PIERFRANCESCO ARCES

LA RILEVANZA DELLA COMPONENTE FIDUCIARIA
NELLE DISPOSIZIONI MORTIS CAUSA NEL DIRITTO ROMANO
ARCAICO E CLASSICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Testamento e istituzione di erede. – 3. La componente fiduciaria nella configurazione più antica della *mancipatio familiae*. – 4. Interventi giurisprudenziali sul formulario e natura dell'atto a cui esso accede. – 5. Simmetria di sviluppo nelle forme più antiche di fedecommesso. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

L'apprezzamento della vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano gode da lungo tempo di un'ampia considerazione tra gli studiosi¹,

¹ Per i riferimenti essenziali cfr. A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943, p. 125 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961, p. 3 ss., 23 ss., 32 ss., 38 ss., 100 ss., 133 ss.; A. NICOLETTI, sv. 'Fides', in «NNDI.», VII, Torino 1968, p. 293 ss.; A. BURDESE, sv. «Fiducia (diritto romano)», in «NNDI.», VII, Torino 1968, p. 294 ss.; G. GROSSO, sv. «Fiducia (diritto romano)», in «ED.», Milano 1968, p. 384 ss.; R. TRIFONE, sv. «Fedecommesso (diritto romano)», in «NNDI.», VII Torino 1968, p. 188 ss.; É. BENVENISTE, *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, *Économie, parenté, société*, Paris 1969; trad. it. M. LIBORIO, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, Torino ri. st. 2001, p. 85 ss.; P. BOYANCÉ, *Fides et le Serment* (1962), ora in ID., *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, p. 91 ss.; ID., *Fides Romana et la vie internationale* (1962), ora ivi, p. 105 ss.; ID., *La main de fides* (1964), ora ivi, p. 121 ss.; ID., *Le Romains, peuple de la fides* (1964), ora ivi, p. 135 ss.; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, p. 114 ss., 124 ss. e nt. 102 e 103; A. CARCATERRA, *Dea fides e 'fides' storia di una laicizzazione*, in «SDHI.», L, 1984, p. 199 ss.; G. FREYBURGER, *Fides. Études sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986, p. 15 ss., 29 ss., 49 ss., 99 ss., 134 ss., 229 ss.; D. NÖRR, *Die Fides in römischen Völkerrecht*, Heidelberg 1991, p. 42 ss.; P. FREZZA, *A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale*, in «SDHI.», LVII, 1991, p. 297

i quali, sulla base dei dati desumibili dalle fonti, hanno mostrato consapevolezza della sua estensione anche alla materia successoria². In particolare, è proprio l'esposizione dello sviluppo storico – quale raffigurato da Gaio nelle sue *Institutiones* – del *testamentum per aes et libram*³ e dello stadio più

ss.; A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991, p. 9 ss., 14 ss., 32 ss., 96 ss.; A. CALORE, «Per Iovem lapidem», *alle origini del giuramento. Sulla presenza del «sacro» nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000, p. 69 ss. e nt. 96, ove ulteriore bibliografia; F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, II, Padova, 2003, p. 131 ss., 151 ss.; L. KOFANOV, *Il carattere religioso-giuridico della fides romana nei secoli V-VII a.C.: sull'interpretazione di Polibio* 6, 56, 6-15, ivi, p. 333 ss.; L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino 2004, p. 15 ss.; ID., *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in L. PEPPE (a cura di) *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, p. 173 ss.; F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* cit., p. 101 ss.; ID., *La fiducia cum amico*, in *Fides, fiducia, fidelitas*, cit., p. 47 ss.; EAD., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, p. 11 ss.; C. BEDUSCHI, *I profili giudiziali della fides*, ivi, p. 1 ss., 11 ss., 14 ss.; G. SANTUCCI, *La diligentia quam in suis come criterio di responsabilità del fiduciario*, ivi, p. 243 ss. Una più ampia prospettiva di analisi, che trascende l'aspetto giuridico della questione per debordare nei campi antropologico e sociologico è offerta da E. RESTA, *Il rischio della fiducia*, ivi, p. 201 ss., e da N. LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität* 4, Stuttgart 2000; trad. it. L. Burgazzoli, Bologna 2002, p. 5 ss., 15 ss., 29 ss., 35 ss., 49 ss., 66 ss., 95 ss., 103 ss.

² Cfr. F.C. CONRADI, *De pacto fiduciae exercitationes duae* (1722-23), ora in ID., *Scripta minora* (ed. L. PERNICE), Halis 1823, p. 187 ss.: si tratta dell'esempio più interessante di quell'atteggiamento dottrinario che riservava un'attenzione agli ambiti di applicazione della *fiducia* decisamente più ampio e articolato di quanto non farà la dottrina successiva alla scoperta del «Gaio veronese», come illustrato da F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni* cit., p. 101 ss. e 115 ss.; ID., *Il negozio fiduciario* cit., p. 11 ss., 113 nt. 26.

³ Gai., *inst.* 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. [103.] Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod*

antico dei fedecommissi⁴ a rappresentare un interessante documento rela-

per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. [104.] Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGE PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. [105.] In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobatur in ea re domesticum testimonium. [106.] Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater eius. Sed et si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est. [107.] De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est. [108.] Is vero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusve is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.

⁴ Gai., *inst.* 2.246. *Nunc transeamus ad fideicommissa [247.] Et prius de hereditatibus videamus. [248.] Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur. [249.] Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse videntur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. [250.] Cum igitur scripserimus: LUCIUS TITIUS*

tivo alla rilevanza della componente fiduciaria nella realizzazione, mediante impieghi innovativi della *mancipatio*, delle disposizioni *mortis causa* nell'età arcaica e classica.

2. Testamento e istituzione di erede.

In quanto al testamento librato, è noto che la storia dell'istituto viene tradizionalmente distinta in due fasi⁵, l'esposizione delle quali si uniforma alla duplice configurazione riferita da Gaio, riscontrabile anche nel passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*⁶ che fa riferimento ad esso: inizialmente vi sarebbe stata solo la *mancipatio familiae*, e cioè la vendita fittizia (o fiduciaria), tramite *mancipatio*, ad un acquirente fidato del proprio patrimonio (la '*familia*') da parte di colui il quale intendesse disporre di esso per il periodo successivo alla propria morte. Il *familiae emptor* veniva contestualmente incaricato della distribuzione del patrimonio stesso tra i beneficiari, dopo la

HERES ESTO, *possumus adicere*: ROGO TE, LUCI TITI, PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. *Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.* [251.] *Restituta autem hereditate is, qui restituit, nibilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.* [252.] *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

⁵ Cfr. F. MILONE, *op. cit.*, p. 5.

⁶ 20.9: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: 'haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do lego, ita testor; itaque vos, quirites, testimonium perhibetote'. Quae nuncupatio et 'testatio' vocatur.*

morte del disponente, e secondo le indicazioni di quest'ultimo⁷: non si è mancato di parlare dell'atto in questione come di «una specie di *mancipatio cum fiducia*»⁸.

