legatario non fosse vissuto fino ad esso, il legato non sarebbe stato più esigibile. Nel caso dei legati la clausola *cum morietur* avrebbe avuto quindi un carattere condizionale<sup>446</sup>. Tuttavia nella *cognitio extra ordinem* il fedecommissario acquistava la propria azione fedecommissaria la quale, in quanto elemento del patrimonio, trasferiva agli eredi<sup>447</sup>. Perciò anche se fosse morto prima della morte dell'erede, i suoi eredi avrebbero potuto chiedere il fedecommissario. Così indipendentemente dalle circostanze, il giorno fissato dall'ereditando arrivava, producendo tutti gli effetti giuridici voluti da lui. Per questo pare fondata l'affermazione che la clausola *post mortem* aggiunta ai fedecommissi universali costituisse il termine in quanto *dies certus an incertus quando*<sup>448</sup>.

<sup>442</sup> D.36.1.23 pr. Ulpianus libro quinto disputationum.

<sup>443</sup> D.31.88.16. Scaevola libro tertio responsorum; D.35.1.72.3. Papinianus libro octavo decimo quaestionum; D.36.1.59 pr. Papinianus libro octavo responsorum; D.36.1.80.7. Scaevola libro vicensimo primo digestorum.

<sup>444</sup> D.31.76.5. Papinianus libro septimo responsorum; D.31.77.12. Papinianus libro octavo responsorum; D.32.83 pr. Modestinus libro decimo responsorum; D.36.1.59.2. Papinianus libro octavo responsorum; D.36.1.80.10. Scaevola libro vicensimo primo digestorum.

<sup>445</sup> G.2.277.

<sup>446</sup> D.35.1.1.1-2. Pomponius libro tertio ad Quintum Mucium; D.31.12.1. Paulus libro secundo ad Vitellium; D.36.2.13. Pomponius libro sexto ad Sabinum. Cfr. Grosso LDR, pp. 426-427.

<sup>447</sup> V. *supra* n. 164.

<sup>448</sup> Cfr. Declareuil TF, p. 144; C. Appleton, *op. cit.*, p. 162, 177; G. Sciascia, *op. cit. ult.*, p. 94; Murillo FDR, p. 102; cfr. anche X. D'Ors, *A proposito de los fideicomisos 'quibus voles' y 'si sine liberis decesseris' (nueva exegesis de D.36.1.18[17],6 — 31,77,4)*, SDHI 45/1979, pp.272-273.

Come si è già detto, gli ereditandi esprimevano spesso la volontà, perché dopo la loro morte l'eredità spettasse alle persone designate. Non un testatore si rivolgeva direttamente all'erede chiedendo di restituire il patrimonio, alla morte di quest'ultimo. Il termine in questione aveva un carattere molto particolare. Il fedecommesso universale diventava esigibile con il *dies incertus* che arrivava nel momento in cui la persona obbligata a restituire l'eredità perdeva la possibilità e l'interesse per intraprendere qualsiasi atto giuridico. Ciò fa sorgere la domanda, a proposito di come veniva soddisfatta la richiesta dell'ereditando, e di conseguenza come veniva realizzato il diritto del fedecommissario alla *hereditas fideicommissaria*. Sembra che in questo campo esistessero tre metodi. Due di essi erano gestiti dalla persona onerata dal fedecommesso universale. Ubbidiente alla *rogatio* del testatore poteva o ancora vita natural durante restituire l'eredità, o pigliare in considerazione il fedecommissario nel proprio testamento. Nel primo caso la prestazione non veniva trattata come indebita in quanto prematura. Come giustamente argomentò Vittorio Scialoja, questo derivava proprio dal carattere particolare della clausola *post mortem suam*<sup>449</sup>. Usufruendo del secondo metodo si doveva aver cura perché non sorgessero dubbi che istituendo il fedecommissario, per esempio come proprio erede, si intendeva trasferire l'eredità fedecommissaria *cum morietur*<sup>450</sup>. Se, invece, l'onerato di fedecommesso non avesse provveduto a restituire l'eredità, il fedecommissario poteva rivendicarla dai suoi eredi<sup>451</sup>. Qualche volta il testatore ricercava solo tale soluzione e gravava di

<sup>449</sup> D.36.1.10. Gaius *libro secundo fideicommissorum*; D.32.41.12. Scaevola *libro vicesimo secundo digestorum*; C.6.42.12. Philippus (a. 244). V. Scialoja, *Sulla Const. 12 de fideic. 6,42, in relazione col fr. 10 ad sc.Treb., 36,1*, Studi Giuridici, vol. I. *Diritto romano, prima parte*, Roma 1933, pp. 292-301.

<sup>450</sup> D.30.123 pr. Marcellus *libro singolari responsorum*.

<sup>451</sup> D.32.11.6. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.32.41.13. Scaevola *libro vicesimo secundo digestorum*; D.36.1.28.16. Julianus *libro quadragensimo digestorum*; D.36.1.57.4. Papinianus *libro vicensimo quaestionum*; D.36.1.60.8. Papinianus *libro nono responsorum*; D.36.1.66.2. Maecianus *libro quarto fideicommissorum*; cfr. D.36.1.76.1. Paulus *libro secundo decretorum*.

un fedecommesso universale i codicilli che dovevano essere aperti soltanto dopo la morte dell'erede<sup>452</sup>. Ne risulta che l'ereditando poteva abbastanza liberamente decidere di ciò non solo a proposito del quando, ma anche come doveva essere restituita l'eredità.

Le espressioni più frequenti del *dies incertus* in questione che appaiono nelle fonti sono *cum morietur* o *cum moreretur* nonché *post mortem*. Gaio diede il seguente esempio di questa clausola: *cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere*<sup>453</sup>. Quando si prende in considerazione che il legato poteva essere lasciato solo con la clausola *cum heres meus morietur*, mai invece *cum heres meus mortuus erit*<sup>454</sup>, l'accettazione della possibilità di trasmettere *post mortem suam* ed il sancire tutti e tre i metodi della sua conduzione appaiono come un'ulteriore prova di duttilità del diritto ereditario, a cui si arrivò in seguito all'introduzione del fedecommesso universale.

Non finiscono qui le possibilità che dava al testatore il fedecommesso universale con la clausola *post mortem suam*. Si formò infatti un tipo particolare di questo fedecommesso cioè del *fideicommissum eius quod supererit*, detto comunemente fedecommesso *de residuo*<sup>455</sup>. La sua essenza era inclusa nella *rogatio* in cui

<sup>452</sup> D.31.89.7. Scaevola *libro quarto responsorum*; cfr. D.36.1.26.2. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*.

<sup>453</sup> G.2.277.

<sup>454</sup> G.2.232; Ulp.24.16. Cfr. G. Grosso, *op. cit.*, pp. 424-425. Cfr. anche G.3.100.

<sup>455</sup> D.5.3.25.15. Ulpianus *libro quinto decimo ad edictum*: ...*deinde alia posse dici totum quod superest restituere eum debere...*; D.5.3.25.16. Ulpianus *libro quinto decimo ad edictum*: ...*quod sibi superfuisset ex hereditate reddere...*; D.22.1.3.2. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*: ...*ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituere...*; D.31.70.3. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*: ...*quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere...*; D.36.1.17.3. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*: ...*quod superest ex hereditate, quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus*; D.36.1.23.4. Ulpianus *libro quinto disputationum*: *si quod superfuisset rogata esset restituere*; D.36.1.56. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*: *Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere...*; D.36.1.60.7. Papinianus *libro nono responsorum*: *Quod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus...*

l'ereditando chiedeva agli eredi o ai fedecommissari universali che al momento della propria morte restituissero alla persona designata quello che sarebbe loro rimasto dell'eredità<sup>456</sup>. Pare che il loro obbligo riguardasse non solo ciò che ancora non era stato consumato, ma, per quanto l'ereditando non avesse deciso diversamente, anche i frutti esistenti apportati dall'*hereditas*<sup>457</sup>. Inoltre l'erede sicuramente non poteva consumare tutto ciò che aveva ottenuto dell'eredità ed era privo della possibilità di disporre *mortis causa*. Sembra, invece, che la valutazione della disposizione *inter vivos*, attraverso l'erede nel periodo

---

D.36.1.60.8. Papinianus libro nono responsorum: *Heres eius, qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerat rogatus...*; D.36.1.77.1. Scaevola libro octavo decimo digestorum: *...rogo te, ut id, quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire ad filium tuum...*; D.36.1.82. Scaevola libro quinto digestorum: *...ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuert...*; C.6.42.16. Carus Carinus et Numerianus (a. 283): *...id est, ubi heres rogatus fuerat, quidquid ex hereditate pervenerit...*; cfr. D.31.71. Papinianus libro octavo responsorum; D.31.72. Papinianus libro vicesimo quaestionum. Invece il fedecommissario *si quid supererit* venne introdotto solo da Giustiniano Nov.108 (a. 541), cfr. S.W. Zimmern, *Kurze Aufsätze. II. Ob aus einer zu restituierenden hereditas veräußert werden dürfe?*, Archiv für die Civilistische Praxis 8/1825, pp. 156-157; Murillo FDR, pp. 85-91.

<sup>456</sup> V. Arangio-Ruiz, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii*, Napoli 1906, pp. 96-97; G. Coppola, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommissario de residuo*, Studi Campagna, vol. I. *Scritti di diritto romano*, Milano 1982, pp. 187-188; Murillo FDR, p. 51.

<sup>457</sup> G. Coppola, *op. cit.*, pp. 189-222. Negli ultimi anni si è avuta una discussione animata se nel *fideicommissum de residuo* anche i frutti ottenuti diventavano oggetto della restituzione. Questa discussione è stata suscitata dai problemi esegetici apparsi in seguito all'analisi dei due frammenti delle opere di Papiniano in cui furono date due soluzioni contrarie: D.22.1.3.2. libro vicesimo quaestionum nonché D.36.1.60.7. libro nono responsorum. Cfr. G. Coppola, *op. cit.*, pp. 189-222; Murillo FDR, pp. 120-135 nonché le sue recensioni G. Coppola, IURA 40/1989, pp. 129-131 e M. Talamanca, BIDR 94-95/1991-1992, pp. 648-649; cfr. anche E. Hoffmann, *Ueber das Recht des Fiduciars und Fideicommissars an den Früchten einer mit einem Universal-fideicommiss belasteten Erbschaft*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess 1/1845 [Neue Folge], pp. 112-116. Invece l'obbligo di lasciare alla *restitutio hereditatis* un quarto venne introdotto solo da Nov.108.1. (a. 541), cfr. Murillo FDR, pp. 75-78.

dall'acquisizione dell'eredità (attraverso il fedecommissario universale dall'accettazione del fedecommesso) fino alla restituzione, fosse effettuata in base ai criteri della *bona fides* e dell'*arbitrium boni viri*<sup>458</sup>.

A. Murillo Villar indicò tre particolari circostanze, le quali accompagnando i fedecommissi *de residuo*, permisero già nel diritto classico di distinguerli da altri fedecommissi. Al fedecommissario *de residuo*, come ad ogni altro fedecommissario, poteva chiedere la *satisdatio* per garantire la quantità per la quale avrebbe potuto convenire in base al fedecommesso. Normalmente la *satisdatio* serviva ad assicurare la restituzione dell'eredità intera. Del resto l'erede la faceva non solo per garantire che avrebbe restituito l'eredità al momento opportuno. Nel caso della sua mancanza incombeva su di lui la minaccia della *missio in bona* che veniva concessa al fedecommissario. Invece anche se fosse stata fatta la garanzia nel caso del fedecommesso *de residuo*, essa non comprendeva i beni alienati dall'erede, ovviamente nell'ambito della *bona fides* ed dell'*arbitrium boni viri*<sup>459</sup>.

Un'altra differenza essenziale indicata dall'autore riguardava il momento in cui veniva acquisito il fedecommesso. Di solito il diritto ad esso spettava già al momento dell'apertura testamentaria, a meno che il fedecommesso non fosse sotto condizione o termine — nel qual caso rispettivamente più tardi. A. Murillo Villar dimostrò che per quanto riguarda il *fideicommissum de residuo* si doveva prendere in considerazione una sottile differenziazione: al momento dell'apertura testamentaria si otteneva solo un'aspettativa di una quantità imprecisata di beni; soltanto con la morte dell'erede, il

---

<sup>458</sup> Murillo FDR, pp. 51-75, 153-154. Su *arbitrium boni viri* cfr. S. Riccobono, *L'arbitrium boni viri nei fedecommissi*, Mélanges Cornil, vol. II, Paris 1926, pp. 310-347; E. Albertario, *L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fedecommesso*, Studi Zanzucchi, Milano 1927, pp. 31-63; G. Grosso, *Le clausole 'si putaveris', 'si aestimaveris', e simili, nei fedecommissi, e la dottrina dell'arbitrium boni viri*, SDHI I/1935, pp. 83-107; Torrent FFR, pp. 42-48.

<sup>459</sup> Murillo FDR, p. 96.

fedecommissario acquisiva il diritto a quello che era rimasto dell'eredità<sup>460</sup>.

L'ultima osservazione riguardante le differenziazioni che si delinearono già nel diritto classico si riferiva all'estinzione dei debiti e crediti. Nel fedecommesso *de residuo*, tra l'ereditando e la persona gravata del *fideicommissum eius quod supererit*, si estinguevano tutti i crediti e debiti. Ciò derivava, secondo l'autore, dal riconoscimento a questa persona del pieno potere sui beni fedecommissari. L'estinzione aveva luogo insieme all'*aditio hereditatis* o all'accettazione del fedecommesso universale e non c'era possibilità perché ricomparissero di nuovo i crediti e debiti dopo aver restituito l'eredità. Invece nel caso degli altri fedecommissi l'estinzione delle obbligazioni aveva luogo solo nel caso della *confusio* di questi nella mani dell'*heres*, e dunque non più del fedecommissario universale onerato di un ulteriore fedecommesso *de residuo*. Inoltre alla restituzione dell'eredità sarebbe potuta avvenire la rinascita delle obbligazioni estinte<sup>461</sup>.

Le suddette circostanze, che permettono di differenziare il *fideicommissum eius quod supererit* in mezzo agli altri fedecommissi universali, erano strettamente legate alla sostanza della *rogatio* che costituiva la sua essenza. L'ereditando si rivolgeva al proprio successore universale *mortis causa* perché trasferisse solo quello che sarebbe rimasto dell'eredità al momento della morte del successore nella totalità dei diritti. Quale scopo si proponevano i testatori compilando questa disposizione? Sembra che esso fosse in primo luogo alimentare e non tanto in relazione al fedecommissario, quanto alla persona gravata di questo fedecommesso. Inoltre, dato che il patrimonio ereditario rimaneva nella sua gestione, ma non lo poteva trasferire *mortis causa*, era interesse degli eredi familiari perché visse il più lungo possibile. Non lo potevano ottenere, ma avevano la possibilità di utilizzare indirettamente i beni ereditari.

Si deve riflettere sul carattere della posizione giuridica della persona onerata con un fedecommesso *de residuo*. A. Murillo Villar

<sup>460</sup> Murillo FDR, pp. 96-107.

