

La matrice genetica comune nell' introduzione del testamento librare e del fedecommesso

1. Tema della ricerca – 2. La sequenza delle Istituzioni di Gaio in cui viene presentata la successione delle antiche forme di testamento e i problemi derivanti dalla condensata ricostruzione storica ivi effettuata – 3. Presentazione della *fideicommissaria hereditas* nel più ampio quadro della trattazione del fedecommesso nel testo istituzionale gaiano – 4. Verifica, sulla base dei considerati dati testuali, in merito all'esistenza di una matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecommesso – 5. Conclusioni.

1. Tra le ipotesi formulate in un mio precedente saggio¹, basate anche sulla lettura parallela dei brani delle Istituzioni di Gaio dedicati alla successione storica delle più antiche forme testamentarie e alla presentazione dell'istituto del fedecommesso, riconoscevo «natura fideicommissaria» alla cd. *mancipatio familiae* (*rectius: familiae mancipatio*)², tradizionalmente presentata dalla dottrina come la forma primitiva del *testamentum per aes et libram*, e ritenevo «originario» il legame tra *heredis institutio* e *testamentum*, assumendo così posizione su questioni oggetto in letteratura di punti di vista ampi, articolati e spesso poco conciliabili³.

L'analisi e le puntuali osservazioni di Francesca Terranova svolte nel suo recente poderoso studio sul *testamentum per aes et libram*⁴, in concomitanza con la stesura di un più esteso scritto sull'impostazione sistematica nell'esposizione delle *Institutiones* gaiane, mi inducono a sottoporre ad una nuova esegesi quei paragrafi, anche al fine di analizzare la tecnica espositiva a cui ricorre Gaio nella stesura del suo manuale istituzionale, con particolare riguardo alla modalità di costruzione dei passi dedicati alle linee di ricostruzione ed evoluzione storica degli istituti, e al grado di tecnicismo del lessico a tal fine impiegato.

2. La prima notissima sequenza delle istituzioni gaiane da prendere in considerazione tratta, nel secondo commentario, dei generi di testamento:

101: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa

¹) P. ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, in «RDR», XI, 2011, p. 1 ss. (estr.), consultabile nel sito internet della rivista.

²) E proponevo l'opportunità di indicarla come *il gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*.

³) Cfr. la letteratura riportata in ARCES, *op. cit.*, p. 1 nt. 2.

⁴) *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I. *Il ruolo del familiae emptor* (con particolare riguardo al formulario del testamento librare), Torino, 2011, *passim* ed in particolare p. 50 ss., 72 ss., 177 ss., 192 ss., 196 ss., 230 ss., 257 ss., 271 ss., 280 ss., 305 ss., 311 ss., 331 ss., 413 ss. In detto studio, che brilla per il notevolissimo apporto paleografico e filologico e per il rigore estremo e l'esautività della trattazione, sempre tesa verso ulteriori prospettive di ricerca, e con il quale non potrà evitare di confrontarsi chi continuerà ad affrontare questi temi, confluiscono, tra l'altro, le idee formulate dall'autrice in suoi precedenti saggi: *Sulla natura «testamentaria» della cosiddetta mancipatio familiae*, in «AUPA.», LIII, 2009, p. 301 ss., e *Osservazioni su Gai 2.108*, ivi, LII, 2007-2008, p. 283 ss.

arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

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

103: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

104: Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.

Gaio reca memoria delle due più antiche forme pubbliche di testamento (*calatis comitiis* ed *in procinctu*), per rendere subito conto della successiva aggiunta di un terzo genere, celebrato col ricorso al rito librare.

Anche se non è possibile stabilire con precisione l'epoca in cui si affermarono i singoli generi, è abbastanza agevole rilevare che essi risalgano ad un periodo antico, e comunque antecedente la legislazione decemvirale: avevo già in precedenza sviluppato questo convincimento nel formulare una ipotesi sulle motivazioni del ricorso al verbo *'lego'* nella redazione della norma delle XII tavole (*tab. 5.3*) dedicata alla successione testamentaria, ritenendo che tale segno fosse indice, nella metà del V secolo a.C., della compresenza delle due forme pubbliche di testamento con il *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*, e che testamento ancora non poteva dirsi, per la rilevata assenza del riferimento a quello che continua ad apparirmi requisito indefettibile di ogni tipologia di atto riconducibile alla più ampia categoria testamentaria, e cioè l'*heredis institutio*⁵.

Recentemente l'antichità degli istituti in esame è stata ulteriormente sottolineata⁶ analizzando il ricorso al binomio *'initio ... deinde'* utilizzato da Gaio per scandire le diverse fasi storiche in cui si affermarono i *genera testamentorum*, e ponendolo in correlazione con le altre due locuzioni temporali (*'olim'* e *'nunc'*) tramite le quali egli articola (nel § 103) la più dettagliata esposizione dell'evoluzione del *'testamentum quod per aes et libram agitur'*.

Nonostante vi sia chi afferma che «il testamento di età antica, predecemvirale, posto in essere avanti ai *comitia curiata*, è istituto certamente differente dal testamento successivo, solo privato, autonomo dai comizi e dai pontefici»⁷, è comunque da ritenersi insegnamento pacifico che l'utilizzo della medesima terminologia, la descrizione delle modalità di celebrazione del rito – presentate analiticamente nei successivi §§ 102-104, subito dopo aver reso conto della caduta in desuetudine delle due forme più antiche –, e, soprattutto, il ricorso al medesimo formulario, per quanto non necessariamente ripetuto alla lettera⁸, appaiano alludere ad una evidente riproposizione in forma privata delle più antiche celebrazioni svolte in forma pubblica di un istituto che sembrerebbe essere il medesimo:

⁵) P. ARCES, *Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab 5.3)*, in «RDR», IV, 2004, p. 25 (estr.), consultabile sul sito internet della rivista.

⁶) Da TERRANOVA, *Ricerche*, cit. p. 269 ss.

⁷) M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, p. 9.

⁸) In tal senso si esprimeva già S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1949, p. 49 nt. 5.

l'enfasi roboante che caratterizzerebbe il predetto formulario sarebbe proprio un'ulteriore traccia dell'«innesto» avvenuto nel traslare quest'ultimo dallo svolgimento delle prime all'utilizzazione nella seconda⁹, al fine di formulare la medesima richiesta in esso contenuta, ossia quella di prestare testimonianza da parte dell'assemblea popolare prima, e dei cinque testimoni poi.

Detta richiesta afferisce alla contestualità dell'atto (alla modalità della sua corretta celebrazione) e non esaurisce di certo il contenuto dell'atto medesimo¹⁰, concorrendo anzi alla realizzazione del suo effetto tipico, anche se non necessariamente esclusivo: l'individuazione dell'erede, a favore del quale avverrà il «transito» del patrimonio del *de cuius* (eventualmente secondo le modalità programmatiche stabilite proprio nel testamento).

Il dato testuale e sistematico della trattazione gaiana depone in questo senso: col paragrafo in esame (Gai., *inst.* 2.101) si esordisce nella esposizione della materia testamentaria. Essa segue immediatamente (essendone un aspetto particolarmente notevole) l'introduzione della trattazione del tema delle eredità – le quali vengono presentate come una specie del più ampio genere degli acquisti a titolo universale¹¹ – e in particolare di quelle che spettano per testamento¹².

Esse, al pari di quelle *ab intestato*, rappresentano l'oggetto del predetto transito, e il veicolo che lo determina nell'ipotesi in esame è il testamento, del quale appunto, nei §§ 101 ss. del secondo commentario del testo istituzionale gaiano, si presenta la successione storica dei *genera*, l'ultimo dei quali risulta evidentemente essere il risultato di una serie di prove e adattamenti svolte dalla giurisprudenza pontificale sino alla sua compiuta e definitiva evoluzione nella più recente tipologia di *testamentum per aes et libram*¹³.

Mi sembra davvero difficile ritenere che, dopo tante precisazioni sistematiche, Gaio, senza esplicitarlo, accosti, nei pochi paragrafi presi in esame, istituti sostanzialmente diversi, trattandoli unitariamente solo per il loro essere indicati con il medesimo segno. E' invece più credibile – oltre che più consono al tenore testuale e all'ordine logico dell'esposizione – rilevare come egli si premuri di condensare in essi le linee fondamentali della predetta evoluzione storica di uno stesso istituto, anche alla luce dei progressivi adattamenti giurisprudenziali che lo interessarono.

