

Francesco Maria Silla

In tema di «manumissio ex fideicommisso» e «patronatus»

1. La volontà di affrancare uno schiavo, manifestata attraverso la preghiera rivolta all'erede, al legatario o al fedecommissario, non era sufficiente, come è noto, per far acquistare la libertà al servo. L'onerato della manomissione disposta *ex fideicommisso*, infatti, era tenuto a liberare lo schiavo beneficiato dalla disposizione testamentaria¹.

In caso di sua inerzia, furono introdotte, a partire dall'inizio del secondo secolo d.C., diverse soluzioni che prevedevano il ricorso alla tecnica cd. finzionistica. L'effetto era, appunto, quello di determinare attraverso la via processuale una manomissione fittizia².

La ricerca qui presentata si occupa degli effetti di tali manomissioni, articolate tra la manifestazione di volontà del *de cuius* e quella, reale o fittizia, dell'onerato, sul *ius patronatus* e, in particolare, sulla imposizione delle *operae* al manomesso *ex fideicommisso*.

La necessità dell'affrancazione *ex fideicommisso* spiega perché Gaio, nelle *Institutiones*, descrivesse le conseguenze della manomissione fedecommissaria, per ciò che attiene al patronato, rimarcando l'aspetto dell'acquisto del relativo *ius* per il manomissore:

Gai., *inst.* 2.266: Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius, qui manumittit.

L'assunto del giurista è il punto dal quale si deve muovere. Egli tiene a precisare che lo schiavo non diventerà liberto del testatore, il cd. *libertus orcinus*³, sebbene appartenga proprio al testatore, ma di colui che lo manomette. La fattispecie descritta da Gaio si riferiva alla situazione, per così dire, ordinaria, vale a dire quella in cui lo schiavo da manomettere appartenesse al testatore e l'onerato avesse dato esecuzione alla volontà di quest'ultimo, affrancandolo. Dopo aver fornito una breve descrizione della '*libertas per fideicommissum data*', in *inst.* 2.266 il giurista intendeva completare l'esposizione con la questione relativa al *patronatus*.

Come si accennava, potevano, però, delinearsi situazioni differenti, caratterizzate sia dalle mo-

¹) La necessità della manomissione *vindicta* ad opera dell'onerato, è ancora evidenziata in un codicillo del 175 d.C. («FIRA.», III², Firenze, 1968, n. 56, p. 170): «... a te peto Eutychianum alumnus meum manumittas vindictaque liberes». Diocleziano e Massimiano, in C.I. 7.4.11.pr., rimarcavano l'imprescindibilità della manomissione in caso di *libertas per fideicommissum relicta*: «Si servus fuisti ac tibi per fideicommissum libertas relicta fuerit, pervides sine manumissione te ad libertatem pervenire non potuisse». Sulla costituzione, si veda *infra*, nt. 16.

²) Mi permetto, a tal riguardo, di rinviare a F.M. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008. L'occasione di tornare su questioni attinenti alle manomissioni fedecommissarie, a distanza di anni e da una diversa prospettiva, viene anche da alcune osservazioni di J. GONZÁLEZ ROLDÁN contenute nella recensione al mio libro, in «Seminarios Complutenses de derecho romano», XXII, 2009, p. 758 ss., poi ripresa e sviluppata in ID., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e 'senatus consulta'*, Bari, 2014, p. 139 ss.

³) Così definito in *tit. Ulp.* 2.8. Il termine '*orcinus*' ricorre frequentemente nella compilazione giustiniana. Per l'indicazione dei passi, si rimanda al risalente lavoro di B. LORETI LARINI, *La condizione dei liberti orcini*, in «BIDR.», XXXIV, 1925, p. 34 ss.

dalità di conseguimento della libertà – mi riferisco alla manomissione cd. *ex senatusconsulto* –, sia dal fatto che, a partire dal senatoconsulto Iunciano, lo schiavo da manomettere potesse non essere ereditario⁴. Gaio omette di prendere in considerazione le diverse forme di manomissione fedecommissaria, coerentemente con il mancato accenno, nelle sue *Institutiones*, alla disciplina della cd. manomissione *ex senatusconsulto*, nonostante gli effetti sul patronato fossero differenti in relazione alla differente pronuncia del pretore o al rapporto tra l'onerato e lo schiavo da manomettere.

Cerchiamo, dunque, di volgere lo sguardo proprio sulle articolate conseguenze in tema di *patronatus* e, in particolare, di *operae*, per ciò che attiene al *libertus ex fideicommisso*, considerando le interazioni tra le soluzioni giurisprudenziali, i *senatusconsulta* e le frequenti pronunce delle cancellerie imperiali.

2. Dobbiamo iniziare l'indagine dai numerosi interventi del Senato in materia di manomissione *ex fideicommisso*, volti a sciogliere le complicazioni connesse alla mancata affrancazione da parte dell'onerato e derivanti, principalmente, dall'incerto ruolo dello schiavo nella relativa *cognitio de fideicommissa libertate*⁵, che prendono avvio dal senatoconsulto Rubriano. Il provvedimento, collocabile tra il 101 ed il 105 d.C.⁶, disciplinava l'ipotesi dell'assenza volontaria dal giudizio da parte dell'onerato. Parte del testo del senatoconsulto è riportato da Ulpiano nel quinto libro dell'opera dedicata ai fedecommissi⁷. Dopo aver affermato il vincolo alla manomissione, descritto con l'espressione '*libertatem praestari oportere*', il provvedimento si concentrava sui presupposti – '*evocatio*', '*adesse nolle*' dell'onerato, '*causae cognitio*' e '*pronuntiatio*' del pretore – necessari per far raggiungere al servo la condizione di libero nonostante il disinteresse o l'ostruzione dell'onerato, condizione da preservare ad opera del pretore '*ac si directo manumissi essent*'⁸.

⁴) Lo scenario si complicava ulteriormente nel caso in cui l'onerato della manomissione fedecommissaria avesse alienato lo schiavo beneficiario ad un terzo. In questo caso, infatti, gli effetti sul *ius patronatus* erano diversi a seconda che lo schiavo venisse manomesso dall'acquirente oppure fosse riacquistato dall'onerato e poi manomesso. Sull'ultima fattispecie intervennero numerose pronunce delle cancellerie imperiali che, se da un lato sembrano fare chiarezza, dall'altro sollevano ulteriori dubbi in relazione alla tutela del terzo di buona fede che acquistava lo schiavo. Per il caso dello schiavo maggiore di venti anni, beneficiario della libertà *ex fideicommisso*, che si sia lasciato vendere, cfr. F.M. SILLA, *In tema di compravendita di schiavo* (Paul. 12 *quaest.* D. 40.13.4), in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano» (cur. L. Garofalo), I, Padova, 2007, p. 347 ss. Tra i passi che si occupano delle questioni prima segnalate, si vedano, tra gli altri, D. 19.1.43 e D. 19.1.45 (Paul. 5 *quaest.*), D. 40.5.25 (Paul. 3 *fideic.*) e D. 40.5.24.21 (Ulp. 5 *fideic.*). In particolare, Ulpiano riferisce di alcuni rescritti di Adriano ed Antonino Pio, che prevedevano la possibilità per lo schiavo di scegliere chi dovesse procedere alla manomissione; un ulteriore rescritto di Antonino Pio, consentiva al servo di scegliere il patrono a manomissione avvenuta. Le opinioni dei giuristi, al riguardo, sembrano essere discordanti sia relativamente alla responsabilità dello schiavo che taccia dolosamente sulla sua condizione di beneficiario di fedecommisso di libertà, sia relativamente alla fattispecie in cui lo schiavo, manomesso e divenuto liberto dell'acquirente, invochi il rescritto di Antonino Pio in virtù del quale egli può cambiare patrono e divenire liberto dell'onerato. Sulla questione, cfr. *infra*, § 2.

⁵) Sulla tematica, rimando a SILLA, *La 'cognitio'*, cit., p. 21 ss.

⁶) A. NAGL, '*Rubrius Gallus*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», I.A.1, Stuttgart, 1914, c. 1172, lo colloca nel 103 d.C., B. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien - Oeuvre législative et administrative*, Paris, 1950, p. 75, ritiene probabile il 105 d.C., G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino 1962, p. 123 e p. 291 s., propone il 103 d.C., E. VOLTERRA, '*Senatus consulta*', in «NNDI.», XVI, Torino, 1969, p. 1072, lo colloca nel 101 o 103 d.C., mentre K. WACHTEL, M. HEIL, A. STROBACH, sv. '*Rubrius Gallus*', in «Prosopographia imperii romani», VII, 1, Berolini, 1999, p. 91 n. 128, nell'anno 102 o 104 d.C., e a sua volta GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto*, cit., p. 140, lo pone nel 103 d.C.

⁷) D. 40.5.26.7 (Ulp. 5 *fideic.*): '*Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus in haec verba: 'si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesce nolissent, si causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent'*'.

⁸) Sul passo, cfr. G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni 'mortis causa'*. Studi sulle fonti autoritative romane, Padova, 1963, p. 79 ss., P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1967, p. 410 nt. 23 e C. CASTELLO, *D.40,5,26,7. In tema di senatoconsulto Rubriano*, in «Studi G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 201 ss. Per le mie riflessioni sulla procedura introdotta dal senatoconsulto Rubriano, cfr. *La 'cognitio'*, cit., p. 22 ss. H. KRÜGER, *Das Veräumnisverfahren um die 'libertas fideicommissa'*, in «ZSS.», XLVII, 1928, p. 174 s., considerava spuria la frase '*hi ... oportet*' (da sostituire con '*heredes*'), in quanto all'inizio del passo doveva trovarsi il riferimento all'eredità e, nella prosecuzione, al legatario, al *bonorum possessor* ed a chiunque avesse ottenuto qualcosa *mortis causa*, come dimostrerebbe il § 10 dello stesso fram-

La manomissione diretta, sebbene fittizia, comportava che il liberto fosse considerato *orcinus*⁹. Ciò voleva dire che il *ius patronatus*, a meno che l'erede non fosse stato un familiare del *de cuius* che conservava il diritto ad altro titolo¹⁰, non era acquistato dall'onerato inadempiente. Il presupposto della perdita del patronato doveva identificarsi, probabilmente, con la volontà dell'onerato, accertata dal pretore, di non presentarsi in giudizio.

Dopo il Rubriano, ed in conseguenza del probabile raffinamento della nozione di *'iusta causa absentiae'* applicata alla *cognitio* in questione, si emanava, tra il 119 ed il 123 d.C.¹¹, il senatoconsulto Dasumiano, la cui disciplina si concentrava proprio sulla problematica dell'assenza giustificata o ingiustificata dell'onerato¹².

La distinzione tra *'absentia ex iusta'* e *'iniusta causa'* era introdotta, a mio avviso, anche in funzione del *ius patronatus*, garantito all'assente giustificato. Sembra attestarla una testimonianza proveniente dalla monografia *'de fideicommissis'* di Volusio Meciano¹³:

mento. Non si vede, però, la ragione di questo intervento. In tutti i passi che si riferiscono al senatoconsulto si trovano sempre l'espressione *'is qui libertatem praestare debet'* o altre simili, proprio per descrivere in maniera generica l'onerato, chiunque egli sia. Dopo il cenno alla *pronuntiatio* del pretore, il senatoconsulto stabiliva che il magistrato «mantenesse» l'ex schiavo nella condizione di libero, occupandosi, in tal modo, delle conseguenze della *pronuntiatio*, racchiuse nella frase *'eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent'*. L'ultima espressione allude evidentemente all'uso della *fictio*, mentre la formula *'statum servari'* sembra comprovare come il contributo del pretore alla manomissione fedecommissaria, per lo meno nella disciplina del senatoconsulto Rubriano, fosse indiretto, intervenendo il magistrato per «conservare» il nuovo *status libertatis* acquisito dal servo in base al senatoconsulto. Anche se nelle testimonianze dei senatoconsulti successivi non si trovano più accenni alla conservazione dello *status* ad opera del pretore – ciò dipende probabilmente anche dalle diverse modalità di soluzione adottate nei provvedimenti successivi al Rubriano –, sembrerebbe che, nelle finalità del senatoconsulto, il ruolo del pretore fosse quello di tutelare il liberto, divenuto tale in forza della previsione normativa, dall'azione di rivendica o dall'*actio operarum* che potevano essere intentate dall'erede.

