

AGATINA STEFANIA SCARCELLA

Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di  
intermediario del giurista tra istituti giuridici  
romani e *novi cives*, come strumenti di  
integrazione sociale

Estratto  
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV  
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

# ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

## COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzealla	Palermo
Enrico Mazzearese Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

## COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.  
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [redazioneaup@unipa.it](mailto:redazioneaup@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i> . . . . .	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio. . . . .	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i> . . . . .	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i> . . . . .	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i> . . . . .	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i> . . . . .	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano. . . . .	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i> . . . . .	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117. . . . .	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes. . . . .	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano. . . . .	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i> . . . . .	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i> ) . . . . .	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale. . . . .	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i> . . . . .	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i> . . . . .	705

AGATINA STEFANIA SCARCELLA

Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di  
intermediario del giurista tra istituti giuridici  
romani e *novi cives*, come strumenti di  
integrazione sociale.

ABSTRACT

The exegesis of some consultationes submitted to the attention of Cervidio Scevola - in which the issue involved trusts and was related to legal transactions or rules formulated in Greek or which concerned Greek-speaking subjects - has shown that in the practice of trusts, from the middle of the second century A.D. onwards, the devisers used Greek to make their will, expressed without formal constrictions, more easily understood and interpreted. In the same period, the brief references made by Gaius and by the Gnomon to the language used for the trust, confirm the spread of the above practice and its tolerance via the intermediary role of the jurist, unlike the situation for legacies. With Ulpian, the drawing up of the trusts in Greek or in any other language is expressly recognized at the legal level and generalized. The use of the Greek language was not, therefore, *ab origine*, a characteristic of the trust but the result of the gradual development of a practice that arose as a consequence of the freedom of form which characterized the institution.

PAROLE CHIAVE

Giurista, bilinguismo, greco, fedecommissi.



SOMMARIO. 1. Introduzione. 2. Piano del lavoro. 3. Cervidio Scevola e l'uso del greco nella prassi fedecommissaria al fine di rendere più comprensibile la volontà del disponente, che poteva dar luogo a controversie per la mancanza di ogni requisito formale e sostanziale. 4. Ulpiano e il riconoscimento normativo dell'uso del greco nel fedecommissio.

## 1. Introduzione

Si afferma comunemente che l'uso della lingua greca da parte degli imperatori e dei giuristi rappresentò uno strumento di divulgazione del diritto romano presso i *novi cives*<sup>1</sup>. Esso sarebbe servito per aggiornare i provinciali su istituti a loro poco familiari e a rendere comprensibili e agibili le norme e le procedure romane a cui anche essi erano ormai soggetti. La lingua greca fu in pratica un fondamentale strumento di integrazione in una società multiculturale e globalizzata quale era diventata quella romana già a partire dalla seconda metà del II sec. d.C.

Perché, però, l'integrazione fosse concreta occorreva non solo che fosse agevolata la comprensione da parte dei destinatari delle costituzioni imperiali o degli scritti giurisprudenziali ma che si desse agli autori dei negozi la possibilità di compiere validamente atti giuridici anche usando una lingua diversa dal latino, che era la lingua ufficiale dell'impero e che rimase pure in Oriente il linguaggio della burocrazia e dei giuristi. Quest'ultimi, peraltro, come i romani colti, avevano grande familiarità con la lingua greca<sup>2</sup>, il cui studio rientrava

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, A. DELL'ORO, *Le costituzioni in greco nei frammenti dei «Digesta»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano 1972, 754. L'Autore osserva che «le costituzioni in greco, dove appare il destinatario, sono prevalentemente indirizzate a comunità, perché la circostanza potrebbe significare che gli uffici imperiali preferivano rispondere nella lingua greca dove vi fosse necessità di un'interpretazione comune nel timore che l'eventuale traduzione locale dal latino portasse a valutazioni erronee o equivocate o soggettive con conseguenze di vasta portata nei rapporti fra collettività e organi statali». L'utilizzo del greco per rivolgersi ad un'utenza più vasta, in autori tardi come Modestino, è stato recentemente notato anche da M. BRAVO BOSCH, *Il bilinguismo in Roma (dal III sec. a.C. al II d.C.) attraverso le testimonianze delle fonti letterarie*, in IURA 60, 2012, 200.

<sup>2</sup> «*Docti et Graecis litteris et Latini*» vengono giudicati i bilingui da Cicerone (*Brut.* 46.169), che imparò il greco prima del latino. In argomento cfr. H. S. SCRIBNER, *Cicero as a hellenist*, in *The Classical Journal* 16, 1920, 81 ss.; H. J. ROSE, *The greek of Cicero*, in *The Journal of Hellenic Studies* 41, 1921, 92 ss.

tra gli obiettivi educativi dei romani fin dalla fanciullezza<sup>3</sup>. A partire dal I sec. d.C., inoltre, pare che a Roma si facesse uso del greco anche negli atti ufficiali<sup>4</sup> e, in Grecia, fu data la possibilità di accedere a posizioni di potere senza conoscere il latino<sup>5</sup>. Con Adriano lo *scrinium ab epistulis* della cancelleria imperiale, addetto alla corrispondenza ufficiale del principe, fu diviso in due comparti: *ab epistulis latinis* e *ab epistulis graecis*, e ciò non solo per consentire la stesura di *epistulae* anche in greco; la cancelleria infatti pare che rispondesse in latino anche a quesiti posti in greco<sup>6</sup>.

In questo contesto va tuttavia notato che la problematica dell'utilizzo di lingue straniere nel compimento di negozi giuridici emerge con una tempistica diversa a seconda che si considerino i negozi giuridici *inter vivos* o quelli *mortis causa*. Per i primi, infatti,

<sup>3</sup> Cfr. H. I. MARROU, *Geschichte der Erziehung im klassischen Altertum*, München 1977, 468 ss. (= *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*<sup>7</sup>, Paris 1976, 374 ss.); A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein? Zur Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich*, in ZSS 110, 1993, 17; R. YARON, *The competitive coexistence of Latin and Greek in the Roman Empire*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, II, Amsterdam 1995, 658. Tra le fonti letterarie particolarmente esplicito in tal senso è Quint. *Inst. Orat.* 1.1.12-14: *A sermone Graeco puerum incipere malo, quia Latinum, qui pluribus in usu est, vel nobis nolentibus perbibet, simul quia disciplinis quoque Graecis prius instituendus est, unde et nostrae fluxerunt. Non tamen hoc adeo superstitiose fieri velim, ut diu tantum Graece loquatur aut discat, sicut plerisque moris est. Hoc enim accidunt et oris plurima vitia in peregrinum sonum corrupti et sermonis, cui cum Graecae figurae adsidua consuetudine haeserunt, in diversa quoque loquendi ratione pertinacissime durant. Non longe itaque Latina subsequi debent et cito pariter ire. Ita fiet ut, cum aequali cura linguam utramque tueri coeperimus, neutra alteri officiat*. Sulla citata opera di Quintiliano cfr., per tutti, J. COUSIN, *Études sur Quintilien*, I. *Contribution à la Recherche des Sources de l'Institution oratoire*, II, Paris 1935; ID., *Vocabulaire grec de la Terminologie rhétorique dans l'Institution oratoire*, Paris 1936; H. BLANCK, *Il libro nel mondo antico*, trad. it. Bari 2008, 46.

<sup>4</sup> Svet., *Claud.* 42: *Nec minore cura graeca studia secutus est amore praestantiamque linguae occasione omni professus. Cuidam barbaro Graece et Latine disserenti: "cum utroque" inquit "sermone nostro paratus est"*.

<sup>5</sup> Cfr. M. BRAVO BOSCH, *Il bilinguismo in Roma*, cit., 194 ss.

<sup>6</sup> Cfr. D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS 98, 1981, 12 s., e A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, cit., 18. L'uso del greco dunque era finalizzato a rendere possibile una consultazione in tale lingua e ciò perché doveva evidentemente essere avvertita l'esigenza di chi si rivolgeva allo *scrinium ab epistulis* di farsi comprendere in modo agevole. D'altra parte anche la cancelleria imperiale aveva ormai quel ruolo di intermediazione che prima era solo del giurista.



nell'ambito dei traffici commerciali, esso fu ammesso abbastanza presto, perlomeno nei negozi appartenenti allo *ius gentium*. Per la *stipulatio*, già in epoca repubblicana, quando furono superati l'uso esclusivo del verbo *spondere*, la presenza di ambo le parti e la *congruentia verborum*, venne ammesso l'uso di altre forme verbali e del greco e, nella nuova veste, essa fu resa accessibile anche ai peregrini (*stipulatio iuris gentium*)<sup>7</sup>. Per le disposizioni *mortis causa*, invece, l'uso equivalente di lingue diverse fu ammesso molto più tardi, sebbene, trattandosi di atti spiccatamente personali, sarebbe stato altrettanto importante dare la possibilità agli autori di detti atti di esprimere nel migliore dei modi la propria volontà, usando possibilmente la propria lingua. La giurisprudenza classica riteneva necessario però l'uso del latino per fare testamento, nominare un tutore o disporre un legato e ciò perché si trattava di disposizioni che richiedevano l'impiego di *verba sollemnia*, intraducibili agli occhi dei romani. Tuttavia proprio l'utilizzo di frasi e clausole precise e lo sviluppo della prassi di rivolgersi a notai o scribi, che addirittura si avvalevano di formulari già predisposti<sup>8</sup>, garantiva la chiara formulazione della volontà del disponente e riduceva i problemi di interpretazione. All'interpretazione della *mens* del disponente dovette invece essere rivolta particolare attenzione quando erano state poste in essere disposizioni, la cui formulazione non era tipizzata<sup>9</sup> ed erano indipendenti da ogni requisito sostanziale,<sup>10</sup> come i fedecommissi.