Il riferimento ad un «terzo genere di testamento» nelle *Institutiones* gaiane trova corrispondenza, per quanto in una prospettiva storicamente «appiattita»¹⁴, oltre che nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gel-

⁹) Cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino, 1993, p. 100.

¹⁰) In una prospettiva completamente diversa si pone chi riconduce il testamento alla «richiesta di testimonianza» o «dichiarazione innanzi a testimoni», cui l'analisi semantica del segno che indica l'istituto conduce: per una ricostruzione in questi termini, le più complete, recenti ed esaustive trattazioni sono quelle di TERRANOVA: *Sulla «natura testamentaria»*, cit., p. 327 ss., e, soprattutto, *Ricerche*, cit., p. 342 ss. Il riconoscimento di una natura testamentaria anche ad atti che difettino del requisito dell'istituzione di erede continua però a sembrarmi contrastante con la costanza con cui, nei diversi luoghi delle *Institutiones* gaiane che verranno presentati nel testo, viene rammentato l'indissolubile connubio tra *testamentum* ed *heredis institutio*, oltre che con quanto può desumersi da quelli in cui emerge invece l'elemento della *fides* (tanto più forte e vincolante quanto più si retrocede nel tempo) nella realizzazione degli intenti del disponente. Ridurre il testamento o la natura che gli era propria, sia pure in una delle sue antichissime forme, ad una «richiesta di testimonianza» non mi sembra ammissibile.

¹¹) La cui trattazione si introduce in conclusione del § 97 del secondo commentario delle *Institutiones* gaiane: «*videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis acquiritur*».

¹²) Il cui proposito di esposizione risulta espresso in Gai., *inst.* 2.99-100: «*Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex est condicio: nem vel testamento vel ab intestato ad nos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus quae nobis ex testamento obveniunt*».

¹³) Gaio infatti precisa che lo svolgimento del rito fu oggetto di modifiche, che egli procede a descrivere con riguardo alla modalità della celebrazione. La ragione profonda di tali cambiamenti mi sembra però correlata alla progressiva diversa percezione della produzione degli effetti dell'atto, o meglio al progressivo adattamento dello schema negoziale al fine della produzione degli effetti voluti: connesso a ciò è il lavoro necessario a correlare sempre più la struttura dell'atto con gli effetti desiderati, attività nel V secolo a.C. riservata al monopolio della giurisprudenza pontificale. Credo che la stessa evoluzione del ruolo del *familiae emptor* dipenda da questa dinamica.

¹⁴) Cfr. a tal proposito le osservazioni che già formulavo in *Sulla «natura fedecommissaria»*, cit., p. 10 ss., più recentemente ritorna sul tema TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 62 ss.

lio¹⁵, anche nei *Tituli ex corpore Ulpiani*¹⁶, ed è ripetuto nelle Istituzioni giustinianee¹⁷ (oltre che nel parallelo passo della parafrasi teofilina)¹⁸, ove si allude alla sopravvivenza di esso rispetto alle forme più antiche, sia pure, «solo in parte»¹⁹.

Descrivendo lo svolgimento storico dell'ultima forma testamentaria menzionata, Gaio pone dunque in risalto due distinti aspetti: quello giustificativo della sua introduzione e quello delle sue linee evolutive, il che ha contribuito a radicare quell'impostazione – rispondente ad esigenze di natura eminentemente didattica²⁰ – a cui già avevo fatto cenno²¹, la quale ripartisce la storia di questo genere di testamento in due fasi, e le sovrappone ai due tempi in cui Gaio scandisce l'evoluzione storica dell'istituto medesimo.

In quanto al primo aspetto, la giustificazione dell'introduzione del terzo genere di testamento è individuata (Gai., *inst.* 2.102) nella condizione (e nella correlata esigenza) di chi, non avendo disposto *mortis causa* nelle due più antiche forme pubbliche, non potendo avvalersi di esse, e temendo una morte improvvisa, ricorreva – basandosi anche su una *fides* la cui intensità non doveva essere dissimile da quella sulla quale si fondava, come si ricorderà tra breve, l'intento dispositivo di un testatore che pregava l'erede istituito di procedere alle restituzioni nelle prime manifestazioni dell'istituto fedecommisario – ad un altro schema negoziale idoneo a permettergli di conseguire il medesimo risultato, pur trattandosi formalmente di un negozio *inter vivos* e bilaterale.

La fase iniziale sarebbe rappresentata dalla cd. *mancipatio familiae*, e cioè dalla vendita fittizia, tramite *mancipatio*, del proprio patrimonio – da parte di colui che intendesse disporre di esso per il periodo successivo alla propria morte – a favore di una persona di fiducia, il *familiae emptor*, che veniva incaricato della distribuzione del patrimonio stesso tra i beneficiari, dopo la morte del disponente medesimo, attendendo così ad un ufficio che, per quanto l'opinione non sia condivisa²², soprattutto per la non opportunità di riferire ad esperienze così antiche denominazioni ed istituti propri della terminologia giuridica moderna, continuo a inquadrare come simile a quello di un moderno esecutore testamentario²³, e grazie al quale si sarebbe realizzata la successione a titolo particolare:

¹⁵) 15.27.3.

¹⁶) Tit. Ulp. 20.2: *‘Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est’.*

¹⁷) *Iust. Inst.* 2.10.1.

¹⁸) Cfr. Teoph., *Paraphr.* 2.10.1.

¹⁹) Cfr. TERRANOVA, *Sulla ‘natura testamentaria’*, cit., p. 321 ss., e *Ricerche*, cit., p. 267, 275 e 421, dove si ipotizza una diversità di intendimenti nelle Istituzioni imperiali rispetto al parallelo passo della parafrasi teofilina con riguardo al riferimento alla parziale sopravvivenza dell'istituto.

²⁰) Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 610 nt. 134.

²¹) Cfr. ARCÉS, *Sulla «natura fedecommisaria»*, cit., p. 11 e 14.

²²) Va infatti ricordato che in dottrina sono rinvenibili posizioni in forza delle quali, e sia pure con sfumature diverse, si ritiene che, almeno originariamente, la titolarità conseguente all'acquisto fiduciario dei beni consentiva al *familiae emptor* di trattenere per sé quanto non fosse rientrato specificamente nelle istruzioni impartite dal disponente: a tal proposito, cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma, 1928, II, p. 475 nt. 1, SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 100 nt. 3, R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della ‘mancipatio’ (Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato quiritario)*, in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1950, p. 604 ss., B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 50 s. e nt. 79, e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 718. Per un quadro esaustivo del problema, cfr. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 338 ss.

²³) Cfr. E. LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, Paris, 1901, p. 51 ss., H. LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, in «RHD.», XLV, 1921, p. 661 ss., ID., *Au tour de la ‘mancipatio familiae’*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona 27-28-29-IX-1948», (cur. G. MOSCHETTI), III, Milano, 1951, p. 71 ss., ID., *Nature de la Mancipatio Familiae*, in «Festschrift F. Schulz», I, Weimar, 1951, p. 256 ss., B. KÜBLER, *‘Testamentsvollstrecker’*, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», V.A.1, Stuttgart, 1934, c. 1010-1016, W.-CH. KAMPS, *La Fiducie dans le Droit de Grand Grèce et l'origine del la Mancipatio Familiae*, in «NRH.», XV, 1936, p. 153 ss., P. VOICI, *Diritto ereditario romano*², I. *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, p. 89 s. e nt. 3; G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla natura della ‘mancipatio familiae’*, in «Lura», I, 1999, p. 167 ss., J. M. BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, in «RIDA.», XLVII, p. 128 ss., e F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fi-*

tale fase, in sostanza, sarebbe coincisa con la sua modalità attuativa iniziale (la cui descrizione è introdotta dal segno ‘*olim*’ in Gai., *inst.*, 2.103), interpretata come espediente al quale si sarebbe ricorsi per fornire un rimedio a chi, prossimo a morire, non avesse fatto testamento nelle due antiche forme pubbliche allora conosciute.

Va comunque ribadito che l’espressione ‘*mancipatio familiae*’ non compare nei §§ 102-104 del secondo commentario: essa deriva dall’articolazione in due tempi del rito in esame che può leggersi in *Tit. Ulp.* 20.9: ‘*In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur: familiae mancipatio et nuncupatio testamenti*’²⁴.