<sup>461</sup> Murillo FDR, pp. 107-117.

giustamente argomentava che dal ricevimento dell'eredità alla morte essa era un vero fiduciario alla cui probità veniva affidata la conservazione e la restituzione *eius quod supererit*<sup>462</sup>. Questa figura, però, solo in parte rispecchia il carattere specifico della situazione giuridica di questa persona perché ognuno che fosse obbligato a trasferire l'eredità la doveva conservare e restituire nel tempo designato. Il fiduciario *de residuo* poteva, invece, far uso dei beni affidati, consumarli ed alienarli, e al fedecommissario rimaneva la rivendicazione solo di quello che fosse rimasto. I diritti del fiduciario *inter vivos* erano effettivamente illimitati perché per ogni abuso constatato in base al criterio della *bona fides* e dell'*arbitrium boni viri* la responsabilità materiale ricadeva solo sui suoi eredi. L'autore si rifiutava, però, di riconoscere che la *proprietas ad tempus* costituiva il suo potere sollevando un argomento puramente dogmatico, vale a dire che il diritto romano non conosceva affatto la proprietà temporale<sup>463</sup>. Le precedenti esperienze con i fedecommissi insegnano, però, che la realtà giuridica ad essi legata era straordinariamente ricca. Perciò le costatazioni concernenti il diritto civile e vere nei suoi confronti, non servivano sempre a una sua soddisfacente descrizione. Bisognava, dunque, costantemente esaminare l'effetto reale, il cui raggiungimento il *fideicommissum hereditatis* consentiva agli ereditandi.

Se si confronta la libertà nel disporre dei beni, offerta dal fedecommissario universale onerato di ogni altro fedecommissario, si vede chiaramente una enorme differenza. Naturalmente il potere *ad tempus* del fiduciario non costituiva proprietà *sensu stricto*, quanto meno in relazione al divieto d'un uso completo e l'impossibilità di disporre *mortis causa*. Pertanto, occorre ricordare, che anche la *proprietas ad tempus* subiva dalla sua essenza per lo meno una limitazione temporale. Il potere del fiduciario *de residuo* non si può descrivere univocamente come *ususfructus*, giacché utilizzando il

<sup>462</sup> Murillo FDR, pp. 61-63.

<sup>463</sup> Murillo FDR, p. 61.

bene e i frutti non aveva l'obbligo di conservare la sostanza materiale in un stato immutato<sup>464</sup>. Perciò se qualcuno facesse nel diritto romano una ricerca sulla proprietà *ad tempus* dovrebbe rivolgere un'accurata attenzione alla situazione giuridica del patrimonio testamentario nel fedecommesso *eius quod supererit*.

Ci si potrebbe chiedere se sono del tutto giusti i tentativi d'inserire il fedecommesso *de residuo* nell'ambito dogmatico di altre istituzioni. Il confronto con esse sembra però, giusto perché permette di capire e descrivere meglio la sua essenza nonché di cogliere la sua specificità. Inoltre pare che esso non sarebbe sorto, e sicuramente non si sarebbe diffuso così, se non fosse corrisposto ai bisogni specifici e se si fossero potuti raggiungere gli stessi effetti con i mezzi già accessibili. Perciò si deve sempre tener presente la comodità dell'applicazione e le ampie possibilità, che offriva all'ereditando il quale desiderava di assicurare al fiduciario i mezzi di sussistenza per tutta la vita.

Altro *dies incertus*, che relativamente spesso veniva aggiunto ai fedecommissi universali era la richiesta del raggiungimento di una determinata età da parte del fedecommissario<sup>465</sup>. L'evento da cui dipendeva la possibilità di chiedere l'effettuazione della restituzione dell'eredità, doveva accadere nel giorno stabilito. Non era però sicuro che il fedecommissario avrebbe vissuto fino a quella data. Perciò in linea di massima l'aggiungere la richiesta di *certa aetas* costituiva *dies incertus an certus quando*, il quale aveva carattere condizionale<sup>466</sup>. Invece l'ereditando indicava il termine, se ad esempio indicava il giorno del compimento del sedicesimo anno da parte del fedecommissario, indipendentemente dal fatto che arrivi o meno a

<sup>464</sup> D.7.1.1. Paulus libro tertio ad Vitellium: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi salva rerum substantia.* (= I.2.4 pr.)

<sup>465</sup> D.22.1.3.3. Papinianus libro vicesimo quaestionum; D.33.1.21.2. Scaevola libro vicesimo secundo digestorum; D.36.1.48. Javolenus libro undecimo epistolarum; D.36.1.76.1. Paulus libro secundo decretorum; D.36.1.80.12,15 Scaevola libro vicensimo primo digestorum.

<sup>466</sup> D.36.2.21. Paulus libro secundo ad Vitellium; D.36.2.22 pr. Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium.

quella data; la clausola aggiunta in questo modo costituiva *dies certus an certus quando*<sup>467</sup>.

L'età richiesta dal fedecommissario veniva determinata in 15<sup>468</sup>, 20<sup>469</sup> o perfino 25<sup>470</sup> anni, quindi non solo subito dopo il raggiungimento della *pubertas*, ma anche dopo un certo tempo dal raggiungimento della piena capacità giuridica. L'ereditando dal D.33.1.21.2 raccomandava di aspettare a restituire l'eredità fino al raggiungimento da parte del fedecommissario dell'età, in cui l'esperienza di vita di un giovane era ritenuta sufficiente, da non abbisognare né dell'aiuto del curatore, né approfittare dei benefici della *lex Laetoria*. Perciò il testatore il quale desiderava trasferire l'eredità a una persona immatura, costituiva erede qualcuno cui temeva di affidare il proprio patrimonio. Chiedeva anche di trasferirlo al fedecommissario qualora questi da solo sarebbe stato in grado di gestirlo. Aggiungendo il *dies certus quando* il testatore non lasciava, però, alla libera valutazione dell'erede la capacità del fedecommissario di accettare e gestire da solo il patrimonio ereditario.

Per un'immagine ancora più ampia del problema vale la pena di citare un frammento del D.22.1.3.3 proveniente dal 20° libro delle *quaestiones* di Papiniano.

D.22.1.3.3. Papinianus libro vicesimo quaestionum:  
*Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, cum certam aetatem puella complexset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudines res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset: praefectis praetorii suasi fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defuncti percepti essent, restitui debere, sive*

<sup>467</sup> D.36.1.48. Javolenus libro undecimo epistolarum. V. supra pp. 200-201.

<sup>468</sup> D.36.1.80.12. Scaevola libro vicesimo primo digestorum.

<sup>469</sup> D.36.1.76.1. Paulus libro secundo decretorum; D.36.1.80.15 Scaevola libro vicesimo primo digestorum.

<sup>470</sup> D.33.1.21.2. Scaevola libro vicesimo secundo digestorum.

*quod fundum ei tantum praelegaverat sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.*

La testatrice costituì erede il proprio parente Pollidio lasciandogli anche un fondo in *praelegatum*. Nella *rogatio* lo obbligava a restituire l'eredità alla figlia di lei, quando avrebbe raggiunto l'età determinata. La madre sottolineava nel testamento che aveva disposto così per non affidare le pratiche della figlia ai tutori. Se l'avesse costituita erede, la gestione dell'eredità sarebbe stata rilevata dai tutori, i quali, prima che la figlia avesse raggiunto la capacità di fare testamento, per legge sarebbero succeduti a lei<sup>471</sup>. Risulta anche che l'età della ragazza indicata dalla testatrice era il compimento almeno del 12° anno di vita<sup>472</sup>. Ciò sarebbe conforme alle osservazioni precedenti sulla condizione *certae aetatis*.

Papiniano presentando al prefetto dei pretori la propria opinione in questione sottolineò: *quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat*. Il giurista considerò il fedecommissio universale con l'aggiunta adeguata del *dies incertus an certus quando* quale modo onde evitare una tutela pericolosa, il che era conforme all'intenzione della testatrice. Ciò dimostra che in pratica il fedecommissio lasciava designare un „amministratore” dei beni ereditari a tempo determinato. Come si evince dalla fattispecie esaminata, esisteva sempre la possibilità di ricompensarlo delle difficoltà legate alla loro amministrazione. Anche quando l'ereditando non avesse avuto intenzione di approfittare di questa possibilità, il diritto ereditario prevedeva per l'„amministratore” la *quarta Pegasiana*.

Della possibilità di affidare l'eredità a tempo determinato in cui il fedecommissario non era in grado di disporre da solo dei beni destinati per lui, approfittavano i testatori anche nelle circostanze un po' diverse. Istituito gli eredi li obbligavano a restituire, quando il fedecommissario sarebbe diventato una persona libera<sup>473</sup> oppure una

<sup>471</sup> Cfr. l'analisi dettagliata del testo di Manthe SCP, pp. 148-149.

<sup>472</sup> I.1.22 pr.

<sup>473</sup> D.36.1.26.1. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*.

persona *sui iuris*<sup>474</sup>. Quando come erede veniva indicato uno schiavo, l'eredità spettava al suo proprietario il quale disponeva liberamente e senza termine del patrimonio acquisito. Se, però, il testatore avesse obbligato con il fedecommesso il proprietario a trasferire i beni ereditari dopo la liberazione, lo costringeva a conservarne la sostanza e permetteva di farne uso solo al momento del realizzarsi della condizione. La stessa situazione si aveva nel caso della persona *alieni iuris*. L'eredità, che le veniva lasciata, spettava al *pater familias*. Se poi fosse stata emancipata, non doveva ricevere niente di essa. Continuando ad essere *suus heres* e succedendo al *pater familias*, le poteva spettare nel conteggio generale solo una parte di essa, a patto che questa persona non fosse stata diseredata, e l'eredità fino ad allora non fosse stata consumata. Invece il fedecommesso universale istituito sotto condizione dava al testatore la certezza, che il fedecommissario avrebbe ricevuto almeno tre quarti di eredità.

Gaio propose una combinazione molto interessante e pratica di *dies incertus*, la cui condizione era quella del raggiungimento di una determinata età da parte del fedecommissario, con la condizione che subordinava la restituzione dell'eredità all'ottenimento della libertà.

G. 2.276: *Item, cum senatus consulto prohibitum sit proprium servum minorem annis triginta liberum et heredem instituire, plerisque placet posse nos iubere liberum esse, cum annorum triginta erit, et rogare, ut tunc illi restitatur hereditas.*

Nel testo citato Gaio menzionò un *senatus consultum* non molto conosciuto approvato probabilmente ai tempi di Adriano o di Antonino Pio<sup>475</sup>. Esso vietava di liberare nel testamento o di costituire eredi i propri schiavi i quali non avevano compiuto 30 anni di vita. Nessuno poteva essere sicuro che sarebbe vissuto fino al giorno in cui avrebbe potuto costituire erede la schiava o lo schiavo scelto. Il giurista suggerì un'idea come, nonostante tutto, raggiungere

<sup>474</sup> D.36.1.20 pr. Paulus libro tertio ad Sabinum; D.36.1.23 pr. Ulpianus libro quinto disputationum; D.36.1.52. Papinianus libro undecimo quaestionum.

<sup>475</sup> E. Volterra, «Senatus consulta» nr 168, NNDI, vol. XVI, Torino 1969, p. 1075.

questo scopo. A suo giudizio si dovevano imporre due fedecommissi: il primo che obbligava l'erede a liberare la schiava o lo schiavo allorché avrebbero compiuto l'età richiesta; l'altro che esigeva allora la restituzione dell'eredità alla liberta o al liberto. Il fedecommissio universale veniva quindi istituito con lo stesso direttamente solo a condizione di ottenere la libertà; indirettamente, però, con il *dies incertus* del compimento dei 30 anni di vita siccome previsto nel *fideicommissum libertatis*. La soluzione presentata da Gaio permetteva di garantire la libertà, la cittadinanza e la successione universale pur nel rispetto alla fedeltà nonché alle norme del senatoconsulto.

Il fedecommissio universale lasciava realizzare i progetti degli ereditandi non solo in relazione ai fedecommissari, ma anche agli *heredes*. È noto a tutti il divieto dello *ius civile* riguardante la costituzione dell'erede *ex re certa*<sup>476</sup>. Attraverso il *fideicommissum hereditatis* effettivamente si poteva raggiungere lo stesso effetto. Si tratta ovviamente delle situazioni in cui si intendeva realizzare proprio tale disposizione *mortis causa* (il divieto menzionato spesso causava l'invalidità dei testamenti per la difettosa *institutio heredis*). Bastava, invece, obbligare l'erede a restituire a condizione che si sarebbe trattenuto un dato fondo<sup>477</sup> o determinati oggetti<sup>478</sup> o che gli sarebbe stata pagata oppure almeno si sarebbe trattenuto una certa

---

<sup>476</sup> Cfr. K. Neuner, *Die Heredis institutio ex re certa*, Giessen 1853; A. Suman, *op. cit.*, pp. 41-65; M. David, *Studien zur heredis institutio ex re certa im klassischen römischen und justinianischen Recht*, Leipzig 1930; Voci DER II, pp. 142-158; Kaser RP, pp. 687-688; W. Wolodkiewicz — M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, pp. 186-187.

<sup>477</sup> D.31.77 pr. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.1.16. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.74. Pomponius *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.83. Paulus *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro II*.

<sup>478</sup> D.36.1.28.14. Julianus *libro quadragesimo digestorum*; D.36.1.58. Papinianus *libro septimo responsorum*; cfr. D.36.1.30. Marcianus *libro quarto institutionum*. (= I.2.17.3)

somma<sup>479</sup>. In questo modo i beni designati dal testatore rimanevano all'erede, mentre il resto del patrimonio lo otteneva il fedecommissario quale successore universale dell'ereditando<sup>480</sup>. Il *fideicommissum hereditatis* non cambiava, però, l'ordine che per la *institutio heredis* era previsto dallo *ius civile*: la persona che veniva gravata del fedecommissato doveva sempre essere costituita erede in modo proprio (a meno che non fosse erede intestato o fedecommissario universale). Il fedecommissato produceva, invece, l'eliminazione in effetti di un'altra barriera alla libera successione, quale incontravano gli ereditandi nell'ambito dell'*institutio ex re certa*. Ne consegue di nuovo che l'effetto impossibile da ottenere sotto l'egida dello *ius civile*, veniva raggiunto grazie al *fideicommissum hereditatis*.

Si è già detto delle ragioni per cui il *dies incertus*, nella forma della richiesta a raggiungere una certa età da parte del fedecommissario, aveva carattere di condizione. Un esempio ancora più evidente di *condicio* costituiva la clausola che il fedecommissato universale sarà dovuto solo allorché la persona gravata di esso sarebbe morta prima di una certa età<sup>481</sup>. Ovviamente in questa situazione l'eredità veniva richiesta dai suoi eredi. In questo caso la morte precedente alla data stabilita permetteva di rivendicare il

---

<sup>479</sup> D.31.77 pr. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.35.1.109. Scaevola *libro vicesimo digestorum*; D.35.2.30.7. Maecianus *libro octavo fideicommissorum*; D.35.2.93. Papinianus *libro vicesimo quaestionum*; D.36.1.1.17,21. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.24. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*; D.36.1.60.3. Papinianus *libro nono responsorum*; D.36.1.65.6. Gaius *libro secundo fideicommissorum*. Cfr. anche D.36.1.11 pr. Ulpianus *libro quarto fideicommissorum*; D.36.1.28.15. Julianus *libro quadragensimo digestorum*.