---

<sup>7</sup> Cfr. Gai 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBE O, FACIES? FACIAM. 93. Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est: ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, veluti hoc modo... tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant...*

<sup>8</sup> «Se noi guardiamo i testamenti ordinari, che ci sono pervenuti da Roma o dalle provincie e sia dall'occidente che dall'oriente, notiamo in essi una notevolissima uniformità, nel senso cioè che – prescindendo ovviamente dalla diversità di contenuto delle singole disposizioni – ritornano sempre le stesse frasi e le stesse clausole nello stesso ordine...». Così M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento. I. Lezioni di Diritto romano*, Torino 1966, 79 e 85.

<sup>9</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 750.

<sup>10</sup> Cfr. M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 150.

Per quest'ultimi, pertanto, o per disposizioni inconsuete,<sup>11</sup> la cui interpretazione avrebbe potuto essere controversa e avrebbe potuto richiedere l'intervento del giurista, era inevitabile che si preferisse usare la propria lingua o comunque la lingua che si conosceva meglio. In questo contesto, oltre ad essere importante l'utilizzo ad esempio del greco per soggetti grecoquanti, diventa fondamentale il ruolo di intermediazione del giurista, come dimostrano alcuni frammenti dei *Digesta*, e in particolare alcuni testi di Cervidio Scevola, facenti parte di due raccolte di suoi pareri: i *Responsa*<sup>12</sup> e i *Digesta*,<sup>13</sup> il rilievo dei quali è indubbio per la specificità dei dati ricordati e per la formale separazione tra la *consultatio* e la riposta del giurista.<sup>14</sup>

## 2. Piano del lavoro.

Alla luce dei rilievi fatti, scopo della ricerca sarà anzitutto quello di evidenziare come da alcune testimonianze giurisprudenziali in cui, a partire dalla seconda metà del II sec. d.C., è attestato l'uso del greco da parte di soggetti grecoquanti nel porre in essere disposizioni *mortis causa* ed in particolare fedecommissi - o «disposizioni inconsuete che, per non avere appunto esigenze di forma, si accostano anch'esse ai fedecommissi»<sup>15</sup> - emerga che tale uso era in primo luogo

<sup>11</sup> Ancora M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 83.

<sup>12</sup> O. HIRSCHFELD, *Die Abfassungzeit der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Hermes* 12, 1877, 142 s. (= *Kleine Schriften*, 1913, 885 s.); F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, 1931, 143 ss. e lett. *ivi* citata; P. FREZZA, *Responsa e Quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI* 43, 1977, 203 ss.; J. G. WOLF, *Die Doppelüberlieferungen in Scaevolus Responsenwerken*, in *SDHI* 73, 2007, 1 ss.; ID., *Die Scaevola-Responsen in Paulus 'Libri ad Vitellium'*, in *Studi Nicosia*, 8, Milano 2007, 435 ss.; ID., *Drei Klienten des Cervidius Scaevola. Eine Spürensuche*, in *Fides Humanitas Ius. Studi Labruna*, 8, Napoli 2007, 5935 ss.

<sup>13</sup> Su entrambe le raccolte si vedano B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur*, in *ZSS* 28, 1907, 178 ss.; 29, 1908, 183 ss.; R. TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola* (1919-1920), in *Opera minora*, I, Warszawa 1958, 505 ss.

<sup>14</sup> M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* 53-54 (2000-2001), 2009, 494, 496, 527.

<sup>15</sup> M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 83.

finalizzato a rendere più facilmente comprensibile<sup>16</sup> e interpretabile<sup>17</sup> la volontà del disponente e pertanto assai diffuso nella prassi.

Si passerà poi a dimostrare come le attestazioni giuridiche anteriori ad Ulpiano<sup>18</sup> non possano essere considerate, diversamente da quanto è stato sostenuto,<sup>19</sup> disposizioni con cui venne stabilito l'uso del greco per il fedecommesso. In esse, come vedremo, viene solo fotografata la realtà a cavallo tra il II e il III secolo d.C., ben rappresentata anche dai frammenti di Scevola, in cui, come già detto, nella prassi, i fedecommissi - privi di requisiti formali, non necessitanti la pronuncia di *certa et sollemnia verba* e possibilmente contenuti anche in un codicillo<sup>20</sup> o direttamente nel testamento<sup>21</sup> - venivano pure scritti in greco senza porre problemi di validità, a differenza dei legati.

Per questa via si cercherà, dunque, di chiarire l'importanza sotto il profilo linguistico di D. 32.11 pr. di Ulpiano, unica fonte in cui la redazione in greco o in qualunque altra lingua dei fedecommissi fu

<sup>16</sup> L'utilità della lingua greca per rendere più facilmente comprensibile la propria volontà è stata sottolineata anche da M. MARRONE, *Nuove osservazioni su D. 50.16 "de verborum significatione"*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 7, 1995, 173 ss. L'Autore, con riferimento a termini greci che ricorrevano in alcune frasi, osserva che «si sarebbe trattato di frasi destinate ai Romani colti cui si dava così una migliore opportunità di intendere il testo, confidando nel fatto che la lingua greca offriva, rispetto alla latina, un vocabolario più ricco e quindi una migliore possibilità di intendere significati più precisi».

<sup>17</sup> Si veda ancora M. MARRONE, *op. e loc. ult. cit.*, che, sempre con riferimento ai testi contenenti termini greci, per spiegare il loro inserimento nella compilazione dice che lo scopo era quello di «giovare all'interprete».

<sup>18</sup> Il riferimento è a Gai 2.281: *Item legata Graece scripta non valent: fideicommissa vero valent*, e a Gnomon § 8: Ἐὰν ῥωμαικῇ διαθήκῃ προσκαίηται ὅτι ὅσα δὲ εἰὼς διατάξω κατὰ πινακίδας Ἑλληνικὰς κύρια ἔστω οὐ παραδεκτέα ἐστίν, οὐ γὰρ ἔξεστιν ῥωμαίῳ διαθήκῃ Ἑλληνικὴν γράψαι.

Per entrambi i testi è importante notare che il riferimento al fedecommesso viene fatto per evidenziare l'invalidità dei legati scritti in greco. Si veda quanto si dirà più ampiamente, *infra* § 4.

<sup>19</sup> M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 83. In argomento cfr. anche A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, cit., 41 s. e lett. cit. nt. 109.

<sup>20</sup> Ripetiamo, per il fedecommesso «la pratica aveva riconosciuto, sin dall'epoca repubblicana (Cic. *De fin.* 2.18.58) la più ampia libertà di forma, scritta e orale». A. METRO, *Studi sui codicilli*, I, Milano 1979, 35.

<sup>21</sup> Questo è quanto emerge da quasi tutti i frammenti di Cervidio Scevola che prenderemo in considerazione nel § successivo.

espressamente riconosciuta e generalizzata.

3. Cervidio Scevola e l'uso del greco nella prassi fedecommissaria al fine di rendere più comprensibile la volontà del disponente, che poteva dar luogo a controversie per la mancanza di ogni requisito formale e sostanziale.

La nostra attenzione sarà anzitutto rivolta a 11 delle 17 *consultationes*, sottoposte all'attenzione di Cervidio Scevola, in cui risulta che la vicenda controversa riguardava fedecommissi ed era relativa a dichiarazioni negoziali o norme formulate in greco ovvero interessava persone che usavano tale lingua. Riteniamo, infatti, che un'esegesi, sotto il profilo sostanziale, dei frammenti in cui le suddette *consultationes* sono contenute, condotta tenendo conto dei risultati raggiunti dal Talamanca in seguito ad una loro considerazione «solamente dal punto di vista della collocazione geografica dei clienti di Scevola e della fattispecie oggetto della *consultatio*»<sup>22</sup> - che ha condotto l'autore a interessantissime e utilissime riflessioni sui 'clientes' di Scevola<sup>23</sup> - consentirà di evidenziare che l'uso della lingua greca più che testimoniare «la presenza di uno strato più ellenizzante che romano»<sup>24</sup> delle persone che usavano le disposizioni *mortis causa*, attesta l'uso da parte di cittadini romani<sup>25</sup> grecolloquenti o che

<sup>22</sup> Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 544.

<sup>23</sup> Vale a dire su «coloro i quali – senza che ciò implichi un particolare rapporto col giurista – gli domandavano un parere, tendenzialmente nelle forme del *responsum signatum*, perché potesse essere esibito in giudizio o servisse comunque nell'ambito di una controversia in atto o potenziale». M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 484 nt. 2.

<sup>24</sup> Così P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II. 14, Berlino 1982 (= *Studi di diritto romano*, Padova 1985, 77). Si veda anche G. NICOSIA, *Lineamenti di Storia della Costituzione e del Diritto di Roma*, II. 2, rist. Catania 1979, 90.