Avevo peraltro già sottolineato²⁵ che nel testo delle *Institutiones* gaiane non si fa alcun cenno all’originaria natura di espediente in relazione a quello che è presentato, sin dall’origine, come un «terzo genere di testamento», anche se, come ha rilevato da ultima anche Francesca Terranova²⁶ fornendone analitica indicazione, un tale insegnamento è rinvenibile in amplissima letteratura.

Pur non essendo il *familiae emptor* l’erede istituito (pur mancando, quindi, la *heredis institutio*) egli ne avrebbe tenuto il posto: e proprio su quest’aspetto poggiava il vincolo fiduciario in forza del quale riceveva gli incarichi distributivi da parte del disponente²⁷.

In quanto al secondo aspetto, e cioè alla rappresentazione delle linee evolutive, l’articolazione dei §§ 102-104 del secondo commentario oscilla tra la ricostruzione della celebrazione nella sua forma iniziale e l’assetto che l’istituto aveva al tempo in cui Gaio scriveva: il solo che, secondo l’ampia dottrina a cui ho fatto cenno, sarebbe quello propriamente definibile «testamento».

A ben vedere, però, subito dopo aver ricordato che le due più antiche forme pubbliche caddero in desuetudine, Gaio (*inst.* 2.103), oltre a esplicitare che l’unica rimasta in uso era quella *per aes et libram*, precisa che al suo tempo essa era organizzata in maniera diversa da come avveniva anticamente, ma tanto in un caso quanto nell’altro si fa riferimento ad un atto chiamato «testamento», e i cui tratti essenziali di fattispecie continuavano ad essere quelli descritti nel § 102, indicati subito dopo avere giustificato le ragioni dell’introduzione dell’istituto medesimo: si trattava del trasferimento tramite *mancipatio* del proprio patrimonio ad un ‘*amicus*’²⁸, al quale veniva contestualmente rivolta la richiesta di distribuirlo dopo la morte del disponente e secondo le modalità indicate da quest’ultimo.

Nel successivo § 103 è quindi contenuta tanto la descrizione dell’organizzazione più antica del *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa* quanto di quella propria del tempo in cui Gaio scriveva.

Con riferimento alla descrizione dello stadio più antico, emergono due aspetti particolarmente notevoli: l’acquirente fiduciario del patrimonio ereditario «prende il posto dell’erede», e riceveva gli incarichi di distribuzione del patrimonio dal dante causa, che è chiamato «testatore».

Al tempo di Gaio, invece, l’erede era istituito direttamente nel testamento (e a suo carico veni-

duciario, I. *Le premesse romane e l’età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 44 ss.

²⁴ E’ nei *Tituli ex corpore Ulpiani* che ricorre più volte l’espressione ‘*familiae mancipatio*’. Cfr. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della ‘mancipatio familiae’ in Gai 2.104*, in «AUPA.», XLVII, 2002, p. 68 ss., e COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, cit., p. 161 ss. e p. 167 nt 13.

²⁵ Cfr. ARCES, *Sulla «natura fedecommissaria»*, cit., p. 14.

²⁶ *Sulla natura*, cit., p. 301 nt. 2.

²⁷ Cfr. Gai., *inst.* 2.103: ‘*Olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*’. Il riferimento al forte vincolo fiduciario mi permette peraltro di escludere che, anche nella configurazione più antica dell’istituto, la sua celebrazione comportasse un’effettiva acquisizione in capo al *familiae emptor* del *dominium ex iure Quiritium* sulla *familia pecuniaque* del disponente, nonostante le autorevoli voci in senso contrario rinvenibili in dottrina, così come ricordato recentemente da TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 280 s. e nt. 609. In forza delle riferite osservazioni, escludo a maggior ragione detto trasferimento del *dominium* anche nella versione più recente del *testamentum per aes et libram*, nella quale, come ricordato nel testo sulla base dell’espressa indicazione contenuta nel testo istituzionale gaiano, la figura dell’acquirente fiduciario compare ad imitazione del diritto antico.

²⁸ Rilevavo in precedenza come anche il ricorso all’espressione ‘*amicus*’, anziché ‘*civis*’ o ‘*quivis de populo*’, nella ricostruzione gaiana della più antica manifestazione dell’istituto in esame alluda fortemente allo strettissimo vincolo fiduciario che doveva emergere dalla celebrazione dell’atto e contribuire a spiegarne gli effetti del tutto peculiari rispetto a quelli prodotti da una comune *mancipatio*: cfr. ARCES, *Sulla «natura fedecommissaria»*, cit., p. 20.

vano posti anche i legati), mentre il ruolo dell'acquirente fiduciario era svolto da un altro soggetto assunto «ad imitazione del diritto antico»: l'«apporto collaborativo» dell' *'amicus'* si sposta direi quasi «all'esterno» dell'atto, divenendo l'acquirente fiduciario un mero figurante, ad imitazione del diritto antico, e stemperandosi nella rilevanza ai fini della produzione degli effetti.

Nel § 104 è poi descritta più nel dettaglio la ritualità: il tempo della narrazione è il presente, Gaio fa riferimento alla procedura e al formulario utilizzati al suo tempo (la stessa *nuncupatio* «di rinvio» è chiaro indice di un'epoca decisamente più recente in cui, per comprensibili esigenze di riservatezza, le ultime volontà non venivano più espressamente dichiarate), ma sulla base della riferita descrizione contenuta in Gai., *inst.* 2.102 la medesima ritualità può riferirsi anche alla fase più antica.

3. E' a questo punto opportuno prendere in considerazione il brano delle *Institutiones* gaiane, sempre nel secondo commentario, in cui viene presentata la *fideicommissaria hereditas*:

246: Nunc transeamus ad fideicommissa.

247: Et prius de hereditatibus uideamus.

248: Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.

249: Verba autem utilia fideicommissorum haec maxime in usu esse uidentur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

250: Cum igitur scripserimus: LVCIVS TITIVS HERES ESTO, POSSUMUS ADICERE: ROGO TE, LVCI TITI, PETOQUE A TE, VT CVM PRIMVM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITVAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est uel sub condizione uel pure relinquere fideicommissa uel ex die certa.

251: Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is uero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.

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 uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem 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 siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi

Si tratta della sequenza introdotta dopo che Gaio ha concluso, nel suo manuale, l'esposizione dell'istituto del legato²⁹, al quale pure aveva fatto cenno in precedenza (Gai., *inst.* 2.97), ma la cui trattazio-

²⁹) Con riguardo all'esposizione della disciplina dei legati, va rilevato che essa è strutturata in più parti, le quali fanno seguire alla presentazione dei quattro tipi conosciuti in età classica (Gai., *inst.* 2.191-223) l'esposizione delle limitazioni che, tramite le leggi Furia, Voconia e Falcidia, intervennero, a partire dal secondo secolo a.C., sulla latissima *potestas* riconosciuta al testatore nel disporre *mortis causa* dalla legge delle XII tavole (Gai., *inst.* 2.224-228), al dichiarato fine di evitare che testatori troppo munifici disperdessero tutto il patrimonio in legati e affrancazioni, conseguentemente lasciando all'erede, magari in aggiunta al passivo ereditario, solo il vuoto nome d'erede, come testualmente si precisa nel testo istituzionale gaiano (*inst.* 2.224): *'Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis'*. L'esposizione segue poi con un'illustrazione di tipo formale relativa alla correttezza delle disposizioni a titolo particolare e delle affrancazioni, che dovevano entrambe essere disposte necessariamente dopo l'istituzione di erede, precisandosi che prima di essa sarebbero state inutili, poiché i testamenti «traggono forza» dall'istituzione d'erede, essendo considerata quest'ultima «capo e fondamento» dell'intero testamento (Gai., *inst.* 2.229-230): *'Ante heredi institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredi institutionem dari potest'*; e sulla base di tali indicazioni viene inoltre ricordata (Gai., *inst.* 2.231) una disputa tra Sabiniani e Proculiani in merito alla validità dell'indicazione nel testamento del tutore prima dell'istituzione d'erede: ritenuta dai primi inammissibile (per le medesime considerazioni svolte in tema di legato e affrancazione del servo), veniva ammessa dagli altri sulla base della considerazione, di Labeone e Proculo, in forza della quale la dazione del tutore per testamento non comportava una dispersione del patrimonio ereditario analoga a

ne viene rinviata all'espreso fine di rispettare l'ordine logico-sistematico dell'esposizione.

I §§ 246 e 247 accostano plasticamente il tema del fedecommesso³⁰ a quello dell'eredità.