Il *familiae emptor*, dunque, svolgendo una funzione che oggi parrebbe essere quella tipica di chi eserciti l'ufficio di esecutore testamentario⁹, non avrebbe mai assunto il ruolo di erede, e pur tuttavia ne avrebbe in qualche modo tenuto il posto, contribuendo così a realizzare la successione *in singulas res*, e quindi i *desiderata* del disponente, che Gaio, nella sua esposizione, chiama costantemente '*testator*', lasciando così intendere che l'atto compiuto sarebbe, anche nella sua configurazione più antica, un testamento.

Secondo una recente lettura¹⁰, peraltro, l'espressione '*familiae mancipatio*' indicherebbe solo la prima parte di cui si componeva l'atto in età classica, e non anche, come ritenuto generalmente dalla dottrina, la sua configurazione arcaica: ad essa si è comunque riconosciuta una «natura testamentaria», sostanzialmente coincidente con la «richiesta di testimonianza», o «dichiarazione innanzi a testimoni» nella quale si condenserebbe l'originario profilo ontologico dell'atto, a discapito dell'*heredis institutio*, e della sua essenziale correlazione col *testamentum*, quale risultante dall'analisi delle definizioni di quest'ultimo contenute in fonti di età classica.

L'introduzione del *tertium genus testamenti* viene dunque presentata come una riproposizione in forma privata delle due più antiche forme pubbliche *calatis comitiis* e *in procinctu*¹¹, da cui mutua parte del formulario. La

⁷ Già a partire dalla più diffusa manualistica istituzionale, l'atto è comunemente qualificato come «fiduciario»: cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 50 ss. e nt. 79; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 717 ss., M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano 3*, Palermo 2006, p. 610; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, p. 439.

⁸ G. CARLE, *op. cit.*, p. 185 nt. 1.

⁹ La questione, invero, è dibattutissima: un esaustivo quadro dello stato della dottrina sul punto è offerto da F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, p. 36 ss., 413 ss. Della medesima autrice si veda, inoltre, la relazione *Il ruolo del familiae emptor nel testamentum per aes et libram*, tenuta in questo Convegno.

¹⁰ F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in «AUPA.», LIII, 2009, p. 333.

¹¹ Gai., *inst.* 2.101.

sua origine deriverebbe, secondo quanto illustrato nel manuale istituzionale gaiano, dalla necessità di fornire un rimedio a chi, temendo una morte imminente¹², non avesse fatto testamento nelle due antiche forme conosciute,

¹² F. MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli 1896, p. 6, rileva che, comunque, «se ne possono ammettere ancor altri motivi», con ciò volendo richiamare, tra l'altro, quella che mi è sembrata una discutibile (se non proprio inammissibile) «via plebea» per spiegare l'introduzione della *mancipatio familiae*, intesa quale strumento di disposizione *mortis causa* riservato appunto alla plebe, in quanto ritenuta non ammessa a partecipare ai comizi in cui si celebrava l'antico testamento pubblico: cfr. P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, p. 102 ss. Questo convincimento, che si rinviene ancora in letteratura più recente – si veda, per tutti, M. AMELOTTI, *Il testamento romano* (1988), ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di Livia Migliardi Zingale, Torino 1996, p. 404 – era molto diffuso all'epoca in cui Milone scriveva: ad esempio, J. MUIRHEAD, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Edinburgh 1886, p. 65 ss. parlava della *mancipatio familiae* presentandola come una (p. 66) «*mortis causa but inter vivos alienation*», ed indicandola come il precedente storico («forerunner») del *testamentum per aes et libram*, introdotto proprio per supplire all'asserita impossibilità per i plebei di testare *calatis comitiis* (p. 65 ss.): «To the introduction of mancipation is also due a device resorted to by the plebeians for disposing of their estates in contemplation of death. Their elevation to the rank of citizens did not apparently give them admission to the comitia of the curies; and, as it was many years after the assassination of Servius before that of the centuries was ever convened, they had still no means of making testament unless perhaps in the field on the eve battle. So here again the expedient of mancipation was taken advantage of, not indeed to make a testament instituting an heir, and to take effect only on the death of the testator, – the form of the transaction, as an instant acquisition in exchange for a price real or nominal, could not lend itself to that without statutory intervention, – but to carry the transferer's *familia* [...] to a friend, technically *familiae emptor*, or trust to let the former have the use of it while he survived [...], and on his death to distribute according to his instructions whatever the transferee was not authorized to retain for himself [...]. Like so many others of the transactions of the early law, it was legally unprotected so far as the third parties were concerned whom the transferer meant to benefit; they had no action against the trustee to enforce the trust; their sole guarantee was in his integrity and respect for Fides». Le due antiche forme di testamento vengono dunque presentate come caratteristiche e proprie della «Roma patrizia» (p. 166 ss.), nella quale «A plebeian was not qualified in the regal period to make a testament in the comitia; so, instead, he transferred his estate to a friend on whom he could rely (...), with instructions how to distribute it on his death»: i testi citati rimangono sostanzialmente invariati

o comunque non fosse ammesso a partecipare ai comizi nei quali esso poteva celebrarsi oppure, ancora, non facesse parte dell'esercito¹³. Si è pertanto parlato della *mancipatio familiae* – e cioè della configurazione più antica dell'istituto in esame – «als Surrogat der Erbeinsetzung»¹⁴.

La raffigurazione dell'originario profilo ontologico dell'atto quale desumibile dai riferiti passi del manuale istituzionale gaiano, tuttavia, è strettamente correlata proprio all'istituzione di erede. In questa prospettiva, sono

nella terza edizione del volume (London 1916 – rev. et ed. A. GRANT – p. 60 ss.), dalla quale verranno effettuate le citazioni successive. Analoga posizione è sostenuta in quegli stessi anni da G. CARLE, *Le origini del diritto romano. Ricostruzione storica dei concetti che stanno a base del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino 1888, p. 184 ss.