<sup>25</sup> Cfr. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, cit., 76. Ha affermato M. TALAMANCA (*I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 559): «Non mi sembrano poi possibili dubbi sulla circostanza che le disposizioni *mortis causa* redatte in greco siano prese da cittadini romani. Basterebbe per ciò rammentarsi come non risulti in alcun modo che fra i clienti di Scevola, ed in genere dei giuristi romani, si trovassero *peregrini*. Né deve generare inoltre perplessità l'utilizzo, da parte di detti clienti e dei soggetti coinvolti nella controversia, di fedecommissi. Al tempo di Scevola, infatti, in seguito ad

conoscevano meglio il greco proprio della lingua da loro correntemente usata<sup>26</sup>, consci del fatto che stavano ponendo in essere un atto di ultima volontà, destinato a valere secondo l'ordinamento romano<sup>27</sup>, per il quale non vigevano limiti formali<sup>28</sup> e il cui oggetto «è il più lato, che si possa immaginare. Cose singole o intero patrimonio o quote parti di esso ponno dedursi in fedecommissio: cosa del testatore, cose dell'erede o di qualsiasi altro fiduciario, cose altrui...»<sup>29</sup>. Non può essere un caso che nelle *consultationes* relative a disposizioni *mortis causa*, anche dove non c'è un impiego della lingua greca, prevalgono nei casi prospettati a Scevola i fedecommissi<sup>30</sup>. Se non si tratta di una semplice coincidenza, si dovrebbe dedurre che sia stato il tipo di disposizione ad essere facile fonte di *ius controversum*<sup>31</sup> e di

---

un senatoconsulto di epoca adrianea, non si ha più la possibilità, introdotta nel I sec. d.C., di disporre con fedecommissi a favore di peregrini. Gai 2.285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

<sup>26</sup> M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 561 s., dove si legge «mi sembra impossibile sostenere che, nella loro prassi quotidiana, i *cives Romani*, le cui disposizioni testamentarie redatte in greco erano state sottoposte all'attenzione di Scevola, usassero comunemente una lingua diversa, perché l'uso del greco nelle disposizioni di ultima volontà trova una plausibile spiegazione solo nel fatto che si trattava della lingua correntemente usata dal disponente».

<sup>27</sup> Ancora M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 558.

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, Milano 1889, 35.

<sup>29</sup> Così C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, cit., 38. Nello stesso senso M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 150.

<sup>30</sup> Parla di straordinaria importanza attribuita da Scevola ai fedecommissi, nelle sue due opere di casistica, T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 2000, 33.

<sup>31</sup> Non va infatti dimenticato che, proprio per dirimere le controversie che potevano sorgere in materia di fedecommissi, alla giurisdizione consolare fu affiancata quella di un apposito organo, il *praetor fideicommissarius*. Sotto Claudio i *praetores fideicommissarii* erano due, più tardi Tito li ridusse ad uno. Numerose fonti fanno riferimento al *praetor fideicommissarius* Cfr. I. 2.23.1; D. 1.2.2.32 (Pomp. *l. sing. ench.*); D. 32.78.6 (Paul. 2 *ad Vitel.*); D. 35.1.92 (Ulp. 5 *fideic.*); D. 38.2.41 (Pap. 12 *quaest.*); D. 40.13.4 (Paul. 12 *quaest.*); Svet., *Claud.*, 23; Gai 2.278; Tit. Ulp. 25.12. Si veda inoltre per le fonti epigrafiche R. RÖHLE, «*Praetor fideicommissarius*», in RIDA 3<sup>a</sup> S., 15, 1968, 399 ss.; F. NASTI, *Ancora sulla giurisdizione fedecommissaria e la riforma di Claudio. Brevi riflessioni sulla datazione e la natura del provvedimento*, in *Philia. Scritti Franciosi*, 3, Napoli 2007, 1815 ss.

ricorso ai pareri dei *prudentes*,<sup>32</sup> che avrebbero dovuto in buona sostanza interpretare la volontà del defunto.

In tema di interpretazione delle disposizioni *mortis causa* l'attività del giurista deve sempre essere rivolta a stabilire quale sia il tipo di disposizione *mortis causa*, quale ne sia il contenuto e quale la funzione complessiva.<sup>33</sup> Orbene, per l'interpretazione del fedecommissato, senza postulare un regime a sé, non si può non tener conto che per la sua individuazione non sempre basta guardare la semplice forma delle disposizioni come per gli istituti civili. «I fedecommissi sono individuati..., quando questo criterio non aiuti, per ogni altro indizio».<sup>34</sup> La determinazione del contenuto e della funzione del fedecommissato, inoltre, essendo possibile il ricorso in esso di elementi specifici assai vari, rende più complessa la ricerca della volontà del testatore, che è il primo compito dell'interprete. Questi, poi, nel ricostruire la volontà del testatore e nel darvi un seguito, deve tra l'altro operare una mediazione tra istanze individuali e sociali. Pertanto quando ad esempio esistono canoni linguistici, vale a dire definizioni generalmente accolte, se il testatore non li ha osservati non resta che la soluzione della nullità della disposizione, diversamente se il disponente non doveva obbedire ad un canone, perché non esisteva, non c'era per l'interprete neppure la possibilità di distinguere tra significato oggettivo (comune) della disposizione e significato individuale: la disposizione avrebbe avuto validità secondo il significato individuale. In quest'ottica diventa fondamentale per il disponente farsi capire.<sup>35</sup>

Tornando alle *consultationes* inviate a Scevola, in cui l'autore delle disposizioni *mortis causa* a titolo particolare ha usato il greco, l'esame dei testi attraverso cui ci sono pervenute consentirà di evidenziare come il punto di partenza sia stato prevalentemente, se non addirittura esclusivamente<sup>36</sup>, la disposizione da interpretare - di cui

<sup>32</sup> Il ricorso ai *prudentes* per la soluzione delle controversie era ormai in uso anche negli ambienti di *cives romani* greco-latini. Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 578.

<sup>33</sup> P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, cit., 63.

<sup>34</sup> P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, cit., 64 e nt. 260.

<sup>35</sup> Ancora P. VOCI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, cit., 65 s.

<sup>36</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 655.

cercheremo di cogliere la problematicità sotto il profilo tecnico-giuridico - la quale, se non è stata sempre riportata nel suo tenore letterale<sup>37</sup>, è stata comunque formulata nella lingua più congeniale al disponente, e quanto si chiede al giurista sembra proprio essere una valutazione della disposizione a partire dalla volontà del defunto<sup>38</sup>.

Dagli stessi testi, peraltro, emerge, come vedremo, un altro dato interessante al fine di affermare che l'uso del greco da parte del disponente era uno strumento per rendere più facilmente e puntualmente comprensibile la propria volontà espressa attraverso il fedecommesso; quest'ultimo era stato infatti disposto in un codicillo confermato o in un testamento, atti che per tutto il periodo classico potevano validamente essere redatti solo in latino<sup>39</sup>.

Procediamo all'esegesi dei testi, cominciando da:

D. 26.7.47 pr. (Scaev. 2 resp.) *Titium et Maevium tutores quis dedit et cavit*: “βούλομαι καὶ παρακαλῶ πάντα [ς Haloander] γίνεσθαι μετὰ τῆς Μαίβιου τοῦ ἀδελφοῦ μου γνῶμης, καὶ δίχα αὐτοῦ τὸ γινόμενον ἄκυρον ἔστω” *Titius solus a debitoribus exegit*:

<sup>37</sup> In tal senso sembrerebbe, ad esempio, deporre la confusione tra legati e fedecommissi che è stata vista nei *Responsa* e nei *Digesta* di Scevola e che potrebbe essere ascritta al richiedente il responso o all'incomprensione postclassica del tardo editore delle suddette opere. Cfr. D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, 256 ss.

<sup>38</sup> I giuristi, sin dai tempi di Aquilio Gallo, non gradivano prendere in considerazione questioni di fatto, quale viene considerata dai moderni romanisti l'interpretazione della volontà delle parti (Cic. *Top.* 51: “*nihil hoc ad ius; ad Ciceronem*”, *inquirebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid rettulerat, ut de facto quaereretur*). Più tardi anche in Cervidio Scevola (D. 33.7.20.9 Scaev. 3 resp.) si legge: *quod adiecit testator “uti possedi” an hoc significet “sicut instructa in diem mortis habuit”, id est cum Mancipiis pecoribus instrumento rustico? Respondit: non de iure quaeritur*, e Alessandro Severo (C. 6.42.7, a. 225 d.C.) asseriva: ... *voluntatis defuncti quaestio in aestimatione iudicis est*. In argomento cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 656 ss. e nt. 674. Tuttavia Scevola, in tema di disposizioni *mortis causa* a titolo particolare, non sembra affrontare direttamente la soluzione di questioni di diritto, bensì indirettamente, attraverso l'interpretazione della disposizione controversa e a partire dalla volontà del defunto, dunque occupandosi anche di questioni di fatto.

<sup>39</sup> Il rigore formale del *testamentum per aes et libram* si estendeva peraltro, come è noto, anche alle sue principali disposizioni: istituzione di erede, legati, nomina di tutori e manomissioni, che per tutto il periodo classico necessitavano l'uso della lingua latina. In argomento si veda, per tutti, M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*. I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 111 ss.