⁹) Sull'assimilazione del manomesso *ex Rubriano senatusconsulto* al liberto *orcino*, si veda LORETI LARINI, *La condizione*, cit., p. 35. Nelle fonti, ulteriori riferimenti al senatoconsulto Rubriano ed al *libertus orcinus* sono contenuti in D. 40.5.49 (Afr. 9 *quaest.*), D. 26.4.3.3 (Ulp. 38 *ad ed.*), D. 40.5.30.12 (Ulp. 5 *fideic.*) e D. 40.5.5 (Paul. 57 *ad ed.*). In *Bas.* 49.1.28 troviamo un lungo estratto della costituzione di Giustiniano che riformò la disciplina sul patronato (C.I. 6.4.4): *καὶ ἀρπάζεται ἀπὸ δογμάτων συγκλήτου εἰς ἐλευθερίαν καὶ οὐδενὶ πατρωνικῶ δικαίῳ ὑπόκειται [...]*. Nella testimonianza è contenuto il riferimento alla liberazione *ex senatusconsultis*, in conseguenza della quale si indica l'esenzione da qualsiasi forma di patronato.

¹⁰) P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, p. 334, ritiene che in caso di manomissione testamentaria, i figli del *de cuius* non acquistino il patronato in via successoria, bensì in conseguenza dell'atto di manomissione realizzato dal padre, determinandosi una situazione che «... i moderni chiamano di acquisto derivativo costitutivo».

¹¹) VOLTERRA, *'Senatus consulta'*, cit., p. 1072, indica la data del 101 d.C. Sembra preferibile, però, l'opinione dominante in dottrina che colloca il Dasumiano dopo il Rubriano, presupponendo il primo l'esistenza del secondo. Cfr. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren*, cit., p. 178, che lo colloca tra il 117 ed il 123 d.C., nonché VOGLI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 413, e CASTELLO, *D.40,5,26,7. In tema*, cit., p. 207 s., secondo i quali sarebbe anteriore al 123 d.C.; cfr. altresì IMPALLOMENE, *Le manomissioni*, cit., p. 235, e GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto*, cit., p. 140 ss., che propongono la data del 119 d.C.

¹²) Di tale questione il provvedimento senatorio certamente si era occupato, come risulta da numerose testimonianze. Non possiamo, invece, stabilire con certezza se il Dasumiano contenesse altre rubriche relative all'onerato incapace o morto, né se le disposizioni in esso contenute fossero limitate ai soli eredi onerati, per essere successivamente estese a qualsiasi onerato. Cfr., in tal senso, IMPALLOMENE, *op. cit.*, p. 83. Al contrario, VOGLI, *op. ult. cit.*, p. 413 ss., ritiene che, oltre all'ipotesi dell'*absentia ex iusta causa*, il senatoconsulto si fosse occupato del caso in cui tra gli eredi onerati vi fosse stato un infante, di quello in cui l'onerato fosse morto senza eredi, di quello in cui, in presenza di più onerati, non tutti si fossero trovati nella medesima condizione e perfino dell'ipotesi dell'alienazione dello schiavo ad opera dell'onerato. A mio avviso, non è possibile ricondurre tutte queste situazioni alle previsioni del senatoconsulto, essendo, invece, possibile che esse siano state prese in considerazione da interventi normativi successivi o abbiano rappresentato soluzioni fornite dai giuristi. Manifesta la medesima opinione, mi pare, GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto*, cit., p. 146 ss.

¹³) Dei sedici libri sui fedecommissi, ultimati sotto Antonino Pio tra il 151 ed il 153 d.C. (cfr. L. FANIZZA, *Giuristi, crimini, leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, p. 14, e V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi tra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 229), il quindicesimo ed il sedicesimo erano dedicati alle libertà fedecommissarie (cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 586 s., n. 50 ss.). Sul testo di Meciano, cfr. L. AMIRANTE, *'Captivitas' e 'postliminium'*, Napoli, 1950, p. 71. Secondo l'autore, che segue l'opinione di F. EBRARD, *Beamtenpflicht und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare operam*, in «ZSS.», XLVI, 1926, p. 155 (*'habeant'* itp.) e

D. 40.5.36.pr. (Maec. 16 *fideic.*): Neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaris aut capitis famaeve periculum aut similis causa moretur, Rubriano senatus consulto continentur: ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, aut eos habeant, quos earum quae causa detinet. Sed nec, si hi data opera sui potestatem non faciunt, puto pupillis libertos eripi, quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, pupillum damno adfici, et senatus consulto non continetur alius quisquam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem. Quid ergo est? Dasumiano senatus consulto subvenitur his, qui cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant.

Il passo indica i destinatari – ‘*qui iusta ex causa abessent*’ – e le cause – ‘*ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur*’ – dell’intervento senatorio. Dunque, non solo l’esigenza di non ostacolare la manomissione, ma anche quella ulteriore, dell’onerato, di non perdere il patronato.

Il giurista, che scrive la trattazione sui fedecommissi qualche decennio dopo l’emanazione del senatoconsulto Dasumiano¹⁴, evidenzia entrambe le situazioni che con il provvedimento senatorio si volevano prendere in considerazione: ‘*nec libertas impediatur nec libertus eripiatur*’. Il verbo ‘*eripio*’ a cui egli ricorre per rendere l’idea della privazione da scongiurare, potrebbe segnalare la reale motivazione del Dasumiano. Si voleva evitare che l’onerato fosse privato del diritto di patronato, come accadeva invece nel procedimento *ex Rubriano senatusconsulto*, quando l’assenza non dipendesse dalla sua volontà, perché non si sarebbe realizzata pienamente, in tal modo, la volontà del testatore. Infatti, era possibile che quest’ultimo, con la manomissione fedecommissaria, avesse inteso beneficiare anche l’onerato del ‘*ius patroni*’, oltre ovviamente lo schiavo della libertà¹⁵.

Può darsi che sia stato proprio il procedimento introdotto dal Rubriano a determinare il successivo intervento correttivo per ciò che atteneva alla disciplina relativa al patronato. Come rilevato, il Rubriano non si era occupato dell’assente giustificato¹⁶, regolando solo l’ipotesi dell’onerato che

di G.F. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 89 (‘*et iniquum ... adfici*’ itp.), il passo sarebbe certamente manipolato. IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., p. 91, ritiene che il pensiero di Meciano non sia falsato, nonostante la possibile rielaborazione.

¹⁴ Cfr. *supra*, nt. 13. Per il contenuto del Dasumiano, sebbene non vi siano cenni al patronato, cfr. anche Marc. 9 *inst.*, D. 40.5.51.4 (‘*Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset [...]*’) e 6 (‘*Et quia de heredibus tantum cautum erat, adiectum est eodem senatus consulto, ut quicumque fideicommissam libertatem ex quacumque causa pronuntiatum fuerit eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset*’). Sulle testimonianze, cfr. SILLA, *La ‘cognitio’*, cit., p. 149 s., e GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto*, cit., p. 142 ss.

¹⁵ La combinazione dei due elementi – *libertas* e *patronatus* – si trova in altre testimonianze giurisprudenziali, e segnala, a mio avviso, la ricorrente volontà del *de cuius*, nelle disposizioni testamentarie concretamente adottate, di garantire al servo la libertà ed all’onerato il patronato. Si pensi a D. 40.4.42 (Marcell. 16 *dig.*), dove il giurista riporta la clausola ‘*illum illius libertum esse volo*’, e prosegue poi affermando che, da un lato, lo schiavo può chiedere la *libertas*, dall’altro l’onerato ha diritto al liberto: ‘*si quis ita scripserit ‘illum illius libertum esse volo’, et servus libertatem petere potest et ille, ut habeat libertum*’. Il passo mi è parso, a suo tempo, di particolare importanza perché Marcello, discutendo in tema di idoneità di una clausola di dubbia interpretazione a disporre la manomissione dello schiavo, si esprimeva in maniera perentoria per la possibilità del servo di avanzare la richiesta nelle forme della *petitio libertatis*. Marcello, per lo meno in base alle risultanze testuali esaminate, non ricorreva più alle costruzioni sino ad allora utilizzate – ‘*cogi*’ e ‘*compelli manumittere*’, ‘*libertas debere*’ – presenti anche nella riflessione giurisprudenziale a lui precedente e coeva. Egli si poneva dalla prospettiva dello schiavo e, con le espressioni ‘*servus libertatem petere potest*’ e ‘*libertas praestanda peti potest*’ (ricorrenti in D. 40.5.9, Marcell. 15 *fideic.*, e in D. 40.5.10.pr., Marcell. 16 *dig.*), usava finalmente il «nome» dell’azione, indicando nella persona dello schiavo, esplicitamente, il titolare. Non più «comparsa», e neanche «attore» sfumato della *cognitio*, ma *petitor*, nell’accezione più tecnica evocata dal termine. Sulla questione dello schiavo «comparsa» o «attore» della *cognitio* in materia di *libertas fideicommissa* e sul probabile ruolo avuto da Marcello nel riconoscimento al servo della *petitio libertatis*, cfr. SILLA, *La ‘cognitio’*, cit., p. 71 ss. Anche in D. 40.5.30.3 (Ulp. 5 *fideic.*), Ulpiano, a proposito della manomissione fedecommissaria imposta al pupillo, ritiene che, in caso di inerzia da parte del tutore, lo schiavo si consideri manomesso effettivamente dal pupillo ‘*tutore auctore*’, affinché il pupillo non perda il liberto e lo schiavo non sia danneggiato nel raggiungimento della libertà: ‘*si vero pupillus tutorem habet isque nolit ad libertatem praestandam auctor esse, adeo non debet impedimento esse neque pupillo, ut liberos non habeat, neque libertati, ut divi fratres rescripserint ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, perinde atque si ab ipso pupillo tutore auctore manumissus esset*’.

¹⁶ Tanto meno il senatoconsulto Rubriano aveva preso in considerazione l’ipotesi dell’onerato presente e

non volesse presentarsi in giudizio (*si bi ... evocati a praetore adesse nolissent*).

E' possibile che la prassi di richiedere le *operae*, da parte dell'onerato, al liberto *ex Rubriano senatusconsulto*, in ragione di una *'iusta causa absentiae'*, abbia portato all'emanazione del nuovo provvedimento senatorio. Questo, forse, il senso delle parole di Meciano in D. 40.5.36.pr.: *'Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiat'ur his, qui fraude careant'*. L'affermazione segue l'elenco di coloro che non sarebbero stati compresi nella disciplina del Rubriano. Con *'his'*, Meciano sembra riferirsi alle categorie appena elencate – *pupilli, furiosi* ed altri –, spiegando poi che la soluzione fornita si giustificava in base al provvedimento senatorio che si era occupato, in generale, degli assenti *ex iusta causa*. Il successivo cenno al patronato, racchiuso nell'espressione *'nec libertus eripiat'ur'*, potrebbe allora giustificare la prima parte del passo. Il giurista non si riferirebbe, per lo meno non solamente, all'impedimento all'acquisto della libertà dello schiavo in caso di incapacità o assenza giustificata dell'onerato, ma anche al danno patito dagli assenti giustificati, quanto alla perdita del patronato, se lo schiavo avesse raggiunto la libertà *ex Rubriano senatusconsulto*. Una pronuncia che si fosse limitata ad accertare l'acquisita libertà dello schiavo, senza considerare le ragioni dell'*absentia*, avrebbe portato con sé il mancato insorgere del *ius patronatus*.