<sup>480</sup> Però se l'erede non avesse tenuto per sé gli oggetti o le somme indicate dal testatore, ma li avrebbe trasferiti insieme al resto dell'eredità, al fedecommissario passavano le azioni che riguardavano pure essi, cfr. D.36.1.65.3. Gaius *libro secundo fideicommissorum*. Se, invece, avesse accettato l'eredità in forza allo *iussum* del pretore, in genere avrebbe perso il diritto di tenerli, cfr. D.36.1.28.14. Julianus *libro quadragensimo digestorum*.

<sup>481</sup> D.31.69.2. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.35.1.102. Papinianus *libro nono responsorum*; D.35.2.15.3. Papinianus *libro tertio decimo responsorum*; D.35.2.95.1. Scaevola *libro vicesimo primo digestorum*.

*fideicommissum hereditatis*, mentre prima la morte del fedecommissario toglieva a lui e al suo *heres* il diritto alla successione universale all'ereditando.

La condizione posta era formulata in modo negativo e la sua realizzazione era indipendente dalle parti interessate. Le fonti indicano che l'età della persona gravata di fedecommissato veniva indicata spesso con il raggiungimento della *pubertas*<sup>482</sup>. Sembra che in tale modo gli ereditandi si riservassero un certo ordine di successione universale nell'eventualità che il loro successore nella totalità dei diritti non fosse ancora in grado di deciderne da solo. Persino lo stabilire per lui un'età maggiore, per esempio 30 anni, pare servisse a un simile fine<sup>483</sup>. Il testatore determinava quando a suo giudizio questa persona sarebbe stata capace di prendere decisioni sagge ed indipendenti. Nel proprio interesse spostava quindi il limite della maturità più di quanto lo prevedeva la legge.

Nel caso in cui il successore universale fosse morto in giovane età, l'eredità acquisita da lui sarebbe spettata intestatamente ai parenti e non ai figli che ancora non aveva. Onde evitare di disperdere il patrimonio tra i membri della famiglia, il testatore poteva subito attraverso il *fideicommissum hereditatis* stabilire a chi doveva spettare la successione universale<sup>484</sup>. Ciò significherebbe che faceva un'eccezione per la prole della persona gravata del fedecommissato, il che poteva essere vero anche nel determinare la condizione fino ai 30 anni. Si esprimerebbe a favore di tale motivazione degli ereditandi l'esistenza di un'altra *condicio* nelle fonti. In essa l'esigibilità del fedecommissato universale veniva condizionata alla morte di una

---

<sup>482</sup> D.31.69.2. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.35.2.95.1. Scaevola *libro vicesimo primo digestorum*.

<sup>483</sup> D.35.1.102. Papinianus *libro nono responsorum*.

<sup>484</sup> Ovviamente si tratta della successione universale al testatore, e non alla persona la quale era gravata del fedecommissato universale. Questa nel suo patrimonio poteva avere, oltre l'eredità ottenuta, anche altri beni.

persona senza figli, gravata del *fideicommissum hereditatis*, prima di raggiungere i 20<sup>485</sup> o i 30<sup>486</sup> anni di vita.

Non c'è, invece, dubbio che alla piena realizzazione di tale scopo serviva aggiungere la condizione *si sine liberis decesserit*<sup>487</sup>. Allora il fedecommissario poteva rivendicare l'eredità, se solo la persona gravata del fedecommissato fosse morta senza lasciare figli<sup>488</sup>. Non aveva, invece significato quando fosse avvenuta la sua morte. Nel caso della *condicio si sine liberis decesserit* pure gli eredi soltanto di questa persona erano obbligati a restituire l'eredità. Come fedecommissari venivano indicati molto spesso i membri della famiglia. Ciò significherebbe che il motivo principale dell'allegata *condicio* in questione consisteva nello stabilire la sorte dell'eredità se essa non fosse spettata ai figli dell'erede o del fedecommissario universale. Se a questo si aggiunge che molto spesso come fedecommissari venivano indicati i parenti, si vede che la clausola

<sup>485</sup> D.36.1.80.5. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*.

<sup>486</sup> D.36.1.80.4. Scaevola *libro vicensimo primo digestorum*.

<sup>487</sup> D.30.123 pr. Marcellus *libro singulari responsorum*; D.36.1.3.4. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.18.4,5,8. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.23.4. Ulpianus *libro quinto disputationum*; D.36.1.26.2. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*; D.36.1.33. Celsus *libro vicesimo digestorum*; D.36.1.34. Marcianus *libro octavo institutionum*; D.36.1.59.1. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.64 pr. Scaevola *libro quarto responsorum*; D.36.1.79 pr.-1. Scaevola *libro vicensimo digestorum*; D.36.1.83. Paulus *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro II*; PS 4.1.13; C.6.42.5. Antoninus (a. 224); C.6.46.1. Severus et Antoninus (a. 197); C.6.50.10. Gordianus (a. 241). Sulla condizione *si sine liberis decesserit*: J.A.C. Thomas, *Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*, RIDA 5/1958, pp. 584-587; W. Gordon, *Roman and Scots Law — The Conditiones Si Sine Liberis Decesserit*, The Juridical Review (The Law Journal of Scottish Universities) 1969, pp. 108-127; Torrent FFR, pp. 52-60, 106-109, 110-122 (= *The Nature of the Fideicommissum „Si Sine Liberis Decesserit”*, TR 43/1975, pp. 73-83); X. D'Ors, *op. cit.*, pp. 266-288.

<sup>488</sup> D.35.1.101.1. Paulus *libro octavo responsorum*; cfr. D.50.16.84. Paulus *libro secundo ad Vitellium*; D.50.16.148. Gaius *libro octavo ad legem Iuliam et Papiam*; D.50.16.220 pr.,2. Callistratus *libro secundo quaestionum*.

*si sine liberis decesserit*, serviva positivamente a conservare il patrimonio ereditario nelle mani dei membri della famiglia<sup>489</sup>. Ciò poteva sembrare indispensabile non a un solo ereditando, se in mancanza di prole, che di solito ereditava, i beni non sarebbero rimasti in famiglia in modo naturale. Perciò così spesso sotto la condizione *si sine liberis decesserit* veniva istituito il fedecommesso familiare (*fideicommissum familiae relictum*).

Il *fideicommissum quod familiae relinquitur*<sup>490</sup> come tipo speciale di fedecommesso si formò probabilmente solo nel II° secolo d.C. La sua prima menzione trovasi nel 39° libro dei *digesta* di Giuliano<sup>491</sup>. Tale datazione sarebbe anche conforme con tutto quello che si sa del processo di sviluppo del fedecommesso in quanto istituzione giuridica. Lo scopo appariscente per gli ereditandi, nell'istituire il fedecommesso familiare, consisteva nel trattenere beni concreti o eredità intere nell'ambito della *familia, nomen familiae* o *nomen* del testatore<sup>492</sup>. L'essenza di ogni fedecommesso era costituita dalla volontà contenuta nella *rogatio* di obbligare le persone a cui erano spettati i beni ereditari. Nel *fideicommissum familiae relictum* il testatore, il quale chiedeva che le persone legate da vincoli familiari si tenessero degli oggetti concreti o l'eredità intera, mostrava la volontà di renderli inalienabili fuori del gruppo dei soggetti che continuavano la sua stirpe. Perciò grazie al fedecommesso produceva

<sup>489</sup> D.30.123 pr. Marcellus *libro singulari responsorum*; D.36.1.3.4. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.18.5. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.36.1.26.2. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*; D.36.1.59.1. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.64 pr. Scaevola *libro quarto responsorum*; D.36.1.79 pr.-1. Scaevola *libro vicensimo digestorum*; D.36.1.83. Paulus *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris VI libro primo seu decretorum libro II*; C.6.46.1. Severus et Antoninus (a. 197); C.6.50.10. Gordianus (a. 241).

<sup>490</sup> Sul *fideicommissum familiae relictum* cfr. B. Brugi, *s.v. Fedecommesso* (*Diritto romano, intermedio, odierno*), Digesto Italiano, vol. XI. *Parte prima*, Torino 1895, pp. 592-593, 602-605; Declareuil TF, pp. 148-155; Torrent FFR; cfr. anche X. D'Ors, *op. cit.*, pp. 266-288.

<sup>491</sup> D.36.1.26.2. Julianus *libro trigensimo nono digestorum*.

<sup>492</sup> Cfr. l'analisi dettagliata di Torrent FFR, pp. 18-24.

l'inefficacia delle disposizioni fatte dagli eredi, dai legatari e dai fedecommissari, e così evitava la dispersione del *patrimonium*. Il fedecommesso familiare poteva essere un fedecommesso singolare o universale. Sembra, però, che i fedecommissi familiari, il cui oggetto costituivano sia eredità intere sia parti frazionarie di esse, acquisivano un significato particolare. In conseguenza del privare i fedecommissari successivi del diritto di disporre della *hereditas* acquisita, essa non passava ai loro eredi testamentari o intestati, ma finiva nelle mani delle persone indicate dal *de cuius*<sup>493</sup>.

L'ereditando con grande libertà regolava la sua successione universale, onerando del fedecommesso familiare *pure* o a condizione oppure a termine — specialmente *post mortem* e *si sine liberis decesserit*. Poteva indicare un fedecommissario, poteva costituirne tutta una serie. Poteva designare le singole persone, ma aveva anche il diritto di lasciare la loro scelta, sempre tra i parenti, agli eredi od ai fedecommissari successivi<sup>494</sup>. Si vede, quindi, che la volontà del *de cuius* vincolava le persone che godevano dei beni ereditari per lungo tempo dopo la sua morte. La legge non permetteva che questo durasse *ad infinitum*; ne è testimonianza il frammento tratto dal nono libro delle *regulae* di Modestino.

D.31.32.6. Modestinus *libro nono regularum*: *In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

<sup>493</sup> Cfr. Torrent FFR, pp. 16, 25-26, 61-105.

<sup>494</sup> D.36.1.18.6. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.34.5.7.1. Gaius *libro primo fideicommissorum*; D.36.1.59.2. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.31.67 pr. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; cfr. anche D.30.75 pr. Ulpianus *libro quinto disputationum*; D.31.24. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*; D.31.67.7. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; D.32.11.7-8. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*. Cfr. E. Albertario, *op. cit. ult.*, pp. 42-47.

Dal testo citato risulta che in primo luogo a ricevere l'eredità in base al *fideicommissum familiae relictum* fossero autorizzate le persone designate per nome dal *de cuius*. Dopo costoro, di solito a seguito della loro morte, i beni ereditari potevano essere rilevati dai parenti viventi ancora a quel momento, i quali erano nati prima della morte dell'ereditando, o dei loro figli. Perciò il fedecommesso familiare vincolava solo le persone *ex nomine defuncti*, le quali vivevano al momento della sua morte nonché loro discendenti di primo grado. Le eventuali emancipazioni non costituivano in questo ambito alcun ostacolo<sup>495</sup>.

L'ultimo frammento del D.31.32.6, che comincia con le parole *nisi specialiter*, significherebbe che il *de cuius* avrebbe potuto autorizzare a costituire un fedecommesso familiare anche altre persone. Oltre a quelli elencati rimanevano, però, ancora solo i discendenti di grado più lontano, le *personae incertae* o il *postumus alieni*. Il *senatus consultum* approvato per l'iniziativa dell'imperatore Adriano vietò i fedecommessi a beneficio delle due ultime categorie di soggetti<sup>496</sup>. Invece la possibilità di istituire i fedecommessi per il *postumus alieni* venne ripristinata nel diritto giustiniano<sup>497</sup>. Parimenti soltanto Giustiniano ampliò il diritto al *fideicommissum familiae relictum* ai discendenti fino al quarto grado di parentela<sup>498</sup>. Giustamente perciò si contesta la provenienza classica di questa parte dal D.31.32.6<sup>499</sup>.

La delimitazione giuridica della cerchia di persone autorizzate al fedecommesso familiare portava con sé due conseguenze. La prima per forza di cose consisteva nello stabilire l'ordine in cui le persone

<sup>495</sup> D.31.69.4. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*. Esempi di *fideicommissum familiae relictum* ottenuto da discendenti di primo grado sono contenuti in D.31.77.32. Papinianus *libro octavo responsorum* e in D.32.11.9. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum*.

<sup>496</sup> G.2.287; v. *supra* pp. 146-149.

<sup>497</sup> C.6.48.1. Justinianus (a. 528-529); I.2.20.28; I.3.9 pr.; v. *supra* p. 149.

<sup>498</sup> Nov. 159.2 (a. 555).

<sup>499</sup> Cfr. *Index Interpolationum*, vol. II, Weimar 1931, *ad h.l.* nonché Torrent FFR, pp. 27-28.

successive richiedevano i beni del fedecommissario. La seconda conseguenza aveva carattere strutturale. Permettendo che i beni ereditari fossero rilevati da tutti i parenti viventi o dai loro figli, sviavano l'attenzione dalla possibilità voluta dal *de cuius* di soddisfare da parte di persone concrete i propri bisogni grazie all'eredità. Venne fuori, invece, nel *fideicommissum familiae relictum* il divieto di alienare i beni che dovevano rimanere nelle mani dei membri della famiglia, indipendentemente dal fatto se erano loro utili. Ebbe, quindi, luogo una certa istituzionalizzazione di questo fedecommissario, il che tra l'altro confermò la giustizia di differenziarlo come tipo separato di fedecommissario.

Grazie al *fideicommissum familiae relictum* l'ereditando poteva determinare tutto l'ordine della successione universale. Anche se già esaurita, l'eredità continuava a rimanere per un certo tempo in famiglia e solo l'ultimo degli autorizzati viventi riacquistava la libertà di disporre. Dunque, in pratica, il *de cuius* decideva della sorte del proprio patrimonio per tanti anni, se non per decenni. Oltre all'influsso in un arco di tempo così largo, l'ereditando godeva della possibilità di stabilire liberamente l'ordine dei fedecommissari. Colpisce specialmente il suo diritto di lasciare al fedecommissario la scelta di un ulteriore successore riguardo alla totalità dei diritti. Se si aggiunge a ciò che il *de cuius* poteva attraverso il fedecommissario sostituire gli eredi a vicenda<sup>500</sup>, si può constatare che egli godeva in realtà della libertà nel disporre del proprio patrimonio *mortis causa*, ovviamente a patto che nel modo giusto utilizzasse le possibilità offertegli dai regolamenti giuridici.