L'accorgimento stilistico appare come un necessario richiamo a quanto era stato illustrato nel § 229 del medesimo commentario circa l'importanza dell'istituzione di erede, e tale illustrazione richiama ulteriormente quanto insegnato in precedenza, quando, trattando *ex professo* dei requisiti di validità del testamento librato, Gaio (*inst.* 2.114-117) si premura di elencare tanto la necessaria sussistenza della *testamentifactio* in capo al testatore, quanto la verifica circa l'avvenuta celebrazione del testamento medesimo secondo le regole del diritto civile (con la rammentata eccezione prevista a favore dei militari ai quali, per la loro inesperienza, si consentiva di disporre in maniera più libera), quanto, soprattutto e a pena di inutilità dell'intero svolgimento del rito, la solennità della istituzione

quella che invece si realizzava disponendo legati ed affrancando servi. La trattazione istituzionale prosegue indicando ulteriori ipotesi di legato, affrancazione e dazione di tutore inutilmente disposte, come quelle «dopo la morte dell'erede» (Gai., *inst.* 2.232-234) o a titolo di pena (Gai., *inst.* 2.235-237) o disposte a beneficio di persone incerte, includendosi in tale categoria anche i postumi altrui (Gai., *inst.* 2.238-243), e si conclude col duplice quesito circa la regolarità del legato disposto a favore di chi sia in potestà dell'erede istituito nel testamento (Gai., *inst.* 2.244), e, in senso speculare, di quello disposto a favore dell'avente potestà sull'erede istituito (Gai., *inst.* 2.245): quest'ultima ipotesi risulta decisamente più piana, rilevandosi la piena regolarità di un legato così disposto, che è inutile solo nell'ipotesi in cui l'avente potestà-legatario divenga nel frattempo erede del proprio sottoposto, a sua volta precedentemente istituito erede, non potendo l'erede di costui dovere a se stesso il legato. L'ipotesi del legato disposto a favore di chi sia in potestà dell'erede istituito rappresentata in Gai., *inst.* 2.244 risulta invece più problematica, e permette di riportare l'opinione di Servio, il quale lo ammetteva tanto se disposto puramente e semplicemente, quanto condizionato, purché – e a pena di inutilità del legato stesso – allo spirare del *dies cedens*, o al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, l'onorato non fosse più in potestà dell'erede istituito. Di diversa impostazione risultavano essere Sabino e Cassio, i quali ammettevano il solo legato sotto condizione, e non anche quello disposto puramente e semplicemente, sulla base dell'osservazione per cui quest'ultimo si sarebbe comunque dovuto intendere inutilmente disposto anche se l'onorato di esso avesse cessato di essere in potestà dell'erede durante la vita del testatore, ritenendosi assurdo che ciò che non avrebbe avuto effetto se il testatore fosse morto subito dopo aver fatto testamento, dovesse invece valere per il sol fatto che la vita di questi fosse stata più lunga. I proculiani, infine, ritenevano inammissibile anche il legato condizionato, sulla base della considerazione per cui non si può essere maggiormente debitori nei confronti dei propri sottoposti, per il sol fatto che la disposizione sia condizionata anziché disposta puramente e semplicemente.

³⁰ La lettura tradizionalmente fornita delle fonti principali in materia di fedecommesso qualifica tale istituto come una disposizione *mortis causa*, libera da vincoli di forma e disposta in forma di preghiera, validamente inseribile nel testamento, ma anche in codicilli confermati e persino in quelli ab intestato. Per un inquadramento generale dell'istituto, oltre che di alcuni suoi aspetti fondamentali, cfr. R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*⁴, II, Leipzig, 1888, p. 271, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 33 ss., F. MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p. 1 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1927, p. 522 s., P. LEMERCIER, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique*, in «RHD.», XIV, 1935, p. 433 ss., B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 286 ss., R. TRIFONE, 'Fedecommesso (diritto romano)', in «NNDI.», VIII, Torino, 1957, p. 188, GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, p. 30 ss. e 112 ss., E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in «RHD.», XL, 1962, p. 337, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1963, p. 223 ss., ID., 'Fedecommesso (diritto romano)', in «ED.», XIII, Milano, 1968, p. 103 ss., G. IMPALLOMINI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in «Conferenze romanistiche», II, Milano, 1967, p. 275 ss., A. WATSON, *The Early History of «fideicommissa»* (1970), ora in *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 181 ss., ID., *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 35 ss., D. JOHNSON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 9 ss. e 76 ss., A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid-Salamanca, 1989, p. 22 ss., E. NARDI, *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in «Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze Morali. Rendiconti», LXXX, 1991-92, p. 11 ss., V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 23 ss. e 63 ss., M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideicommiss im zweiten Jahrhundert von Christus*, in «RIDA.», XLII, 1995, p. 167 ss., F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, p. 23 ss., L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di Esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 14 ss., EAD., *Restitutio post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, p. 191 ss., e F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 23 ss. Un noto passo delle Istituzioni giustiniane (2.23.1) permette di affermare con sicurezza che l'istituto ricevette riconoscimento giuridico sotto Augusto, ma la sua storia, sulla base dei dati desumibili dai passi in esame delle *Institutiones* gaiane, deve farsi risalire ad ancor prima dell'età decemvirale, in stretta connessione con la menzionata necessità di provvedere a fornire modalità alternative di successione testamentaria rispetto alle più volte menzionate forme *calatis comitiis* ed *in procinctu*, oltre che di realizzare ipotesi di successione indiretta.

di erede, che doveva necessariamente essere contenuta in un testamento, e secondo il formulario esemplificativamente riportato, così come si legge nei passi del secondo libro delle Istituzioni a cui da ultimo si è fatto cenno:

114: Igitur si quaeramus, an ualeat testamentum, inprimis aduertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris ciuilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo uelint uel quomodo possint, permittitur testamentum facere.

115: Non tamen, ut iure ciuili ualeat testamentum, sufficit ea obseruatio, quam supra exposuimus de familiae uenditione et de testibus et de nuncupationibus.

116: Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita uenire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.

117: Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa iam comprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO; at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque improbatas sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVTO, item: HEREDEM FACIO.

L'importanza della solennità (oltre che della priorità logica e funzionale) dell'istituzione di erede ai fini della valida confezione del testamento ritorna quindi con una certa frequenza nel manuale istituzionale giano, quasi a volerne costantemente ribadire l'indissolubile ed originaria correlazione³¹, il che mi porta ad escludere che si tratti invece di una «saldatura» compiutasi in età successiva, in coerenza con la nozione che dell'istituto medesimo risultava ampiamente affermata in età classica³².

E così, in conclusione del § 248, anche introducendo il tema delle disposizioni fedecommissarie se ne rammenta nuovamente la necessaria priorità, mediante l'ammonizione per cui sarebbe inutilmente fatto un testamento, se privo di una corretta istituzione di erede (*'inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur'*).

In questo caso l'elemento ulteriore e caratterizzante è rappresentato dall'espressione *'fidei committatur'*, che rappresenta una componente direi «psicologica» della fattispecie: il testatore, infatti, potrà soltanto fare affidamento sulla lealtà dell'erede istituito (indifferentemente nella totalità o solo in una quota, come si precisa in Gai., *inst.* 2.259), affinché costui dia corso alle preghiere rivoltegli immediatamente dopo l'istituzione, secondo il formulario esemplificativo che viene riportato nei §§ 249 e 250, e dal quale si apprende che la preghiera potrà riguardare la restituzione della totalità della massa ereditaria, ma anche solo di una sua parte (o, come ulteriormente precisato nel predetto § 259 per il caso dell'erede istituito in una quota, della totalità o di una frazione di quest'ultima), e che tale preghiera potrà essere formulata tanto puramente e semplicemente quanto con l'apposizione di una condizione o di un termine.

L'affidamento compiuto dal testatore doveva avere la stessa pregnante intensità che caratterizzava l'affidamento con cui il disponente mancipava la propria *familia* all'*amicus*. Si trattava di un affidamento che poteva anche essere malriposto, e, nella progressivamente crescente consapevolezza di ciò, talora i testatori arrivavano a escogitare meccanismi volti a fornire una maggiore spinta vincolante all'impegno morale richiesto, come si apprende da Cicerone con riferimento alla narrazione della successione testamentaria di Publio Trebonio, nella cui regolamentazione il testatore aveva proprio fatto affidamento sulla bontà ed onestà degli eredi istituiti, affinché questi aiutassero il suo fratello proscritto Aulo Trebonio, prevedendo peraltro che costoro giurassero³³ di impegnarsi a far-

³¹) Indirettamente ribadita anche in Gai., *inst.* 2.273, dove si indica che l'istituzione di erede o la diseredazione non erano possibili nemmeno nei codicilli confermati nel testamento.