E' evidente come le soluzioni normative e giurisprudenziali rispondessero di volta in volta ad interessi differenti da considerare: quelli dello schiavo e quelli dell'onerato, la cui posizione poteva incidere a seconda del comportamento – presente o assente in giudizio, assente *ex iusta* o *iniusta causa* – o della sua condizione personale, pensiamo al caso del pupillo¹⁷.

La «notizia» desumibile dalla testimonianza di Meciano sembra confermata da D. 40.5.28.5 (Ulp. 5 *fideic.*). Ulpiano, a proposito dell'*abesse ex iusta causa*, dopo aver chiarito che per essere giustificati nell'assenza basta essere privi della *fraus libertatis*, insiste sulla necessità della *pronuntiatio* attestante l'assenza giustificata, sufficiente per non perdere il liberto: *'... quia etiam absente eo, si constiterit libertatem deberi, pronuntiari potest iusta de causa eum abesse, nec libertum perdit'*¹⁸.

riottoso alla manomissione. Da questo punto di vista, il provvedimento era lacunoso. Se si valutano gli elementi della questione – assenza volontaria dell'onerato e riferimento alla manomissione diretta a giustificare, quanto agli effetti, l'intervento normativo – ci rendiamo conto che l'aspetto dell'assenza volontaria dell'onerato diviene essenziale, dal momento che la fattispecie dell'onerato presente e riottoso non trova soluzione nel Rubriano né altrove, perlomeno sembrerebbe sino ad un rescritto di Antonino Pio, riportato in D. 40.5.51.9 (Marcian. 9 *inst.*), che equiparava l'assente *ex iusta causa*, il latitante ed il presente riottoso con l'*absens*. Cfr., sul passo, IMPALLOMENE, *Le manomissioni*, cit., p. 69 e p. 80. La ragione va ricercata, a mio avviso, nello strappo cagionato al principio della necessaria manomissione da parte del *dominus*, che poteva trovare giustificazione solamente nell'assenza volontaria di quest'ultimo dal processo, non potendosi «fingere» l'avvenuta manomissione diretta da parte del testatore nel caso in cui l'onerato fosse stato presente in giudizio. Per questa ragione, probabilmente, la norma non poteva stabilire *sic et simpliciter* che, in caso di mancata manomissione da parte dell'onerato, lo schiavo si considerasse manomesso direttamente. Ancora Diocleziano, come accennato *supra*, nt. 1, richiedeva la manomissione ad opera dell'onerato presente in C.I. 7.4.11.pr.-1: *'Si servus fuisti ac tibi per fideicommissum libertas relicta fuerit, pervides sine manumissione te ad libertatem pervenire non potuiste. Quapropter si verbis precariis constitutus servus libertatem accepisti, adiri praeses provinciae oportet, ut causa cognita, si tibi deberi libertatem perspexerit, ad manumittendum eum qui debet urgeat vel, si latitet, contra latitantem interposito decreto tibi prospiciat'*. L'intervento di Diocleziano mette in evidenza il ruolo imprescindibile dell'onerato nel giudizio in cui sia presente. Nel *principium*, infatti, si sottolinea (*'pervides'*) in generale l'impossibilità del raggiungimento della libertà senza la manomissione. Nel § 1 si ricorre ad un'espressione – *'urgere ad manumittendum'* – che lascia intendere la 'costrizione' alla manomissione imposta dal *praeses provinciae* all'onerato.

¹⁷ Nella prima parte di D. 40.5.36.pr., Meciano, a proposito della mancata manomissione ad opera del tutore del pupillo, escludeva che quest'ultimo perdesse il liberto – *'nec puto pupillis libertos eripi'* – perché riteneva ingiusto che, a causa di un comportamento imputabile al tutore, dovesse essere danneggiato il pupillo.

¹⁸ D. 40.5.28.5 (Ulp. 5 *fideic.*): *'Ex iusta causa abesse eos demum dicendum est, qui non habent iniustam causam absentiae, cum sufficiat, quod non in fraudem libertatis absint, quo magis videantur ex iusta causa abesse: ceterum non est necesse, ut rei publicae causa absint. proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi petatur fideicommissaria libertas, dicendum est non esse necesse evocari eum, qui fideicommissam libertatem debere dicitur, quia etiam absente eo, si constiterit libertatem deberi, pronuntiari potest iusta de causa eum abesse, nec libertum perdit: namque eos, qui apud sedes suas et domicilium suum sunt, nemo dubitabit ex iusta causa abesse'*. BESELER, *Beiträge*, III, cit., p. 81 ss., espunge dal testo la frase iniziale *'ex ... proinde'* e quella finale *'namque ... abesse'*. Le proposte dell'autore, comunque, non toccano la parte centrale che a noi interessa. Nel passo, il giurista severiano definisce l'assenza *ex iusta causa* con l'espressione *'non in fraudem libertatis abesse'*. Per l'applicazione del Dasumiano, era suffi-

La centralità del patronato e della necessaria pronuncia sull'*absentia ex iusta causa*, poste alla base del senatoconsulto Dasumiano, sembrano ancora confermate dalle riflessioni di Papiniano:

D. 40.5.22.2 (Pap. 22 *quaest.*): Cum is qui fideicommissam libertatem praestare debet iusta ex causa abest aut latitat: aut quidam praesentes sunt, alii ex iusta causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt: aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit: aut suus heres hereditate se abstinuit: praetor pronuntiare debet ex testamento Lucii Titii fideicommissam libertatem competere. Idque senatus consulto demonstratum est, quo senatus consulto comprehensum est, ne dubium et obscurum esset, cuius libertus fieret, praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa et qui detractandae libertatis gratia absit.

Il giurista si occupa, nella prima parte, dei due procedimenti *ex Rubriano* ('*is qui ... latitat*') ed *ex Dasumiano senatusconsulto* ('*is qui ... iusta ex causa abest*'). La *pronuntiatio* del pretore deve necessariamente contenere la valutazione relativa alla *absentia* dell'onerato '*ne dubium et obscurum esset, cuius libertus fieret*'. L'attenzione che Papiniano mostra nel segnalare la connessione tra la pronuncia del magistrato ed il problema del patronato è indicativa della rilevanza della questione. Anzi, dando ormai per certo che lo schiavo, in presenza dei presupposti necessari, acquisti la libertà attraverso quel tipo di procedimento, risulta ancora più importante determinare di chi il manomesso diventi liberto, probabilmente al fine di evitare successive liti in giudizio.

Va sottolineato come nella prospettiva del giurista la perdita del patronato, effetto della mancata dichiarazione dell'assenza giustificata, fosse la conseguenza del comportamento dell'onerato che, per danneggiare lo schiavo nel percorso di raggiungimento della libertà, avesse omesso volontariamente di comparire in giudizio. Papiniano, infatti, per distinguere l'*absentia ex iusta e iniusta causa* usa l'espressione '*abesse detractandae libertatis gratia*', richiamando l'*in fraudem libertatis adesse*' di D. 40.5.28.5 (Ulp. 5 *fideic.*)¹⁹.

L'insistenza emersa dalle testimonianze sulla necessità che la pronuncia del pretore riguardi anche l'*abesse ex iusta causa*', segnala la relazione tra la *pronuntiatio* e gli effetti che direttamente da essa conseguivano in tema di *ius patronatus*, effetti che derivavano dalla disciplina introdotta con i provvedimenti senatori Rubriano e Dasumiano, attraverso il ricorso alle manomissioni fittizie, l'una considerata diretta e l'altra ad opera dell'effettivo onerato assente giustificato.

Le novità previste dal successivo senatoconsulto Iunciano²⁰, che disciplinava l'ipotesi della manomissione fedecommissaria disposta a favore dello schiavo non ereditario, non prendevano in considerazione la pronuncia del pretore sulla *iusta o iniusta causa absentiae*. Il patronato si sarebbe comunque conservato all'onerato indipendentemente dalla volontarietà della sua assenza dal giudizio. I *verba senatusconsulti* sono riportati nuovamente da Ulpiano²¹:

ciente, quindi, non essere presenti in tribunale per qualsiasi altra ragione che non fosse quella di danneggiare volontariamente lo schiavo. Ulpiano esprime questa opinione commentando, probabilmente, il testo del senatoconsulto, che si occupava, come detto, proprio della *iusta causa absentiae*: cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 922 n.1891 nt.1, e VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 413. IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., p. 85 s., propone una soluzione diversa a proposito del passo di Ulpiano: secondo l'autore, infatti, essa si giustifica sulla base di un senatoconsulto, l'Articuleiano, che aveva stabilito la competenza del foro dove lo schiavo aveva la residenza. A questo proposito, si deve osservare che il senatoconsulto Articuleiano è, con tutta probabilità, del 123 d.C. (cfr. VOLTERRA, '*Senatus consulta*', cit., p. 1072), e quindi successivo al Dasumiano. Per ovviare a questa obiezione, Impallomeni riferisce D. 40.5.28.5 al senatoconsulto Iunciano del 127 d.C., quindi successivo all'Articuleiano, ma la supposizione non sembra fondata. La portata di quest'ultimo provvedimento era probabilmente diversa da quella ipotizzata da Impallomeni, limitandosi ad estendere alle province il principio, introdotto dal Dasumiano, relativo al foro territoriale che non doveva necessariamente essere quello dell'onerato convenuto. Così VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 417, e, in precedenza, B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1925, p. 252. Anche KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren*, cit., p. 183, limita la portata dell'Articuleiano alla estensione in provincia di quanto disposto in precedenza dal Dasumiano.

¹⁹ Per il testo si veda *supra*, nt. 18.

²⁰ La probabile data del senatoconsulto Iunciano è il 127 d.C. Sul provvedimento, si vedano KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren*, cit., p. 183, VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 418, IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., 98, e SILLA, *La 'conitio'*, cit., 44 s. e 151 ss., nonché, da ultimo, GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario*, cit., p. 159 ss.

²¹ Dopo '*placere*' sembra caduto '*ut*', mentre il '*si quis*' sottintende un '*essel*': in alternativa va tolto '*isque*'. Il brano da '*praetor cognoscat*' alla fine, che conterrebbe il riferimento alla finzione, presenta una costruzione un po' macchino-

D. 40.5.28.4 (Ulp. 5 *fideic.*): Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatus consultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: 'placere, si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit, isque adesse negabitur, praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissis manumitti debuisset, manumissus esset'.

Il provvedimento conteneva, sembrerebbe, un richiamo, anch'esso in forma di finzione, all'onerato presente. Si stabiliva che, in caso di assenza dell'onerato dal giudizio, il pretore dovesse eseguire la *causae cognitio*, per verificare anzitutto se il *rogatus*, nell'ipotesi di presenza in giudizio, fosse effettivamente tenuto alla manomissione. In caso di valutazione positiva, il magistrato doveva pronunciarsi in tal senso anche in caso di assenza. Così sembra da intendere la frase '*ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet*'. Non c'erano accenni né alla *iusta causa absentiae* come nel Dasumiano, né al '*libertatem competere*' previsto nel Rubriano²².

Le conseguenze della *pronuntiatio* sul '*competere libertatem*' erano descritte nella seconda parte del testo del senatoconsulto riferito in D. 40.5.28.4. Se il pretore si fosse pronunciato nel senso prima precisato, il servo si sarebbe trovato nella medesima condizione giuridica determinata dalla manomissione *ex causa fideicommissi*. La frase '*idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissis manumitti debuisset, manumissus esset*' sembra alludere alla finzione prevista nel senatoconsulto Dasumiano. La manomissione fittizia richiamata nel provvedimento, pertanto, sembra essere quella dell'onerato, non quella testamentaria diretta. Il cenno contenuto nel senatoconsulto all'*ex fideicommissis manumitti*', infatti, riportava direttamente allo schema delineato dal Dasumiano, nel quale si parlava di '*ex causa fideicommissi manumissus est*', come riferito in D. 40.5.51.6 (Marcian. 9 *inst.*)²³.