¹³ È particolarmente notevole segnalare sin da ora che proprio questo «espediente» viene presentato come «la prima forma di fedecomesso» da R. TRIFONE, *op. cit.*, p. 188; in precedenza G. CARLE, *op. cit.*, p. 184 ss., facendo riferimento alla *fiducia*, osserva che in seno ad essa «dovette svolgersi quel modo semplicissimo di fare testamento, che ci venne più tardi ancora descritto da Gaio nelle sue forme primitive ed arcaiche, e che doveva servire più tardi come base al testamento quiritario *per aes et libram*, per cui il plebeo, che muore senza figliuolanza, affida ad un amico il suo patrimonio e le sue sostanze, indicandogli la maniera in cui dovrà poi distribuirli, quando egli sarà morto. Del resto è questo il modo che ancora oggidì torna opportuno all'emigrante, che, trovandosi in pericolo di vita ed essendo lontano dalla patria e dalla famiglia, affida ad un amico, che avrà la fortuna di tornare in patria, tutto ciò, che egli ha potuto risparmiare, perché lo riporti a coloro, che gli sono cari. Che anzi, dacché siamo nella ricostruzione di quest'ordine di idee, parmi che a questo modo primitivo di fare testamento si rannodi senz'alcun dubbio quella istituzione del fedecomesso, che, mantenutasi per certo nel costume, senza poter penetrare nella cerchia rigida del diritto civile romano, finì tuttavia per trionfare negli inizi dell'impero e trionfò, perché *populare erat*»; il riferimento alla *fiducia* come strumento per permettere al plebeo di disporre *mortis causa* ritorna espressamente (p. 506 ss.). G. GUGINO, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, I, Napoli 1873, p. 301, aveva affermato che bastava «un semplice raffronto tra il concetto del testamento per *aes et libram* e il concetto del fedecomesso, per iscoprirne l'identità». F. MILONE, *op. cit.*, p. 5 ss. aveva parlato dell'espediente in esame qualificandolo come una forma primitiva di fedecomesso, che tiene comunque distinta da quella «vera» e «storica»: avrò modo di tornare sul punto più avanti, nella parte di questa esposizione più specificamente dedicata proprio al fedecomesso.

¹⁴ E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechtes*, Erlangen 1881, p. 57.

altresì particolarmente rilevanti, oltre all'indicazione contenuta nel riferito § 103 del Secondo Commentario, quattro passi – sui quali tornerò più avanti nel corso dell'esposizione – rispettivamente in tema di validità del testamento¹⁵, di valida disposizione di legati¹⁶, fedecommessi¹⁷ e di invalida istituzione di erede per mezzo di codicilli¹⁸. Questi reiterati richiami mi sembrano sintomatici dell'attenzione alla riproposizione di un principio che affondava le sue radici nel diritto più antico: si tratta di un aspetto relativo alla tecnica di scrittura delle *Institutiones* – oggetto di approfondimento di un più ampio studio che ho in corso¹⁹ – in forza del quale l'istituzione di erede rappresentava il contenuto tipico del testamento (più precisamente: di ogni atto che fosse inteso come un testamento), a differenza delle altre disposizioni, in relazione alle quali, a partire dagli stessi legati, si è discusso della stessa ammissibilità nelle più antiche forme testamentarie²⁰. Rispetto a tale profilo la richiesta di testimonianza e la dichiarazione innanzi ai testimoni, pur necessari per la valida procedura di svolgimento dell'atto, assumono una posizione subordinata, e mi portano a ritenere che la reiterata attenzione a tale precisazione consegua ad un'esigenza di differenziazione, volta a distinguere la clausola «originaria» (e dunque più antica, ossia l'istituzione di erede), da sempre necessaria e sufficiente a caratterizzare il testamento e la sua natura giuridica, da tutte le altre disposizioni *mortis causa*, qualificabili come meramente eventuali. È proprio in forza del raffronto con queste ultime (e, in particolare, in sede di esposizione della disciplina di legati e fedecommessi), che verrà intesa, e ripetutamente precisata, la radi-

¹⁵ Gai., *inst.* 2.116: *Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

¹⁶ Gai., *inst.* 2.229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

¹⁷ Gai., *inst.* 2.248: *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.*

¹⁸ Gai., *inst.* 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint.*

¹⁹ Una prima elaborazione può leggersi in P. ARCES, *La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio*, in «RDR.», XIII, 2013, p. 1 ss. (estr., consultabile sul sito internet di tale rivista).

²⁰ Cfr. P. ARCES, *Studi cit.*, p. 194 ss.

cale diversità della *heredis institutio*: in questo senso intendo l' *'intellegitur'* che si riferisce ad essa in Gai., *inst.* 2.229.

Il collegamento che, nelle sue Istituzioni, Gaio ripetutamente opera tra la «forza» di un testamento e l'istituzione di erede pone in evidenza la natura giuridica del primo e implicitamente lo distingue, differenziandolo, dagli eventuali altri atti che di tale istituzione fossero privi, ferma restando l'idoneità di questi ultimi a permettere di disporre *mortis causa*. L'accostamento della *mancipatio familiae* al *testamentum* (*calatis comitiis* o *in procinctu*) comporta, dunque, non solo la considerazione di un insieme di atti distinti, accomunati in quanto alla causa e differenti in quanto a natura giuridica, ma spinge anche ad immaginare la raffigurazione di un quadro ancora più composito di quello rappresentato da Gaio, che testimonia la precoce abilità creativa ascrivibile alla giurisprudenza pontificale: in forza di essa, nell'alveo di un ardito «sperimentalismo» negoziale, ed attraverso una serie di prove ed adattamenti dell'impiego «atipico» del *gestum per aes et libram*, si determinerà lo sviluppo storico dell'istituto in esame.

Continua tuttavia a non sembrarmi opportuno attribuire «natura testamentaria» alla *mancipatio familiae* (o comunque alla configurazione più antica di quello che sarà il *testamentum per aes et libram*) se intesa secondo la rappresentazione tradizionalmente offerta, in forza della quale (a differenza della forma più evoluta) essa non sarebbe idonea a realizzare il fenomeno che oggi individuiamo nella successione a titolo universale. Proprio perché priva (e nei limiti in cui era priva) del requisito della *heredis institutio*, ritengo più opportuno qualificarla come l'idoneo atto *mortis causa*, privo della predetta natura testamentaria, con cui il *civis* avrebbe potuto stabilire la sorte delle proprie sostanze per il tempo in cui avesse cessato di vivere²¹.

3. La componente fiduciaria nella configurazione più antica della *mancipatio familiae*.

La ricostruzione effettuata a tal proposito da Gaio permette di affermare che la configurazione del *testamentum per aes et libram* in epoca classica coincide col riconoscimento come *ius receptum* dell'utilizzo più completo del predetto *gestum*, o, in ogni caso, di quell'impiego di esso inclusivo an-

²¹ Cfr. P. ARCES, *Studi cit.*, p. 122 ss.

che dell'*heredis institutio* nel formulario a cui si ricorreva per disporre *mortis causa*. Questa soluzione, di certo più antica della sua «stabilizzazione» nel diritto classico, sarà individuata dalla giurisprudenza, mediante quel modo di argomentare che si insinua «con effetti molteplici»²² nel pensiero giuridico, all'esito di una selezione dall'evidentemente più ampia serie di tentativi sperimentati per saggiare le potenzialità dell'atto librato, e dei quali l'esposizione conservata nelle *Institutiones* gaiane deve considerarsi un riassunto. Ho infatti già rilevato che nei riferiti §§ 102-104 del Secondo Commentario si afferma espressamente di parlare della celebrazione di un testamento, tanto con riguardo alla descrizione dello stadio più antico della procedura quanto in relazione all'illustrazione di quella più recente. Sulla base di questa osservazione si dovrebbe allora logicamente sostenere che la «natura testamentaria» della *mancipatio familiae* sarebbe stata la stessa del *testamentum per aes et libram*, anche in considerazione del fatto che l'esito finale dell'*iter* evolutivo manteneva inalterato l'antico formalismo del rito librato: ancora ai tempi di Gaio, infatti, il *familiae emptor*, ormai svincolato dal suo «tener luogo dell'erede», figurava «ad imitazione del diritto antico»²³, e continuavano altresì ad esser presenti il *libripens*, «come nelle altre mancipazioni»²⁴ ed i testimoni, i quali, unitamente alla gestualità del *mancipio accipiens*, contribuivano alla sua riproposizione.