Tra gli istituti di diritto civile solo l'effetto della sostituzione pupillare si lasciava paragonare con l'effetto raggiunto grazie al fedecommissario in cui attraverso l'aggiunta della condizione o del

---

<sup>500</sup> D.30.123 pr. Marcellus *libro singulari responsorum*; D.36.1.3.4. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; D.36.1.59.1. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.79 pr. Scaevola *libro vicesimo digestorum*; D.36.1.80.4. Scaevola *libro vicesimo primo digestorum*.

termine veniva spostato nel tempo il momento della restituzione<sup>501</sup>. Grazie alla *substitutio pupillaris* l'ereditando poteva determinare la sorte dell'eredità anche dopo l'*aditio hereditatis* perché la sua essenza si esprimeva nella costituzione dell'erede per il proprio successore. Il diritto permetteva, però, tale „intervento in futuro” solo se successore del testatore fosse stato un discendente immaturo. Nei confronti degli *heredes extranei*, costituiti eredi, tale sostituzione sarebbe stata invalida. Lo notò Gaio:

G. 2.184: *Extraneo vero heredi instituto ita substituere non possumus, ut, si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit, sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam vel ex parte restituat. Quod ius quale sit, suo loco trademus.*

Il frammento presentato delle Istituzioni costituisce la conclusione dello studio sulla *substitutio pupillaris* G. 2.179-184. Il giurista propose di applicare il fedecommesso universale nella situazione in cui la sostituzione non avesse dato effetti, perché l'*institutus* non era un discendente immaturo dell'ereditando. Nella dottrina entrò in uso perfino di parlare della cosiddetta sostituzione fedecommissaria la quale veniva applicata sia alle eredità, sia ai legati<sup>502</sup>. In questo contesto come caso specifico di tale sostituzione

---

<sup>501</sup> Sulla *substitutio pupillaris*: E. Costa, *Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel diritto romano*, BIDR 6/1893, pp. 245-332; G. La Pira, *La sostituzione pupillare*, Studi Bonfante, vol. III, Milano 1930, pp. 271-347; H.J. Wolff, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'Heres' — Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, Studi Riccobono, vol. III, Palermo 1936, pp. 435-470; J. Vážny, *Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare*, BIDR 47/1940, pp. 31-62; B. Perrin, *La substitution pupillaire à l'époque de Cicéron (étude de quelques textes)*, RHDFE 27/1949, pp. 335-376, 518-542; S. Solazzi, «*Unum testamentum duarum hereditatum*», Labeo 1/1955, pp. 190-194; P. Voci, *La sostituzione pupillare nel diritto romano*, AG 149/1955, pp. 3-60; G. Finazzi, *Heredem esse in tutelam suam venire: riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare*, BIDR 94-95/1991-1992, pp. 105-156.

<sup>502</sup> Cfr. A. Rudoff, *Pflichttheilsverlsverletzung durch gegenseitige Fideicommisszsubstitution des Ueberlebenden, an einem Rechtsfall erläutert*,

fedecommissaria veniva ritenuto il *fideicommissum familiae relictum*<sup>503</sup>.

Nel diritto classico l'espressione *substitutio fideicommissaria* sembra estranea alle fonti<sup>504</sup>. Se i termini *substitutio* oppure *substituere* sono apparsi in seguito al *fideicommissum hereditatis*, sicuramente non vennero utilizzati in senso tecnico<sup>505</sup>. Ciò risulta già dall'enunciato univoco di Gaio il quale contrappose nettamente il fedecommesso universale possibile alla sostituzione impossibile. Invece con il nome sostituzione venivano chiamati prima di tutto quei fedecommissi in cui all'erede veniva data una certa libertà di scegliere il fedecommissario<sup>506</sup>. Però gli effetti raggiunti grazie al fedecommesso si differenziavano notevolmente dagli effetti dati dalla *substitutio vulgaris* o dalla *substitutio pupillaris*<sup>507</sup>. Nella sostituzione ordinaria il *substitutus* entrava al posto dell'*institutus*, il quale non poteva oppure non voleva accettare l'eredità. Il sostituto diventava dunque direttamente erede del testatore. Invece nella sostituzione pupillare egli era soltanto successore del pupillo e solo allora quando

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 5/1862, pp. 261-270; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Roma 1928, pp. 712-714; Bartošek SCT, pp. 201-207; Biondi STD, p. 476; J. Iglesias, *Estudios. Historia de Roma. Derecho romano. Derecho moderno*, Madrid [1968], pp. 166-169; Voci DER II, pp. 244-245; Jörs-Kunkel-Wenger, p. 499.

<sup>503</sup> Cfr. ad esempio S. Perozzi, *op. cit.*, p. 713.

<sup>504</sup> Ch. Maynz, *Cours de droit romain*, vol. III, Bruxelles 1877, p. 573 n. 96; Bartošek SCT, 202; Biondi STD, p. 478.

<sup>505</sup> Cfr. D.31.77.13. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.59.2. Papinianus *libro octavo responsorum*; D.36.1.64.1. Scaevola *libro quarto responsorum*; D.36.1.78. Scaevola *libro nono digestorum*; C.6.42.5. Alexander (a. 224).

<sup>506</sup> Bartošek SCT, p. 202.

<sup>507</sup> Sulla *substitutio vulgaris*: S. Solazzi, «*Vulgaris substitutio*», SDHI 16/1950, pp. 1-12; Id., *Postilla a «vulgaris substitutio»*, SDHI 16/1950, pp. 285-286; U. Robbe, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano 1953; P. Voci, *Esegesi di IP. 3.4B.4,5*, Synteleia Arangio-Ruiz, vol. I, Napoli 1964, pp. 510-514; G. Negri, *Sostituzione ordinaria (diritto romano)*, Enciclopedia del diritto, vol. XLIII, [Milano] 1990, pp. 126-137; A. D. Manfredini, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, pp. 55-58.

quest'ultimo fosse morto prima di raggiungere la maturità. Ogni sostituzione dava, quindi, la successione nella totalità dei diritti a qualcun altro. Il fedecommesso permetteva di raggiungere un effetto diverso nei confronti di entrambe le sostituzioni<sup>508</sup>. Obbligando l'erede a restituire l'eredità alla persona designata ne conseguiva che essa diventava successore universale del testatore così come nella *substitutio vulgaris*, ma solo dopo un certo tempo, come accadeva nella *substitutio pupillaris*. Però con questa differenza che il ritardo nel trasferire l'eredità poteva essere definito in diversi modi, e non solo con la condizione: se il *pupillus* morirà prima di raggiungere la *pubertas*. L'eredità spettava prima all'erede, e poi, spesso solo dopo la sua morte, al fedecommisario. Del resto il fedecommesso poteva essere imposto ai successivi fedecommisari, e così si otteneva tutta una serie di successori del *de cuius* riguardo alla totalità dei diritti. Inoltre le sostituzioni venivano applicate solo nella successione testamentaria, mentre fedecommisariamente venivano obbligati anche gli eredi *ab intestato*. Quindi i fedecommessi universali offrivano grandi possibilità in confronto ad entrambi i tipi di sostituzione. Non dovrebbe, però, sfuggire che il *fideicommissum hereditatis* non serviva a raggiungere esattamente gli stessi scopi. Trovò una propria collocazione giuridica e non cercò di subentrare né alla *substitutio vulgaris*, né alla *substitutio pupillaris*. Aprì, invece, davanti agli ereditandi nuove, larghe prospettive per una libera disposizione del patrimonio *mortis causa* e permise degli „interventi in futuro” in un ambito quale non offriva alcuna altra istituzione giuridica.

Le differenze indicate creano le basi per distinguere l'effetto raggiunto con l'applicazione del fedecommesso universale, dalla sostituzione ordinaria e da quella pupillare. Almeno nel diritto classico non c'è motivo per sostenere l'esistenza di un nuovo tipo di sostituzione. Basta infatti ricordare la possibilità di designare

---

<sup>508</sup> Il fedecommesso universale avente per condizione che l'erede non sarebbe arrivato all'età designata, tra l'altro permetteva di raggiungere l'effetto più affine alla sostituzione pupillare, v. *supra* pp. 202-205, 218.

successivamente i successori universali, quale veniva creata dal *fideicommissum hereditatis*. Si raggiungeva, in verità, in questo modo l'effetto di una certa sostituzione, ma esso era nella sua essenza maggiormente complesso. E ciò non dovrebbe stupire, se così pluridimensionale era la realtà giuridica del fedecommesso universale.

#### D) CONCLUSIONI

All'inizio del capitolo ci si è posta la domanda sulle nuove funzioni, quali in confronto alle istituzioni giuridiche già esistenti, svolgeva il fedecommesso universale. Le considerazioni finora fatte hanno permesso di indicare tutta una serie di scopi che vennero raggiunti dagli ereditandi grazie al *fideicommissum hereditatis*. È stato dimostrato che potevano nominare propri successori universali non solo i soggetti che conformemente al diritto civile avevano la capacità di accettare le disposizioni *mortis causa*. Perciò grazie al fedecommesso universale i *municipia* e le *civitates*, i Latini Iuniani e le donne comprese dal regolamento della *lex Voconia*, e in alcuni periodi storici anche gli stranieri, le *incertae personae*, i *postumi alieni*, i *caelibes* e gli *orbi* diventavano successori a titolo generale.

In tempi più tardi sotto l'impero di Antonino Pio venne definitivamente subordinato ai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano il *fideicommissum hereditatis* imposto agli eredi *ab intestato*. Ciò creò parecchie agevolazioni agli ereditandi. Grazie ad esso poterono evitare i pericoli, quali per le disposizioni *mortis causa* venivano creati dalla procedura *contra tabulas*. L'eredità fedecommissaria li proteggeva dalle complicazioni giuridiche legate alla compilazione del testamento nonché non permetteva di indicare il successore a titolo generale, quando esisteva il timore che non si sarebbe riuscito a rispettare la forma rigorosamente richiesta della *heredis institutio*. Il fedecommesso in cui gli eredi *ab intestato* venivano obbligati a restituire la parte frazionaria di eredità, permetteva anche di limitare le partecipazioni, quali erano previste per loro dal diritto ereditario. Inoltre, grazie al *fideicommissum*

*hereditatis* imposto *ab intestato* gli ereditandi acquisivano la possibilità di aggirare l'ostacolo dell'accessorietà del fedecommesso universale. Erano anche in grado di rendere la sua esistenza indipendente dal comportamento dell'erede testamentario. Ciò aveva importanza prima di tutto nel caso in cui l'erede fosse morto prima dell'*aditio hereditatis*.

L'aggiunta del *dies certus*, del *dies incertus* o della *condicio* al fedecommesso universale permetteva agli ereditandi di realizzare molti propositi legati alla sorte del patrimonio dopo la morte. Così il termine *cum morieris* rendeva possibile di fornire dei mezzi di sostentamento prima di tutto l'erede, anche se poteva realizzare lo scopo alimentare anche nei confronti dei successivi fedecommissari universali. Mettendo la condizione che il fedecommissario avrebbe dovuto raggiungere una certa età, l'ereditando richiedeva di trasferirgli l'eredità solo quando sarebbe stato in grado di gestirla consapevolmente e da solo. In questo caso onerando del fedecommesso universale si indicava nella persona dell'erede l'„amministratore” dell'eredità per un certo periodo. Con successo si poteva procedere così allorché il fedecommissario non avesse ancora raggiunto la maturità. Si evitava allora la diminuzione del patrimonio che poteva derivare dalla amministrazione tutoria. Ugualmente l'ereditando poteva affidare all'erede il ruolo di „amministratore”, quando la persona che voleva rendere proprio successore universale, non era ancora libera o *sui iuris*. Allora, appena realizzata la condizione, era certo che l'eredità fedecommissaria sarà restituita e andrà a questa persona. L'erede, invece, non rimaneva senza retribuzione per l'„amministrazione” effettuata e anche se per lui non era stato previsto niente, riceveva la *quarta Pegasiana*.

Il condizionare la *restitutio hereditatis* al fatto che l'erede dovrà raggiungere l'età determinata, aveva uno scopo completamente diverso. Grazie a tale condizione l'ereditando stabiliva l'ordine della successione universale a sé nel caso in cui l'erede non avesse raggiunto la maturità per assumere decisioni sagge e indipendenti sulla sorte del patrimonio che aveva ereditato. Alla clausola di un determinato ordine nel succedere all'ereditando serviva anche la

condizione *si sine liberis decesserit*. Essa, al pari della clausola *cum morieris*, veniva volentieri applicata nei fedecommissi familiari. Lo scopo della loro istituzione consisteva nel trattenere efficacemente l'eredità nell'ambito della *familia* o *nomen* del testatore, e nel contempo serviva ad evitare la disposizione del patrimonio nelle mani di molti membri della famiglia cui sarebbe spettato nella successione *ab intestato*. Inoltre, l'ereditando mettendo nel *fideicommissum familiae relictum* l'ordine della successione acquisiva la sicurezza che dopo la sua morte alle persone designate sarebbero stati garantiti i mezzi di sussistenza.

Nel fedecommissio familiare l'ereditando godeva di una libertà illimitata nello stabilire l'ordine della successione. Poteva sostituire a vicenda gli eredi ed i fedecommissari. Capitava pure che agli eredi o ai successivi fedecommissari lasciava scegliere un altro successore, di solito però tra un gruppo di soggetti precedentemente indicati. Le decisioni dell'ereditando, specialmente quelle contenute nel *fideicommissum familiae relictum*, vincolavano per diversi anni, addirittura per decine d'anni dopo la sua morte. E l'esempio più eloquente di ciò è costituito dal fatto che attraverso l'applicazione del fedecommissio universale si poteva indebolire molto la posizione dell'erede. Finora la sua dipendenza dalla volontà dell'ereditando si limitava a designare l'erede, alle eventuali sostituzioni e alle diminuzioni del patrimonio che diventavano efficaci insieme all'accettazione dell'eredità. Il fedecommissio universale dava invece la possibilità di richiedere efficacemente all'erede la *restitutio hereditatis* a beneficio della persona che poteva essere obbligata a restituire successivamente l'eredità. All'erede in verità lasciava il titolo di *heres*, qualche volta la *quarta Pegasiana*, gli *iura sepulchrorum* o le *actiones operarum*. Però imponendo il *fideicommissum hereditatis* l'ereditando effettivamente raggiungeva i risultati della *heredis institutio* temporale, e il potere del successore sui beni ereditari si avvicinava allora nel suo carattere alla *proprietas ad tempus*. L'erede non una volta diventava in realtà solo un fiduciario che doveva mantenere e trasferire l'eredità alla persona che il testatore voleva vedere come proprio successore universale.

La posizione dell'*heres* dipendeva, quindi, dalla volontà dell'ereditando in misura imparagonabilmente maggiore di quanto fosse mai successo prima di concedere il riconoscimento giuridico ai fedecommissi universali.

Nei codicilli, anche quelli fatti *ab intestato*, si decideva della successione universale proprio grazie ai fedecommissi universali. Decisiva diventò la possibilità di inserire le clausole codicillari, conformemente alle quali la costituzione dell'erede in un testamento invalido o inefficace doveva essere trattato come *fideicommissum hereditatis*. Allora infatti la realizzazione della volontà del *de cuius* otteneva il suo maggiore trionfo: la persona che non sarebbe diventata successore a titolo generale come *heres*, ugualmente diventava successore universale in qualità di fedecommissario. Però dal testatore veniva richiesto di indicare esplicitamente l'intenzione a questo proposito. Questa esigenza era di carattere formale. Non ostacolava l'utilizzo del diritto di gravare gli eredi *ab intestato* con un fedecommissato universale. Non recava, quindi, danni alla libertà degli ereditandi di disporre *mortis causa*. Permetteva, invece, di evitare il caos giuridico e di cancellare i regolamenti dello *ius civile*. Dava anche la certezza che l'ereditando desiderava approfittare di questa libertà.