La particolarità della fattispecie disciplinata dal Iunciano – il senatoconsulto consentiva il raggiungimento della condizione di libero allo schiavo dell'onerato²⁴ – può aver portato all'applicazio-

sa, che possiamo però considerare genuina. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren*, cit., p. 184, ritiene che vi sia una riduzione in '*qui ... fuerit*', determinata dal fatto che il senatoconsulto Iunciano avrebbe riguardato solo il servo dell'erede, mentre il successivo provvedimento Vitrasiano si sarebbe occupato anche di quello *alienus*. Sul punto cfr. *infra*, nt. 24.

²² Il punto nodale per comprendere quale fosse l'oggetto della *pronuntiatio* è rappresentato da '*id ita esse pronuntiet*'. '*Ita*', a mio avviso, va riferito alla pronuncia sul '*competere libertatem*', che il giudicante avrebbe formulato anche in caso di onerato presente in giudizio dopo l'accertamento della validità del fedecommissario. Si voleva in tal modo concentrare la *pronuntiatio* sulla spettanza della libertà, e, quindi, sulla validità della disposizione fedecommissaria. Va esclusa, a mio avviso, l'ipotesi della pronuncia '*liberum esse*'. Se così fosse stato, nel caso del servo non ereditario che agisse nei confronti dell'onerato assente, la *pronuntiatio* non sarebbe stata più limitata ad accertare il '*competere libertatem*' o la '*iusta causa absentiae*', ma avrebbe disposto direttamente sull'acquisita condizione di libero. Si sarebbe trattato di una *pronuntiatio secundum libertatem*, che si trovava normalmente nella causa liberale conclusasi *pro libertate*. È questa l'interpretazione contenuta in *sch. 1 ad Bas.* 48.4.28 (HEIMBACH, IV, p. 668), nel quale troviamo la frase ... ἀποφαίνεται ἐλεύθερον εἶναι τὸν οἰκέτην. Sul '*pronuntiare liberum esse*' in tema di manomissione fedecommissaria, non si hanno, però, notizie altrove nelle fonti, e rimangono perplessità sulla finzione operante *ex Iunciano senatusconsulto*. Il richiamo, mediante *fictio*, all'onerato presente e tenuto alla manomissione si avrebbe solo in questo senatoconsulto. Ad alimentare le perplessità vale anche la circostanza che tale richiamo manchi non solo nei provvedimenti senatori successivi, ma anche nei numerosi interventi delle cancellerie imperiali e nelle soluzioni dei giuristi che, allo stesso modo, ricorrevano sovente all'applicazione o al richiamo delle finzioni.

²³ Su D. 40.5.51.6 si veda *supra*, nt. 14.

²⁴ Sembra da condividere l'opinione di KRÜGER, *op. ult. cit.*, p. 184 e VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 418, che limitano la previsione iniziale del senatoconsulto al servo di proprietà dell'onerato sulla base di D. 40.5.51.8 (Marcian. 9 *inst.*), dove si fa espresso riferimento al *servus proprius*, vale a dire dell'onerato. Di opposto avviso sembra IMPALLOMENE, *op. ult. cit.*, p. 101, che ritiene azionabile il provvedimento, sin dall'emanazione, ad opera di qualsiasi schiavo non ereditario, anche quelli di proprietà del terzo. Sul punto, risulta difficile comprendere come mai GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario*, cit., p. 162 nt. 48, occupandosi del senatoconsulto Iunciano, mi riferisca l'attribuzione a Voci della soluzione volta a limitare l'applicazione del Iunciano ai soli schiavi ereditari e non anche a quelli di proprietà di terzi, dal momento che è proprio Voci (*op. ult. cit.*, p. 418) ad esprimersi in tal senso, senza lasciare spazi per interpretazioni diverse: «Il *sc. Iuncianum*, del 127 d.C., dispone sopra una ipotesi nuova: quella in cui lo schiavo non appartiene più al patrimonio dell'ereditando ... ma sia dell'onerato, cioè dell'erede, del legatario, del fedecommissario». L'imprecisione dell'autore, poi, diviene ancor più grave laddove mi ascrive di non essermi avve-

ne della manomissione *ex fideicommissio*. Il servo era di proprietà del rogato – erede, legatario o fedecommissario – e tale circostanza valeva ad escludere ambiguità riguardo al patronato.

Nell'articolata previsione del provvedimento senatorio, infatti, non si accennava all'*absentia* dell'onerato. Non interessava indagare sulla *iusta causa absentiae*, dal momento che in ogni caso il servo sarebbe diventato suo liberto. La ragione, come accennato, potrebbe trovarsi nella circostanza che il provvedimento senatorio si occupava della manomissione fedecommissaria disposta in favore dello schiavo non appartenente al compendio ereditario, che, in quanto tale, non sarebbe potuto diventare liberto cd. *orcinus*. L'onerato, pertanto, veniva privato di una cosa propria, e la perdita ulteriore del patronato appariva, probabilmente, una «sanzione» eccessiva²⁵.

Non è un dato di poco conto, se pensiamo che l'esigenza dell'emanazione del senatoconsulto Dasumiano, pochi anni prima del Iunciano, sembra ravvisabile proprio nell'opportunità di garantire il *ius patronatus* all'onerato privato della proprietà dello schiavo *ex senatusconsulto*. Nella fattispecie disciplinata dal Iunciano non si ponevano discussioni di questo genere; si trattava solamente di eseguire la volontà del testatore che, nei limiti di un vantaggio patrimoniale disposto a favore dell'erede, del legatario o del fedecommissario, imponeva contestualmente di manomettere uno schiavo di loro proprietà.

In una cornice siffatta, quindi, era forse sembrato opportuno richiamare la disciplina prevista dal Dasumiano, ossia quella conservativa del *ius patronatus*²⁶. Anche l'assenza di altre testimonianze nelle fonti, dalle quali si possa desumere che il regime introdotto dal senatoconsulto Iunciano, quanto al *ius patroni*, fosse diverso da quello descritto in D. 40.5.28.4, inducono a credere che l'onerato conservasse comunque il patronato sul proprio schiavo manomesso *ex senatusconsulto Iunciano*.

Alla luce degli interventi normativi e delle soluzioni giurisprudenziali esaminate, non sembrano

duto di quanto, poco oltre, Voci (*op. ult. cit.*, p. 419) avrebbe affermato, vale a dire che «Le statuizioni del sc. *Iuncianum* risultano estese a tre ipotesi: fdc. di libertà in favore dello schiavo altrui ...». Correttamente, Voci parlava di «estensione» del principio stabilito nel Iunciano anche all'ipotesi dello schiavo non ereditario di proprietà di un terzo, diverso dall'erede, legatario e fedecommissario. L'estensione, a mio avviso e credo anche di Voci, sarebbe avvenuta ad opera dell'*interpretatio prudentium*. Proprio all'interpretazione di Giuliano, infatti, sarebbe da ricondurre la soluzione contenuta in D. 47.5.47.1 (Iul. 42 dig.): «*Si, cum alienum servum heres rogatus sit manumittere, item communem vel eum, in quo usus fructus alienus est, latitet, non inique senatus consulto libertatibus succurretur*». Il giurista applica il principio del Iunciano – ammesso che il richiamo al provvedimento senatorio contenuto nel passo vada effettivamente riferito a quel senatoconsulto (così LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 431 n. 72, VOCI, *op. ult. cit.*, p. 419 e nt. 72, IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 101 nt. 151; *contra*, KRÜGER, *op. cit.*, p. 184, che identifica il senatoconsulto menzionato in D. 40.5.47.1 con il Vitrasiano) – alle situazioni descritte, tra le quali quella relativa alla preghiera di manomettere il *servus alienus*. L'espressione «*non inique*» segnala la soluzione interpretativa del giurista, che estende il principio previsto nel provvedimento alla diversa fattispecie.

²⁵ Per lo meno, parrebbe, sino ad un rescritto della cancelleria di Antonino Pio, al quale si riferisce in D. 26.4.1.3 (Ulp. 14 *ad Sab.*): «*Interdum autem etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela, ut puta in eo qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere: nam generaliter divus Pius rescripsit Aurelio Basso ius patroni eum non habere, his verbis: 'Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt'. Idem erit, si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit*». Il rescritto avrebbe mutato la disciplina, estendendo la perdita del patronato per l'onerato latitante anche nell'ipotesi dello schiavo non ereditario. In tal modo, si andava a sanzionare l'atteggiamento di coloro che, indugiando, volessero impedire od ostacolare il processo di conseguimento della *libertas ex fideicommissio*, con il mancato acquisto del *ius patroni* sullo schiavo che non si voleva liberare. Si esprimono in tal senso, KRÜGER, *op. cit.*, p. 186 e VOCI, *op. ult. cit.*, p. 419. A tal proposito, Ulpiano ricorre all'avverbio «*generaliter*», associandolo al rescritto di Antonino Pio, per indicare verosimilmente che il principio della perdita del *ius patroni* – già considerato in questa prospettiva dal senatoconsulto Rubriano – fosse stato esteso con il rescritto menzionato a tutte le situazioni di incertezza volontaria da parte dell'onerato, manifestata, per lo meno nell'interpretazione del giurista, con l'assenza intenzionale dal giudizio («*ut puta in eo qui latitavit*»). La soluzione contenuta nel provvedimento, pertanto, avrebbe solamente ribadito il principio già stabilito nel senatoconsulto Rubriano, estendendone l'ambito di applicabilità anche all'ipotesi dell'onerato assente volontario al fine di sottrarsi alla manomissione del servo proprio. Sul passo di Ulpiano, si vedano anche LORETI LARINI, *La condizione*, cit., p. 32 s., e IMPALLOMENI, *Le manomissioni*, cit., p. 81 s.

²⁶ Sulla correlazione tra il senatoconsulto Iunciano ed il *ius patronatus* mi permetto di rimandare a SILLA, *La 'cognitio'*, cit., p. 182 ss., in particolare a proposito del caso dell'onerato presente in giudizio e riotto alla manomissione, fattispecie considerata in un rescritto di Antonino Pio a cui si riferisce, a mio avviso, D. 40.5.51.9 (Marcian. 9 *inst.*).

esservi dubbi relativamente alla rilevanza del *ius patroni* in tema di manomissione fedecommissaria, in particolare a proposito dell'esigenza di conservare o escludere il diritto di patronato in capo all'onerato della manomissione.

A tale riguardo risultano nelle fonti altre pronunce che confermano l'esigenza di regolamentare la questione relativa al patronato per il liberto fedecommissario, muovendo, però, dalla prospettiva di quest'ultimo e non da quella del patrono. Mi riferisco ad alcuni rescritti di Adriano ed Antonino Pio, segnalati sempre in una testimonianza di Ulpiano²⁷:

D. 40.5.24.21 (Ulp. 5 *fideic.*): Quotiens autem fideicommissaria libertas relinquitur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione neque usucapione extingui possit: ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissa libertas relicta est, cogi eum manumittere: et ita est saepissime constitutum. cogetur igitur is, ad quem servus pervenerit, fideicommissam libertatem praestare si hoc maluit is qui rogatus est: latius enim acceptum est, ut et si sub condizione fuit ei libertas relicta et pendente condizione alienatus sit, attamen cum sua causa alienetur. quod si nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducere, qui erat rogatus eum manumittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt. quin immo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum divus Pius rescripsit. sed et si ex persona manumissoris vel ex quacumque causa manumissus ostendere potest ius suum laedi manomissione vel etiam laesum, succurri ei ex his constitutionibus oportet, ne contra voluntatem defuncti durior eius condicio constituatur. plane si ea sit defuncti voluntas, ut vel a quocumque manumitti voluerit, dicendum est constitutiones supra scriptas cessare.