*an liberati essent? respondi, si et administrationem Maevio dedisset, non recte solutum.*

Nella *consultatio* si riferisce che un testatore aveva nominato come tutori Tizio e Mevio<sup>40</sup> disponendo nella clausola negoziale, oggetto della controversia: voglio e prego che l'amministrazione tutelare avvenga con il consiglio di mio fratello Mevio e che quanto si farà senza il suo intervento sia nullo.<sup>41</sup> Di fronte a questa disposizione ci si chiede se saranno liberati i debitori da cui Tizio riscosse *solus*, vale a dire senza il coinvolgimento di Mevio. La risposta è negativa<sup>42</sup> in quanto l'*administratio* si doveva intendere data anche a Mevio.<sup>43</sup>

Nel caso prospettato il giurista, con una disposizione fedecommissaria, detta precise regole circa l'amministrazione della tutela testamentaria contestualmente, a quanto pare<sup>44</sup>, alla *datio tutoris*. Ciò induce a pensare che il fedecommissario, per il quale è stata usata la lingua greca, fosse stato disposto nelle *tabulae* testamentarie o, al massimo, in codicilli confermati, se si suppone che al tempo di Scevola si fosse già affermata la regola secondo cui la *datio tutoris* poteva avvenire anche nei *codicilli confirmati*.<sup>45</sup>

L'attuale tenore della *consultatio* non consente, in verità, di stabilire in quale lingua fosse stata redatta la *tutoris datio*. Tuttavia, se Scevola sembra dare per scontata la sua validità è difficile ritenere che per essa non fossero state osservate le dovute prescrizioni formali e pertanto che non fosse stato usato il latino. In questo caso furono

<sup>40</sup> I nomi riportati non sono quelli reali e il nome di Mevio ricorre anche nella clausola riportata in greco. Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 547.

<sup>41</sup> È stato notato che un provvedimento con cui il testatore prevedeva l'attività congiunta dei tutori «non pare che costumasse fra romani». Così S. SOLAZZI, «*Tutoris auctoritas*» e «*consortium*», in SDHI 12, 1946, 14 nt. 24. Si tratterebbe dunque di una disposizione insolita, espressione della volontà del testatore, che Scevola, buon conoscitore degli usi provinciali, interviene a chiarire nel senso più congruo al diritto romano. Cfr. S. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, 14 nt. 26.

<sup>42</sup> «*Non recte solutum*».

<sup>43</sup> In pratica Mevio avrebbe potuto esercitare da solo l'*administratio* del patrimonio, mentre Titio no.

<sup>44</sup> È evidente la contemporaneità tra il *tutores... dedit* e il *cavit*.

<sup>45</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 561 nt. 300.



probabilmente prese due disposizioni: la nomina dei tutori, in latino, e la determinazione delle modalità di amministrazione della tutela, in greco.

Un dato interessante emerge da quanto detto: il disponente ha fatto ricorso al greco per un fedecommissio, contenuto in un testamento *per aes et libram*, in cui l'*institutio heredis*, che è *caput et fundamentum*,<sup>46</sup> e la *tutoris datio*, al tempo di Scevola<sup>47</sup>, dovevano invece essere redatti in latino. Certamente non si tratta di un fatto casuale, né semplicemente attribuibile alla circostanza che il disponente parlava preferibilmente in greco. L'uso del greco denuncia la precisa intenzione del testatore di fare comprendere esattamente al fedecommissario o ad un eventuale interprete il testo della insolita disposizione *mortis causa*.

Nello stesso senso sembra deporre il dettato di

D. 31.88.15 (Scaev. 3 *resp.*) *Instituto filio herede et ex eo nepotibus emancipatis testator ita cavit*: “βούλομαι δὲ τὰς ἐμὰς οἰκίας μὴ πωλεῖσθαι ὑπὸ τῶν κληρονόμων μου μηδὲ δανείζεσθαι κατ’ αὐτῶν, ἀλλὰ μένειν αὐτάς ἀκεραίας αὐτοῖς καὶ υἱοῖς καὶ ἐγγόνοις εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον: ἐὰν δὲ τις βουλευτῇ αὐτῶν πωλῆσαι τὸ μέρος αὐτοῦ ἢ δανείσασθαι κατ’ αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἔχέτω πωλῆσαι τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ καὶ δανείζεσθαι παρ’ αὐτοῦ. ἐὰν δὲ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ, ἔσται τὸ ρηματιζόμενον ἄχρηστον καὶ ἄκυρον”. *Quaeritur, cum filius defuncti mutuum pecuniam a Flavia Dionysia*<sup>48</sup> *acceperit et locatis aedibus pro parte sua pensiones sibi debitas creditrici delegaverit, an condicio testamenti exstiterit videatur, ut filiis suis fidei commissi nomine teneatur. respondi secundum ea quae proponerentur non exstiterit.*

Il testatore dispone, verosimilmente anche in questo caso,

<sup>46</sup> Vale a dire che la sua ricorrenza andava comunque presunta ai fini della validità ed efficacia di tutte le altre disposizioni contenute nel testamento.

<sup>47</sup> E, come è noto, per tutto il periodo classico.

<sup>48</sup> M. TALAMANCA (*I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 547 e nt. 244) nota, a proposito, che il nome della creditrice è un nome reale e che un elemento è greco.

contestualmente all'*heredis institutio*<sup>49</sup> e mediante fedecommissio a carico dei coeredi, il divieto di alienare ad estranei le case ereditate o di darle in garanzia, precisando che se qualcuno di essi vorrà vendere la sua quota o darla in garanzia potrà farlo solo tra coeredi. Il cliente di Scevola, di cui non è chiara l'identificazione tra i personaggi coinvolti nella vicenda, sembra considerare il divieto come un fedecommissio condizionale a favore dei discendenti legittimi del coerede interessato che avrebbe avuto efficacia nel caso in cui quest'ultimo lo avesse appunto violato. Con la *consultatio* si chiede al giurista se si debba considerare verificata la *condicio testamenti* e conseguentemente efficace il fedecommissio nel caso in cui il figlio del defunto, che è uno dei coeredi, abbia chiesto denaro in prestito a *Flavia Dionysia*, attribuendo alla creditrice la pigione derivante dalla locazione della sua parte di casa. La risposta è negativa.

Interessanti appaiono due osservazioni: la prima riguarda proprio il fatto che in un testamento redatto in latino fosse contenuto un fedecommissio per il quale era stato usato il greco; la seconda attiene alla previsione di un divieto di alienazione a cui, secondo l'ordinamento romano, sarebbe stato difficile dare attuazione<sup>50</sup>, anche se non è da escludere che nell'esperienza romana ricorressero casi nei quali era presente una tale volontà del disponente<sup>51</sup>. Orbene, se si osserva con il Talamanca<sup>52</sup> che il cliente di Scevola interpretava «la disposizione di cui si tratta nell'unico modo in cui potesse avere efficacia secondo l'ordinamento romano, vale a dire come fedecommissio», si può ipotizzare di essere di fronte ad un profilo confliggente con il divieto di alienazione. Il presunto contrasto, invece, viene meno se, guardando proprio alla volontà del disponente di porre

---

<sup>49</sup> La contemporaneità qui emerge tra il *cavere*, riferito al fedecommissio, e l'istituzione di erede, la cui validità fa inoltre supporre che il fedecommissio in considerazione fosse contenuto in un testamento.

<sup>50</sup> Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1975, 406.

<sup>51</sup> A proposito può essere chiarificante osservare che, al tempo di Scevola, si ha ormai uno stretto contatto tra la prassi negoziale ellenistica, verso cui sembra condurre il divieto di alienazione previsto nel nostro frammento, e l'esperienza romana che, almeno sul piano pratico, sembra conoscere detta prassi.

<sup>52</sup> M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 557.

in essere una disposizione difficilmente attuabile secondo l'ordinamento romano, si ritiene che egli abbia usato tutti gli strumenti in suo possesso per garantirne la validità, in particolare il greco, per fare inequivocabilmente intendere il suo volere ai coeredi, e il fedecommissario in quanto unico tipo di disposizione capace di validare, secondo gli *iura populi romani*, i più vari contenuti senza l'uso di particolari formalità.<sup>53</sup>

Interessante appare anche quanto si legge in

D. 32.37.5 (Scaev. 18 *dig.*) *Codicillis ita scripsit*: “βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξίμω<sup>54</sup> τῷ κυρίῳ μου δηνάρια μύρια πεντακισχίλια, ἅτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ἰουλίου Μαξίμου, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀποδώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρεῖς μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦ ὥμοσα”. *Quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficient verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat, respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura.*

Nel testo risulta *per tabulas* che il testatore, un liberto, aveva disposto in codicilli, attraverso fedecommissario a carico dei suoi eredi, circa i quindicimila denari da lui ricevuti in deposito da Giulio Massimo perché venissero restituiti con gli interessi (nella somma complessiva di trentamila denari) al nipote omonimo del depositante, Giulio Massimo *junior*, una volta divenuto adulto.<sup>55</sup> Ciò in

<sup>53</sup> Cfr., per tutti, D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, cit., 134 ss.

<sup>54</sup> Si tratta di un nome latino reso in greco come Iulio Massimo di cui Massimo è nipote. Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 550.