³²) Cfr., in senso contrario F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, in «Festschrifts H. Siber», I, Leipzig, 1941, p. 39 s., M. KASER, *Das altrömische 'ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 159 s., S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?* (1953), ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 423 s., e D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 3 ss.

³³) Cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 40, che, proprio in relazione alla vicenda descritta nel passo ciceroniano riportato nella nota seguente, rileva la «tenuità del *vinculum fidei* che lega in questo episodio gli eredi al

gli pervenire non meno della metà della quota a ciascuno di essi spettante: ma solo il liberto istituito erede in quel testamento mantenne fede agli impegni, dando così corso a una accesa disputa³⁴. In generale, però, al tradimento della *fides* non sembravano sussistere all'epoca di Cicerone adeguati rimedi, come apprendiamo dalla descrizione di un'altra vicenda, costituente un ricordo giovanile dell'Arpinate, confluito nel *De Finibus Bonorum et Malorum*, che riguardava l'istituzione d'erede di Publio Sestilio Rufo nel testamento di Quinto Fadio Gallo, il quale l'aveva pregato di far pervenire tutta la sua eredità a Fadia, figlia del testatore³⁵: il vincolo sul quale riposavano simili richieste in-

de cuius. Oltre a non trovare riscontro testuale nelle espressioni adoperate per ordinare il fedecompresso, la fiducia, cioè il personale affidamento del testatore nell'impegno morale dell'incaricato, è qui almeno in parte esclusa dal fatto stesso che il testatore abbia sentito il bisogno di ricorrere alla promessa sotto giuramento per ottenere l'adempimento del mandato», il che ha portato in precedenza GIODICE-SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 59, addirittura ad escludere trattarsi in questo caso di fedecompresso.

³⁴) Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.123-124: 'P. Trebonius viros bonos et honestos conplures fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem babuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus 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 velaret; impetrant, 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 arbitratur; [124] 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; 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!'. Degli eredi istituiti, infatti, solo il liberto giurò; gli altri si recarono da Verre, esponendogli l'inopportunità di porre in essere comportamenti in violazione della *lex Cornelia de proscriptione*, dell'anno 82, che espressamente proibiva il compimento di simili agevolazioni ai proscritti, i quali venivano in forza di essa privati della capacità di ricevere per testamento, ed effettivamente ottennero di non giurare, ricevendo altresì il possesso *contra tabulas* dei beni ereditari. Il resoconto ciceroniano non si pone in atteggiamento critico avverso tale decisione, posto l'espresso divieto della legge. Viene però presa in considerazione la condotta del liberto, il quale aveva prestato giuramento perché convinto che avrebbe altrimenti compiuto un'azione scellerata, violando la volontà espressa nel testamento del patrono. La mancata concessione del possesso del patrimonio ereditario da parte di Verre al liberto si fonderebbe sulla duplice intenzione del pretore di evitare che costui aiutasse il patrono proscritto, oltre che di punire il liberto per aver seguito la volontà del testatore. E' a questo punto del resoconto ciceroniano che si articola tutta la complessità della vicenda, ed emergono i profili di critica avverso l'operato di Verre, con particolare riguardo alla mancata concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* al liberto, lungi dall'assecondare un intento fraudolento, avrebbe evitato di tradire le ultime volontà di Publio Trebonio, non impedendo al liberto di attuare quanto richiestogli previo giuramento. Il trasferimento a favore del proscritto, poi, sarebbe stato autonomamente sanzionato e caducato per gli effetti della *lex Cornelia* mediante confisca di quanto trasferito.

³⁵) Cfr. Cic., *fin.* 2.55: 'memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, 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 adolescentes, 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 recta 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 periculo est quaerenda vobis; est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum'. Cicerone era presente quando Publio Sestilio Rufo, di fronte agli amici, negava impunemente che il testatore gli avesse rivolto una tal preghiera, pur nell'incredulità generale: era infatti più verosimile, rileva Cicerone, che una menzogna provenisse da lui, persona evidentemente interessata, piuttosto che da parte del testatore, il quale gli aveva informalmente richiesto di compiere il trasferimento in favore della figlia. Publio Sestilio Rufo aggiunse di aver giurato sulla *lex Voconia*, e che, conseguentemente, non avrebbe osato violarla, a meno che gli amici fossero di diverso avviso. Cicerone precisa che all'episodio assistettero, oltre che lui ed altri suoi coetanei, anche numerose persone autorevoli, nessuna delle quali ritenne che Fadia dovesse ricevere più di quanto stabilito dalla *lex Voconia*. Conseguentemente, Sestilio trattene per sé un'eredità cospicua, non ponendosi alcun problema morale per non aver anteposto ai guadagni e ai vantaggi l'onestà e la rettitudine di tener fede alla richiesta impartitagli dal testatore, ed essendo anzi

formali del testatore all'erede (o, comunque, a un beneficiario di disposizione testamentaria) era ancora squisitamente metagiuridico, al punto da non potersi prevedere una corretta realizzazione dei desiderata dell'eredando se non alla luce dell'onestà e della lealtà dimostrate dall'onerato, una volta apertasi la successione e rese eseguibili le disposizioni testamentarie.

Si trattava dunque di esiti incerti, per fortuna non sempre frustrati dalla mancata collaborazione dello stesso onerato rivelatosi poi infedele: va infatti sottolineato che ancora nella tarda repubblica e sino al principato rivestivano un certo peso quei rapporti, relazioni e pratiche personali, individuate dal segno 'coniunctiones', e derivanti dall'intreccio tra *officium*, *beneficium*, *amicitia*, *necessitudo*, che riconducono ad una nozione ampia, ma pressante e stringente, di 'vinculum', nella quale appunto far rientrare quegli impegni e doveri che, pur nell'assenza di strumenti tecnico-processuali che costringono all'adempimento, in qualche modo tendono a provocarlo, secondo l'immagine efficace e suggestiva della compensazione della mancanza di *actio* con la presenza di *fides* e *pudor* quali stimoli interiori all'adempimento, come può rilevarsi dalla prosecuzione della lettura dell'opera da ultima citata dello stesso Cicerone, che contrappone al comportamento infedele di Publio Sestilio Rufo quello di Sesto Peducèo: nominato erede da Gaio Plozio, illustre cavaliere romano di Norcia, si presentò dalla moglie del *de cuius* e spontaneamente consegnò a costei l'eredità ricevuta, senza che nessuno, nemmeno la vedova, sapesse delle richieste informali rivoltegli dal testatore in tal senso³⁶.

ben lieto di essersi procurato una così ingente somma di denaro non solo senza violare alcuna legge, ma proprio in virtù di essa: la *lex Voconia*, approvata nel 169 a.C. su proposta di Quinto Voconio Saxo, e della quale ci informa anche Gaio, trattando delle limitazioni della libertà di disporre per testamento (Gai., *inst.* 2.226), vietava ai cittadini appartenenti alla prima classe di censo di nominare eredi le donne, stabilendo altresì che nessuno avrebbe potuto ricevere a titolo di legato più di quanto spettasse agli eredi: in forza di tale legge, dunque, Fadia avrebbe potuto ricevere, a titolo di legato, non oltre la metà del patrimonio, nella totalità del quale Sestilio era stato istituito erede. La notevole compressione della capacità delle donne di ricevere per testamento, attuata anche tramite l'emanazione della *lex Voconia*, avrebbe spinto in molti a seguire lo schema, posto in essere da Quinto Fadio Gallo, di istituire erede un soggetto con piena capacità di ricevere per testamento, pregandolo di restituire l'eredità all'incapace. Si è addirittura sospettato che furono proprio le limitazioni introdotte da tale legge a comportare la nascita dell'istituto fedecommisario (cfr. DE BRUIN, *Papiria*, cit., p. 167 s.; sulla *lex Voconia*, cfr. R. VIGNERON, *L'antifemminista loi Voconia et les 'Schleichwege des Lebens'*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 140 ss., E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1988, p. 81 ss. e 89 ss., EAD., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 197 e 454 s., e TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 23 ss.) Risulta peraltro evidente che all'epoca del testamento di Quinto Fadio Gallo non esisteva alcun mezzo giuridico per ottenere coattivamente l'esecuzione di quanto in esso richiesto in forma di preghiera: nel passo preso in esame, infatti, Cicerone non ne fa alcun cenno, ed è appena il caso di sottolineare che si sarebbe trattato di una menzione di fondamentale importanza ai fini della effettiva attuazione della volontà complessiva del testatore, non riducibile alla sola parte comprendente l'istituzione di erede, ma necessitante anche della collaborazione di costui nei termini precisati. Nemmeno la pressione sociale in qualche modo esercitata sull'erede, e realizzata mediante la menzione del fedecommesso in esso inserito, permise la realizzazione della volontà di Quinto Fadio Gallo: come riporta Cicerone, l'assenza di una qualsivoglia forma di contestazione anche da parte degli 'amplissimi viri' presenti, pur nella consapevolezza da parte di costoro della disonestà dell'erede istituito, evitò a Publio Sestilio Rufo persino di correre il rischio di dover trasferire a Fadia, in adempimento di una sorta di legato e in ossequio alla limitazione quantitativa prescritta dalla *lex Voconia*, la metà del compendio ereditario.