Il giurista afferma l'indifferenza di evenienze quali l'alienazione o l'usucapione, riguardanti lo schiavo da manomettere *ex fideicommissio*, sull'aspettativa di quest'ultimo ad essere affrancato. Sottolinea poi il vincolo alla manomissione per colui al quale il servo fosse pervenuto, per qualsiasi ragione. Ulpiano riferisce, a tal riguardo, di numerose costituzioni che si sarebbero occupate del problema. Nella prosecuzione del frammento, il giurista accenna a due rescritti di Adriano e Antonino Pio che avrebbero consentito allo schiavo di scegliere il manomissore tra l'onerato alienante ed il suo acquirente, al fine di divenire liberto dell'uno o dell'altro. Antonino Pio avrebbe successivamente stabilito che, nel caso la manomissione fosse già intervenuta ad opera dell'acquirente, lo schiavo affrancato potesse comunque decidere di diventare liberto dell'onerato alienante. Il giurista severiano fa in chiusura un richiamo alla *voluntas defuncti* per avvalorare gli interventi imperiali, dal momento che in nessun caso si doveva rendere più onerosa la condizione del liberto in spregio delle intenzioni del testatore.

Per giustificare la decisione del liberto, dunque, è necessario guardare alla *voluntas* del *de cuius*, al punto che qualora detta volontà fosse stata diversa ed identificabile con la preghiera di manomissione dello schiavo ad opera di qualsiasi individuo, anche l'acquirente dello schiavo, la possibilità del liberto di scegliere il proprio patrono sarebbe venuta meno, precisa Ulpiano.

In effetti, l'acquisto del *ius patroni* in capo all'acquirente, a meno di un'espressa manifestazione di volontà del *de cuius*, si poneva in contrasto con le intenzioni del testatore, il quale, con la preghiera di manomissione, intendeva evidentemente creare un vincolo tra il manomissore da lui individuato ed il liberto, anche successivo alla affrancazione²⁸.

²⁷ Sul passo, cfr. da ultimo, GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario*, cit., p. 181 ss. L'autore omette di considerare testimonianze rilevanti, a mio avviso, relative al «problema che riguarda l'alienazione dello schiavo da parte dell'onerato che è tenuto a liberarlo», limitando l'analisi a D. 40.5.24.21 riportato nel testo, D. 40.5.51.3 (Marc. 9 *inst.*) e D. 40.5.15 (Mod. 3 *pand.*). Le soluzioni giurisprudenziali sulla questione si sono articolate in modo multiforme, con la finalità di temperare gli interessi in gioco che, nel caso di specie, coinvolgevano, oltre a quelli del testatore e dello schiavo, anche quello del venditore-onerato. Sul tema, rimando a SILLA, *In tema di compravendita*, cit., p. 347 ss., lavoro non preso in considerazione dall'autore.

²⁸ Che vi fosse un tentativo costante di soddisfare le varie aspettative – e quindi non solo dello schiavo –, lo conferma anche una testimonianza di Paolo (3 *fideic.*) D. 40.5.25, nella quale il giurista severiano riporta l'opinione di Aburnio Valente, che escludeva che potesse essere considerata la richiesta dello schiavo di divenire liberto dell'onerato alienante nel caso in cui quest'ultimo fosse morto senza eredi. La ragione viene indicata dal giurista nell'iniquità della perdita sia del prezzo, pagato per l'acquisto dello schiavo, sia del liberto. L'esigenza che prevale, nella soluzione di Aburnio Valente ripresa da Paolo, è quella dell'acquirente, rispetto a quella dello schiavo che vorrebbe

L'esame delle testimonianze che precedono permette, a mio avviso, una considerazione di carattere più generale. Si può affermare, infatti, dopo aver accertato che la disciplina del patronato sembra aver rappresentato il presupposto del senatoconsulto Dasumiano e di vari rescritti di Adriano ed Antonino Pio, che i predetti interventi non siano avvenuti *pro libertate*, per lo meno non in via esclusiva. Piuttosto, l'aspetto del *ius patroni* è costantemente presente tra le ragioni determinanti le pronunce, incidendo addirittura sulla modifica della *pronuntiatio* del pretore, e confermando, quindi, come gli interessi da tutelare fossero molteplici e sintetizzabili, verosimilmente, nell'esigenza di non disattendere la volontà del *de cuius*.

3. Nei numerosi passi che, in tema di manomissione fedecommissaria, trattano del patronato, si fa riferimento in modo generico al *libertus* ed al *patronus*, senza soffermarsi in particolare sui diversi aspetti contenutistici del *ius patroni*, se non sporadicamente²⁹.

Al contrario, vi sono alcune testimonianze che si occupano in maniera dettagliata delle *operae*³⁰. Sulla scorta di quei passi, si è sostenuto da parte della dottrina che il manomesso *ex fideicommisso* non fosse tenuto alla loro prestazione in favore del patrono³¹. La complessità delle situazioni che potevano verificarsi in caso di manomissione *ex fideicommisso*, impone a mio avviso di analizzare la questione tenendo in considerazione che le soluzioni potevano, anche al riguardo, essere differenti.

La prima notizia sarebbe contenuta nel libro sesto *de fideicommissis* di Aburnio Valente, che riporta anche l'opinione di Campano³²:

D. 38.1.47 (Val. 6 *fideic.*): Campanus scribit non debere praetorem pati donum munus operas imponi ei,

invece diventare liberto dell'alienante, ormai deceduto, e quindi liberto orcino. Cfr., sul passo, SILLA, *In tema di compravendita*, cit., p. 374, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁹ Oltre alle *operae*, le altre questioni sono quelle relative al divieto, per lo schiavo, della chiamata in giudizio del patrono senza l'autorizzazione del pretore (D. 2.4), alla prestazione degli alimenti (D. 1.12.1.2, D. 25.3.5.18-25), nonché alla successione necessaria del patrono (Gai., *inst.* 3.39-40, D. 38.2) ed al diritto ed obbligo reciproco di tutela (D. 26.4), oltre al generico obbligo di *reverentia* e di *obsequium*. In D. 26.4.3.1 (Ulp. 38 *ad Sab.*) si afferma che il manomissore diventava tutore del liberto, sia che la manomissione fosse spontanea sia che vi fosse costretto *ex causa fideicommissi*. Da *Val. fr.* 225, proveniente dalle *quaestiones* di Papiniano, invece, si ricava che al manomissore *ex fideicommisso* competeva l'esenzione dalla *in ius vocatio*, *Pius in bonis liberti*, mentre sembra che non gli spettasse la *ingrati accusatio* (C.I. 6.7.1) ed il diritto agli alimenti (D. 25.3.5.22, Ulp. 2 *de off. cons.*).

³⁰ Desta curiosità l'assenza di qualsiasi riferimento al problema delle *operae* nell'autore che, sino ad oggi, si è occupato in modo più approfondito delle libertà fedecommissarie, ossia Giambattista Impallomeni. Nel suo scritto, infatti, non viene preso in considerazione nessuno dei passi che, come vedremo, meritano un approfondimento. I principali passi in questione, oltre a D. 38.1.7.4 (Ulp. 28 *ad Sab.*), sono D. 38.1.47 (Valens 6 *fideic.*), D. 38.1.42 (Pap. 9 *resp.*), D. 30.95 (Ulp. 1 *fideic.*) e C.I. 6.3.5, e non vengono menzionati, oltre che nel testo, neanche nell'indice delle fonti (cfr. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 267 e p. 272). Omettono di occuparsi della questione, secondo W. WALDSTEIN, *Zum Reskript Hadrians über Operae bei fideikommissarischer Freilassung*, in «Festschrift H. Hübner», Berlin - New York, 1984, p. 325 s., anche J. LAMBERT, *Les operae liberti*, Paris, 1934, e P. PESCANI, *Le operae libertorum*, Trieste, 1967. In realtà nello scritto di quest'ultimo (p. 106), si afferma, in base a D. 38.1.47, quello che anche secondo Waldstein è un principio «normativo», ossia che il liberto che abbia ottenuto la libertà mediante fedecommissario sarebbe esentato dalla prestazione delle opere.

³¹ GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 209 ss. WALDSTEIN, *Zum Reskript Hadrians*, cit., p. 336 parla, a proposito del principio in oggetto, di «eine Rechtslage», traducibile con situazione giuridica, ma anch'egli sembra attribuirgli valore assoluto. In precedenza, LORETI LORINI, *La condizione*, cit., p. 32, concludeva che «l'onere di un fedecommissario di libertà ... non ha diritto alle opere».

³² Il sesto libro della monografia *de fideicommissis* di Valente era dedicato alla *libertas fideicommissa*: cfr., LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1206 n. 18 ss. Ad avviso di quest'ultimo (*Palingenesia*, I, cit., c. 105 s. n. 1), tutto il pensiero riportato in D. 38.1.47 sarebbe da riferire a Campano, compresa la frase «*sed ... videtur*». Lo studioso (*Palingenesia*, I, cit., c. 105 nt.1), colloca il giurista Campano nel periodo compreso fra le *lex Aelia Sentia* e l'età di Valente e Pomponio; anche P. JÖRS, «*Campanus*», in PAULY, WISSOWA, «*Real-Encyclopädie*», cit., III.1, Stuttgart, 1897, c. 2049, lo pone nel primo o all'inizio del secondo secolo d.C. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Köln-Weimar-Wien, 2001 (r.a. 1967²), p. 147 ss., ritiene che sia vissuto, al più tardi, nell'età di Traiano ed Adriano, precisando poi (p. 150) che tutti i dati relativi a Campano non sono però certi. R. ORESTANO, «*Campanus*», in «*NNDI*», I.2, Torino, 1957, poi in *Scritti*, V, Napoli, 2000, p. 13, lo colloca genericamente nel secondo secolo d.C.

qui ex fideicommissi causa manumittatur. Sed si, cum sciret posse se id recusare, obligari se passus sit, non inhiendam operarum petitionem, quia donasse videtur.

Campano avrebbe affermato che il pretore non doveva tollerare che fossero imposte le *operae*³³ al manomesso *ex fideicommissi causa*, precisando, però, che doveva essere concessa la *petitio operarum* al patrono che avesse agito in virtù dell'obbligo assunto dal manomesso consapevole della possibilità di rifiuto, in quanto detto obbligo sarebbe stato assimilabile ad una donazione³⁴.

Nella prima parte del passo, Campano riferisce della esenzione del manomesso *ex fideicommissi causa* dalla prestazione delle opere. La ragione della deroga a favore del liberto fedecommissario è stata individuata in dottrina nella specialità della manomissione, ricondotta genericamente alla clausola fedecommissaria³⁵. A mio avviso, pare opportuno riflettere sulla esatta identificazione del *manumissus ex fideicommissi causa* indicato nella testimonianza, che, è noto, poteva raggiungere la libertà in svariati modi.

La soluzione fornita in D. 38.1.47 è per lo più collegata ad una testimonianza di Ulpiano, nella quale si riferisce di un rescritto di Adriano, al quale non fanno cenno né Campano né Valente, preferendo quest'ultimo riportare l'opinione del giurista a lui antecedente³⁶:

D. 38.1.7.4 (Ulp. 28 *ad Sab.*): Rescriptum est a divo Hadriano et deinceps cessare operarum persecutionem adversus eum, qui ex causa fideicommissi ad libertatem perductus est.

Il rescritto di Adriano avrebbe stabilito l'inapplicabilità della *persecutio operarum*³⁷ nei confronti del manomesso *ex causa fideicommissi*. E' possibile che i due giuristi, con maggiore probabilità Valente che scrive la trattazione sui fedecommissi proprio sotto Adriano³⁸, conoscessero quel provvedimento.

Non credo, però, che l'incertezza sulla conoscenza del rescritto adrianeo da parte di Campano e Valente rappresenti un elemento di particolare rilevanza. Piuttosto, anche per il rescritto adrianeo vale quanto riferito per la fattispecie presa in considerazione da Campano e Valente: si deve cercare di intendere a quale tipo di manomissione *ex fideicommissi* si riferisse il provvedimento. Infatti, si è già avuto modo di sottolineare come potevano determinarsi varie ipotesi di manomissione fedecommissaria, con una disciplina articolata sia per ciò che concerneva l'attribuzione della libertà sia per quanto atteneva agli effetti che ne derivavano.