Detta esposizione, tuttavia, non permette all'interprete di affermare con certezza se il considerato sviluppo storico comportò la «trasformazione» da una forma più antica di atto privo di natura testamentaria alla forma classica di testamento librato, o l'evoluzione da una forma testamentaria «primitiva» ad una più evoluta: non permette, cioè, di affermare se all'evoluzione in esame fu associato un cambiamento di natura giuridica o meno. L'analisi della sequenza in esame delle *Institutiones*, infatti, più che fornire argomenti a

²² L'espressione è di M. BRETONE, *Soliloquio sul diritto antico. La filosofia di una tecnica*, Lecce-Brescia 2013, p. 34.

²³ Cfr. J. MUIRHEAD, *op. cit.*, p. 154 ss., il quale, con riguardo al formulario del *familiae emptor* riproposto nella versione più recente dell'istituto osserva che «The meaning of the words "in my keeping" (*endo custodelam meam*) is not quite obvious; they may have been remnants of an older style. Certain it is that they no more imported a real custody than a real property in the *familiae emptor*; for the testator remained so entirely master of his estate that the very next day if he pleased he might mancipate it anew to a different purchase and nuncupate fresh testamentary writings».

²⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.103.

favore dell'una o dell'altra ipotesi appena formulate, sembra piuttosto suggerire l'idea dell'esposizione, da parte di Gaio, di una sintesi del più ampio ed articolato fenomeno rappresentato dal ricorso alla sperimentazione creativa che la giurisprudenza pontificale dovette effettuare nella pratica, al fine di introdurre nuovi istituti volti a soddisfare le esigenze concrete dei *cives*. Tali istituti, secondo la dinamica tipica della produzione di nuovo diritto tramite la *receptio moribus*, non nacquero in forma compiuta e matura, ma si affermarono in forza di una serie di tentativi ed adattamenti.

Si tratta di un'ipotesi ricostruttiva fondata sui dati desumibili dallo stesso manuale istituzionale, a partire dalla notizia relativa al ricorso, ai fini della celebrazione del rito, alla *mancipatio*²⁵, che in questo caso risulta adattata – sulla base dell'intento delle parti, ed in particolar modo del disponente – per il conseguimento di effetti negoziali diversi rispetto a quelli suoi tipici descritti in Gai., *inst.* 1.119.

La lettura parallela col passo contenuto in Gai., *inst.* 2.102 fa risaltare, anche dal punto di vista testuale, l'uso che della *mancipatio* viene effettuato per permettere al *mancipio dans* di disporre dei propri beni, senza la necessità di ricorrere ad una delle due forme pubbliche di testamento all'epoca conosciute, grazie ad una vera e propria «torsione» di quel rigido formalismo che si insegna essere tipico degli atti del più antico diritto romano²⁶. In questo caso, risulta particolarmente notevole l'aspetto per cui il raggiungimento degli effetti (o, meglio, della maggior parte degli effetti) del tipico negozio *mortis causa* avviene per il tramite dell'utilizzo «atipico» di un atto *inter vivos*, peraltro a struttura bilaterale e ad efficacia immediata: e ciò si

²⁵ Il cui svolgimento è descritto in Gai., *inst.* 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*

²⁶ In termini analoghi, cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 290 ss. e XXVIII, 1907, p. 311 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* 2, Torino 2006, p. 16 ss.; S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, p. 40 ss.

realizza per mezzo dell'innovativo intervento sul formulario negoziale da parte della giurisprudenza.

In base a questa constatazione si sono esaminati gli «innesti», sul negozio solenne della *mancipatio*, delle dichiarazioni, provenienti dal disponente e volte al raggiungimento degli effetti desiderati, che avrebbero rappresentato l'antecedente funzionale di quella *nuncupatio testamenti* tramite cui sarà possibile istituire l'erede ed, eventualmente, procedere ad effettuare le ulteriori disposizioni attributive a causa di morte.

La presenza di dichiarazioni provenienti anche dal *mancipio dans*, inoltre, costituisce senz'altro una notevole difformità rispetto alla severa rigidità dell'atto²⁷ (nel quale, come è noto, a parlare è il solo *mancipio accipiens*) e rappresenta un passaggio evolutivo nell'impiego del *gestum per aes et libram*, il quale verrà così reso idoneo a disporre *mortis causa*, per poi essere finalmente ed in maniera indiscussa dotato di natura testamentaria, una volta divenuta *ius receptum* la particolare modalità del suo utilizzo implicante un formulario inclusivo dell'*heredis institutio*, come attestato nella configurazione definitiva del *testamentum per aes et libram* conosciuto all'epoca di Gaio.

La riferita procedura impiegava peraltro come «controparte negoziale» non un *extraneus* o un *quivis de populo*, ma un '*amicus*': il che implica un'indiscutibile allusione al rapporto di fiducia che doveva preesistere tra il *mancipio dans* e il *familiae emptor* ai fini della corretta esplicazione di effetti dell'intero rito e della sua stessa causa. Agli «incarichi» finalizzati alla distribuzione del patrimonio mancipato tra i beneficiari – da effettuarsi parte del predetto *familiae emptor* – Gaio fa riferimento una volta utilizzando il verbo '*rogare*'²⁸, e un'altra, subito dopo, il verbo '*mandare*'²⁹, «quasi come se avessero valore intercambiabile, alla stregua di due sinonimi»³⁰: anche questo uso «improprio»³¹ dei due segni è stato correlato al primitivo fondamento dell'istituto sulla *fides*³², il che contribuisce ad illuminare particolarmente la

²⁷ Così come presentato nel già riferito Gai., *inst.* 1.119.

²⁸ Cfr. Gai., *inst.* 2.102.

²⁹ Cfr. Gai., *inst.* 2.103.

³⁰ F. TERRANOVA, *Ricerche cit.*, p. 308.

³¹ F. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 61.

³² A. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 294 osserva che «*Fides* sembra esprimere proprio quel vincolo che è di soggezione, ma non di schiavitù, ed appare frutto della magia di un particolare simbolismo [...]. È una virtù magica del capo legata in certa misura al suo *imperium*». Cfr. P. BOYANCÉ, *Les Romains cit.*, p. 139 ss.; B. ALBANESE,

rilevanza di quest'ultima al fine della corretta realizzazione del programma negoziale.