³⁶ Cfr. 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 Sextus 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 Caio Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultra ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum euit 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 appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere. Si scieris, inquit Carneades, aspidem occulte latere uspiam, et velle aliquem imprudentem super eam assidere, cuius mors tibi emolumentum futura sit, improbe feceris, nisi monueris ne assidat, sed impunitè tamen; scisse enim te quis coarguere possit? Sed nimis multa. Perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiantur 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'. E' appena il caso di sottolineare come, nel testo, siano le doti di *humanitas* e *probitas* dell'erede fedele alla parola data a ricevere particolare risalto, al punto da essere in questo accostato all'esempio di Epicuro: anche in questo caso avrebbe molto probabilmente trovato applicazione la *lex Voconia*, soprattutto in considerazione del fatto che, nell'ipotesi in esame, nelle *tabulae testamentariae* non vi era menzione alcuna della richiesta informale, e l'eventuale infedeltà dell'erede sarebbe stata individuata con maggiore difficoltà, non sussistendo la benché minima traccia documentale della più articolata volontà del testatore. Eppure, in questo caso la ferma inten-

L'avvenuta restituzione dell'eredità, peraltro, non comportava in epoca classica un mutamento qualitativo in capo all'erede-onerato: Gaio infatti ci informa in più luoghi (*inst.* 2.251, 254, 255, 257) che, alla sua epoca, costui continuava a rimanere erede; il beneficiario della restituzione, invece, era considerato a volte in luogo d'erede, a volte di legatario.

Si tratta di uno schema al quale si perviene attraverso l'evoluzione storica che pure viene tratteggiata nel manuale istituzionale gaiano: la fase più antica³⁷ prevedeva la (simbolica) compravendita dell'eredità tra l'erede-onerato e il beneficiario della disposizione fedecommissaria, con il ricorso alle stipulazioni tipiche che intercorrevano tra il venditore e l'acquirente dell'eredità.

In particolare, per il tramite di queste ultime, l'erede-onerato (il venditore simbolico) si faceva tenere indenne dall'onorato (l'acquirente simbolico) con riguardo a tutto ciò che il primo avesse pagato sulla base di condanna a titolo ereditario, o a quanto avesse dato in buona fede, facendosi altresì promettere che, più in generale, l'onorato-acquirente lo difendesse contro chi avesse agito nei confronti di lui a titolo ereditario.

Specularmente, l'onorato-acquirente stipulava la promessa di restituzione a suo favore di tutto ciò che all'erede-onerato-venditore fosse ulteriormente pervenuto a titolo ereditario, unitamente al consenso, da parte di quest'ultimo, allo svolgimento da parte del primo delle azioni ereditarie a titolo procuratorio o cognitorio.

La produzione normativa del senato e l'intervento del pretore rappresentarono, stando al resoconto gaiano (*inst.* 2.253), notevoli tappe evolutive verso l'assetto finale descritto in Gai., *inst.* 2.251: con un primo senatoconsulto Trebelliano del 56 d.C. fu disposto che alla restituzione dell'eredità per fedecommissario venissero date, a favore e contro colui al quale l'eredità veniva restituita (e cioè il beneficiario della disposizione fedecommissaria), le azioni spettanti per diritto civile a favore dell'erede e contro di esso. Gaio precisa che tale innovazione comportò il venir meno della prassi della stipula di garanzie reciproche tra (i simbolici) venditore e acquirente di eredità, posto che, sulla base di tale senatoconsulto, il pretore iniziò a dare, indicandole nell'editto, azioni utili a colui e contro colui il quale avesse ricevuto l'eredità, quasi come all'erede e contro l'erede.

Il sèguito dell'esposizione gaiana (*inst.* 2.254) lascia intendere che l'ulteriore intervento normativo del senato rappresentò una sorta di incentivo all'erede-onerato a realizzare compiutamente il disegno successorio raffigurato dal testatore: la preghiera di restituire tutta (o quasi tutta) l'eredità, infatti, iniziò evidentemente ad essere intesa come un'inutile seccatura (se non addirittura come una vera e propria perdita economica) per gli eredi-onerati, al punto che, verso la fine del I secolo d.C., la maggior parte di costoro la rifiutava, comportando l'estinzione del fedecommissario.

Sulla base di tale constatazione il successivo senatoconsulto Pegasiano del 70 d.C., ad imitazione della relativa prescrizione in tema di legati della *lex Falcidia*, approvata ed in vigore da oltre un secolo, stabilì il diritto, in favore dell'erede-onerato, di eventualmente trattenere la quarta parte di quanto venisse pregato di restituire, anche con riguardo all'ipotesi di fedecommissari particolari.

In forza di quest'ultimo senatoconsulto, sempre secondo il resoconto gaiano (*inst.* 2.254, nella seconda metà del paragrafo), era l'erede istituito a sopportare gli oneri ereditari, mentre il beneficiario della disposizione fedecommissaria veniva inteso alla stregua di legatario parziario: da ciò la prassi di far intercorrere tra il beneficiario della disposizione fedecommissaria e l'erede-onerato le stesse stipulazioni solitamente intercorrenti tra erede e legatario parziario, all'evidente fine di riparti-

zione di proseguire nell'incarico ricevuto (*officium sequi*) con atteggiamento leale a discapito dell'interesse personale e di un'intenzione malvagia (*prava voluntas*) sia pure attuata essendo formalmente ossequiosi del disposto della legge. Tanto il testamento di Fadio quanto quello di Plozio seguono schemi molto simili: sono sintomatici della diffusione di tale prassi nella tarda repubblica, e contribuiscono a sostenere l'idea della totale assenza di vincolatività, sul piano giuridico, delle richieste informali del testatore, posto che, sulla base dei dati desumibili dal resoconto ciceroniano, nemmeno il rinvio ad esse effettuato all'interno del testamento era idoneo a far sorgere un'obbligazione, avente ad oggetto quanto richiesto, in capo all'onerato (in senso contrario, cfr. comunque LEMERCIER, *Quelque remarques*, cit., p. 439).

³⁷ Descritta in Gai., *inst.* 2.252.

re *pro quota* attività e passività ereditarie: con riferimento a queste ultime, Gaio, nella parte finale del paragrafo in esame, le intende «comuni» all'erede, oltre che al legatario parziario dell'esemplificazione e al beneficiario della disposizione fedecommissaria di cui alla specifica trattazione, tratteggiando così una disciplina che non mi sembra discostarsi molto dalla ripartizione di attività e passività tra coeredi in sede di divisione ereditaria.

Il quadro complessivo risultante alla luce degli interventi normativi del senato comportava, pertanto, che se l'erede istituito fosse stato pregato di restituire non più dei tre quarti dell'eredità, la restituzione sarebbe avvenuta in forza del senatoconsulto Trebelliano. In tale ipotesi, le azioni ereditarie *pro quota* sarebbero state concesse all'erede in forza del diritto civile: anzi, Gaio si premura di specificare (nella parte finale del § 255 del secondo commentario) che all'erede spettava la totalità delle azioni ereditarie a favore di lui e contro di lui, ivi comprese quelle relative alla quota oggetto di restituzione, ma che esso non veniva onerato da (e, specularmente, non si concedevano in suo favore) azioni che eccedessero il vantaggio ereditario a costui rimanente. Conseguentemente, al beneficiario della disposizione fedecommissaria le relative azioni ereditarie venivano concesse in forza del predetto senatoconsulto.