Analizziamo l'affermazione di Ulpiano contenuta in D. 38.1.7.4. La presenza di *'cessare'* e *'deinceps'*

³³) Sulla formulazione *'donum munus operas'* per indicare le opere alle quali era tenuto il liberto, cfr. W. WALDSTEIN, *'Operae libertorum'*. *Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, p. 214 ss.

³⁴) Secondo F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in «ZSS.», XLII, 1921, p. 322 nt. 3, il *'quia donasse videtur'* conclusivo sarebbe interpolato, perché l'assunzione dell'obbligo di prestare le opere gratuitamente non configura una donazione, bensì un mandato. Non è d'accordo WALDSTEIN, *Mandat und operae libertorum*, in «Mandatum und Verwandtes» (cur. D. Nörr, S. Nishimura), Berlin-Heidelberg-New York, 1993, p. 340 s., secondo il quale non v'è dubbio che le *operae* possano essere promesse efficacemente attraverso una stipulazione a titolo di donazione. Sul passo, cfr. da ultimo GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario*, cit., p. 185 ss.

³⁵) WALDSTEIN, *Zum Reskript*, cit., p. 329.

³⁶) Oltre a Waldstein, citato nella nt. 35, cfr. sul passo GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 205 s.

³⁷) Secondo WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., p. 186 ss., non indicherebbe nulla la presenza del termine *persecutio* al posto di *actio*, non essendo il primo necessariamente collegato alla *cognitio extra ordinem*.

³⁸) L'opera, come rilevato da GIODICE SABBATELLI, *op. cit.*, 211, è comunemente datata negli anni finali del regno di Adriano. Secondo l'autrice, *La tutela*, cit., p. 210 s., Campano e Valente conoscevano l'intervento adrianeo, che sarebbe peraltro stato citato anche in D. 38.1.47, poi ridotto dai compilatori nella parte contenente il riferimento al rescritto, mediante l'eliminazione della frase *'idque rescriptum est ab imperatore Hadriano'* dopo *'manumittatur'*: l'autrice lo dedurrebbe dalla perentorietà della frase *'non debere praetorem pati'*. Al contrario, WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., p. 189 s., ritiene più probabile che Campano e Valente non conoscessero il rescritto adrianeo. Da ultimo, GONZÁLEZ ROLDÁN, *op. cit.*, p. 184 s., ipotizza che il criterio adottato da Campano, condiviso da Valente, «... fosse partito dalla disposizione normativa», alludendo, credo, al rescritto citato. In effetti, risulterebbe strano il silenzio di Valente, che scrive la prima monografia *de fideicommissis* e che era consigliere del *princeps*. Cfr. KUNKEL, *Herkunft*, cit., p. 151 ss., e F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953², trad. it. - *Storia della giurisprudenza romana* -, Firenze, 1968, p. 191 s.

potrebbe significare che la *persecutio operarum*, prima dell'intervento adrianeo, fosse utilizzabile dall'onerato per richiedere le *operae*. Può darsi, allora, che vi fossero opinioni contrastanti tra i giuristi della prima parte del secondo secolo d.C., ed un indizio potrebbe essere il fatto che Valente, per rafforzare la propria opinione, sia indotto a riportare quella di Campano. La controversialità della questione potrebbe dipendere proprio dai provvedimenti che avevano disciplinato varie forme di manomissione fedecommissaria *ex senatusconsulto*, oltre a quella ordinaria. Il rescritto di Adriano riportato da Ulpiano, dunque, potrebbe essere intervenuto proprio per risolvere «una» di quelle possibili situazioni.

Mi riferisco, in particolare, al «tipo» di *manumissio ex Rubriano senatusconsulto*, che imponeva al pretore di tutelare lo schiavo considerandolo manomesso *directo* dal testatore. E' possibile, infatti, che l'onerato assente ingiustificato che avesse subito le conseguenze del Rubriano e, quindi, si fosse visto privare dello schiavo, tentasse per lo meno di recuperare la prestazione delle *operae* da parte del liberto, senza che la sua richiesta fosse accolta dal pretore, tenuto *ex Rubriano senatusconsulto* a «... *eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent*»³⁹. Tra gli effetti della manomissione diretta che dovevano essere garantiti dal pretore al manomesso *ex Rubriano senatusconsulto*, infatti, poteva includersi anche quello del mancato obbligo alla prestazione delle opere, come per tutti i liberti *cd. orcini*.

L'uso dell'espressione «*perducere ad libertatem*» potrebbe evocare il percorso processuale della manomissione fittizia diretta introdotta dal senatoconsulto Rubriano. La soluzione del rescritto, quindi, può aver trovato lo spunto proprio in quella fattispecie, assumendo una valenza ricognitiva. E si potrebbe spiegare, in tal modo, anche la soluzione di Valente e Campano. Una soluzione negativa riguardo all'imposizione delle opere, che evidenzia, però, posizioni non rigide, come attesta l'apertura alla *petitio operarum* in caso di assunzione volontaria del vincolo alle *operae* da parte del liberto. Addirittura, si può ipotizzare che proprio la particolarità della manomissione fittizia prevista dal Rubriano abbia consentito e giustificato originariamente l'esenzione per il liberto *ex fideicommisso* dalla prestazione delle opere, e che a tale fattispecie possa ricondursi il pensiero espresso da Campano-Valente in D. 38.1.47.

Il successivo e differente procedimento regolato dal senatoconsulto Dasumiano, che si occupava specificamente dell'assente *ex iusta causa e*, conseguentemente, della conservazione del diritto di patronato, potrebbe aver reso la disciplina più caotica. Il servo affrancato in virtù del Dasumiano, infatti, non era più equiparato al manomesso *directo* nel testamento, ma a quello liberato dall'onerato, assente dal giudizio *ex iusta causa e*, in qualità di *patronus*, legittimato a richiedere le *operae*.

Può darsi, pertanto, che rispetto alla questione i giuristi proponessero soluzioni differenti, quanto ai manomessi attraverso i diversi procedimenti introdotti *ex senatusconsulto*, e che l'esonero dalla prestazione delle opere, effetto automatico della finzione di manomissione diretta stabilita dal Rubriano e, pertanto, limitata solo a quella manomissione, sia stato esteso solo in un secondo momento alle varie ipotesi di affrancazione *ex fideicommissi causa*, attraverso un percorso interpretativo complesso.

Si tratta allora di capire se la successiva estensione abbia riguardato solo alcune ipotesi di manomissione *ex senatusconsulto* oppure se essa sia intervenuta anche per la manomissione, per così dire, ordinaria, come sembrano attestare, per il periodo posteriore, alcuni passi relativi a giuristi di età severiana, che riferiscono genericamente del *manumissus ex fideicommissi causa* dispensato dalle opere. Ed anche se tale estensione abbia patito deroghe o se la soluzione contenuta nel rescritto adrianeo abbia acquisito valenza, per così dire, generale.

4. Papiniano e Ulpiano sembrano conformarsi al contenuto del provvedimento adrianeo, senza deroghe. Una testimonianza proviene dai *responsa* di Papiniano⁴⁰:

D. 38.1.42 (9 *resp.*): «*Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat*». Non co-

³⁹) D.40.5.26.7, Ulp. 5 *fideic.*: sul passo si veda *supra*, § 2.

⁴⁰) Sul passo e sulla relativa dottrina, si vedano GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 206 e nt. 50, e, più recente, GONZÁLEZ ROLDÁN, *op. cit.*, p. 186.

gitur manumissus promittere: sed etsi promiserit, in eum actio non dabitur: nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit.

Il giurista riporta la clausola testamentaria contenente la preghiera di manomissione, probabilmente rivolta all'erede, con l'onere per il servo di promettere a quest'ultimo la prestazione delle opere⁴¹. Una volta manomesso, sostiene il giurista, il liberto non può essere costretto ad obbligarsi alla prestazione delle opere, e se le avrà promesse, non sarà concessa l'*actio operarum* nei suoi confronti, dal momento che non può derogarsi al *ius publicum*, da parte del testatore 'qui fideicommissariam libertatem dedit'.

E' possibile che la cd. «inderogabilità» del *ius publicum*⁴², che si sarebbe riproposta anche qualora il manomesso avesse prestato la *promissio operarum* ('... sed etsi promiserit, in eum actio non dabitur'), sia da ricondurre all'estensione della regola introdotta dal rescritto adrianeo a tutte le fattispecie di manomissione *ex fideicommissio*⁴³.

Più precisamente, Papiniano non si limita ad escludere la derogabilità del principio, ma nega altresì che il liberto che si fosse assunto l'obbligo alla prestazione delle opere fosse tenuto mediante la *petitio operarum*, con ciò oltrepassando la posizione di Campano e Valente che invece prevedevano tale possibilità in D. 38.1.47.

Ulpiano sembra allinearsi all'opinione di Papiniano, anche se riguardo ad una fattispecie differente⁴⁴:

⁴¹ La clausola contiene una preghiera di manomissione dello schiavo con l'onere (reso da 'ita ut') per quest'ultimo, una volta manomesso, di promettere le opere. Questo secondo elemento deve essere tenuto in conto, anche per escludere che l'onere fosse comunque tenuto a manomettere il servo, dal momento che il suo vincolo alla manomissione non era coercibile sino a quando lo schiavo non avesse promesso la prestazione delle opere. In effetti, questo problema non si è posto nella fattispecie esaminata da Papiniano, dal momento che l'onere aveva già provveduto alla manomissione ('non cogitur manumissus promittere'), ma ciò non toglie che l'erede si sarebbe potuto probabilmente rifiutare di affrancare il servo se questi non avesse promesso le opere, potendo sollevare l'*exceptio doli* in caso di *petitio fideicommissae libertatis* azionata dallo schiavo. G. NOCERA, *Ius publicum* (D.2.14.38). *Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle 'regulae iuris'*, Roma, 1946, p. 200, ritiene che il *modus* non andasse adempiuto in quanto l'erede aveva l'obbligo di manomettere e, pertanto, non sarebbe stato lecito chiedere al manomesso una *promissio* o l'esecuzione di essa.

⁴² Secondo G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in «AUPA.», XXXVII, 1983, p. 445 ss., spec. p. 527, nel passo di Papiniano il divieto di 'derogare iuri publico' si fonderebbe sulla «... logica stessa del diritto», dal momento che, essendo l'erede tenuto ad affrancare lo schiavo in base al fedecommissio, «... sarebbe veramente il colmo che l'adempimento di un dovere potesse al tempo stesso trasformarsi in occasione per l'acquisto di un diritto». In realtà, si deve sempre considerare che l'onere provvedeva alla manomissione dello schiavo, e che a tale operazione automaticamente conseguivano diritti di patronato sul liberto affrancato. Si è cercato di evidenziare, nelle pagine che precedono, come non sia da escludere che l'onere acquistasse il *ius patronatus*, compreso quello alle *operae*, sul manomesso, per lo meno sino al rescritto di Adriano di cui si sta discutendo. Sul rapporto tra *ius publicum* e *ius privatum* nell'esperienza giuridica romana, cfr. A. MANTELLO, *Diritto privato romano. Lezioni*, I, Torino, 2009, p. 47. E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquelle. Erster teil: das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlin, 1902, p. 175 e p. 191, e M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in «Festschrift F. Wieacker», Göttingen, 1978, p. 110 nt. 121, ritengono che il divieto troverebbe il fondamento nell'applicazione estensiva di quello, introdotto nell'editto 'de onerandae libertatis causa impositis', di rendere eccessivamente gravosa la manomissione.