4. Interventi giurisprudenziali sul formulario e natura dell'atto a cui esso accede.

L'attenzione rivolta dalla giurisprudenza alla portata delle dichiarazioni (e cioè del formulario) del *mancipio dans* e del *familiae emptor* opererà un progressivo adattamento: detto formulario, oltre ad essere evidentemente modificato nella prospettiva di una destinazione *mortis causa* dell'atto, arriverà, una volta esteso e recepito nel suo più compiuto utilizzo, a mutare proprio la natura giuridica dell'atto medesimo, rendendolo idoneo strumento di disposizione testamentaria³³: in particolare, in questo caso, il menzionato formulario della *mancipatio* riceve in sé l'innesto di quello riservato alle antiche forme pubbliche di testamento, e tipico di esse.

È il sapiente impiego della parola – potremmo parlare di «tecnologia della parola» nel senso precisato da Walter J. Ong³⁴ – che riesce a piegare

Premesse cit., p. 101, oltre a ricordare che «la *fides* in quanto fonte di capacità di dar sicurezza è, in primo luogo, dote della divinità; [...] anzi, la *Fides* fu concepita come divinità essa stessa; o, nel caso di *Dius Fidius*, come attributo qualificante una divinità», rileva altresì (p. 124 nt. 101) «la rilevanza della *fides* (in quanto dote che qualifica chi ne è titolare ad essere, in vari modi, fonte di sicurezza per chi entra in rapporto con lui) nell'ambito del diritto romano privato, fin da epoca remota», F. TERRANOVA, *Ricerche cit.*, p. 289 ss. e nt. 629, con ampia bibliografia sul ruolo della *fides* nel diritto romano, in particolar modo di età arcaica, p. 276 ss., 416. Gaio procede ad illustrare il rito, così come svolto al suo tempo (cfr. *inst.* 2.104), riportando le solenni dichiarazioni del disponente (la cui derivazione dal formulario delle antiche forme pubbliche di testamento è generalmente ammessa, restando oggetto di discussione la maggiore o minore fedeltà testuale della derivazione medesima) oltre che del *familiae emptor*, specificando che esse vanno ricondotte alla nozione di '*nuncupatio*', e premurandosi altresì di spiegare la portata del verbo *nuncupare*: '*generalis sermone nominare atque confirmare*'. La volontà del testatore, dunque, si manifesta e si formalizza in una *nuncupatio*, e cioè una dichiarazione solenne, precisa e alla presenza dei testimoni, che accede al testamento.

³³ '*Quo tu iure testamentum facere possis*' è scritto in Gai., *inst.* 2.104, imprimendo il suggello funzionale alla nuova destinazione dell'atto.

³⁴ *Orality and Literacy. The Technologizing of the Word* 3, London-New York,

la rigidità del *gestum* per il raggiungimento di effetti diversi rispetto a quelli suoi tipici: si tratta di un fenomeno di notevole interesse, soprattutto se considerato in rapporto ad un'epoca in cui si è soliti ripetere essere il diritto improntato ad un esasperato formalismo. L'opera della giurisprudenza pontificale permette, invece, di realizzare quelle «linee e sdoppiamenti»³⁵ di cui si è efficacemente parlato in letteratura, e che saranno essenziali nello sviluppo del diritto romano in generale³⁶.

Nello specifico caso in esame, la spregiudicatezza e la libertà con cui la giurisprudenza pontificale fu in grado di modificare proprio il formulario del rito librare – modellandone i *verba* nella prospettiva del raggiungimento degli effetti desiderati, ed a tal fine attingendo eventualmente anche da quello delle antiche forme di testamento – configurarono, di volta in volta, il menzionato *gestum* come un atto per disporre *mortis causa* in alternativa al testamento oppure – in tutte quelle ipotesi in cui non furono riconosciuti ostacoli all'inclusione della formula dell'*heredis institutio* – come un vero e proprio testamento. Nei termini così riferiti, il quadro della fase più antica della storia del testamento librare³⁷ si presenta decisamente più composito, implicando un impiego diversificato ed oscillante dell'atto *per aes et libram*³⁸: il che è evidente indice di diritto in formazione, e necessiterà dei tempi lunghi della recezione *moribus* per stabilizzarsi definitivamente. In età decemvirale, dunque, sarà qualificato «testamento» l'atto validamente dotato di un'istituzione di erede, ma esso non esaurirà il novero degli strumenti tramite i quali si potrà disporre *mortis causa*. A questi ultimi, inoltre, se privi della *heredis institutio*, non si potrà in alcun modo attribuire

2012; trad. it. A. CALANCHI, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna 2014, p. 41 ss., 77 ss.

³⁵ L'espressione è stata efficacemente utilizzata da M.T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems 2*, Göttingen 2003; trad. it. A. Mazzacane, Bologna 2005, p. 172 ss.

³⁶ Se è vero che quella fornita da Gaio in relazione all'uso *mortis causa* della *mancipatio familiae* è la descrizione più completa dell'adattamento del rituale al fine di raggiungere effetti diversi da quelli suoi propri, è anche vero che nelle stesse *Institutiones* si rinvencono altri passi in cui il meccanismo viene riproposto: è il caso di Gai., *inst.* 2.29, in tema di servitù rustiche, e 1.113, in tema di *coemptio*.

³⁷ Che, alla luce dell'insegnamento tradizionale, risulta dunque correlata in maniera riduttiva alla *mancipatio familiae*.

³⁸ Che, a seconda delle ipotesi considerate, arrivava a mutarne la stessa natura giuridica, ferma restando comunque la causa della disposizione.

«natura testamentaria», nonostante l'indiscutibile identità di causa che essi condividono con il testamento.

In sintesi, la *mancipatio familiae mortis causa* avrà natura «testamentaria» solo nel momento in cui l'inclusione della *heredis institutio* nel relativo formulario diverrà *ius receptum*. Ciò non esclude comunque che, nel frattempo, si siano sperimentati impieghi «testamentari» del menzionato *gestum* tutte quelle volte in cui un giurista avrà suggerito (ed un *civis* avrà utilizzato), per disporre *mortis causa*, la soluzione «aggregativa» dell'*heredis institutio* e dell'atto librare, per quanto non ancora generalmente riconosciuta. L'assenza dell'istituzione di erede da un atto al quale, su indicazione della giurisprudenza pontificale, si ricorreva per disporre *mortis causa*, pertanto, doveva comportare la mancata considerazione di quest'ultimo come di un testamento, facendo contemporaneamente emergere la formidabile «efficacia correttiva» della *fides* nel suo concorrere alla realizzazione degli effetti desiderati³⁹: a tal proposito, è particolarmente notevole rilevare