Il *fideicommissum hereditatis* ebbe un influsso decisivo sulle norme e sulle regole che sovrintendevano al diritto ereditario. Nello *ius civile*, chi una volta diventava erede del *de cuius*, continuava ad esserlo per sempre. Formalmente il fedecommissato universale non violò la regola *hereditas adimi non potest*, in altro modo formulata con le parole *semel heres semper heres*. *De facto*, però, costituiva l'elusione di essa, anche se veniva imposto solo *pure*, cioè senza aggiungere condizione o termine.

La stessa situazione si ebbe con l'*institutio heredis ex re certa*, proibita dal diritto civile. Tuttavia onerando l'erede a restituire l'eredità sotto la condizione che si sarebbe tenuto un fondo, una somma di denaro o altri beni, in effetti veniva raggiunto l'effetto della costituzione dell'erede verso singoli beni.

Il *fideicommissum hereditatis* dava la possibilità di interferire nella successione universale *mortis causa*, anche se essa si fosse

verificata *ab intestato*. Il fedecommesso universale imposto *ab intestato* rendeva possibile raggiungere l'effetto contrario alla regola espressa nella paremia *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Inoltre, esso costituiva una soluzione di carattere complessivo, cioè non creava una situazione straordinaria, giacché se ne potevano servire tutti gli ereditandi. Non veniva violata in questa occasione la stessa divisibilità strutturale tra la chiamata *ex testamento* e quella *ab intestato*. Accettato il *fideicommissum hereditatis ab intestato* è difficile, però, parlare dell'esistenza della contrapposizione tra questi due tipi di eredità. Ne risulta che chiarissimamente non si vedeva più il senso di attenersi rigidamente ai regolamenti del diritto civile. Il persistere nell'inderogabilità di alcune regole di esso doveva sembrare la manifestazione di un formalismo eccessivo e infondato.

Più volte è stato sottolineato che il fedecommesso universale non violava l'ordine dello *ius civile*. Formalmente vennero osservate sia le regole *semel heres semper heres* nonché *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, sia il divieto dell'*institutio ex re certa*. In pratica, però, grazie al *fideicommissum hereditatis* si riuscì a superare i limiti che scaturivano da esse. Pare che tale risultato diventasse possibile prima di tutto grazie alla scelta della *cognitio extra ordinem* come procedura in cui venne concesso il riconoscimento giuridico ai fedecommissi universali. In conseguenza di questa scelta era rispettato il diritto civile, nonostante le difficoltà che da esso venivano fuori e nel contempo era scongiurato il pericolo di una svolta incontrollata nei regolamenti esistenti, che avrebbe potuto portare perfino al disgregamento di tutto l'ordine precedente del diritto ereditario.

L'emissione del senatoconsulto Aproniano ebbe una particolare importanza per le valutazioni sul ruolo del fedecommesso universale. Ma non perché grazie ad esso il fedecommesso universale diventò l'unico modo per rendere il *municipium* o la *civitas* successore nella totalità dei diritti da parte di uno che non era il loro liberto. L'approvazione del *senatus consultum Apronianum* è prima di tutto un segno di riconoscimento per il *fideicommissum hereditatis* come

istituzione giuridica nonché costituisce la prova che non veniva trattato come un male necessario o una resa di fronte alla pratica imperante che non si riusciva a dominare altrimenti se non inquadrandola nell'ambito giuridico. Ulpiano usando il senatoconsulto Aproniano quale argomento per riconoscere ai municipi il diritto di richiedere la *bonorum possessio* provò che non solo le azioni degli imperatori e del senato, ma anche l'attività della giurisprudenza romana non mirava a inserire il fedecommesso universale nei limiti rigidi delle esigenze del diritto civile. Al contrario, cominciò ad essere usato con la piena consapevolezza di essere uno strumento per ampliare la libertà di disporre del patrimonio *mortis causa*.

Come hanno dimostrato le considerazioni fatte nel primo capitolo, la nuova istituzione giuridica, quale fu il *fideicommissum hereditatis* alle origini del principato, nacque dai bisogni della evoluzione giuridica. Evidentemente le norme della successione *mortis causa* esistenti ai tempi della repubblica non procedevano più di pari passo con le esigenze della prassi giuridica del tempo. La concessione della tutela giuridica al fedecommesso universale permise di rendere assai più elastici i regolamenti del diritto ereditario nonché rese possibile la loro formazione prammatica in futuro. Il vantaggio principale del *fideicommissum hereditatis* si dovrebbe ricercare nel fatto che grazie ad esso si poterono eliminare gli ostacoli esistenti, creati dalle vecchie norme nonché adeguare correntemente il diritto esistente alle nuove esigenze che continuavano a manifestarsi.

Gli effetti impossibili da raggiungere sotto l'egida dello *ius civile*, venivano ottenuti grazie al fedecommesso universale, cui si faceva ricorso così spesso data l'utilità molteplice della soluzione. Proprio esso aprì agli ereditandi le nuove, ampie prospettive di disporre liberamente del patrimonio *mortis causa* e permise gli „interventi in futuro” nell'ambito quale, nessuna altra istituzione giuridica finora conosciuta poteva offrire.



## CONCLUSIONE

Lo scopo delle considerazioni del presente studio è stato quello di trovare la risposta a due domande fondamentali: che cosa era il fedecommesso universale in quanto istituzione giuridica nonché alla realizzazione di quali fini esso poteva servire a coloro che desideravano decidere della sorte del proprio patrimonio *mortis causa*. La risposta alla prima domanda non si limita, contrariamente alle apparenze, al terzo capitolo perché essa non si limita solo a dimostrare la costruzione dogmatica del *fideicommissum hereditatis*. Bisogna sondare assai più profondamente, fino all'essenza stessa del fedecommesso universale perché non si possono capire i successivi regolamenti giuridici, così come non era possibile interpretare le disposizioni lasciate dal *de cuius*, se non si aveva la consapevolezza che il fedecommesso universale era la volontà espressa dall'ereditando di obbligare il successore *mortis causa* a titolo generale, a restituire l'eredità alla persona che in questo modo sarebbe dovuta diventare successore universale. Solo conoscendo l'essenza del fedecommesso universale, si può continuare a descrivere questa istituzione e dire che il testatore in essa chiedeva all'erede di trasferire al fedecommissario l'eredità o una parte frazionaria di essa; che gli ereditandi chiedevano anche ai fedecommissari universali di trasferire successivamente le eredità fedecommissarie; che in generale non c'erano limiti riguardo al numero dei fedecommissari universali successivi, sebbene a quanto pare, nel diritto classico lo potevano diventare solo coloro che erano viventi, e soltanto nel *fideicommissum familiae relictum* oltre alle persone *ex nomine defuncti* le quali erano vive al momento della morte del testatore, i loro discendenti di primo grado ottenevano l'eredità fedecommissaria; che pure le persone prive della cosiddetta *testamenti factio passiva* o *capacitas* potevano diventare fedecommissari; che dai

tempi di Antonino Pio gli ereditandi con piena libertà oneravano del *fideicommissum hereditatis* non solo gli eredi *ex testamento*, ma anche quelli chiamati all'eredità *ab intestato*; che di regola senza limiti si potevano aggiungere condizioni o termini ai fedecommissi universali.

Il fatto di cercare l'essenza del fedecommisso universale nella volontà di obbligare, sembra perfino oggi un concetto estremamente moderno. Il basarla sull'intenzione effettiva, ogni volta costringeva a valutare se in una data dichiarazione di volontà l'idea dell'ereditando aveva trovato la sua piena espressione. Oltre allo scetticismo nell'interpretare gli atti di ultima volontà, che costringeva a esaminarli prendendo in considerazione il loro possibilmente più largo contesto e tutte le circostanze che li accompagnavano, nonché il preporre la volontà effettiva di obbligare alla dichiarazione di essa, creava effetti di natura più generale. Il primo di essi consisteva nel dimostrare rispetto per il *de cuius*. Ciò aveva un aspetto non solo morale. Da un lato ciò era giusto ed equo con riguardo alla sua memoria nonché alla precedenza da dare alla verità circa i suoi desiderata. D'altra parte, un'esatta realizzazione della volontà del *de cuius*, e soprattutto il diffondere la convinzione della necessità di tale comportamento, permetteva ai potenziali ereditandi di nutrire la fondata speranza che anche la loro volontà sulla sorte del patrimonio *mortis causa* sarebbe stata realizzata.

Un ulteriore effetto era di carattere puramente pratico. Il basare l'essenza del fedecommisso universale sull'intenzione effettiva dell'ereditando permetteva di evitare la tentazione di istituire per il fedecommisso la forma prescritta dalla legge. Questa, infatti, sapeva di costrizione: in certi casi poteva portare a sacrificare la verità sulla volontà del *de cuius*. Per questo motivo, dunque, vien fuori una conclusione più generale: siccome sin dall'inizio per il fedecommisso non venne richiesta una determinata forma, l'esistenza del fedecommisso dimostrò che la tendenza contraria al formalismo delle azioni giuridiche ebbe il suo peso anche nel processo legislativo.

Il rispetto per i desiderata del *de cuius* si esprimeva non solo nell'interpretazione espressa dagli imperatori o dalla giurisprudenza a proposito delle dichiarazioni di volontà. Per un più pieno rispetto

delle intenzioni degli ereditandi servì anche l'attività del senato. I *senatus consulta Trebellianum* e *Pegasianum* approvati da esso avevano pertanto un'importanza fondamentale nella realizzazione delle intenzioni degli ereditandi i quali decidevano di servirsi dei fedecommissi universali. L'intenzione degli autori di tutti e due i senatoconsulti consisteva nel preparare sia le norme, sia le forme della restituzione dell'eredità fedecommissaria. Solo grazie alla loro creazione il fedecommissario poteva trovarsi *heredis loco* e allora si realizzava la successione universale *mortis causa* in base al *fideicommissum hereditatis*.

La risposta alla domanda che cosa era il fedecommissario universale, costituisce un'indicazione fondamentale per determinare i fini alla cui realizzazione esso poteva servire agli ereditandi. Dal contenuto della volontà di obbligare, la quale costituiva l'essenza stessa del *fideicommissum hereditatis* risulta che l'ereditando designava nel fedecommissario universale il proprio successore *mortis causa* a titolo generale. L'indicare il successore universale attraverso il fedecommissario universale doveva essere particolarmente apprezzato quando in nessun altro modo non era possibile raggiungerlo. E solo il *fideicommissum hereditatis* consentiva di determinare tutta una serie di ulteriori successori universali, decidendo della successione perfino per tante decine di anni a venire.

Nel quarto capitolo si è prestata l'attenzione alle singole funzioni che in pratica svolgeva il fedecommissario universale. Quindi nella sostanza è stato presentato il fine al quale venne utilizzata questa nuova istituzione giuridica. A questo punto vale la pena di formulare ancora una valutazione sul *fideicommissum hereditatis*. Le considerazioni presentate sembrano dimostrare che non abbia deluso le aspettative riposte in esso. Grazie all'elasticità del fedecommissario universale si riuscì con il suo aiuto a realizzare scopi sempre più nuovi ed a soddisfare le successive esigenze della prassi giuridica. Il fedecommissario universale dovette adempiere molto bene il suo ruolo, e nello stesso tempo essere effettivamente facile nell'applicazione, dato che gli ereditandi gli dimostrarono grande interesse e ne fecero quindi ampio uso.

E però, nella valutazione generale del fedecommesso universale in quanto istituzione giuridica non si può non rispondere a un certo dubbio. Esso viene sollevato come una specie di obiezione: che il motivo principale dell'enorme popolarità del fedecommesso non sia consistito nel fornire le occasioni per eludere le leggi vigenti. È, dunque, possibile attribuire la nascita del *fideicommissum* in generale, e in questo anche il *fideicommissum hereditatis*, alla straordinaria inclinazione della società contemporanea ad eludere le leggi<sup>509</sup>.

Dall'accusa sopra formulata nasce, dunque, la prima obiezione. L'elusione delle leggi vigenti poté essere causa dell'ampio interesse di cui godeva il fedecommesso universale. Tuttavia sembra assurdo il sospetto che il fatto di concedergli il riconoscimento giuridico fosse mirato a creare un metodo fisso per eludere la legge. Il dubbio sollevato acquista, però, un senso più profondo, se si rivela la convinzione nascosta in essa che l'unico diritto — degno di questo nome — fosse il diritto civile. Perciò tutto quello che non era in piena armonia con esso, costituiva un elemento estraneo, che agiva contro l'ordine esistente. Pare che alle origini di tale modo di pensare ci sia la convinzione dell'esistenza della cosiddetta verità formale, la quale si esprimeva con l'approvazione dei regolamenti precedenti (in questo caso dei regolamenti dello *ius civile*), indipendentemente dal fatto che il loro risultato fosse giusto o ingiusto, desiderato o dannoso per la prassi giuridica, utile o arrecante perdite ai soggetti partecipanti alla vita sociale oppure solo alla evoluzione economica. Sembra che si debba rinunciare a questa tesi così come all'obiezione mossa.

In effetti il *fideicommissum hereditatis* permetteva di realizzare quegli scopi che sotto l'egida dello *ius civile* erano irraggiungibili. Qualche volta questo avveniva perché il diritto civile istituiva dei divieti in un dato campo. Spesso, però, semplicemente non prevedeva certe soluzioni, e di conseguenza non dava nessun mezzo legale alla loro realizzazione. Tuttavia, attraverso il fedecommesso universale non vennero mai annullate le norme dello *ius civile*, anche se più volte venne modificata la loro portata. Nel maggior numero dei casi il

<sup>509</sup> Jörs-Kunkel-Wenger, p. 497.

fedecommeso universale permise la realizzazione di nuovi scopi. Perciò tra l'altro non portò a sconfessare le istituzioni già esistenti (può darsi ad eccezione del *legatum partitionis*, anche se pure questo non è del tutto certo).

Il *fideicommissum hereditatis* smise di essere solo un fenomeno sociale perché trovò la propria collocazione giuridica nonché la volontà del legislatore il quale decise di concedergli la tutela giuridica. Indubbiamente esisteva un enorme fabbisogno di una istituzione così moderna. Tra l'altro è noto che non si è provato di inquadrarlo nei limiti propri ai precedenti regolamenti dello *ius civile*. Perciò il fatto di concedergli il riconoscimento giuridico non può essere considerato il risultato di un caso o di una disattenzione del legislatore. Si deve vedere in esso piuttosto la risposta naturale ai bisogni sociali concreti; e il caso del fedecommeso dimostra che il diritto romano era in grado di darla immediatamente. E grazie al fatto che in esso esistevano tali meccanismi poteva continuare a svolgere effettivamente il suo ruolo che consisteva nell'organizzare le relazioni che si creavano tra le persone nonché nel garantire alla vita sociale l'ordine e la sicurezza.