⁴³ Già J. CUJAS, *In libros IX Responsorum Papiniani, ad l. XII, de oper. libert.*, in *Opera*, IV, Prato, 1838, c. 1246, ripreso poi da una parte della dottrina moderna, riteneva che Papiniano, con '*ius publicum*', si riferisse alle costituzioni imperiali, tra le quali il rescritto di Adriano esaminato, che avevano escluso l'*actio operarum* nei confronti dei manomessi *ex fideicommissi causa* (cfr., in questo senso, già P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», I, Milano, 1947, p. 214). Secondo NOCERA, *Ius publicum*, cit., p. 200 s., invece, si deve guardare al *ius publicum* non tanto dal punto di vista della provenienza, ma da quello dell'interesse tutelato, che nella fattispecie esaminata da Papiniano, coinciderebbe con il cd. *favor libertatis*. Più in particolare, secondo l'autore, «... la ragione per cui le promesse del liberto non sarebbero valide è che l'erede non conferisce una libertà gratuita, ma dà una libertà che è dovuta in virtù del fedecommissio». Anche WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 191 ss., individua il fondamento della decisione nella obbligatorietà della manomissione fedecommissaria, elemento caratterizzante rispetto alla manomissione spontanea dalla quale discende il diritto del manomissore alle opere. Diversamente, S. DI MARZO, *Per la critica di due testi*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 538 s., riteneva che la chiusura di D. 38.1.42 fosse '*sed si promiserit in eum actio debetur*', proprio per avvicinare il passo a D. 38.1.47.

⁴⁴ Del passo non si occupano né Lambert né Pescani nelle trattazioni sulle opere dei liberti. Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 188 e nt. 16, e GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 207. La testimonianza va letta, nella ricostruzione paligenetica che propone Lenel, con D. 32.3.1, dove Ulpiano riferiva il pensiero di Giuliano a propo-

D. 30.95 (Ulp. 1 *fideic.*): Videndum tamen est, numquid, si vice operarum rogaverit eum aliquid, debeat hoc fideicommissum valere: quod nequaquam dicendum est, quia nec operae imponi huiusmodi liberto possunt nec impositae exiguntur, quamvis testator ita caverit.

La questione esaminata da Ulpiano riguardava la validità di un fedecommissario, che avesse per oggetto la richiesta di svolgere una determinata attività, individuata già dal testatore, al posto delle opere. La soluzione offerta dal giurista è negativa. Non si potevano imporre le opere ad un siffatto («*huiusmodi*») liberto e, se imposte, non potevano essere eseguite, sebbene il testatore avesse disposto in tal senso⁴⁵.

Ad avviso di Ulpiano, quindi, neanche la volontà del testatore, che avesse individuato dei vincoli alternativi alle *operae*, avrebbe potuto derogare al principio delle esenzioni applicabile al liberto *ex fideicommisso*.

La soluzione contenuta nel rescritto di Adriano sembra riaffiorare anche in una costituzione di Caracalla del 212 d.C.⁴⁶:

C.I. 6.3.5: Mater tua ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, operas impositas petere non potest, nisi eius tantummodo temporis, quo eum ante manumisit, quam dies fideicommissae libertatis existeret. sed nisi ei honorem patronis debitum exhibuerit, adeat competentem iudicem pro modo admissi vindicaturum.

Si tratta di un caso di manomissione fedecommissaria *ex die*. La cancelleria di Caracalla avrebbe stabilito che il manomissore aveva diritto alle opere nel caso in cui avesse affrancato lo schiavo prima della scadenza del termine fissato.

La spiegazione potrebbe trovarsi proprio nella necessità dell'affrancazione, rispetto alle altre manomissioni esclusivamente volontarie⁴⁷. La decisione dell'onerato di manomettere il servo prima della scadenza del termine, da ricondurre esclusivamente alla sua volontà, gli consentirebbe di richiedere le opere per il periodo che precede la data indicata dal testatore per la manomissione⁴⁸. Altrimenti non si spiegherebbe un regime differente per le due situazioni, vale a dire prima e dopo il *dies fideicommissae libertatis*.

Vi sono, poi, altre testimonianze che sembrano mettere in discussione l'inderogabilità della soluzione contenuta nel rescritto adrianeo.

Consideriamo, dapprima, un passo di Marciano:

D. 38.2.29.pr.-1 (Marcian. 9 *inst.*): Qui ex causa fideicommissi manumittitur, est quidem libertus manumissoris et tam contra tabulas quam ab intestato ad bona eius venire potest quasi patronus: sed operas ei imponere non potest nec impositas ab eo petere. Sed si defunctus filio suo legavit servum et rogavit, ut eum ma-

sito del rapporto tra legato di schiavo e vincolo *ex fideicommisso* alla manomissione dello stesso: D. 32.3.1 (Ulp. 1 *fideic.*: *Ulpianus scribit, si servus mihi legatus sit eumque manumittere rogatus sim, fideicommissum a me relinqui non posse, scilicet si pure roget: nam si sub condicione vel in diem, propter fructum mediū temporis posse me obligari nec Iulianus dubitaret*). La validità di tale fedecommissario era da escludere senza dubbi, in caso di disposizione «pura». Se, invece, il fedecommissario fosse stato sottoposto a condizione o a termine, Ulpiano riferisce che lo stesso Giuliano non dubitasse della coercibilità del *fideicommissum*, in ragione del vantaggio acquisito dall'onerato per la disponibilità *medio tempore* dello schiavo.

⁴⁵ Non ha dubbi a ricondurre «*huiusmodi*» al manomesso *ex fideicommissi causa* GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 207 s.

⁴⁶ Sul passo, si vedano WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 188 s., e GIODICE SABBATELLI, *op. cit.*, p. 208 s.

⁴⁷ Cfr. GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., 208 s.

⁴⁸ WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., p. 198 ss., affianca alla costituzione un'altra di Alessandro Severo (C.I. 6.3.10), nella quale il testatore pregava l'erede di manomettere lo schiavo dopo tre anni dalla sua morte. Durante questi tre anni, lo schiavo era comunque tenuto a prestare le opere nei confronti degli eredi. Alla scadenza stabilita, quando lo schiavo fosse stato manomesso, non avrebbe potuto essere costretto ad effettuare la medesima prestazione. In realtà, la soluzione della cancelleria di Alessandro Severo potrebbe ricondursi alla circostanza che, una volta manomesso, il liberto avrebbe dovuto assumere comunque l'obbligo di prestare le opere nei confronti dei manomissori, opere che potevano essere anche diverse rispetto a quelle fornite durante il periodo di schiavitù.

numittat, ea mente, ut plenum ius patroni habeat, defendendum est posse eum operas iure imponere.

Nel *principium*, il giurista afferma che il servo manomesso *ex fideicommissi causa* diviene liberto del manomissore, accennando poi all'acquisto dei beni del liberto da parte di quest'ultimo, in qualità di patrono, sia *contra tabulas* sia *ab intestato*. Nonostante il diritto ai *bona liberti*, Marciano sottolinea, in contrappunto ('*sed*'), che non possono imponersi le opere e, in caso di assunzione del vincolo da parte del liberto, non può esercitarsi la relativa *petitio*.

Nel *principium*, dunque, Marciano sembra riportare un principio, quello della esenzione dalla prestazione delle opere, applicabile al manomesso *ex fideicommissio*, inteso in senso generico.

Nel primo paragrafo, però, il giurista severiano descrive l'eccezione alla regola affermata nel *principium*, introdotta nuovamente dal '*sed*'. Egli afferma che in caso di legato dello schiavo al proprio figlio con vincolo *ex fideicommissio* alla manomissione, si deve difendere l'opinione che il figlio patrono possa imporre le opere al liberto in maniera legittima, laddove l'intenzione del defunto fosse proprio quella di determinare un '*plenum ius patroni*'.

In dottrina⁴⁹ si è ricondotta l'eccezione al rapporto di parentela, e quindi alla circostanza che l'onere della manomissione fosse il *filius defuncti*, con la spiegazione che al figlio sarebbe comunque pervenuto il pieno diritto di patronato nel caso in cui il testatore avesse manomesso direttamente lo schiavo, o addirittura la disponibilità del servo qualora non lo avesse manomesso. Il regime ordinario sarebbe stato, in quel caso, quello dell'obbligo alla prestazione delle opere, che dovevano altrimenti essere espressamente escluse dal testatore.

Più che il rapporto di parentela, nel passo è individuabile, a mio avviso, un altro elemento utile per spiegare la differente soluzione prospettata da Marciano rispetto alla probabile estensione della soluzione contenuta nel rescritto di Adriano. Alludo al riferimento alla *mens testatoris*, determinante, secondo la prospettiva del giurista, per consentire l'imposizione delle opere al liberto. Il '*sed*', collocato all'inizio del primo paragrafo, potrebbe allora spiegarsi con il richiamo della volontà del testatore, giustificandosi in tal modo l'eccezione al principio generale della mancata imposizione o esecuzione delle opere espresso nel *principium*. La reale intenzione del *de cuius*, che Marciano esprime con la frase '*ea mente, ut plenum ius patroni habeat*', sarebbe quella di attribuire un pieno diritto di patronato al manomissore: dovrebbe ammettersi, in tal caso, l'imposizione delle opere al liberto, a prescindere dal rapporto di parentela che intercorreva tra il testatore ed il manomissore.

Oltre alla rilevanza della *mens testantis*, il passo sembra segnalare, inoltre, come non si debba distinguere, per Marciano, tra la manomissione fedecommissaria *ex senatusconsulto* – Rubriano, Dasumiano o Articuleiano – e quella ordinaria. Come detto, nel *principium* il giurista sembra intendere la dispensa dalle *operae* per lo schiavo manomesso *ex fideicommissi causa* a qualunque titolo, dispensa derogabile solo attraverso l'espressa manifestazione di volontà del testatore che attesti l'intenzione di beneficiare in effetti l'onere con le opere del liberto. Sembrerebbe, quindi, che la disciplina, che abbiamo ipotizzato essere stata introdotta mediante il rescritto adrianeo in riferimento al manomesso *ex Rubriano senatusconsulto*, fosse ormai applicabile, in età severiana, anche all'ipotesi ordinaria della manomissione volontaria *ex fideicommissio*.

Anche Paolo sembra aprire all'imponibilità delle *operae* al liberto *ex fideicommissio*⁵⁰:

D. 40.5.33.pr. (Paul. 3 *fideic.*): Si filius defuncti rogatus fuerit servum sui patris manumittere, dicendum est posse eum etiam contra tabulas habere et operas imponere: hoc enim potuisset, etiamsi directam libertatem accepisset, quasi patroni filius.

⁴⁹) Cfr.. C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 301.

⁵⁰) Si è detto, da parte di LORETTI LARINI, *La condizione*, cit., p. 53, che il passo di Paolo non fosse genuino per la contrarietà con D. 38.2.29 di Marciano. A mio avviso, però, le soluzioni dei due giuristi solo apparentemente appaiono disarmoniche, come spiegato nel testo. E' comunque ipotizzabile che sia caduto '*servus*' o '*libertus*', il soggetto dell'inciso '*etiam ... accepisset*'.

La fattispecie riguarda uno schiavo ereditario che deve essere manomesso *ex fideicommisso* dal figlio del *de cuius*, al quale non sappiamo se sia pervenuto, a differenza del passo di Marciano in cui si parla di legato, in qualità di erede o di legatario. Paolo afferma che il figlio potrà ricorrere alla *bonorum possessio contra tabulas* sui beni del liberto ed imporre a quest'ultimo la prestazione delle opere. Il giurista prosegue associando alla condizione del patrono *ex fideicommisso* quella del figlio del testatore, che avesse manomesso direttamente lo schiavo, in qualità di *filius patroni*⁵¹.

Al di là dell'associazione finale proposta dal giurista severiano, a noi interessa la soluzione favorevole all'imponibilità delle *operae*. Sebbene manchi il richiamo esplicito alla *mens testatoris*, la posizione di Paolo appare in linea con quella espressa da Marciano in D. 38.2.29.1, nei limiti della deroga alla esenzione contenuta nel rescritto di Adriano e giustificata probabilmente dalla volontà espressa dal testatore di imporre le opere al liberto fedecommissario.