<sup>55</sup> Nel testo è stata vista una fattispecie che sotto il profilo della disciplina negoziale ellenistica va considerata una *parakataq»kh* (cfr. P. FREZZA, *Παρακαταθήκη*, in EOS, *Commentarii Societatis Philologiae Polonorum* 48.1. *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Varsaviae-Vratislaviae* 1956, 148 ss. (= *Scritti Frezza*, II, Roma 2000, 182 ss.), vale a dire «una *datio* di Massimo *senior* a L, con patto fiduciario di restituzione a Massimo *junior* al momento in cui questi sarà diventato *sui iuris*. L, che non ha soddisfatto in vita alla obbligazione contratta per mezzo del patto fiduciario (rafforzato da giuramento), dispone in un codicillo che la restituzione sia compiuta dai suoi eredi».

ottemperanza all'impegno assunto, con giuramento, dal liberto verso lo zio paterno<sup>56</sup>. Con la *consultatio* viene domandato al giurista se per richiedere la somma di denaro depositata, in assenza di altra prova, fossero sufficienti i *verba codicillorum*. La risposta è positiva<sup>57</sup> e il riferimento al giuramento, che il testatore<sup>58</sup> afferma di avere prestato, si chiarisce con le parole '*credenda est scriptura*'. Siamo, infatti, di fronte ad un patto fiduciario tra il liberto e il depositante in cui, in assenza di un documento probatorio,<sup>59</sup> il giuramento assume valore rafforzativo del patto, ma non rileva come prova della ragione che Massimo *junior* intende proporre in giudizio. Perciò, sebbene non sia esplicito se il creditore intendesse richiedere agli eredi del testatore la somma data a quest'ultimo dallo zio attraverso l'esperimento dell'*actio depositi* o della *petitio fideicommissi*,<sup>60</sup> credo si debba propendere per la *petitio fideicommissi*;<sup>61</sup> non solo, infatti, il giudice della *cognitio*<sup>62</sup> aveva

<sup>56</sup> Nel frammento si fa riferimento ad un rapporto di deposito di denaro intercorso tra Massimo *senior* e il liberto, che aveva fatto assumere a quest'ultimo l'obbligo di restituire il capitale (15.000 denari) e gli interessi.

<sup>57</sup> E la validità del codicillo sembra essere l'unica prova che il creditore può addurre in giudizio.

<sup>58</sup> Sull'attribuzione a Scevola dell'impiego di questo termine cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 559 nt. 293.

<sup>59</sup> Il cui ricorso in situazioni analoghe è chiaramente attestato in D. 16.3.24 (Pap. 9 *quaest.*); 16.3.26.1 e 2 (Paul. 4 *resp.*); 16.3.28 (Scaev. 1 *resp.*). Si tratta di fonti che riguardano la problematica del deposito irregolare, su cui cfr., per tutti, F. SCHULZ, *The postclassical edition of Papinians "libri quaestionum"*, in *Scritti Ferrini*, IV, Milano 1949, 254 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR 49-50, n.s. 7-9, 1947, 80 ss.; G. SEGRÈ - G. GROSSO, *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 199 ss.; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano 1973, 381 ss.; G. NEGRI, *Deposito nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. V*, Torino 1989, 221, e per alcuni aspetti considerati nei testi citati G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, 112 s. e 115 nt. 192; W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in INDEX 3, 1972, 557 ss.; ID., *Figure speciali di deposito*, in LABEO 20, 1974, 409; ID., *Le dépôt irrégulier*, in RIDA 21, 1974, 215 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 156, 167 e 180.

<sup>60</sup> Sulla questione si veda, per tutti, P. FREZZA, Παρακαταθήκη, in EOS., cit., 148 ss. (= *Scritti Frezza*, cit., 182 ss.).

<sup>61</sup> Né depone in senso contrario il fatto che il testo non parli espressamente di *petitio fideicommissi*. «In età severiana... non v'è traccia di denominazioni univoche con cui indicare il rimedio straordinario per il fedecommissio. Potremmo assumere come punto di partenza il lessico di Scevola, nel quale *actio*, *petitio*, *petere*, *persecutio* sono, per

poteri più ampi del *iudex privatus* dell'*ordo iudiciorum privatorum* ma doveva anche tener conto della *fides* che improntava il fedecommissario. A questa, peraltro, il nostro frammento sembra dare particolare rilievo facendo, ad esempio, esplicito riferimento all'attribuzione degli interessi al beneficiario<sup>63</sup>.

Anche in questo frammento, che mostra una fattispecie in cui si coglie la presenza di quel negozio fiduciario del mondo ellenistico che è la *παράκαταθήκη*<sup>64</sup> e la preoccupazione del giurista di porre in essere una *interpretatio secundum iura populi romani*, si ha dunque un fedecommissario, che il testatore, *civis romanus* evidentemente grecolingua, aveva inserito in codicilli dopo aver fatto testamento ed istituito degli eredi.

Ad un fedecommissario in greco, contenuto nel testamento, fa riferimento anche

D. 32.37.6 (Scaev. 18 dig.) *Titia*<sup>65</sup> *honestissima femina cum negotiis suis opera Callimachi*<sup>66</sup> *semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: "Τιτία διεθέμην καὶ βούλουμαι δοθῆναι Καλλιμάχῳ μισθοῦ χάριν δηνάρια μύρια": quaero, an haec pecunia ex causa mercedis ab heredibus Titiae exigi possit. respondi non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum.*

---

l'appunto, fungibilmente usati. In un lunghissimo brano del quarto libro dei suoi Responsi, per esempio, quel rimedio è denominato sia con *actio* che con *petitio*; *actio* ritorna in un altro luogo del ventiduesimo libro dei Digesti; una decina di volte è attestato il verbo *petere*, solo due volte anche *persecutivo*. Così V. GIODICE SABATELLI, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari 2001, 192 s.

<sup>62</sup> Come è noto la tutela dei fedecommissi avveniva nell'ambito della *cognitio extra ordinem*. Gai 2.278.

<sup>63</sup> È in base alla *fides* che nel fedecommissario «si attribuivano al beneficiario, a partire dall'instaurazione del processo, i frutti della cosa lasciata e gli interessi moratori». M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 752.

<sup>64</sup> Cfr., *supra*, nt. 60.

<sup>65</sup> Per la disponente è stato usato un nome convenzionale che ricorre traslitterato in greco anche nel lascito fedecommissario. Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidia Scevola*, cit., 553 s.

<sup>66</sup> Reale deve ritenersi il nome del beneficiario. Così M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 553. Si tratta di un nome greco o comunque non romano.

*Titia*, che per i propri affari si avvaleva sempre dell'opera di Callimaco, privo di *capacitas*, nel fare testamento<sup>67</sup> di suo pugno, dispose in greco che desiderava che si dessero a Callimaco come mercede diecimila denari. Il cliente di Scevola chiese al giurista di esprimersi sulla validità di detto fedecommissio. La risposta, fu negativa, in quanto attraverso esso si sarebbe disposto un lascito il cui acquisto sarebbe avvenuto in frode alla legge. Qui l'invalidità della disposizione testamentaria<sup>68</sup> non discendeva dall'inosservanza di requisiti giuridici formali né dal contenuto del fedecommissio con cui era stata disposta la corresponsione come μισθός di una somma di denaro che Callimaco avrebbe potuto pretendere dagli eredi di *Titia* con la *petitio fideicommissi*. Il termine μισθός<sup>69</sup>, corrispondente al latino *merces*, risulta utilizzato nelle fonti greche soprattutto in collegamento con accordi informali<sup>70</sup> e, più volte si riconnette, solo indirettamente, ad una conventio<sup>71</sup>: ad esso si può dunque attribuire il significato di 'ricompensa' tout court. Questo significa che la μισθός, a cui fa riferimento il nostro testo, non doveva essere necessariamente dedotta in un contratto di locazione e pertanto avrebbe potuto trovare tutela anche attraverso il ricorso alla cognitio extra ordinem. Ciò infatti sarebbe accaduto se a Callimaco non fosse mancata la *capacitas* e pertanto il giurista gli avesse concesso la possibilità di pretendere l'adempimento del fedecommissio mediante petitio.<sup>72</sup> Detta

<sup>67</sup> Ancora M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 560 nt. 296.

<sup>68</sup> Nel senso che era contenuta nel testamento.

<sup>69</sup> Per il significato etimologico del termine μισθός si veda P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, 2, Paris 1984, 705 s.

<sup>70</sup> Cfr. G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, 216.

<sup>71</sup> G. COPPOLA, *op. ult. cit.*, 218.

<sup>72</sup> Siamo di fronte ad una fonte che indirettamente attesta la probabile diffusione nella prassi, verosimilmente ellenistica, al tempo di Scevola, di fare ricorso alla *cognitio extra ordinem* per tutelare la pretesa alla mercede a prescindere dal tipo di rapporto giuridico sottostante. A questioni giuridiche relative a quest'ultimo infatti non si accenna nel frammento e pacifico appare anche il contenuto del fedecommissio, la cui tutela giudiziaria avveniva in via di *cognitio extra ordinem*. Il testo pertanto potrebbe costituire un'ulteriore testimonianza per l'interpretazione, a nostro avviso corretta, data dalla G. COPPOLA (*Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, cit., 251 ss.) al

condizione di Callimaco invece rendeva l'acquisto del lascito fedecommissario *contra legem*.

Anche in questo caso<sup>73</sup> la disponente, verosimilmente consapevole del fatto che stava ponendo in essere una disposizione non attuabile *secundum iura populi romani*, usa la lingua a lei più congeniale, evidentemente il greco, per fare esattamente comprendere la sua volontà agli eredi e il fedecommissario perché unica disposizione mortis causa che fin dal suo sorgere era usata per far pervenire dei vantaggi a persone che sarebbero state incapaci di riceverli direttamente per eredità o per legato, ad esempio i peregrini.<sup>74</sup>

In senso analogo depone anche il dettato di

D. 32.101 pr. (Scaev. 16 dig.) *Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia et alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: “τῇ γλυκυτάτῃ μου πατρίδι βούλομαι εἰς τὰ μέρη αὐτῆς δοθῆναι <καὶ: Mommsen> ἀφορίζω αὐτῇ χωρία πάντα, ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι, σὺν πᾶσιν τοῖς ἐνοῦσιν βοσκήμασιν δούλοις καρποῖς ἀποθέτοις κατασκευαῖς πάσαις”*. *Quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri relictā, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta.*

Nel testo si parla di un testatore<sup>75</sup> la cui *patria* si trovava in Siria,<sup>76</sup>

---

termine *merces* presente in D. 50.13.1 pr. (Ulp. 8 *de omnib. trib.*): *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium...* Giustamente l'Autrice (*op. cit.*, 255) ha osservato che l'espressione *solet* del *principium* esprime «il significato di consuetudinarietà e non quello di facoltatività del procedimento straordinario» e che grazie ad un processo di sviluppo, già compiuto al tempo di Ulpiano, il giurista, con l'espressione *de mercedibus ius dicere solet*, può presentarci «il ricorso alla *cognitio extra ordinem* come un rimedio in pratica ormai diffuso che, a prescindere dal tipo di rapporto giuridico sottostante, era volto a tutelare la pretesa alle mercedi “tout court”» (*op. cit.*, 258). *Et de hoc satis*, almeno in questa sede.