³⁹ Si è visto nel testo come, in parallelo con il più maturo sviluppo ed utilizzo degli istituti, quantomeno all'epoca di Cicerone, il vincolo creato dalla *fides*, se pur ancora sentito, non poteva dirsi così stringente come nelle epoche più antiche. È appena il caso di ricordare che Gaio, ancora parlando del fedecommissario (*inst.* 2.248), dopo avere nettamente affermato la necessità della corretta istituzione di erede dell'onere, precisando altresì che la formula fedecommissaria è validamente inserita dopo l'istituzione medesima, pur illustrando la struttura degli istituti ormai compiutamente sviluppati, reitera l'ammonimento per cui sarebbe disposto invano un testamento nel quale nessuno fosse regolarmente istituito erede: e mi sembra che, così facendo, riporti una regola valida da sempre. La comparazione di queste dinamiche appare inequivocabilmente sintomatica dell'esistenza di un momento originario comune ad istituti la cui rispettiva evoluzione seguirà poi percorsi autonomi e distinti, non facendo comunque loro perdere del tutto i caratteri dell'originaria stretta correlazione reciproca. Per utilizzare l'efficace espressione della Fögen, da tale momento prenderanno corpo, nella materia oggetto del nostro interesse, «linee e sdoppiamenti» evolutivi. Nel suo resoconto, Gaio semplifica, riassumendole, complesse dinamiche, e segue la linea più consona al tenore della sua esposizione, con la quale presenta quella, tra le varie vie battute dalla giurisprudenza e dai successivi interventi autoritativi, che, di volta in volta, ha portato alla netta individuazione degli istituti, così come conosciuti al tempo in cui egli scrive. Non ha interesse a fornire una trattazione più dettagliata, o non è in grado di farlo: del già ricordato «sperimentalismo», ormai lontanissimo nel tempo, e nel cui alveo si è evidentemente mossa la creatività della giurisprudenza pontificale al servizio delle esigenze concrete dei *cives* che di volta in volta si presentavano, egli si limita a

come una certa letteratura, soprattutto anglosassone, parli di «*mortis causa trust*» riferendosi allo stadio più antico della storia del testamento librato, fornendone una illustrazione ampiamente sovrapponibile (se non del tutto coincidente) con la storia primitiva dei fedecommessi⁴⁰.

5. Simmetria di sviluppo nelle forme più antiche di fedecommesso.

La rilevanza della componente fiduciaria, unitamente a quella della torsione degli effetti operata dalla «tecnologia della parola» sul rigido formalismo del *gestum per aes et libram* possono infatti apprezzarsi anche con riguardo alla disciplina del fedecommesso⁴¹, così come illustrata nelle *Institutiones* gaiane, e all'esito della rivalutazione della lettura fornita dalla

far conoscere l'*iter* che ha portato alla netta individuazione degli istituti medesimi, così come conosciuti nella sua epoca.

⁴⁰ Cfr. J. MUIRHEAD, *op. cit.*, p. 152 ss.

⁴¹ È noto che l'istituto riceverà riconoscimento giuridico in epoca decisamente posteriore, con Augusto (cfr. *Iust. Inst.* 2.23.1 e 2.25.pr.), e si è soliti spiegarne l'origine facendo riferimento tanto all'estrema libertà di forma che, caratterizzandolo, avrebbe permesso di evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata osservanza delle forme prescritte per l'istituzione di erede e la disposizione dei legati, quanto, soprattutto, alla possibilità di evitare, tramite il ricorso ad esso, le conseguenze della carenza di *testamentifactio* passiva in capo ai beneficiari. In tal senso risulta orientata un'ipotesi formulata dallo stesso Gaio nel corso della sua trattazione istituzionale: in Gai., *inst.* 2.285, il caso del *peregrinus* (difettante di *testamenti factio* passiva) viene presentato come possibile origine dell'istituto stesso, alla spiegazione della quale si cerca di pervenire, da parte di Gaio, sulla base di ipotesi. Di certo il fedecommesso, ponendosi in un certo senso al di fuori dell'ambito del formalismo giuridico, permetteva di evitarne l'eccessivo rigore, così come le possibili strettezze ed asperità, e risultava anche strumento idoneo a realizzare ciò che oggi chiameremmo negozi in frode alla legge: cfr. M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1971, p. 392 ss.; E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in «RHD.», XL, 1962, p. 319 ss.; P. VOGLI, sv. «Fedecommesso (diritto romano)», in «ED.», Milano 1968, p. 103 ss.; A. WATSON, *The Early History of «fideicommissa»* (1970), ora in Id., *Legal Origins and Legal Change*, London 1991, p. 181 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, p. 35, ha peraltro rilevato che «tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fideicommissum* prima dell'impero di Augusto risalgono solo all'ultimo secolo della repubblica», ritenendo così difficile parlare di *fideicom-*

pandettistica⁴² che aveva in qualche modo intuito i fortissimi collegamenti tra la *mancipatio familiae* e l'istituto ora in esame⁴³, l'esposizione della cui disciplina è contenuta nei §§ 246-252 del Secondo Commentario⁴⁴, seguendo immediatamente l'illustrazione dei *genera legatorum*.

La formulazione del paragrafo di esordio richiama quanto già illustrato nel § 229 dello stesso Commentario nella parte in cui, esponendo l'argomento immediatamente precedente, Gaio si era diffuso sull'importanza dell'istituzione di erede. Ho già fatto cenno alla significatività della reiterazione di tale ammonimento, osservando come gli aspetti della rilevanza e della solennità (oltre che della priorità logica e funzionale) dell'istituzione di erede ai fini della valida confezione del testamento ritornino con una certa frequenza nel manuale istituzionale gaiano, evidenziando un'attenzione del maestro antoniniano costantemente orientata a sottolineare quella che mi sembra essere l'indissolubile ed originaria correlazione tra *testamentum* ed *heredis institutio*, la quale viene indirettamente ribadita anche nel luogo delle *Institutiones* in cui si rammenta che istituzione di erede e diseredazione non erano inseribili nei codicilli, nemmeno se confermati nel testamento⁴⁵. Ciò mi porta altresì ad escludere l'ipotesi di una loro «saldatura» compiutasi in età successiva, in coerenza con la nozione che dell'istituzione di erede risultava ampiamente affermata in età classica⁴⁶. E così, in conclusione del §

missum prima del II secolo a.C.: tuttavia, credo di aver dimostrato l'opportunità dell'accostamento che mi accingo ad operare: cfr. P. ARCES, *Studi cit.*, p. 203 ss.

⁴² Cfr. L. PEPPE, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴³ In questo senso depone anche la lettura di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano 1889, p. 33 ss. Va peraltro richiamata la già riferita lezione di R. TRIFONE, *op. cit.*, il quale afferma con nettezza (p. 188 ss.) che, «Presso i Romani la prima forma di fedecommissio si ebbe quando, non volendosi o non potendosi disporre dei propri beni con le solite forme di testamento (*calatis comitiis* o *in pro-cinctu*), si ricorse alla *mancipatio familiae* in favore di un amico, al quale si affidava la propria volontà». Come già accennato (cfr. *supra*, nt. 13), in precedenza osservazioni analoghe erano state svolte da F. MILONE, *op. cit.*, p. 8, il quale, parlando dell'antica *familiae mancipatio* la presentava come «una prima figura di fedecommissio, non dichiarato tale dalle fonti, ma che dai dati che esse forniscono si può con sufficiente probabilità arguire ed ammettere».

⁴⁴ Cfr. *supra*, nt. 4.