5. Le opinioni di Papiniano ed Ulpiano da un lato, Paolo e Marciano, dall'altro, sembrano segnalare, pertanto, una problematizzazione⁵² della questione, che non riguarda, o non più, il vincolo alla prestazione delle opere per tutti i liberti fedecommissari, apparentemente ormai da escludere, ma la derogabilità della esenzione, ammessa da Paolo e Marciano, probabilmente in base alla verifica della reale intenzione del defunto di attribuire un *plenum ius patroni*, e rifiutata da Papiniano ricorrendo all'ambiguo, almeno per noi, richiamo del '*ius publicum*', non superabile neanche in forza della volontà del testatore⁵³.

In ogni caso, sembra possibile individuare il fondamento della esenzione del liberto fedecommissario dalla prestazione delle *operae*, per lo meno per l'età dei Severi, nel vincolo alla manomissione in capo all'onerato *ex fideicommisso*.

La *necessitas manumittendi* quale chiave interpretativa, peraltro, potrebbe trovare riscontri nella relativa disciplina adottata in altre fattispecie, nelle quali è individuabile un vincolo altrettanto coercibile alla manomissione. Mi riferisco alla compravendita dello schiavo '*ut manumittatur*'⁵⁴ ed allo schiavo riscattato *suis nummis*⁵⁵. Stando a D. 38.1.13.pr. (Ulp. 38 *ad ed.*)⁵⁶, infatti, l'imposizione delle

⁵¹ Cfr. MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., p. 298 s., con ulteriore bibliografia in nota. L'autrice afferma che l'espressione '*quasi patroni filius*' era la chiusura che richiamava l'identità di posizione tra patrono e *filius patroni* nei confronti dei liberti.

⁵² Il termine viene utilizzato in riferimento al cd. '*ius controversum*'. Come è noto, l'uso in letteratura dell'espressione '*ius controversum*' come categoria generale, identificabile nella contrapposizione di punti di vista, all'interno di un ordinamento, in relazione ad un problema, si ha dopo il contributo di A.B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, p. 201 ss., trad. it. – *Il diritto controverso dei giuristi romani* –, in «Itinerari di lettura. Per un corso di diritto romano» (cur. A. Lovato), Bari, 2011, p. 171 ss. L'impiego, per così dire, descrittivo, della nozione di '*ius controversum*', che va al di là degli scarsi riferimenti provenienti dalle fonti – esso ricorre nelle opere di retorica, in Cicerone (*de or.* 1.241-242; *Mur.* 28), Aulo Gellio (*noct. Att.* 12.13.3) e Quintiliano (*inst.* 7.6.1) – è ormai indiscusso. In esso si individua il parametro più idoneo a descrivere il modo di creazione del diritto di formazione giurisprudenziale.

⁵³ Al contrario, non sembrano emergere dalle fonti elementi che evidenzino differenti applicazioni del principio contenuto nel rescritto alle diverse fattispecie di manomissione fedecommissaria, *ex senatusconsulto* e ordinaria. Pertanto, anche quelle *ex Dasumiano* e *Articleiano senatusconsulto*, che avrebbero posto particolare attenzione sul *patronatus* (cfr. *supra*, § 2), sembrano rientrare nell'applicazione del principio della esenzione dalle opere per il liberto *ex fideicommisso*. Le diverse intenzioni del *de cuius*, quel criterio della *mens testatoris* più volte richiamato dai giuristi a proposito delle disposizioni di cui ci stiamo occupando, potrebbe, però, aver inciso sulla possibilità per l'onerato di richiedere le *operae* in relazione alla disciplina prevista dai senatoconsulti prima menzionati. In caso di assenza *ex iniusta causa* (Rubriano), infatti, a nulla rilevava probabilmente la volontà del testatore, anche quella eventualmente favorevole alla prestazione delle opere. Nell'ipotesi di assenza giustificata (Dasumiano) o di *manumissio fideicommissaria* del servo proprio del *rogatus* (Articleiano), invece, l'onerato avrebbe forse potuto reclamare le *operae*, fondando la propria richiesta proprio sulla *mens testatoris* (Dasumiano) o sull'appartenenza del servo al proprio patrimonio (Articleiano).

⁵⁴ Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 203.

⁵⁵ LORETI LORINI, *La condizione*, cit., p. 33, evidenziava come il liberto cd. '*suis nummis emptus*' avesse una posizione addirittura privilegiata rispetto a quello fedecommissario. Ricordiamo come la cd. *redemptio suis nummis* riguardasse il caso dello schiavo che si riscattava dalla condizione servile pagando il *dominus* con denaro proprio. Il meccanismo prevedeva che un terzo si fingesse acquirente del servo al solo scopo di manometterlo. Sulla cd. *re-*

opere allo schiavo acquistato *'ut manumittatur'* e poi non affrancato, ma considerato libero in virtù di una costituzione di Marco Aurelio⁵⁷, non aveva rilevanza alcuna. Allo stesso modo, il servo che si fosse riscattato con denaro proprio, secondo quanto previsto dalla cancelleria di Alessandro Severo nel 224 d.C.⁵⁸, non era tenuto alla prestazione delle opere nei confronti di colui che lo avesse manomesso. Inoltre, non poteva richiedere le opere l'assegnatario del patrimonio ereditario in virtù dell'*addictio bonorum libertatium conservandarum causa*, tenuto comunque a manomettere *ex fideicommissio*⁵⁹.

Sembra delinarsi, in tutte queste fattispecie, un comune denominatore, da identificare nella «qualità» della manomissione, che non rappresenta l'effetto di un atto volontario del proprietario stimolato solamente dallo spirito di rendere libero il proprio servo, ma trova fondamento nella ragione ultima che ha determinato il comportamento posto in essere – compravendita, manomissione, attribuzione dei beni ereditari⁶⁰.

6. Sebbene la soluzione contemplata nel rescritto adrianeo riferito in D. 38.1.7.4 pare aver trovato attuazione, in età severiana, anche nei casi di manomissione *ex fideicommissio*, ordinaria e fittizia, oltre che in altre fattispecie quali la compravendita di schiavo *'ut manumittatur'*, la cd. *'redemptio suis nummis'* e l'*addictio bonorum libertatium conservandarum causa*, sembrano emergere interpretazioni difformi tra i giuristi sulla automatica applicazione del principio.

Siamo di fronte ad un fenomeno più complesso di quanto possa apparire, problematizzato attraverso soluzioni giurisprudenziali contrastanti. L'ossequio per la *voluntas testatoris*, infatti, si segnala quale criterio atto, talvolta, a derogare alla esenzione dal vincolo alle opere per il manomesso *ex fideicommissio causa*, quando appunto le intenzioni del *de cuius* siano rivolte ad attribuire un *plenum ius patroni*.

Da questa prospettiva, diviene allora superfluo discutere, a proposito del rescritto adrianeo, della «ratio della norma»⁶¹, ricondotta a «motivi umanitari»⁶² o addirittura all'ancor più generico *'fa-*

demptio suis nummis e sull'*epistula dei divi fratres* con la quale si invitava il prefetto dell'urbe ad ascoltare *'servos, sua pecunia emptos ut manumittantur, de dominis querentes'*, come si riporta in D. 1.12.1.1 (Ulp. *l.s. de off. praef. urb.*), cfr., oltre ai più risalenti studi di L. VON SEUFFERT, *Das Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Gießen, 1907, e di PH. LOTMAR, *Marc Aurel Erlass über die Freilassungsaufgabe*, in «ZSS.», XXXIII, 1912, p. 304 ss., M. JACOTA, *Les pactes de l'esclave en son nom prope*, in «RIDA.», XIII, 1966, p. 219 ss., su cui cfr. A. GUARINO, *Tagliacarte (5)*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 295, G. HORSMANN, *Die 'divi fratres' und die 'redemptio servi suis nummis'*, in «Historia», XXXV, 1986, p. 308 ss., e A. LOVATO, *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, p. 106 ss. Secondo F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 331 e nt. 4, la tutela processuale in tema di cd. *redemptio suis nummis* si sarebbe sviluppata in rapporto alla giurisdizione del pretore *de liberalibus causis* piuttosto che alla *cognitio de fideicommissis*. Sulla competenza in tema di *causa liberalis*, cfr., con ulteriori indicazioni bibliografiche, S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010, p. 292 ss., e, da ultima, A. SPINA, *Giudicato e cause di libertà*, in «Res iudicata» (cur. L. Garofalo), I, Napoli, 2015, p. 259 s. e nt. 4 s.

⁵⁶ *'Si quis hac lege emptus sit, ut manumittatur, et ex constitutione divi Marci pervenerit ad libertatem, operae ei impositae nullum effectum habebunt'*. Cfr., da ultimo, sul passo, R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, p. 115 s. nt. 35.

⁵⁷ Riferita in D. 40.1.20.pr. (Pap. 10 resp.) e D. 40.8.1 (Paul. 5 ex Plaut.). Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 201.

⁵⁸ C.I. 6.3.8: *'Si tuis nummis emptus es ab eo a quo manumissus es, nec operas ei debes neque puniri ab eo utpote ingratus potes: patronum tamen tuum esse negari non oportet'*. Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 203 s.

⁵⁹ D. 38.1.13.1 (Ulp. 38 ad ed.): *'Sed nec cui bona addicta sunt ex constitutione divi Marci libertatium conservandarum causa, poterit operas petere neque ab his, qui directas, neque ab his, qui fideicommissarias acceperunt, quamvis fideicommissarias libertates qui acceperunt, ipsius liberti efficiantur: non enim sic fiunt liberti, ut sunt proprii, quos nulla necessitate cogente manumisimus'*. Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 204 s.

⁶⁰ Così WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 201 ss.

⁶¹ WALDSTEIN, *Zur Reskript*, cit., p. 330, usa il termine *'ratio'*.

⁶² Cfr. WALDSTEIN, *Operae*, cit., p. 198 ss., che parla di una prospettiva umanitaria, volta a proteggere lo schiavo evitandogli la prestazione di opere in caso di erede estraneo del padrone. Non ravvedo, però, quali potessero essere i motivi umanitari né quale fosse il nesso con la nozione di *'debitum naturale'* nella fattispecie in esame. L'autore, infatti, richiama anche lo scritto di A. MANTELLO, *'Beneficium' servile - 'debitum' naturale. Sen., de ben., 3, 18, 1, ss. - D. 35, 1, 40, 3 (Lav., 2 ex post. Lab.)*, I, Milano, 1979, p. 189 ss., sulle implicazioni relative ai rapporti tra schiavo e padrone. Più sfumata la posizione di MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 297 ss. GONZÁLEZ ROLDÁN, *op. cit.*, p. 186 s., trova la spiegazione nella singolare circostanza che si sarebbe verificata se l'onere, inadempimento rispetto al vincolo manomissorio *ex fideicommissio*, avesse poi potuto ottenere le opere dallo schiavo non manomesso volontaria-

vor libertatis'⁶³. La ragione iniziale della decisione della cancelleria adrianea va trovata, probabilmente, nella particolarità della situazione che si determinava con la manomissione fittizia diretta introdotta dal senatoconsulto Rubriano. Nel corso del secondo secolo d.C., poi, la soluzione fu applicata anche alle altre ipotesi di manomissione *ex fideicommisso*, probabilmente ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, che evidenzia però ancora, in età severiana, posizioni eterogenee, come quelle di Paolo e Marciano.

mente. Tale «criterio», secondo González Roldán, si sarebbe poi generalizzato, trovando applicazione anche in caso di onerato adempiente. Mi trovo d'accordo con la considerazione di quest'ultimo autore, sebbene l'analisi delle fonti mi induca a credere che non si possa parlare di una «applicazione generale», segnalandosi, a mio avviso, una problematizzazione della questione anche in età severiana, per lo meno sul piano giurisprudenziale.

⁶³) GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 209 s. Sulla cautela da adottare, a mio avviso, riguardo al cd. '*favor libertatis*', quale criterio fondante indirizzi legislativi e giurisprudenziali ed in particolare in tema di *libertas fideicommissa*, ho già avuto modo di esprimermi in '*La cognitio*', cit., p. 204 ss.