La residua trattazione del secondo commentario (§§ 260-289) sembra svilupparsi simmetricamente alla trattazione della disciplina del legato, oltre che della manomissione testamentaria: anzi, a un certo punto (dal § 268 alla fine del commentario) verranno espressamente individuate le profonde differenze tra legato e fedecommissario. Emergono peraltro in maniera evidente dal testo anche gli indiscutibili punti di contatto tra i due istituti da ultimi menzionati, e l'esposizione gaiana prosegue orbitando tra i poli opposti delle somiglianze e delle differenze.

La precisazione contenuta nel § 254³⁸ – che aveva anticipato, nella trattazione riferentesi specificamente alla quarta pegasiana, la possibilità di disporre anche fedecommissi particolari, e cioè aventi ad oggetto singole cose o diritti – viene compiutamente sviluppata mediante l'affermazione dell'ammissibilità della relativa disciplina³⁹ in forza della quale un fedecommissario poteva avere ad oggetto anche cose singole, quali quelle esemplificativamente indicate nel corpo del testo istituzionale, e il disponente avrebbe potuto rivolgere la relativa preghiera di restituzione ad un erede o anche ad un legatario, per quanto non fosse possibile disporre invece un legato a carico di un legatario.

L'ulteriore lettura dei paragrafi del secondo commentario delle istituzioni di Gaio evidenzia come i punti di contatto tra legato, manomissione testamentaria e fedecommissario particolare diventino più densi con riguardo all'oggetto della disposizione:

261: Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, siue ipsius legatarii siue aliena sit. hoc solum obseruandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

262: Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius soluere, sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit. sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non uendat, extinguere fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.

263: Libertas quoque seruo per fideicommissum dari potest, ut uel heres rogetur manumittere uel legatarius.

264: Nec interest, utrum de suo proprio seruo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii uel etiam extranei sit.

265: Itaque et alienus seruus redimi et manumitti debet. quod si dominus eum non uendat, sane extinguatur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla interuenit.

266: Qui autem ex fideicommissis manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris seruus fue-

³⁸) *Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relicuntur, eadem retentio permessa est*.

³⁹) Gai., *inst.* 2.260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, uelut fundum, hominem, uestem, argentum, pecuniam, et uel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, uel legatarium, quamuis a legatario legari non possit*.

rit, sed eius, qui manumittit.

267: At qui directo testamento liber esse iubetur, uelut hoc modo: STICHVS SERVVS MEVS LIBER ESTO, uel hoc: STICHVM SERVVM MEVM LIBERVVM ESSE IVBEO, is ipsius testatoris fit libertus. nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit, et quo faceret testamentum et quo moreretur.

L'estrema duttilità del fedecommissario permetteva che esso potesse avere ad oggetto non solo una cosa propria del testatore, ma anche dell'erede, del legatario o di chiunque altro, determinando così che anche al legatario potesse chiedersi di restituire l'oggetto del lascito disposto a proprio favore, ovvero una cosa altrui, e comunque sempre nei limiti del valore di quanto ricevuto per testamento dall'onerato: la presentazione della regolamentazione contenuta nel § 261 permette una lettura sinottica dell'istituto in analisi con quelli del legato a effetti reali e quello di cosa altrui, in età classica realizzabili, rispettivamente, col ricorso al *legatum per vindicationem* e a quello *per damnationem*.

Con particolare riguardo al lascito di cosa altrui, va rilevata una notevole coincidenza di disciplina tra fedecommissario particolare e il legato da ultimo menzionato⁴⁰, che viene espressamente indicata da Gaio nel § 262⁴¹, laddove si affretta altresì a precisare l'opinione di taluni, per i quali la mancata intenzione di vendere da parte del proprietario del bene oggetto del lascito avrebbe comportato l'estinzione del fedecommissario, a differenza del regime previsto per il *legatum per damnationem*.

Il fedecommissario permetteva altresì di concedere la libertà al servo, che poteva essere, oltre che proprio del disponente, anche dell'erede, del legatario o di un terzo⁴², mediante la preghiera, rivolta all'erede o al legatario⁴³, di manometterlo⁴⁴, realizzando in tal modo un effetto altrimenti conseguibile con disposizione testamentaria diretta (in tal caso, però, ancora per il diritto classico, limitatamente ai servi che fossero nella proprietà quiritaria del testatore nel duplice momento della celebrazione del testamento e in quello della morte del testatore)⁴⁵, così come consentito (almeno) sin dal V secolo a.C. dalla legge delle XII tavole, con una disposizione che probabilmente richiamava più antico diritto consuetudinario⁴⁶, e con la differenza consistente nella diversità soggettiva del patrono, che nel caso della disposizione testamentaria diretta era il *de cuius*⁴⁷, mentre in quella fedecommissaria era il soggetto pregato di manomettere, anche nel caso in cui il servo fosse stato di proprietà del testatore⁴⁸.

Il diritto classico tendeva ancora a tenere distinto il legato dal fedecommissario, e, come accennato in precedenza, Gaio, in chiusura del secondo commentario delle sue Istituzioni, si premura, con un'elencazione francamente asistemica, ed effettuando la ripartizione tra differenze ancora esistenti al tempo in cui egli scrive ed altre ormai scomparse nella sua epoca⁴⁹, di esplicitare, a volte mediante il richiamo o la ripetizione di caratteristiche già illustrate poco prima nel corso della trattazione, le profonde differenze esistenti tra i due istituti.

In particolar modo, queste ultime vengono individuate:

⁴⁰ Cfr., in relazione al *legatum per damnationem* di cosa altrui, Gai., *inst.* 2.202: 'Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere rem et praestare aut estimatione eius dare debeat'.

⁴¹ '... sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit': in entrambi i casi, l'onerato avrebbe avuto la scelta tra il redimere il bene altrui e prestare per esso garanzia o il pagarne la stima al beneficiario della disposizione.

⁴² La preghiera di manomissione del servo altrui avrebbe quindi comportato la necessità di riscattarlo e manometterlo, con conseguente estinzione della libertà fedecommissaria nell'ipotesi di mancata intenzione di vendere da parte del *dominus* del servo da manomettere, e ciò perché non interveniva il meccanismo alternativo del pagamento della stima: cfr. Gai., *inst.* 2.265.

⁴³ O addirittura al servo beneficiario della manomissione: cfr. Gai., *inst.* 2.264.

⁴⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.263-266.

⁴⁵ Cfr. Gai., *inst.* 2.267.

⁴⁶ Cfr. il testo, lacunoso, di *Tit. Ulp.* 1.9: 'Ut inter testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat ...'.

⁴⁷ Il liberto in questo caso veniva chiamato anche «orcino», come ricordano ancora le Istituzioni giustinianee (2.24.2), e, prima di esse, *Tit. Ulp.* 2.8.

⁴⁸ Cfr. Gai., *inst.* 2.266, *Tit. Ulp.* 2.8 e *Iust. inst.* 2.24.2.

⁴⁹ Queste ultime, in particolare, indicate nei paragrafi conclusivi del secondo commentario, a partire dal 284.

- a) nei soggetti a carico dei quali essi venivano posti, con la precisazione per cui il fedecommesso, a differenza del legato, poteva porsi tanto a carico dell'erede *ab intestato*⁵⁰ o testamentario (dovendo comunque quest'ultimo essere sempre necessariamente istituito in nessun altro atto che non fosse un testamento⁵¹, ma essendo peraltro validamente disposto il fedecommesso anche in codicilli non confermati)⁵², quanto a carico di un legatario o di un altro beneficiario di disposizione fedecommissaria⁵³;
- b) nell'altruità del servo nel solo caso, peraltro già menzionato, della manomissione disposta per fedecommesso⁵⁴;
- c) nella diversa ampiezza del novero dei soggetti onorati, decisamente maggiore nel caso del fedecommesso, del quale potevano beneficiare anche le donne, nonostante i limiti imposti dalla *lex Voconia*⁵⁵, i latini *Iuniani*, nonostante i divieti di cui alla *lex Iunia*⁵⁶, e, secondo taluni, anche i servi minori di trent'anni⁵⁷; in precedenza, ma non più al tempo di Gaio, beneficiari di disposizione fedecommissaria potevano essere anche gli stranieri⁵⁸, i celibi e gli orbi⁵⁹, le *personae incertae* e i *postumi alieni*⁶⁰, così come non era più possibile disporre a titolo di pena un fedecommesso⁶¹, o procedere tramite esso alla nomina del tutore⁶²;
- d) nella possibilità di disporre una sostituzione fedecommissaria, nonostante l'impossibilità di nominare un erede al proprio erede alla morte di costui, tanto nell'interezza del patrimonio ereditario quanto in una sua quota⁶³;
- e) nel diverso regime processuale⁶⁴; nei diversi tempi della celebrazione delle relative controversie⁶⁵, e nella diversità di valore per cui si agisce contro l'erede che contesti un legato *per damnationem* piuttosto che un fedecommesso: il doppio nel primo caso, il valore unitario nel secondo⁶⁶;
- f) nella debenza di frutti ed interessi per il caso di ritardo della prestazione da parte dell'onerato⁶⁷;
- g) nella lingua in cui potevano essere disposti, che ammetteva anche il greco per i fedecommissi, a differenza dei legati⁶⁸;
- h) nella ripetibilità di quanto per errore pagato in eccesso, ammessa nel solo fedecommesso⁶⁹.