<sup>73</sup> Cfr., *supra*, D. 31.88.15.

<sup>74</sup> Anche se al tempo di Scevola anche i peregrini non possono più ricevere per fedecommissario. Cfr., *supra*, nt. 25.

<sup>75</sup> Sull'uso di questo termine nel nostro frammento cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 559 nt. 293.

dove egli aveva *praedia*, sia di proprietà che ricevuti in pegno, ed affari, ma in cui però non risiedeva.<sup>77</sup> Costui, volendo lasciare i suddetti fondi con tutto ciò che in essi si trovava (bestiame, servi, frutti, ecc.) alla sua patria, lo fece nell'unico modo in cui gli sarebbe stato consentito dagli *iura populi romani*, che solo nel campo dei fedecommissi ammisero deroghe alla regola secondo cui un *corpus incertum*, come era una provincia, non aveva *testamenti factio passiva*.<sup>78</sup> Il fedecommissario peraltro fu disposto in greco in codicilli, ma dal contesto risulta probabile che il disponente avesse anche fatto testamento. La *consultatio* non riguardava la validità del fedecommissario come disposizione, che si considerava pacifica, bensì il suo contenuto e, specificamente, la questione se rientrassero tra i fondi lasciati anche quelli che il testatore aveva ricevuto in pegno. La risposta è negativa e l'argomentazione per essa è che '*secundum ea quae proponerentur non videri relictā*', espressione con cui viene richiamata l'attenzione sulle parole con cui il disponente aveva cercato di manifestare la sua volontà. L'uso dell'espressione *χωρία πάντα* non sembra, infatti, includere i fondi in pegno in quanto le parole che seguono (*ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι*) non specificano nulla in tal senso. Per il giurista, dunque, comprendere, sulla base delle parole usate, la volontà del disponente è fondamentale per giungere ad una soluzione.

Il greco viene usato dal disponente per fare conoscere in modo puntuale la propria volontà anche in

D. 33.4.14 (Scaev. 15 *dig.*) *Theopompus testamento facto duas filias et filium aequis partibus instituit heredes et codicillis ita cavit*: "τὴν θυγατέρα μου Κρισπίναν, ἣν ἡνύχουμένην ἐκδοῦναι ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ οἱ συγγενεῖς δοκιμάσωσι, προνοήσει ἐκδοθῆναι

<sup>76</sup> Elemento da cui si desume una connessione con la realtà provinciale. Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 557, di cui sono interessanti anche le osservazioni fatte al riguardo in *op. ult. cit.*, 549 e nt. 255.

<sup>77</sup> Ciò sembra desumersi dalla precisazione '*in provincia, ex qua oriundus erat*', ma quale fosse il luogo di residenza, in cui si trovava al momento di fare testamento, non risulta in alcun modo.

<sup>78</sup> Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 751, e C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, A. CORBINO e A. METRO (curata e aggiornata da), Catanzaro 2002, 368.



Πολλιανὸς εἰδὼς μου τὴν γνώμην ἐπὶ τοῖς ἴσοις ἐφ'οῖς καὶ τὴν ἀδελφὴν αὐτῆς ἐξέδωκα". *Pollianus a marito puellae iuratus scripsit voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam, quam maior acceperisset. Quaero, an eandem summam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori filiae praestare debeant. respondit eum cuius notio est aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.*<sup>79</sup>

Il testatore Teopompo,<sup>80</sup> dopo aver fatto testamento e istituito eredi due figlie ed il figlio in parti eguali ('*testamento facto ... instituit heredes*'),<sup>81</sup> aveva disposto, con fedecommisso, in codicilli, che Polliano,<sup>82</sup> uomo di sua fiducia, conoscendo la sua volontà, determinasse la dote della figlia Crispina,<sup>83</sup> che avrebbe voluto vedere sposata con persona gradita ai suoi amici e parenti, nella stessa misura di quella della sorella. Polliano, su richiesta del marito di Crispina, scrisse sotto giuramento che era stata volontà del padre che la figlia minore ricevesse la stessa dote della maggiore. Al giurista viene chiesto se i coeredi, oltre alla quota di eredità, devono dare alla figlia minore la stessa somma a titolo di dote che spetta alla maggiore. Nella risposta si fa rinvio alla valutazione di colui *cuius notio est aestimaturum*<sup>84</sup> in una sorta di giudizio divisorio, verosimilmente

<sup>79</sup> Sul frammento, con riferimento alla dote *praecipua*, cfr. K. L. ARNDTS, in *Glück, Commentario alle Pandette*, trad. it. Serafini, Fadda, Cogliolo, Bonfante (a cura di), XXX-XXXII, 376 nt. 64; K. BERNSTEIN, *Zur Lehre vom römischen Voraus* («*legatum per praeceptionem*»), in ZSS 15, 1894, 26 ss.; C. FERRINI, *Contributi alla dottrina del prelegato*, in BIDR 2, 1895, 11, 22, e, più di recente, N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano 1968, 2 nt. 2, 20, 195 s., e M. d'ORTA, «*Sterilis beneficii conscientia*». Dalla «*praeceptio*» al «*legatum per praeceptionem*», Torino 2005, 113 s., ove altra letteratura.

<sup>80</sup> Si tratta di un nome di matrice greca. Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 554.

<sup>81</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 559.

<sup>82</sup> Per M. TALAMANCA (*I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 554) si tratta sicuramente di un nome latino.

<sup>83</sup> Osserva M. TALAMANCA (*op. e loc. ult. cit.*), anche a proposito, che si tratta di un nome latino.

<sup>84</sup> Sull'inserimento da parte di giuristi e principi del processo fedecommissario, tra la fine del principato degli Antonini e l'inizio del III sec. d.C., fra le *notiones* e i tentativi di spiegare la qualificazione di detto processo, nella riflessione giurisprudenziale e nel

instaurato con l'esperimento della *petitio fideicommissi*<sup>85</sup> da parte di Crispina o di suo marito, dove, oltre alla ripartizione tra gli eredi delle cose ereditarie si sarebbe dovuto dare attuazione al 'prefedecommissio'<sup>86</sup> a carico dei coeredi e a favore di Crispina. È a questa sede giudiziaria che Scevola rinvia per dare attuazione alla *voluntas testantis* che, dovendo avvenire in modo conforme ai *iura populi romani*, necessita l'individuazione dell'esatta modalità con cui il fedecommissio deve trovare attuazione. Sarà infatti colui *cuius notio est aestimaturum* a stabilire se la dote grava sulla comune precapienza e

---

linguaggio legislativo dello stesso periodo, in termini di *iurisdictio*, si veda, per tutti, V. GIODICE SABATELLI, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, cit., 169 ss. L'impiego dell'espressione *is cuius de ea re notio est*, per indicare il titolare del processo fedecommissario, si legge sia in Callistrato, che, nel quarto libro delle *Cognitiones*, ricorda l'impiego della suddetta formula in un rescritto di Commodo (D. 35.3.6: *Cum non facile satisfactionem offerre legatarius vel fideicommissarius possit et futurum sit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex testamento submoveantur, numquid onus satisfactionis eis remittendum erit? Quod videtur adiuvari rescripto divi Commodi in haec verba: «is, cuius de ea re notio est, aditus si compererit ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis tibi remitti curabit»*), sia in Ulpiano che nel libro 52 del commentario all'editto riporta un rescritto di Caracalla (D. 36.4.5.16: *Imperator Antoninus Augustus rescripsit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommissio moram faciunt*). Tra i giuristi l'uso più frequente è proprio in Scevola a cui va riferito oltre al nostro frammento anche D. 34.1.16.1 (Scaev. 18 *dig.*): *... respondit eum, cuius notio est, aestimaturum, ut, si quidem viva ea et ei praestabat, nihilo minus ad fideicommissum admitteretur, aliter vero non*, e, ancora, D. 34.1.15.1 (Scaev. 17 *dig.*), D. 34.3.28.3 (Scaev. 16 *dig.*), D. 44.7.61.1 (Scaev. 28 *dig.*). Sull'uso della locuzione nei *responsa* cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, Milano 1971, 177 s. Sulla rilevanza di questo frammento in tema di interpretazione della volontà negli atti *mortis causa* cfr., per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, 2, Milano 1963, 890. Si veda, inoltre, anche D. 32.69.1 (Marc. *sing. resp.*).

<sup>85</sup> Il ricorso a questo strumento di tutela si evince anche dall'uso nel frammento del termine *notio*, su cui cfr. quanto già detto nella nota precedente. Inoltre va ricordato che in quei casi in cui, in presenza di più coeredi, si tenevano in considerazione oneri e obblighi a carico dell'erede istituito in sede di *iudicium familiae erciscundae*, più tardi una ancora più ampia tutela della volontà del testatore si ebbe proprio con la *petitio fideicommissi*. Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 756 s.