Ci si avvaleva del fedecommeso universale perché era comodo nell'uso nonché per l'utilità delle soluzioni che offriva. Grazie a questa istituzione vennero aperte delle ampie prospettive per una libera disposizione del patrimonio *mortis causa*. Evidentemente ciò era conforme alle aspettative ed alle aspirazioni della società romana del periodo classico. Il fedecommeso universale dovette, quindi, la sua popolarità prima di tutto al fatto che dava la possibilità di „intervenire in futuro”, la qual cosa non offriva nessuna altra istituzione giuridica. I risultati raggiunti grazie alla sua applicazione ed esecuzione corrisposero evidentemente al senso di giustizia della società contemporanea, furono conformi alla *fides* e non distrussero l'ordine giuridico già esistente. Al contrario, il *fideicommissum hereditatis* gli fornì un'elasticità, per cui i regolamenti del diritto ereditario divennero sempre più efficaci e poterono rispondere meglio ai fabbisogni della vita pratica.



## INDICE DELLE FONTI

### I. FONTI GIURIDICHE

#### A) FONTI PREGIUSTINIANEE

CODEX THEODOSIANUS	1.33	— 159 <sup>349</sup>
8.16.1 pr. — 151 <sup>331</sup>	1.34	— 159 <sup>349</sup>
	1.35	— 159 <sup>349</sup>
FRAGMENTA GAI AUGUSTODUNENSIA	1.94	— 45 <sup>71</sup>
2.61 — 60 <sup>101</sup> , 65 <sup>122</sup>	2.34	— 87 <sup>166</sup>
2.62 — 60 <sup>101</sup>	2.35	— 87 <sup>166</sup>
2.63 — 60 <sup>101</sup> , 65 <sup>122</sup>	2.36	— 87 <sup>166</sup>
2.67 — 88, 89, 88-89 <sup>171</sup>	2.37	— 87 <sup>166</sup>
2.69 — 92 <sup>177</sup>	2.102	— 35
2.70 — 92 <sup>177</sup>	2.110	— 44 <sup>70</sup> , 144 <sup>310</sup>
2.71a — 60 <sup>100</sup>	2.111	— 150 <sup>327</sup> , 151 <sup>331</sup>
2.73 — 117 <sup>255</sup>	2.124	— 190 <sup>416</sup>
2.74 — 60 <sup>101</sup>	2.144	— 150 <sup>327</sup>
2.76 — 60 <sup>101</sup>	2.145	— 143 <sup>309</sup>
	2.146	— 143-144 <sup>309</sup>
GAI EPITOMAE	2.147	— 146 <sup>322</sup>
1.4 — 159 <sup>349</sup>	2.179	— 221
2.7.8 — 183 <sup>398</sup>	2.180	— 221
	2.181	— 221
GAI INSTITUTIONES	2.182	— 221
1.21 — 159 <sup>349</sup>	2.183	— 221
1.23 — 153	2.184	— 221
1.24 — 153, 154	2.218	— 44 <sup>70</sup> , 144 <sup>310</sup>
1.25 — 44 <sup>70</sup> , 144 <sup>310</sup>	2.226	— 25 <sup>21</sup>
1.28 — 159 <sup>349</sup>	2.232	— 204 <sup>454</sup>
1.29 — 159 <sup>349</sup>	2.235	— 140 <sup>351</sup> , 161 <sup>352</sup>
1.30 — 159 <sup>349</sup>	2.236	— 161 <sup>352</sup>
1.31 — 159 <sup>349</sup>	2.237	— 161 <sup>352</sup>
1.32 — 159 <sup>349</sup>	2.238	— 145 <sup>313</sup> , 146 <sup>314</sup>

- 2.239 — 145<sup>313</sup>  
 2.240 — 145<sup>313</sup>  
 2.241 — 145<sup>313</sup>,  
 146<sup>316</sup>, 146<sup>317</sup>,  
 146<sup>318</sup>  
 2.242 — 145<sup>313</sup>, 146  
 2.243 — 161<sup>352</sup>, 161<sup>354</sup>  
 2.248 — 16<sup>3</sup>  
 2.249 — 62, 63<sup>120</sup>  
 2.250 — 63, 197, 198  
 2.251 — 102<sup>204</sup>,  
 107<sup>224</sup>, 115<sup>247</sup>  
 2.252 — 88, 89, 93,  
 115<sup>247</sup>  
 2.253 — 61<sup>105</sup>, 97, 98,  
 99, 99<sup>192</sup>, 103,  
 106<sup>222</sup>  
 2.254 — 50<sup>84</sup>, 61<sup>111</sup>,  
 116<sup>249</sup>, 125-126,  
 128<sup>284</sup>, 133<sup>298</sup>  
 2.255 — 129<sup>287</sup>  
 2.256 — 125<sup>274</sup>  
 2.257 — 50<sup>84</sup>, 126<sup>276</sup>,  
 129<sup>285</sup>, 129<sup>286</sup>  
 2.258 — 117<sup>253</sup>, 117<sup>255</sup>  
 2.259 — 33<sup>37</sup>  
 2.260 — 33<sup>37</sup>  
 2.268 — 51<sup>85</sup>  
 2.269 — 51<sup>85</sup>  
 2.270 — 51<sup>85</sup>, 193<sup>421</sup>  
 2.270a — 51<sup>85</sup>, 61<sup>115</sup>,  
 183<sup>397</sup>  
 2.271 — 51<sup>85</sup>  
 2.272 — 51<sup>85</sup>  
 2.273 — 51<sup>85</sup>, 178<sup>385</sup>,  
 183  
 2.274 — 25<sup>19</sup>, 51<sup>85</sup>,  
 153, 158<sup>348</sup>  
 2.275 — 51<sup>85</sup>, 154  
 2.276 — 51<sup>85</sup>, 212  
 2.277 — 51<sup>85</sup>, 61<sup>112</sup>,  
 65, 201<sup>441</sup>,  
 202<sup>445</sup>, 204<sup>453</sup>  
 2.278 — 51<sup>85</sup>, 85<sup>158</sup>  
 2.279 — 51<sup>85</sup>  
 2.280 — 51<sup>85</sup>  
 2.281 — 51<sup>85</sup>, 67<sup>129</sup>  
 2.282 — 51<sup>85</sup>  
 2.283 — 51<sup>85</sup>  
 2.285 — 44, 45<sup>71</sup>, 47,  
 53, 55, 152, 156,  
 172, 123  
 2.286 — 53<sup>92</sup>, 150  
 2.286a — 44<sup>70</sup>, 53<sup>92</sup>, 150  
 2.287 — 147-148, 148,  
 149<sup>325</sup>, 156, 172,  
 219<sup>496</sup>  
 2.288 — 160, 162  
 3.15 — 38<sup>48</sup>  
 3.84 — 196<sup>430</sup>  
 3.85 — 187<sup>166</sup>  
 3.86 — 87<sup>166</sup>  
 3.87 — 87<sup>166</sup>  
 3.100 — 204<sup>454</sup>  
 4.34 — 102<sup>207</sup>  
 4.35 — 102<sup>205</sup>  
 4.36 — 102<sup>206</sup>  
 NOVELLAE POSTTHEODOSIANAE  
 22.2.2 — 60<sup>102</sup>  
 PAULI SENTENTIAE  
 3.5a — 74<sup>142</sup>  
 3.6.13 — 143<sup>313</sup>  
 4.1.6 — 62  
 4.1.6a — 62<sup>115</sup>  
 4.1.13 — 216<sup>487</sup>  
 4.3.4 — 130<sup>289</sup>  
 4.4 — 117<sup>255</sup>  
 4.4.3 — 117<sup>254</sup>, 120<sup>269</sup>

TITULI EX CORPORE ULPIANI

3.1	— 159 <sup>349</sup>
3.2	— 159 <sup>349</sup>
3.3	— 159 <sup>349</sup>
3.4	— 159 <sup>349</sup>
3.5	— 159 <sup>349</sup>
3.6	— 159 <sup>349</sup>
13.rubr.	— 151 <sup>331</sup>
17.1	— 150 <sup>330</sup> , 154 <sup>339</sup>
19.12	— 87 <sup>166</sup>
19.13	— 87 <sup>166</sup>
19.14	— 87 <sup>166</sup>
19.15	— 87 <sup>166</sup>
20.14	— 44 <sup>70</sup> , 154 <sup>338</sup>
22.1	— 142 <sup>305</sup>
22.2	— 44 <sup>70</sup>
22.3	— 150 <sup>330</sup> , 154 <sup>339</sup>
22.4	— 145 <sup>313</sup>
22.5	— 59 <sup>96</sup> , 68 <sup>132</sup> , 120 <sup>264</sup> , 163, 165,
24.1	— 34 <sup>39</sup> , 73 <sup>138</sup>

24.16	— 204 <sup>454</sup>
24.17	— 161 <sup>352</sup>
24.18	— 145 <sup>313</sup>
24.25	— 51 <sup>84</sup>
25.1	— 73 <sup>138</sup>
25.2	— 62 <sup>118</sup>
25.4	— 1181 <sup>393</sup>
25.7	— 155 <sup>340</sup>
25.8	— 183 <sup>397</sup>
25.9	— 67 <sup>129</sup>
25.12	— 85 <sup>158</sup>
25.13	— 145 <sup>313</sup> , 160 <sup>350</sup>
25.15	— 51 <sup>84</sup>
25.16	— 117 <sup>255</sup>

VATICANA FRAGMENTA

301	— 26 <sup>21</sup>
-----	--------------------

B) FONTI GIUSTINIANEE

CODEX IUSTINIANUS

1.2.13	— 60 <sup>102</sup>
3.28.1	— 61 <sup>110</sup>
3.28.13	— 190 <sup>417</sup>
6.23.15.1	— 62 <sup>118</sup>
6.24.1	— 44 <sup>70</sup>
6.42.5	— 216 <sup>487</sup> , 222 <sup>505</sup>
6.42.10	— 70, 77
6.42.12	— 201 <sup>441</sup> , 203 <sup>449</sup>
6.42.16	— 201 <sup>441</sup> , 204 <sup>455</sup>
6.42.32 pr.	— 60 <sup>102</sup>
6.43.1	— 17 <sup>7</sup>
6.43.2	— 17 <sup>7</sup>
6.43.3	— 17 <sup>7</sup>
6.43.3.3	— 60 <sup>102</sup> , 197 <sup>433</sup>
6.46.1	— 216 <sup>487</sup> , 216 <sup>489</sup>

6.48.1	— 149 <sup>325</sup> , 219 <sup>497</sup>
6.49.1	— 127 <sup>281</sup>
6.49.3	— 61 <sup>104</sup> , 68 <sup>132</sup> , 170 <sup>375</sup>
6.49.7.1	— 193 <sup>4247</sup>
6.50.10	— 216 <sup>487</sup> , 216 <sup>489</sup>
6.51.1.2a	— 156 <sup>342</sup>
6.54.4 pr.	— 59 <sup>96</sup> , 201 <sup>441</sup>
6.59.8	— 173 <sup>376</sup>
7.75.1	— 87 <sup>166</sup>
8.57.rubr.	— 151 <sup>331</sup>
8.57.1. pr.	— 151 <sup>331</sup>
10.35.2.1	— 60 <sup>102</sup>

DIGESTA

1.2.2.32	— 84 <sup>155</sup>
----------	---------------------

- 1.9.8 — 86<sup>162</sup>  
 2.1.19 — 86<sup>162</sup>  
 2.1.19.1 — 85<sup>161</sup>  
 2.15.17 — 59<sup>96</sup>  
 3.4.7 pr. — 163<sup>357</sup>  
 3.5.25 — 59<sup>96</sup>, 61<sup>109</sup>,  
 68<sup>132</sup>, 167<sup>367</sup>  
 4.3.15.1 — 163<sup>357</sup>  
 4.4.7.10 — 195<sup>426</sup>  
 5.1.28.1 — 104<sup>213</sup>  
 5.1.52.2 — 86<sup>162</sup>  
 5.2.13 — 182<sup>394</sup>, 192<sup>419</sup>  
 5.2.15.2 — 190<sup>417</sup>  
 5.2.19 — 190<sup>417</sup>  
 5.2.24 — 190<sup>417</sup>  
 5.2.25.1 — 190<sup>417</sup>  
 5.3.25.15 — 201<sup>441</sup>, 204<sup>455</sup>  
 5.3.25.16 — 201<sup>441</sup>, 147<sup>455</sup>  
 5.3.54 pr. — 106<sup>218</sup>  
 5.6.1 — 59<sup>97</sup>, 106<sup>218</sup>  
 5.6.2 — 105<sup>217</sup>  
 5.6.3 pr. — 59<sup>97</sup>, 106<sup>219</sup>  
 5.6.3.1 — 106<sup>220</sup>  
 7.1.1 — 208<sup>464</sup>  
 10.2.40 — 122<sup>237</sup>  
 10.2.24.1 — 122<sup>237</sup>  
 10.4.7.3 — 163<sup>357</sup>  
 12.6.34 — 61<sup>104</sup>, 132<sup>295</sup>  
 15.2.1.8 — 104<sup>213</sup>  
 22.1.3.2 — 201<sup>441</sup>,  
 204<sup>455</sup>, 205<sup>457</sup>  
 22.1.3.3 — 205<sup>457</sup>,  
 209<sup>465</sup>, 210  
 22.1.14.1 — 61<sup>107</sup>, 201<sup>441</sup>  
 24.1.64 — 43<sup>66</sup>  
 26.5.13 pr. — 60<sup>103</sup>, 132<sup>295</sup>  
 28.1.29 pr. — 74, 76, 186<sup>407</sup>  
 28.1.29.1 — 187, 187<sup>408</sup>  
 28.2.13.1 — 195  
 28.2.18 — 59<sup>96</sup>  
 28.3.3.1 — 146<sup>315</sup>  
 28.3.12.1 — 187<sup>409</sup>  
 28.5.13.2 — 173<sup>376</sup>  
 28.5.34 — 195<sup>427</sup>  
 28.5.57 — 173<sup>376</sup>  
 28.5.89 — 195, 195<sup>426</sup>  
 28.6.39 pr. — 50<sup>84</sup>  
 28.6.41.3 — 60<sup>100</sup>, 61<sup>115</sup>,  
 186  
 29.1.3 — 187, 187<sup>410</sup>  
 29.1.6 — 173<sup>376</sup>, 190<sup>415</sup>  
 29.1.13.4 — 61<sup>108</sup>  
 29.1.15.4 — 196<sup>429</sup>  
 29.1.19 pr. — 187<sup>409</sup>, 187<sup>410</sup>  
 29.1.19.1 — 187<sup>409</sup>, 187<sup>410</sup>  
 29.1.37 — 173<sup>376</sup>, 190<sup>415</sup>  
 29.2.39 — 173<sup>376</sup>  
 29.4.17 — 59<sup>97</sup>, 117<sup>253</sup>,  
 123<sup>270</sup>, 132<sup>295</sup>  
 29.4.28.1 — 182<sup>394</sup>  
 29.5.23 — 132<sup>295</sup>  
 29.7.1 — 186  
 29.7.2 — 179  
 29.7.2.1 — 156<sup>342</sup>  
 29.7.2.3 — 180  
 29.7.2.4 — 178, 179,  
 179<sup>389</sup>, 179<sup>391</sup>,  
 180  
 29.7.3 pr. — 61<sup>115</sup>, 181<sup>393</sup>,  
 185<sup>402</sup>  
 29.7.3.1 — 61<sup>115</sup>  
 29.7.3.2 — 61<sup>115</sup>, 186<sup>405</sup>  
 29.7.3.8 pr. — 61<sup>115</sup>  
 29.7.3.8.1 — 61<sup>115</sup>, 185<sup>403</sup>  
 29.7.5 — 186<sup>405</sup>  
 29.7.6.4 — 156<sup>342</sup>  
 29.7.13.1 — 59<sup>97</sup>, 75-76,  
 182<sup>394</sup>, 186<sup>407</sup>,  
 187<sup>408</sup>  
 29.7.16 — 186<sup>405</sup>  
 29.7.17 — 74, 186<sup>407</sup>  
 30.1 — 17<sup>7</sup>  
 30.23 — 51<sup>84</sup>  
 30.26.2 — 51<sup>84</sup>