⁴⁵ Riporto nuovamente il testo di Gai., *inst.* 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint.*

⁴⁶ Cfr., in senso contrario F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*.

248, anche introducendo il tema delle disposizioni fedecommissarie si rammenta nuovamente la necessaria priorità di essa, mediante l'ammonizione per cui sarebbe inutilmente fatto un testamento, se privo di una corretta istituzione di erede. In questo caso l'elemento ulteriore e caratterizzante è costituito dall'espressione '*fidei committatur*' presente nel menzionato § 248: essa rappresenta una componente direi «psicologica» della fattispecie; il testatore, infatti, potrà soltanto confidare nella lealtà dell'erede istituito⁴⁷, affinché costui dia corso alle preghiere rivoltegli immediatamente dopo l'istituzione, secondo il formulario esemplificativo⁴⁸ che viene riportato nei §§ 249 e 250.

L'affidamento compiuto dal testatore doveva avere la stessa pregnante intensità che caratterizzava quello con cui il disponente mancipava la propria *familia* all'*amicus*. Esso poteva quindi essere malriposto: in letteratura non si manca, infatti, di rilevare come il tema dell'«instabilità» della *fides* (intesa in senso ampio) fosse sentito e acquisito al punto da costituire oggetto di precisi riferimenti in Plauto⁴⁹, e come presso alcuni popoli fosse sconosciuta la nozione stessa di *fides*⁵⁰. Nella progressivamente crescente consapevolezza di tale instabilità, talora i testatori arrivavano a escogitare meccanismi volti a fornire una maggiore spinta

Über die Anfänge des römischen Testaments, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940*, I, Leipzig 1941, p. 39 ss.; M. KASER, *Das Altrömische 'ius'*. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949, p. 159 ss., S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?* (1953), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972, p. 423 ss., e M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*. Problemi di origine, Torino 1996, p. 3 ss.

⁴⁷ Indifferentemente nella totalità o solo in una quota, come si precisa in Gai., *inst.* 2.259: *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.*

⁴⁸ Dal quale si apprende che la preghiera potrà riguardare la restituzione della totalità della massa ereditaria, ma anche solo di una sua parte, e che tale preghiera potrà essere formulata tanto puramente e semplicemente quanto con l'apposizione di una condizione o di un termine.

⁴⁹ Cfr. A. CASTRESANA, *op. cit.*, p. 23 ss.; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario cit.*, p. 21 ss.

⁵⁰ Più in generale, sulla fragilità della lealtà tra amici cfr. S. MARINO, «Sublesta fide». *Un amico di 'dubbia lealtà' tra Menandro e Plauto*, in «Index», XLII, 2014, p. 85 ss., p. 93 e nt. 46.

vincolante all'impegno morale richiesto, come si apprende da Cicerone con riferimento alla narrazione della successione testamentaria di Publio Trebonio⁵¹. All'epoca di Cicerone, comunque, non sembravano ancora sussistere adeguati rimedi al tradimento della *fides*: il vincolo sul quale riposavano simili richieste informali del testatore all'erede (o, comunque, a un beneficiario di disposizione testamentaria) era ancora squisitamente metagiuridico, al punto da non potersi prevedere una corretta realizzazione dei *desiderata* dell'ereditando se non alla luce dell'onestà e della lealtà dimostrate dall'onerato, una volta apertasi la successione e rese eseguibili le disposizioni testamentarie⁵². Si trattava dunque di esiti incerti, per fortuna non sempre frustrati dalla mancata collaborazione dello stesso onerato rivelatosi poi infedele⁵³.

⁵¹ Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.123-124. Ho esaminato più diffusamente l'episodio, e quelli ricordati nelle successive nt. 48 e 49 in P. ARCES, *Studi cit.*, p. 206 ss.: il testatore aveva proprio fatto affidamento sulla bontà ed onestà degli eredi istituiti, affinché questi aiutassero il suo fratello proscritto Aulo Trebonio, prevedendo peraltro che costoro giurassero di impegnarsi a fargli pervenire non meno della metà della quota a ciascuno di essi spettante: ma solo il liberto istituito erede in quel testamento mantenne fede agli impegni, dando così corso a una accesa disputa. In proposito, si veda anche F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, Napoli 2002, p. 40, il quale, proprio in relazione alla vicenda descritta nel passo ciceroniano, rileva la «tenuità del *vinculum fidei* che lega in questo episodio gli eredi al *de cuius*. Oltre a non trovare riscontro testuale nelle espressioni adoperate per ordinare il fedecommesso, la fiducia, cioè il personale affidamento del testatore nell'impegno morale dell'incaricato, è qui almeno in parte esclusa dal fatto stesso che il testatore abbia sentito il bisogno di ricorrere alla promessa sotto giuramento per ottenere l'adempimento del mandato», il che aveva portato in precedenza V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, p. 59, addirittura ad escludere trattarsi in questo caso di fedecommesso.

⁵² come apprendiamo dalla descrizione di un'altra vicenda, costituente un ricordo giovanile dell'Arpinate, che riguardava l'istituzione d'erede di Publio Sestilio Rufo nel testamento di Quinto Fadio Gallo, il quale l'aveva pregato di far pervenire tutta la sua eredità a Fadia, figlia del testatore: Cfr. Cic., *fin.* 2.55.

⁵³ Si deve rammentare che ancora nella tarda repubblica e sino al principato rivestivano un certo peso quei rapporti, relazioni e pratiche personali, individuate dal segno '*coniunctiones*', e derivanti dall'intreccio tra *officium*, *beneficium*, *amicitia*, *necessitudo*, che riconducono ad una nozione ampia, ma pressante e stringente, di '*vinculum*', nella quale appunto far rientrare quegli impegni e doveri che, pur

6. Conclusioni.

Appurata la rilevanza della «tecnologia della parola» nel processo di evoluzione del diritto, in particolar modo di quello arcaico con riguardo agli impieghi innovativi, già nell'età decemvirale, del *gestum per aes et libram*, si deve comunque osservare che, al fine della realizzazione degli intenti negoziali, da sola essa non era sufficiente: quando espone le linee di sviluppo storico del fedecommesso, infatti, Gaio sottolinea che, anticamente, il beneficiario della restituzione dell'eredità, più che dell'erede o del legatario, teneva il luogo del compratore, rammentando, ed illustrandone la casistica, come tra l'erede onerato e colui al quale si restituiva l'eredità si interponevano le medesime stipulazioni reciproche che si solevano interporre tra venditore e compratore di eredità. Si deve allora ritenere che – tanto nel caso della descrizione del fedecommesso, quanto in quello dell'esposizione dell'impiego *mortis causa* della *mancipatio familiae* – si assiste alla presentazione della fase più antica di schemi successori in cui, rispettivamente, sia l'erede istituito e contestualmente pregato di procedere alla restituzione, sia il compratore considerato (alla stregua di un) erede ricevevano incarichi finalizzati alla distribuzione di cespiti ere-