<sup>86</sup> Di 'prefedecommissio' parla P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2. *Parte speciale*, I, Milano 1956, 203, che a proposito del prelegato dice: «Il prelegato può essere ordinato con ogni forma di legato; può aversi anche un prefedecommissio. Il legato *per praceptionem* è dunque una specie di prelegato...».

quindi Crispina l'acquisterebbe interamente come fedecommissario o se l'acquisto avverrà a titolo di successione universale per la quota ereditaria di Crispina e a titolo di fedecommissario per le quote dei coeredi. Bisognava in pratica chiarire se il testatore, come sembra emergere dal dettato del nostro frammento, avesse inteso disporre col prefedecommissario una *praeceptio dotis*.<sup>87</sup>

Alle parole del disponente deve fare riferimento Scevola anche per rispondere alla *consultatio* di

D. 33.8.23.2 e 3 (Scaev. 15 *dig.*) *Servis libertates legataque dederat et condicionem ita scripserat: "ὅσους κατέλιπον ἐλευθέρους καὶ τὰ ληγῶτα αὐτοῖς, τούτους βούλομαι εἶναι ἀνεξετάστους"*. *Quaesitum est, an peculia quoque legata his videbuntur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri legata. 3. Item quaesitum est, an ex isdem verbis reliqua rationum quasi legata retinere possint, aut si res dominicas apud se habuerint, aut, si qui eorum coloni praediorum fuerunt, pensiones. respondit supra responsum.*

In base al tenore letterale del testo non si può escludere a priori che si trattasse di disposizioni codicillari (forse, addirittura, *ab intestato*), considerato che la terminologia *legare* aveva assunto, al tempo di Scevola, soprattutto nell'uso dei *clientes*, «il significato generico di "disporre (a titolo particolare)" e che con *libertates* si intendevano, correntemente, sia quelle *directae* sia quelle *fideicommissariae*».<sup>88</sup> Tuttavia, il fatto che le disposizioni a favore dei servi vengano genericamente indicate come *libertates legataque* induce a pensare che

<sup>87</sup> Per comprendere il regime di questo *genus fideicommissi* può essere utile considerare il regime del *legatum per praeceptionem*. Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 740. Sul prelegato, inoltre, si vedano, oltre i contributi citati, *supra*, nt. 79, P. BONFANTE, *Il prelegato*, in *Il Foro italiano*, 14, 1889, I, 806 ss.; ID., *Il rapporto dell'eredità con i legata e la teoria del prelegato nel diritto romano e nel diritto civile*, in *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successioni*, rist. Crifo e Mancinelli (a cura di), Roma 2007, 395 ss. (= BIDR 7, 1895, 187 ss.); ID., *Il prelegato e la successione*, in *Scritti giuridici vari*, I, cit., 407 ss. (= *Riv. di dir. civ.*, 6, 1914, 751 ss.); ID., *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni. Parte generale*, Roma 1930, 401 ss., e, per una visione di sintesi, B. BIONDI, v. 'Prelegato (*dir. rom.*)', in *Nov. Dig. It.* 13, Torino 1966, 623 ss.; A. MASÌ, v. 'Prelegato', in *Enc. dir.* 34, Milano 1985, 1017 ss.

<sup>88</sup> Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 560 nt. 297.

esse fossero state prese tutte in un *testamentum per aes et libram*, nel quale era stata anche inserita quella che nella *consultatio* viene definita *condicio*, ma che, in realtà, era una disposizione fedecommissaria a sé.<sup>89</sup>

Per l'esatta comprensione della fattispecie va inoltre tenuto presente che la problematica affrontata riguarda il peculio, istituto che nella pratica, sin da epoca antica,<sup>90</sup> era comune al mondo greco e romano,<sup>91</sup> e più precisamente il lascito *mortis causa* di esso che non necessariamente doveva esserci all'atto della manomissione testamentaria dello schiavo.<sup>92</sup> Peraltro il principio secondo cui «la manomissione dello schiavo non presume il lascito del peculio, è stato formulato tenendo conto delle esigenze e della natura del testamento»<sup>93</sup> e ciò significa che non si poteva negare alla volontà testamentaria la forza di rovesciare questa regola. Di questa complessa realtà, che tendeva a contemperare il suddetto principio consuetudinario, ampiamente presente al tempo di Scevola, con la volontà del testatore, offre ampia testimonianza proprio il nostro frammento in cui è attestato sia il possibile impiego del fedecommissario per lasciare il peculio<sup>94</sup> sia, a

<sup>89</sup> Sull'impiego nel nostro frammento del fedecommissario si veda anche R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, Padova 1979, 34 nt. 92.

<sup>90</sup> Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig 1901, 112; R.v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Lipsia 1, 1924, 242; 2, 1926, 166; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit «de peculio», jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932, 49 e 65; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, 13; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, 72.

<sup>91</sup> Cfr. Plaut., *Most.* 253, 864; *Asin.* 541; *Persa* 192; *Rudens* 111, *Trin.* 434. Si vedano, a proposito, per tutti, E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Roma 1890, rist. anast. 1968, 104, e P. P. SPRANGER, *Historische Untersuchungen zu den Sklavenfiguren des Plautus und Terenz*, "Abhandlungen der Akademie der Wiss. n. Lit. zu Mainz", Jahrgang 1960, 67.

<sup>92</sup> In argomento cfr. R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, cit., 15 ss., con ampia citazione di fonti al riguardo. Qui, a titolo esemplificativo, si possono ricordare Vat. Frag. 260, 261; D. 15.1.53 (Paul. 11 *quaest.*); D. 23.3.39 pr. (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 33.8.7 (Ulp. 25 *ad Sab.*); D. 33.8.19 pr. e 1 (Pap. 7 *resp.*); C. 7.23.1; C. 8.53.17.1; I. 2.20.20. Sulla manomissione *inter vivos* dello schiavo e l'acquisto del peculio, si veda W. BUCKLAND, *Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 189.

<sup>93</sup> Ancora R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, cit., 37.

<sup>94</sup> In tal senso depone ancora più chiaramente il *principium* e il § 1 del nostro frammento: *Dominus Stichus servo suo, qui bona liberti eius gessit, cui pro parte dimidia testamento heres exstiterat, in quibus negotiis gessisset kalendaria fuerunt, testamento suo*

*contrario*, la possibilità di una disposizione implicita<sup>95</sup> di esso, che si desume dalla domanda del cliente.

Sulla base di queste considerazioni nel frammento si legge che un testatore, nel liberare i servi e nel disporre a loro favore, nel fedecommissio scrisse di desiderare che le libertà concesse e i lasciti fatti a coloro che erano stati liberati<sup>96</sup> non venissero sottoposti a controlli contabili. L'interrogativo posto dal cliente riguardava l'interpretazione del contenuto del fedecommissio e anzitutto se con esso erano stati lasciati i *peculia*. La risposta, facendo riferimento a quanto stabilito, dunque alla volontà del testatore, fu negativa. Inoltre fu chiesto se, in base alle parole del disponente, i lasciti disposti con fedecommissio<sup>97</sup> potessero comprendere anche i *reliqua* restanti, una volta che i servi manomessi avessero reso il conto della loro gestione, se si fosse trattato o di cose del padrone che i servi avevano presso di sé o delle *pensiones* di fondi di cui i servi fossero coloni. Il responso sembra rinviare alla stessa risposta data nel § 2, vale a dire ad una

---

*libertatem dederat, si rationem reddidisset, eique peculium suum per fideicommissum dedit: Stichus summas, quibus reliquatus erat tam ex kalendario quam ex variis causis, reddidit manentibus debitoribus, pro quibus ipse pecuniam heredibus patroni refuderat, libertatemque adeptus decessit. Quaesitum est, an heredibus Stichi adversus nomina debitorum, pro quibus Stichus pecuniam heredibus patroni intulit, heredes patroni ex causa fideicommissi compellendi sint actiones praestare, cum nihil aliud a Sticho patrono debitum fuerit, respondit praestandum. 1. Testamento codicillisve servos manumisit et peculia legavit et de Sticho ita cavit: «Stichum servum meum liberum esse volo eique volo dari decem aureos et quidquid ex ratione loculorum meorum habet: rationes autem heredibus meis dari volo. His omnibus, quos hoc testamento manumisi, peculia sua concedi volo». Quaesitum est, an, quod amplius rationi loculorum in diem mortis erogavit Stichus ex peculio suo, ab heredibus recipere debeat, cum ex consuetudine domus esset, ut quidquid amplius ex suo in ratione loculorum erogasset, dominica ratio ei deberet atque exsolveret. Respondit secundum ea, quae propter consuetudinem proponeretur, id quoque peculio legato contineri, quod et dominica ratio deberet et solita erat reddere.*

<sup>95</sup> In tal senso viene interpretato il nostro frammento da R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, cit., 35, che afferma: «La possibilità di una disposizione implicita è ammessa pacificamente dalla giurisprudenza dell'epoca dei Severi, ma il rescritto imperiale non ha valore innovativo. Rafforza il risultato raggiunto almeno sin dall'epoca degli Antonini, come testimonia un passo di Scevola (D. 33, 8, 23, 2)».

<sup>96</sup> Gli schiavi liberati sono indicati con una perifrasi ('Ôsouj katšlipon <sup>TM</sup>leuqšrouj') nella disposizione e con la denominazione generica di servi nella *consulatio*.