30.27	— 51 <sup>84</sup>	31.77.24	— 59 <sup>97</sup>
30.75 pr	— 218 <sup>494</sup>	31.77.32	— 219 <sup>495</sup>
30.92.2	— 181 <sup>393</sup>	31.88.16	— 66, 201 <sup>441</sup> , 201 <sup>443</sup>
30.94 pr.	— 181 <sup>393</sup>	31.88.17	— 182 <sup>394</sup> , 187 <sup>408</sup> , 192 <sup>420</sup>
30.101.1	— 156 <sup>342</sup>	31.89.3	— 182 <sup>394</sup> , 184 <sup>399</sup>
30.104.7	— 51 <sup>84</sup>	31.89.7	— 60 <sup>103</sup> , 183 <sup>398</sup> , 201 <sup>441</sup> , 203 <sup>452</sup>
30.114.2	— 193 <sup>422</sup>	32.11. pr.	— 68 <sup>130</sup>
30.115	— 62	32.11.1	— 74, 75, 76, 186 <sup>407</sup>
30.118	— 62, 63	32.11.6	— 203 <sup>451</sup>
30.123 pr.	— 64, 203 <sup>450</sup> , 215 <sup>487</sup> , 216 <sup>489</sup> , 220 <sup>500</sup>	32.11.7	— 218 <sup>494</sup>
30.127	— 146 <sup>319</sup>	32.11.8	— 218 <sup>494</sup>
31.8.5	— 51 <sup>84</sup>	32.11.9	— 219 <sup>495</sup>
31.9	— 51 <sup>84</sup>	32.11.12	— 63 <sup>119</sup>
31.12.1	— 202 <sup>446</sup>	32.14	— 200 <sup>436</sup>
31.22	— 63 <sup>119</sup>	32.21. pr.	— 62 <sup>115</sup>
31.24	— 86 <sup>164</sup> , 218 <sup>494</sup>	32.29.1	— 51 <sup>84</sup>
31.29 pr.	— 85 <sup>158</sup> , 86 <sup>162</sup>	32.39.1	— 62 <sup>115</sup> , 67 <sup>129</sup>
31.32.6	— 218, 219	32.40 pr.	— 60 <sup>100</sup> , 182 <sup>394</sup>
31.43 pr.	— 64	32.40.1	— 63
31.43.1	— 64	32.41.1	— 62 <sup>119</sup>
31.61.1	— 181 <sup>393</sup>	32.41.6	— 62 <sup>119</sup>
31.67 pr.	— 86 <sup>164</sup> , 218 <sup>494</sup>	32.41.12	— 201 <sup>441</sup> , 203 <sup>449</sup>
31.67.7	— 218 <sup>494</sup>	32.41.13	— 132 <sup>295</sup> , 203 <sup>451</sup>
31.67.9	— 69-70, 77	32.41.14	— 66-67
31.67.10	— 69, 70, 77	32.83 pr.	— 201 <sup>441</sup> , 202 <sup>444</sup>
31.69.2	— 214 <sup>481</sup> , 215 <sup>482</sup>	33.1.13 pr.	— 62 <sup>119</sup>
31.69.4	— 219 <sup>495</sup>	33.1.20.1	— 62 <sup>119</sup>
31.70.3	— 201 <sup>441</sup> , 204 <sup>455</sup>	33.1.21 pr.	— 62 <sup>119</sup>
31.71	— 204 <sup>455</sup>	33.1.21.2	— 209 <sup>465</sup> , 210, 210 <sup>470</sup>
31.72	— 204 <sup>455</sup>	33.2.32.1	— 62 <sup>119</sup>
31.76 pr.	— 190 <sup>417</sup>	33.2.32.3	— 62 <sup>119</sup>
31.76.5	— 65, 201 <sup>441</sup> , 202 <sup>444</sup>	33.2.32.8	— 51 <sup>84</sup>
31.77 pr.	— 65, 213 <sup>477</sup> , 213 <sup>479</sup>	34.1.17	— 62 <sup>119</sup>
31.77.4	— 201 <sup>441</sup> , 202 <sup>448</sup>	34.1.20 pr.	— 62 <sup>119</sup>
31.77.12	— 65, 201 <sup>441</sup> , 202 <sup>444</sup>	34.2.40 pr.	— 62 <sup>119</sup>
31.77.13	— 222 <sup>505</sup>	34.2.40.2	— 62 <sup>119</sup>
31.77.23	— 187 <sup>408</sup>	34.3.28 pr.	— 63 <sup>119</sup>

- 34.3.28.4 — 63<sup>119</sup>  
 34.3.28.5 — 63<sup>119</sup>  
 34.3.28.6 — 63<sup>119</sup>  
 34.3.31 pr. — 63<sup>119</sup>  
 34.4.3.2 — 59<sup>96</sup>  
 34.5.5.1 — 149<sup>325</sup>  
 34.5.7.1 — 201<sup>441</sup>, 218<sup>494</sup>  
 34.6.1 — 161<sup>352</sup>  
 34.6.2 — 161<sup>352</sup>  
 34.8.3 pr. — 156<sup>342</sup>  
 34.8.4 pr. — 156<sup>342</sup>  
 35.1.1.1 — 202<sup>446</sup>  
 35.1.1.2 — 202<sup>446</sup>  
 35.1.1.2 — 161<sup>352</sup>  
 35.1.4.3 — 61<sup>114</sup>  
 35.1.44.5 — 132<sup>295</sup>  
 35.1.62.2 — 200<sup>436</sup>  
 35.1.63 pr. — 200<sup>436</sup>  
 35.1.72.3 — 65, 201<sup>441</sup>,  
 201<sup>443</sup>  
 35.1.100 — 200<sup>436</sup>  
 35.1.101.1 — 216<sup>488</sup>  
 35.1.102 — 214<sup>481</sup>, 215<sup>483</sup>  
 35.1.109 — 213<sup>479</sup>  
 35.2.15.3 — 214<sup>481</sup>  
 35.2.18 pr. — 175, 176,  
 176<sup>381</sup>, 181  
 35.2.30.7 — 213<sup>479</sup>  
 35.2.91 — 59<sup>97</sup>  
 35.2.93 — 65, 213<sup>479</sup>  
 35.2.95.1 — 214<sup>481</sup>, 215<sup>482</sup>  
 36.1.1.1 — 98-99  
 36.1.1.2 — 60<sup>99</sup>, 98-99,  
 103, 175<sup>380</sup>  
 36.1.1.3 — 104<sup>211</sup>  
 36.1.1.4 — 104<sup>211</sup>, 104<sup>212</sup>  
 36.1.1.5 — 101<sup>202</sup>, 174,  
 175, 178, 179  
 36.1.1.8 — 101<sup>201</sup>  
 36.1.1.9 — 109<sup>227</sup>,  
 119<sup>258</sup>, 131<sup>290</sup>,  
 197<sup>432</sup>  
 36.1.1.16 — 213<sup>477</sup>  
 36.1.1.17 — 213<sup>479</sup>  
 36.1.1.19 — 67<sup>127</sup>, 67<sup>128</sup>  
 36.1.1.20 — 129<sup>287</sup>  
 36.1.1.21 — 131<sup>291</sup>, 213<sup>479</sup>  
 36.1.2 — 117<sup>253</sup>  
 36.1.3.4 — 215<sup>487</sup>,  
 216<sup>489</sup>, 220<sup>500</sup>  
 36.1.4 — 117<sup>255</sup>,  
 119<sup>263</sup>, 131<sup>290</sup>  
 36.1.5 — 120<sup>265</sup>  
 36.1.6 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.6 pr. — 117<sup>254</sup>, 120<sup>268</sup>  
 36.1.6.1 — 177, 177<sup>384</sup>,  
 178, 182  
 36.1.6.5 — 59<sup>97</sup>, 121, 122,  
 182<sup>394</sup>  
 36.1.6.6 — 120<sup>267</sup>  
 36.1.7 — 120<sup>266</sup>,  
 120<sup>267</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.8 — 120<sup>267</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.9 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.9 pr. — 120<sup>268</sup>  
 36.1.9.1 — 119<sup>262</sup>  
 36.1.9.2 — 119<sup>263</sup>  
 36.1.10 — 132<sup>295</sup>,  
 197<sup>432</sup>, 203<sup>449</sup>  
 36.1.11 — 132<sup>295</sup>, 213<sup>479</sup>  
 36.1.11.2 — 59<sup>97</sup>, 118<sup>257</sup>  
 36.1.12 — 59<sup>96</sup>, 132<sup>295</sup>,  
 197<sup>432</sup>  
 36.1.13 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.13 pr. — 197<sup>432</sup>  
 36.1.13.1 — 193<sup>424</sup>  
 36.1.13.2 — 118<sup>255</sup>  
 36.1.13.3 — 114  
 36.1.13.4 — 119<sup>261</sup>  
 36.1.14 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.15.5 — 118<sup>256</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.15.5 — 123<sup>270</sup>  
 36.1.15.6 — 123<sup>270</sup>  
 36.1.16 — 132<sup>295</sup>

- 36.1.17 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.17.1 — **63-64**  
 36.1.17.2 — 123<sup>270</sup>  
 36.1.17.3 — 201<sup>441</sup>, **204<sup>455</sup>**  
 36.1.17.4 — 119<sup>258</sup>, 131<sup>290</sup>  
 36.1.17.5 — 119<sup>258</sup>  
 36.1.17.7 — 119<sup>258</sup>, 201<sup>440</sup>  
 36.1.17.8 — 119<sup>258</sup>  
 36.1.17.9 — 131<sup>290</sup>  
 36.1.17.13 — 59<sup>97</sup>  
 36.1.18.1 — **64**  
 36.1.18.4 — 215<sup>487</sup>  
 36.1.18.5 — 215<sup>487</sup>, 216<sup>489</sup>  
 36.1.18.6 — 202<sup>448</sup>, 218<sup>494</sup>  
 36.1.18.8 — **65**, 215<sup>487</sup>  
 36.1.19 pr. — 59<sup>97</sup>  
 36.1.20 pr. — **64**, 211<sup>474</sup>  
 36.1.20.1 — **71-72**  
 36.1.23 pr. — 201<sup>442</sup>, 211<sup>474</sup>  
 36.1.23.2 — 197<sup>432</sup>  
 36.1.23.4 — 201<sup>441</sup>,  
**204<sup>455</sup>**, 215<sup>487</sup>  
 36.1.23.5 — 51<sup>84</sup>  
 36.1.24 — 213<sup>479</sup>  
 36.1.26 pr. — **63**, 86<sup>164</sup>  
 36.1.26.1 — 211<sup>473</sup>  
 36.1.26.2 — 183<sup>398</sup>,  
 203<sup>452</sup>, 215<sup>487</sup>,  
 216<sup>489</sup>, 217<sup>491</sup>  
 36.1.27 — 59<sup>96</sup>, 61<sup>132</sup>,  
**166**, 167  
 36.1.28 — 68<sup>132</sup>  
 36.1.28 pr. — **166**, 167, 169  
 36.1.28.1 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.2 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.3 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.4 — 66<sup>126</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.5 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.6 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.7 — 104<sup>214</sup>  
 36.1.28.9 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.10 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.11 — 112<sup>237</sup>  
 36.1.28.12 — 117<sup>253</sup>, **122-**  
**123**, 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.13 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.28.14 — 132<sup>295</sup>,  
 213<sup>478</sup>, 214<sup>480</sup>  
 36.1.28.15 — 132<sup>295</sup>, 213<sup>479</sup>  
 36.1.28.16 — 201<sup>441</sup>, 203<sup>451</sup>  
 36.1.29 pr. — 119<sup>258</sup>,  
 131<sup>290</sup>, 197<sup>432</sup>  
 36.1.29.1 — 132<sup>295</sup>, 197<sup>432</sup>  
 36.1.30 — 187<sup>409</sup>, 213<sup>478</sup>  
 36.1.31 pr. — 132<sup>295</sup>  
 36.1.31.1 — 64<sup>121</sup>  
 36.1.31.3 — 131<sup>291</sup>  
 36.1.32 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.32 pr. — 61<sup>104</sup>, 197<sup>432</sup>  
 36.1.32.1 — 61<sup>104</sup>  
 36.1.33 — 166<sup>365</sup>, 216<sup>487</sup>  
 36.1.34 — 216<sup>487</sup>  
 36.1.35 — 201<sup>441</sup>  
 36.1.36 — 109<sup>229</sup>  
 36.1.37 — 61<sup>105</sup>  
 36.1.38 pr. — **107-108**  
 36.1.38.1 — 110<sup>231</sup>  
 36.1.38.2 — 110<sup>231</sup>  
 36.1.39 — **115**  
 36.1.40 — 110<sup>231</sup>  
 36.1.41 pr. — **103**  
 36.1.41.1 — 101<sup>200</sup>, 110<sup>232</sup>  
 36.1.41.2 — 110<sup>233</sup>  
 36.1.42 — 109<sup>227</sup>, 110<sup>230</sup>  
 36.1.43.1 — 95<sup>185</sup>  
 36.1.46 pr. — 59<sup>96</sup>  
 36.1.46.1 — 61<sup>104</sup>, 102<sup>204</sup>  
 36.1.47 — 117<sup>255</sup>, 132<sup>294</sup>  
 36.1.48 — 16<sup>5</sup>, 59<sup>96</sup>,  
 201<sup>439</sup>, 209<sup>465</sup>,  
 209<sup>467</sup>  
 36.1.49 — 59<sup>96</sup>, **115<sup>246</sup>**  
 36.1.52 — 211<sup>474</sup>  
 36.1.53 — 61<sup>109</sup>