nell'assenza di strumenti tecnico-processuali che costringono all'adempimento, in qualche modo tendono a provocarlo, secondo l'immagine efficace e suggestiva della compensazione della mancanza di *actio* con la presenza di *fides* e *pudor* quali stimoli interiori all'adempimento, come può rilevarsi dalla prosecuzione della lettura dell'opera da ultima citata dello stesso Cicerone, che contrappone al comportamento infedele di Publio Sestilio Rufo quello di Sesto Peducèo: nominato erede da Gaio Plozio, illustre cavaliere romano di Norcia, si presentò dalla moglie del *de cuius* e spontaneamente consegnò a costei l'eredità ricevuta, senza che nessuno, nemmeno la vedova, sapesse delle richieste informali rivoltegli dal testatore in tal senso: cfr. Cic. *fin.*, 2.58. Con particolare riguardo al *beneficium*, L. BELTRAMI, *Dono e amicizia. Sezione II. Lo spazio dell'amicizia*, in M. BETTINI e W.M. SHORT (a cura di), *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, Bologna 2014, rileva come esso «possieda un intrinseco potere metamorfico, che si manifesta sin dalla sua prima comparsa: tale pratica, infatti, modifica la condizione iniziale, nel senso che «aggancia» un individuo al quale non si sia già legati da un vincolo di *necessitudo*, facendolo uscire – rispetto all'*ego* – dal territorio delle non-relazioni e creando una relazione positiva, sostanzialmente un nuovo vincolo di *necessitudo* [...]; può però anche accrescerne, intensificarne una già esistente, a seconda della situazione. Insomma, un *beneficium* apre, ma anche nutre, sostanza, un'*amicitia*».

ditari: nell'ipotesi della *mancipatio familiae* priva dell'istituzione di erede (e quindi di natura testamentaria) si dovrebbe più precisamente parlare di «distribuzione paraereditaria» del patrimonio del defunto da parte del *familiae emptor*.

L'accostamento dei due distinti meccanismi pone in evidente risalto ulteriori fortissime analogie: abbiamo infatti, da un lato, un acquirente considerato alla stregua di un erede⁵⁴ e, dall'altro, il beneficiario della disposizione fedecommissaria che, non potendo per i più diversi motivi essere istituito direttamente erede nel testamento, è considerato, sempre con riguardo alla fase più antica dell'istituto preso in esame, un compratore dell'eredità⁵⁵. È francamente difficile sostenere, come pure in dottrina si è fatto con estremo convincimento⁵⁶, che le richieste rivolte all'erede onerato e al *familiae emptor* non trovassero il loro comune fondamento nella *fides*: per quanto riguarda il fedecommissario, tale affermazione trova giustificazione, oltre che nella sua stessa denominazione e nella considerazione della sua evoluzione storica almeno sino ad Augusto, anche nel formulario utilizzato per disporlo validamente⁵⁷.

Per quel che riguarda la *mancipatio familiae*, invece, è nella descrizione contenuta in Gai., *inst.* 2.102 che si rinviene la connessione con la *fides*, allorché si precisa che chi, non essendo ricorso ad una delle forme pubbliche di testamento, temesse una morte imminente, avrebbe potuto *dare in mancipio* il proprio patrimonio ad una persona di fiducia, incaricandola della futura distribuzione tra i beneficiari. Ho peraltro già rilevato come non mi sembri casuale il ricorso alla parola '*amicus*' per indicare il *familiae emptor*: costui non è inteso semplicemente come «un terzo», «un *civis* qualunque», «un *quivis de populo*», ed opportunamente viene inteso come un «acquirente fiduciario».

Quale sia la funzione della *fides* tanto nel caso della *mancipatio familiae* quanto in quello del fedecommissario è evidente: permettere di raggiungere comunque il risultato distributivo-attributivo *mortis causa*

⁵⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.103: [...] *Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat.*

⁵⁵ Cfr. Gai., *inst.* 2.251: [...] *is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.* [252.] *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris.*

⁵⁶ Cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *op. cit.*, p. 35 ss.

⁵⁷ Cfr. Gai., *inst.* 2.249.

perseguito anticamente con la celebrazione dei testamenti pubblici⁵⁸,

⁵⁸ In almeno un'altra occasione, peraltro, nelle *Institutiones* ricorre in maniera espressa l'accostamento tra il ricorso alla componente fiduciaria, l'impiego del gesto librile e l'esigenza di fare testamento: cfr., infatti Gai., *inst.* 1.115a: *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.* Si tratta del passo in cui, nel Primo Commentario, Gaio rende conto della possibilità per la donna di ricorrere ad una *coemptio fiduciaria* per fare testamento. Ora, è noto che la *coemptio* era una delle modalità di acquisto della *manus* sulla donna (Gai., *inst.* 1.109: [...] *in manum autem feminae tantum conveniunt.* [110.] *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione.* Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 289 e nt. 371, 297 ss.), e proprio Gaio, pochi paragrafi prima di quello riferito in apertura di questa nota, ci rammenta che la sua realizzazione avveniva mediante il ricorso alla *mancipatio* (Cfr. Gai., *inst.* 1.113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit*), distinguendone un impiego *matrimonii causa* da uno *fiduciae causa*: il primo, fatto dalla donna col marito, permetteva a quest'ultima di essere '*apud eum filiae loco*'; il secondo, realizzabile '*alterius rei causa*' tanto col marito quanto con un terzo estraneo, le avrebbe permesso di conseguire diversi effetti: come ad esempio quello di evitare la tutela (Cfr. Gai., *inst.* 1.114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem*), secondo la procedura descritta nel § 115 del Primo Commentario (*Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit*), che, già dalla formulazione dell'*incipit* ('*Quod est tale*'), lascia intendere la sua attualità ancora al tempo di Gaio, a differenza dell'utilizzo riferito nel paragrafo immediatamente successivo (introdotta dal segno '*olim*'), nel quale si informa anche in merito al senatoconsulto emanato su sollecitazione di Adriano che abrogò l'antica necessità, per la donna che volesse fare testamento, di ricorrere al *gestum per aes et libram* per vendere se stessa ad una persona di fiducia, che l'avrebbe poi contestualmente rimancipata al tutore fiduciario, dal quale sarebbe stata infine manomessa: anche in questo caso, dunque, si tratta dell'esposizione di istituti particolarmente antichi,

sia pure mediante un impiego ancora non del tutto maturo dei relativi atti negoziali.

interessati dal fenomeno della desuetudine, oltre che di espressi interventi normativi di abrogazione e riforma, come appunto avvenuto nel caso del senatoconsulto di età adrianea. Lo stesso Gaio, peraltro, si occupa in un'altra sua opera di un negozio fiduciario *inter vivos* finalizzato alla produzione degli effetti finali dopo la morte del disponente: è il caso dell'alienazione, tramite *mancipatio*, del proprio servo ad un terzo affinché questi lo manometta dopo la morte del *dominus* cedente, ricordato in D. 17.1.27.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*): *Si servum ea lege tibi [tradidero] <mancipio dederō>, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit <fiduciae> obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim.* Su questo passo, cfr. F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., p. 134 ss.