4. Si possono ora affiancare i passi delle *Institutiones* di Gaio che meritano una lettura parallela, ai fini della proposta individuazione di una matrice genetica comune ai due meccanismi successori:

Gai., *inst.* 2.103: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et

⁵⁰ Cfr. Gai., *inst.* 2.270.

⁵¹ Gai., *inst.* 2.273.

⁵² Gai., *inst.* 2.270a, ove si precisa ulteriormente che, al contrario, un legato sarebbe invece stato valido solo in codicilli confermati nel testamento (oltre che, a maggior ragione, nel testamento stesso).

⁵³ Gai., *inst.* 2.271.

⁵⁴ Gai., *inst.* 2.272.

⁵⁵ Gai., *inst.* 2.274.

⁵⁶ Gai., *inst.* 2.275.

⁵⁷ Gai., *inst.* 2.276.

⁵⁸ Gai., *inst.* 2.285: Gaio ipotizza che sarebbe stata questa l'origine dei fedecommissi.

⁵⁹ Gai., *inst.* 2.286-286a.

⁶⁰ Gai., *inst.* 2.287.

⁶¹ Gai., *inst.* 2.288.

⁶² Gai., *inst.* 2.289.

⁶³ Gai., *inst.* 2.277.

⁶⁴ Gai., *inst.* 2.278.

⁶⁵ Gai., *inst.* 2.279.

⁶⁶ Gai., *inst.* 2.282.

⁶⁷ Gai., *inst.* 2.280.

⁶⁸ Gai., *inst.* 2.281.

⁶⁹ Gai., *inst.* 2.283.

ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

Gai., *inst.* 248: Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.

251: Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is uero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.

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 uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem 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 siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi

Nel più volte considerato § 103 del secondo commentario, Gaio, nel descrivere la più antica modalità di compimento del *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*, rileva come il *familiae emptor* sia considerato (alla stregua di un) erede.

Nei paragrafi in cui tratta la *fideicommissaria hereditas* – e precisamente nel rammentarne la più antica modalità di compimento – presenta il beneficiario della disposizione fedecommissaria⁷⁰ (e cioè il soggetto al quale l'erede istituito è pregato di restituire) come un acquirente dell'eredità stessa.

Risulta allora rilevante l'osservazione per cui, in entrambi i casi, si assiste alla presentazione della fase più antica di schemi successori in cui, rispettivamente, il compratore considerato (alla stregua di un) erede e, nel caso del fedecommissario, l'erede istituito e pregato di procedere alla restituzione ricevevano incarichi di procedere alla distribuzione di cespiti ereditari; quand'anche fosse solo una suggestione, l'accostamento dei due distinti meccanismi ne pone in evidente risalto le fortissime analogie: abbiamo infatti, da un lato, un acquirente considerato alla stregua di un erede e, dall'altro, il beneficiario della disposizione fedecommissaria che, non potendo per i più diversi motivi essere istituito direttamente erede nel testamento, è considerato, sempre con riguardo alla fase più antica dell'istituto considerato, un compratore dell'eredità.

Anche alla luce di questa più corretta esegesi delle sequenze gaiane da ultime accostate, e col conforto di intuizioni precedentemente espresse in letteratura⁷¹, continuo a credere che la comparazione dei meccanismi negoziali presi in esame sia indice di un momento originario comune ad istituti che, pur rimanendo in stretta correlazione reciproca, seguiranno poi vie autonome e distinte.

5. La linea espositiva seguita da Gaio continua pertanto ad apparirmi come il condensato, funzionale al tenore della sua trattazione istituzionale, di complesse dinamiche che – pur dovendosi rilevare come, proprio con riferimento al formulario e alla sintesi dell'evoluzione storica dei singoli istituti in analisi, essa risulti la più approfondita tra le fonti a nostra disposizione⁷² – non vengono analiticamente descritte, risultando appena abbozzato il rapporto tra *mancipatio* e *testamentum*⁷³, e la correlazione tra testamento e fedecommissario delle origini.

⁷⁰) E non l'erede onerato, come avevo ritenuto in precedenza: cfr. ARCES, *Sulla «natura fedecommissaria»*, cit., p. 19.

⁷¹) Cfr. GROSSO, *I legati*, cit., p. 30, il quale sembra ammettere una matrice genetica comune ai due istituti quando scrive che, nel suo avere un'origine certamente fiduciaria, il fedecommissario «presenta una certa continuità rispetto all'incarico fiduciario che aveva accompagnato l'antica *mancipatio familiae* prima che ne venisse la sanzione delle disposizioni e ne derivasse il *testamentum per aes et libram*»: cfr. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 306 e nt. 663.

⁷²) Sul tema, dibattutissimo, del senso della storia in Gaio cfr. F. GALLO, *La storia in Gaio*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista», Milano, 1981, p. 89 ss., e TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 69 ss., con ulteriore letteratura.

⁷³) In questi termini, cfr. anche M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, p. 389 ss.

Dello «sperimentalismo»⁷⁴, ormai lontanissimo nel tempo, nel cui alveo si è evidentemente mossa la creatività della giurisprudenza pontificale al servizio delle esigenze concrete dei *cives* che di volta in volta si presentavano, egli si limita a far conoscere il percorso che ha portato alla netta individuazione degli istituti, così come conosciuti al tempo in cui scrive.

Mi sembra quindi più opportuno ammettere l'intensità di un lavoro giurisprudenziale che nemmeno la fonte in merito più dettagliata ci restituisce nella sua variegata complessità, che non permanere nel tradimento (o, quantomeno, nella sottovalutazione) del dato testuale, costantemente ribadito nei passi considerati delle *Institutiones*, e alludente allo strettissimo rapporto, che ho chiamato «originario», tra testamento ed istituzione di erede: l'assenza di quest'ultima da un atto al quale, su indicazione della giurisprudenza pontificale, si ricorreva per disporre *mortis causa*, dunque, doveva comportare la mancata qualifica di «testamento» dell'atto in questione, e fare contemporaneamente emergere la formidabile «efficacia correttiva» della *fides* che, soprattutto nel periodo in cui si realizzava il predetto lavoro giurisprudenziale, doveva concorrere alla realizzazione degli effetti desiderati⁷⁵.

Devo altresì ribadire che le invocate incompatibilità cronologiche, le quali renderebbero inaccettabile la ricostruzione anche in questa sede proposta, e che si basano sull'affermazione per cui tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fideicommissum* prima dell'impero di Augusto risalirebbero solo all'ultimo secolo della repubblica⁷⁶, continuano ad essere superabili sulla base della considerazione, che già muovevo in precedenza⁷⁷, in forza della quale la denominazione di un istituto avviene necessariamente dopo la sua introduzione nella pratica e nella prassi, non essendo infrequente che ciò accada dopo parecchio tempo.

⁷⁴) Altrimenti detto, con riferimento alla giurisprudenza classica, *ius controversum*: cfr. M. BRETONNE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in «Atti della Accademia nazionale dei Lincei. Memorie», s. 9^a, XXIII.3, Roma, 2008, p. 759 ss.

⁷⁵) Si è visto nel testo come, in parallelo con il più maturo sviluppo ed utilizzo degli istituti, quantomeno all'epoca di Cicerone, il vincolo creato dalla *fides*, per quanto ancora sentito, non poteva dirsi così stringente come nelle epoche più antiche.

⁷⁶) In questi termini si esprime LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., p. 35.

⁷⁷) Cfr. ARCÉS, *Sulla «natura fedecommissaria»*, cit., p. 20.