- 36.1.54.1 — 60<sup>100</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.55 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.56 — 16<sup>3</sup>, 59<sup>97</sup>, 65,  
 201<sup>441</sup>, 204<sup>455</sup>  
 36.1.57 pr. — 96<sup>186</sup>  
 36.1.57.2 — 59<sup>96</sup>, 67<sup>127</sup>,  
 132<sup>295</sup>  
 36.1.57.3 — 67<sup>127</sup>, 95<sup>185</sup>,  
 132<sup>295</sup>  
 36.1.57.4 — 203<sup>451</sup>  
 36.1.57.5 — 59<sup>96</sup>  
 36.1.58 — 213<sup>478</sup>  
 36.1.59 pr. — 68, 166<sup>365</sup>,  
 201<sup>441</sup>, 201<sup>443</sup>  
 36.1.59.1 — 63, 216<sup>487</sup>,  
 216<sup>489</sup>, 220<sup>500</sup>  
 36.1.59.2 — 65, 201<sup>441</sup>,  
 202<sup>444</sup>, 218<sup>494</sup>,  
 222<sup>505</sup>  
 36.1.60 pr. — 95<sup>183</sup>  
 36.1.60.1 — 61<sup>105</sup>, 200<sup>438</sup>  
 36.1.60.2 — 201<sup>440</sup>  
 36.1.60.3 — 131<sup>291</sup>, 213<sup>479</sup>  
 36.1.60.4 — 201<sup>441</sup>  
 36.1.60.6 — 201<sup>441</sup>  
 36.1.60.7 — 201<sup>441</sup>,  
 204<sup>455</sup>, 205<sup>457</sup>  
 36.1.60.8 — 201<sup>441</sup>,  
 203<sup>451</sup>, 204<sup>455</sup>  
 36.1.61 pr. — 95<sup>183</sup>, 117<sup>253</sup>,  
 132<sup>295</sup>  
 36.1.63 — 66, 185<sup>401</sup>  
 36.1.64 pr. — 216<sup>487</sup>, 216<sup>489</sup>  
 36.1.64.1 — 222<sup>505</sup>  
 36.1.65 pr. — 107  
 36.1.65.3 — 130<sup>288</sup>,  
 133<sup>296</sup>, 214<sup>480</sup>  
 36.1.65.6 — 65, 213<sup>479</sup>  
 36.1.65.7 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.65.11 — 117<sup>253</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.65.13 — 66<sup>125</sup>, 122,  
 132<sup>295</sup>  
 36.1.65.15 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.66.1 — 59<sup>96</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.66.2 — 203<sup>451</sup>  
 36.1.66.3 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.67 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.67 pr. — 108<sup>225</sup>,  
 109<sup>227</sup>, 110<sup>230</sup>,  
 218<sup>494</sup>  
 36.1.67.1 — 200<sup>436</sup>  
 36.1.67.3 — 110<sup>231</sup>  
 36.1.68 pr. — 132<sup>295</sup>  
 36.1.68.1 — 109<sup>227</sup>,  
 109<sup>228</sup>, 132<sup>295</sup>  
 36.1.68.3 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.69 — 132<sup>295</sup>  
 36.1.69 pr. — 109<sup>227</sup>, 117<sup>254</sup>  
 36.1.69.2 — 117<sup>254</sup>  
 36.1.69.3 — 16<sup>5</sup>  
 36.1.70 — 133<sup>295</sup>  
 36.1.72 pr. — 67<sup>127</sup>, 68<sup>130</sup>,  
 102<sup>208</sup>, 201<sup>440</sup>  
 36.1.72.1 — 59<sup>96</sup>  
 36.1.73 — 133<sup>295</sup>  
 36.1.74 — 213<sup>477</sup>  
 36.1.75.1 — 95<sup>184</sup>  
 36.1.76 pr. — 67<sup>129</sup>, 71, 77,  
 85<sup>158</sup>, 203<sup>451</sup>,  
 209<sup>465</sup>, 210<sup>469</sup>  
 36.1.76.1 — 64, 183<sup>398</sup>  
 36.1.77 pr. — 64, 201<sup>441</sup>,  
 204<sup>455</sup>  
 36.1.77.1 — 61<sup>115</sup>, 182<sup>394</sup>,  
 222<sup>505</sup>  
 36.1.78 — 216<sup>487</sup>,  
 216<sup>489</sup>, 220<sup>500</sup>  
 36.1.79 pr. — 216<sup>487</sup>, 216<sup>489</sup>  
 36.1.79.1 — 61<sup>115</sup>, 182<sup>394</sup>,  
 183-184  
 36.1.80 pr. — 61<sup>113</sup>, 61<sup>115</sup>,  
 66, 183<sup>398</sup>  
 36.1.80.2 — 215<sup>486</sup>, 220<sup>500</sup>  
 36.1.80.4 — 64, 215<sup>485</sup>  
 36.1.80.5 — 64, 215<sup>485</sup>

- 36.1.80.7 — 62, 201<sup>441</sup>,  
201<sup>443</sup>
- 36.1.80.8 — 201<sup>441</sup>
- 36.1.80.10 — 61<sup>106</sup>, 63,  
201<sup>441</sup>, 202<sup>444</sup>
- 36.1.80.11 — 67<sup>127</sup>, 201<sup>440</sup>
- 36.1.80.12 — 209<sup>465</sup>, 209<sup>468</sup>
- 36.1.80.14 — 201<sup>441</sup>
- 36.1.80.15 — 209<sup>465</sup>, 210<sup>469</sup>
- 36.1.80.16 — 201<sup>441</sup>
- 36.1.81 — 59<sup>96</sup>
- 36.1.82 — 95<sup>183</sup>, 201<sup>441</sup>,  
204<sup>455</sup>
- 36.1.83 — 85<sup>158</sup>, 213<sup>477</sup>,  
216<sup>487</sup>, 216<sup>489</sup>
- 36.2.13 — 202<sup>446</sup>
- 36.2.21 — 209<sup>466</sup>
- 36.2.22 pr. — 209<sup>466</sup>
- 36.3.4 — 61<sup>106</sup>
- 36.3.14 pr. — 197, 199
- 36.3.15.1 — 181<sup>393</sup>
- 36.3.15.2 — 181<sup>393</sup>
- 36.4.12 — 170<sup>375</sup>
- 37.1.3.4 — 168
- 37.1.4 — 166<sup>363</sup>
- 37.4.3.11 — 191<sup>418</sup>
- 37.4.16 — 59<sup>96</sup>
- 37.5.5.6 — 191<sup>418</sup>
- 37.5.5.7 — 191<sup>418</sup>
- 37.5.8.1 — 191<sup>418</sup>
- 37.5.8.2 — 191<sup>418</sup>
- 37.5.10 pr. — 191<sup>418</sup>
- 37.5.25 — 191<sup>418</sup>
- 37.9.6 — 191<sup>418</sup>
- 37.9.10 — 191<sup>418</sup>
- 37.11.3 — 191<sup>418</sup>
- 38.2.20.5 — 117<sup>253</sup>
- 38.3.1 pr. — 164
- 38.3.1.1 — 68<sup>132</sup>, 164,  
165, 166, 168
- 39.6.35 pr. — 155, 156, 157,  
171
- 40.1.14.1 — 154<sup>337</sup>
- 40.5.20 — 59<sup>96</sup>
- 40.5.24.8 — 76<sup>144</sup>
- 40.5.26.7 — 84<sup>155</sup>
- 40.5.38 — 187<sup>408</sup>
- 40.5.42 — 60<sup>103</sup>
- 40.5.46 pr. — 62<sup>115</sup>
- 40.5.47.4 — 62<sup>115</sup>
- 41.2.1.22 — 163<sup>358</sup>
- 42.8.19 — 60<sup>100</sup>
- 44.2.29 pr. — 190<sup>417</sup>
- 45.1.122.6 — 61<sup>106</sup>
- 47.23.7 — 103<sup>210</sup>
- 49.17.19.2 — 173<sup>376</sup>, 190<sup>415</sup>
- 50.12.3.1 — 163<sup>357</sup>
- 50.16.84 — 216<sup>488</sup>
- 50.16.100 — 86<sup>162</sup>
- 50.16.148 — 216<sup>488</sup>
- 50.16.164.1 — 51<sup>84</sup>
- 50.16.220 pr. — 216<sup>488</sup>
- 50.16.220.2 — 216<sup>488</sup>
- 50.16.231 — 146<sup>316</sup>
- 50.17.7 — 173<sup>376</sup>, 193,  
193<sup>425</sup>
- 50.17.96 — 72, 77
- INSTITUTIONES
- 1.22 pr. — 211<sup>472</sup>
- 2.4 pr. — 208<sup>464</sup>
- 2.14.5 — 173<sup>376</sup>, 190<sup>415</sup>
- 2.17.3 — 213<sup>478</sup>
- 2.20.25 — 148
- 2.20.28 — 147<sup>324</sup>,  
149<sup>325</sup>, 219<sup>497</sup>
- 2.20.36 — 161<sup>353</sup>
- 2.23.1 — 16<sup>3</sup>, 38, 38-39,  
39<sup>51</sup>, 41, 45, 53,  
81, 83<sup>149</sup>, 95<sup>182</sup>
- 2.23.4 — 98, 99, 101, 103
- 2.23.5 — 51<sup>84</sup>, 116<sup>248</sup>,  
116<sup>249</sup>
- 2.23.6 — 117<sup>253</sup>

- |          |   |                         |   |
|----------|---|-------------------------|---|
| 2.23.10  | — 182 <sup>394</sup>                          | 3.9 pr.                 | — 147 <sup>324</sup> ,<br>149 <sup>325</sup> , 219 <sup>497</sup> |
| 2.23.12  | — 16 <sup>3</sup> , 39 <sup>50</sup>          |                         |   |
| 2.25 pr. | — 39-40, 40 <sup>53</sup> ,<br>41, 43, 44, 81 |                         |   |
| 2.52.2   | — 183 <sup>398</sup>                          | NOVELLAE CONSTITUTIONES |   |
| 2.25.6   | — 117 <sup>255</sup>                          | 108                     | — 205 <sup>455</sup> , 205 <sup>457</sup>                         |
|          |   | 159.2                   | — 219 <sup>498</sup>  |

## C) FONTI BIZANTINE

## TEOFILO

*Institutionum paraphrasis*

- |         |  |
|---------|--|
| 2.20.36 | — 161 <sup>353</sup>   |
| 2.23.1  | — 45-46, 53, 55  |
| 2.23.3  | — 92-93  |
| 2.23.5  | — 51 <sup>84</sup> , 116 <sup>248</sup> , 116 <sup>249</sup> , 126, 126 <sup>276</sup> |
| 2.23.6  | — 117 <sup>255</sup>   |

## D) FONTI PAPIROLOGICHE

## GNOMON DELL'IDIOS LOGOS

- |      |                      |
|------|----------------------|
| § 16 | — 146 <sup>320</sup> |
| § 18 | — 47                 |
| § 21 | — 150 <sup>329</sup> |

## II. FONTI LETTERARIE

## BOEZIO

*In Ciceronis Topica*

- |                      |                    |
|----------------------|--------------------|
| ex l. 4 ad c. 10, 44 | — 33 <sup>36</sup> |
|----------------------|--------------------|

## CICERONE

*De finibus bonorum et malorum*

- |       |  |
|-------|--|
| 2.55  | — 24-25, 26, 41,<br>50, 153 <sup>335</sup> |
| 2.58. | — 27, 31,<br>37 <sup>46</sup> , 50         |
| 3.9   | — 37 <sup>46</sup>                         |
| 3.65  | — 37                                       |

*De inventione*

- |         |                      |
|---------|----------------------|
| 2.21.63 | — 173 <sup>376</sup> |
|---------|----------------------|

*In Verrem*

- |               |                 |
|---------------|-----------------|
| II. 1.123-124 | — 28-29, 41, 50 |
|---------------|-----------------|

*Pro Balbo*

- |      |                    |
|------|--------------------|
| 8.21 | — 25 <sup>18</sup> |
|------|--------------------|

*Pro Caecina*

- |      |                    |
|------|--------------------|
| 4.12 | — 50 <sup>84</sup> |
|------|--------------------|

*Pro Cluentio*

- |      |                    |
|------|--------------------|
| 7.10 | — 34               |
| 7.21 | — 50 <sup>84</sup> |

## CASSIO DIONE

*Historiae*

- 54.16.3 — 151<sup>332</sup>  
 54.19.1 — 43<sup>65</sup>  
 54.19.2 — 43<sup>65</sup>  
 54.19.3 — 43<sup>65</sup>, 43<sup>67</sup>  
 54.19.6 — 43<sup>65</sup>

## FESTO

*De verborum significatu*

- s.v. postumus*, l. 274 — 146<sup>315</sup>

## GELLIO

*Noctes Atticae*

- 2.16.5 — 146<sup>315</sup>  
 20.1.23 — 158<sup>347</sup>

## ISIDORO DI SIVIGLIA

*Etymologiae*

- 5.24.14 — 40<sup>53</sup>

## PLINIO IL GIOVANE

*Epistulae*

- 5.7.1 — 163<sup>359</sup>, 169<sup>370</sup>

## POLIBIO

*Historiae*

- 31.28.8. — 36<sup>44</sup>

## QUINTILIANO

*Institutiones oratoriae*

- 3.6.70 — 85<sup>160</sup>

## SALLUSTIO

*De coniuratione Catillinae*

- 35.6 — 37<sup>46</sup>

## SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE

## CAPITOLINO

*Antoninus Pius*

- 8.5 — 162<sup>356</sup>

## SVETONIO

*Augustus*

- 34 — 151<sup>332</sup>

*Claudius*

- 23 — 83<sup>152</sup>, 84<sup>153</sup>

## TERENZIO

*Andria*

- 296 — 36<sup>44</sup>

## VALERIO MASSIMO

*Facta et dicta memorabilia*

- 4.2.7 — 32, 32<sup>32</sup>, 33

## VARRONE

*De lingua Latina*

- 9.60-61 — 146<sup>315</sup>



09. MAR. 1998

I fedecommissi in primo luogo erano legati alla fiducia del testatore verso gli eredi i quali avrebbero fatto tutto ciò che sarebbe stato loro richiesto. Questa fiducia era basata sulla *fides* romana, la quale per il diritto significava un'obbligazione pubblica, una garanzia concessa, un giuramento, nonché buona fede, lealtà e fedeltà alla parola data. Proprio dal fatto di aver basato la realizzazione del fedecommisso sull'onestà di colui al quale si era rivolto l'ereditando - *fidei committere* - deriva il nome *fideicommissum* nonché le parole *fideicommitto* e *fideicommissarius*.

Nel fedecommisso l'ereditando pregava colui, che avesse ricevuto qualche bene ereditario, di trasmettere a sua volta determinati beni ad un terzo, solitamente detto fedecommissario (*fideicommissarius*). Il contenuto della richiesta dell'ereditando poteva essere vario e conseguentemente si distinguevano diversi tipi di fedecommissi. Per esempio, se la richiesta riguardava la liberazione dello schiavo, nasceva il fedecommisso di libertà, detto pure liberazione fedecommissaria oppure libertà fedecommissaria (*fideicommissum libertatis, libertas fideicommissaria*). Quando al fedecommissario dovevano essere trasmessi i singoli beni, si parlava di fedecommissi singolari (*fideicommissa singularum rerum*). Se, invece, l'eredità intera o una sua frazione diventava oggetto del fedecommisso, nasceva proprio il fedecommisso universale (*fideicommissum hereditatis, hereditas fideicommissaria*).

Lo scopo delle considerazioni del presente studio è stato quello di trovare la risposta a due domande fondamentali: che cosa era il fedecommisso universale in quanto istituzione giuridica nonché alla realizzazione di quali fini esso poteva servire a coloro che desideravano decidere della sorte del proprio patrimonio *mortis causa*.

! SBN 837206006-1



9788372060068