<sup>97</sup> L'espressione *ex iisdem verbis* mi sembra faccia chiaramente riferimento alla disposizione fedecommissaria del § precedente.

risposta negativa nel senso che non si dovevano considerare lasciati con fedecommissso i *reliqua rationum* in quanto il testatore non aveva proceduto all'attribuzione dei peculi, ma di singoli beni. L'attribuzione del peculio, infatti, sarebbe stata implicitamente disposta qualora si fosse chiesto allo schiavo manomesso di rendere il conto della sua gestione o al fine, ad esempio, di dare una somma di denaro all'erede<sup>98</sup> o di riceverla,<sup>99</sup> ma il testatore con l'espressione *τούτους βούλομαι εἶναι ἀνεξέταστους* dice chiaramente di escludere qualsiasi controllo sui conti tra *dominus* e servo, dunque di non concedere il peculio.

Ancora una volta l'esatta interpretazione di quanto stabilito dal disponente diventa fondamentale per comprendere la volontà dello stesso.

L'importanza di un'esatta comprensione della *voluntas testantis* cresce inoltre nei casi di un suo cambiamento, come quelli previsti nelle seguenti «disposizioni inconsuete»<sup>100</sup>

D. 34.4.30.1 e 3 (Scaev. 20 *dig.*) *Titia testamento Seiam libertam eandemque collactaneam ex parte duodecima heredem instituerat, Pamphilo liberto suo praedia per fideicommissum dedit, in quibus et sÚgkthsin praediorum quae appellabatur circa Colonen: eidem liberto postea per epistulam alias etiam res donavit, in quibus de Seia et Pamphilo ita est locuta: “Τιτία τοῖς κληρονόμοις μου χαίρειν. βούλομαι βέβαια εἶναι τὰ ὑποτεταγμένα, ὅσα ἔφθασα εἰς τὸ ὄνομα τὸ Παμφίλου πεποιηκέναι. ἐὰν Σεῖα ἡ σύντροφός μου κληρονόμος μὴ γένηται, ἐξ οὗ γέγραφα αὐτὴν μέρους, βούλομαι αὐτῇ δοθῆναι τὴν σύγκτησιν τὴν περὶ Κολώνην”.*

<sup>98</sup> D. 33.8.8.7 (Ulp. 25 *ad Sab.*) e I. 2.20.20 Ciò è quanto attesta un rescritto di Settimio Severo e Caracalla, citato nelle fonti richiamate, in cui si fa riferimento ad uno schiavo manomesso «a condizione che renda conto della sua gestione e dia una somma di denaro. La seconda delle due condizioni implica il lascito del peculio. Infatti secondo una norma assodata, che risale per lo meno all'inizio del I sec. d.C. la somma viene tratta dal peculio». R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, III, cit., 35.

<sup>99</sup> D. 33.8.23.1 (Scaev. 15 *dig.*). Per il testo cfr., *supra*, nt. 94.

<sup>100</sup> La definizione è di M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 83, mentre di «discussa disposizione testamentaria» parla M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 550.

*Quaesitum est, cum Seia liberta omissa parte hereditatis ei testamento adscripta ex codicillis fideicommissum, id est σύγκτησιν circa Colonen, eligat, an, si Pamphilus ex causa fideicommissi eadem praedia vindicet, doli mali exceptionem summoverti debeat. Respondit translatum videri fideicommissum praediorum, id est σύγκτησιν quae est circa Colonen, in Seiam libertam.*<sup>101</sup>

3. *Qui filias ex disparibus portionibus testamento heredes instituerat, paene omnium bonorum suorum eodem testamento divisionem fecit, deinde haec verba adiecit: “τὰ δὲ λοιπὰ πάντα τῶν ὑπαρχόντων μου ὁμοίως καὶ τὰ τῆς κληρονομίας βάρη ἔσται μόνων τῶν δύο μου θυγατέρων Πρίμης καὶ Σεκούνης ἢ τῆς ἐξ αὐτῶν περιούσης”. Postea codicillis longe aliam divisionem fecit bonorum inter easdem, inter quas et testamento diviserat, quaedam tamen nulli nominatim dedit, quaesitum est, an Prima et Secunda filiae ex verbis testamenti consequi possint, ut solae habeant ea, quae nominatim nulli relictæ sunt in divisione, quae novissima a patre facta est. respondit non a tota voluntate recessisse videri, sed his tantum rebus quas reformasset.*

In un testamento Tizia aveva istituito erede la liberta e sorella di latte Seia, per la dodicesima parte, e aveva disposto un fedecommissio di *praedia* a favore del suo liberto Panfilo, tra cui un σύγκτησιν nelle vicinanze di Colone<sup>102</sup>. Successivamente<sup>103</sup> con un *epistula*, che nel testo è indicata anche come codicillo, aveva modificato i termini del testamento, donando a Panfilo *alias etiam res* e disponendo in greco che se Seia non fosse diventata erede sua per la quota stabilita nel testamento, desiderava che le venisse data τὴν σύγκτησιν τὴν περὶ Κολώνην. La questione sottoposta al giurista riguardava la possibilità di paralizzare mediante *exceptio doli* la *vindicatio* della tenuta di Colone fatta da Panfilo *ex causa fideicommissi*, nel caso in cui Seia

<sup>101</sup> Per osservazioni sulla terminologia adoperata nel testo, in verità del tutto irrilevanti ai nostri fini, cfr. B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der kassistischen Literatur*, in ZSS 28, 1907, 197 ss., e G. SEGRÈ, *Note esegetiche sui legati*, in *Scritti giuridici*, 2, Roma 1938, 450 nt. 1.

<sup>102</sup> Sulla collocazione geografica di Colone in una provincia di cultura greca cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 557.

<sup>103</sup> Non è chiaro se nell'ambito dello stesso testamento o a parte.

avesse preferito non accettare la quota ereditaria che le era stata lasciata a favore del lascito fedecommissario della stessa tenuta. La risposta, in osservanza della mutata volontà del testatore, è nel senso di riconoscere efficacia al lascito di τὴν σύγκτησιν τὴν περὶ Κολώνην a favore di Seia. Questa, se si ipotizza una efficacia *iure praetorio*<sup>104</sup> della *translatio* del fedecommissato, a cui favore sembrerebbero però deporre solo le parole usate dal cliente, avrebbe potuto opporre l'*exceptio doli praesentis* a Panfilo che agendo per l'esecuzione del lascito stava consapevolmente disattendendo quella volontà del testatore, intorno alla quale si muove tutta la fattispecie. Più probabile appare invece ritenere che il giurista, sovvertendo i termini della domanda, anche se ciò non accadeva usualmente, si stesse pronunciando sulla *translatio* per riconoscerne l'efficacia *ipso iure*. «Nella formula greca riportata da Scevola, il giurista poteva scorgere quella concatenazione di disposizioni, che la giurisprudenza classica riconosceva come idonea a concretare una *translatio* con mutamento d'onorato, nella sostituzione intesa in senso tecnico ed anche al di fuori di essa. La *confirmatio* generale dei *fideicommissa* a favore di Panfilo veniva sottoposta a *translatio* condizionale per quanto riguarda il complesso fondiario intorno a Colone, ed in questo senso è la risposta del giurista».<sup>105</sup>

Interessante è comunque notare che Scevola non mostra alcuna difficoltà a configurare la *translatio* al posto del concorso cumulativo dei fedecommissi a favore di Seia e Panfilo, che viceversa si sarebbe avuto se non si fosse dato rilievo all'esame della *novissima voluntas*.<sup>106</sup>

Nel § 3 il testatore, nel corso del testamento, dopo avere istituito eredi più figlie e aver dettato una serie di disposizioni che

<sup>104</sup> Così M. KASER, v. 'Translatio', in *RE*, 6, 2, Stuttgart 1937, 2168. In argomento si veda anche A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *BIDR* 21, 1909, 95 s.

<sup>105</sup> Così M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria e translatio legati*, in *Studi Betti*, 4, Milano 1962, 276.

<sup>106</sup> C. FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, cit., 588) ha giustamente notato come assai minori siano state le difficoltà relative all'ammissione della traslazione nei fedecommissi rispetto ai legati e come su ciò abbia inciso il particolare rilievo che nei fedecommissi veniva dato all'esame della *novissima voluntas*. A proposito, peraltro, cita ad esempio proprio il nostro frammento.



sembrerebbero configurare una *divisio inter liberos*<sup>107</sup> - atto informale con cui il padre indicava come il patrimonio avrebbe dovuto essere ridistribuito tra i figli, affinché se ne tenesse conto in sede di giudizio divisorio<sup>108</sup> -, dispone con un fedecommissio in greco che i beni di cui non è stato stabilito nulla e gli oneri ereditari vadano a favore e siano rispettivamente a carico di due sole eredi, indicate con i nomi convenzionali di *Prima* e *Secunda*, precisando, che in successivi codicilli era stata fatta una divisione diversa da quella fatta nel testamento. La questione di cui il giurista veniva investito era relativa alla validità del fedecommissio e la risposta era positiva, in quanto il cambiamento di volontà del testatore riguardava solo la divisione dei beni fatta inizialmente. La revoca implicita a cui sembra alludere il testo riguardava dunque non solo il fedecommissio sui residui,<sup>109</sup> con riferimento al quale essa viene in concreto negata, bensì la *divisio inter liberos*, per la quale è invece riconosciuta.

Siamo di fronte a disposizioni apparentemente misteriose che, per di più, sono contenute in testamenti bilingue «per quanto il testamento bilingue doveva essere nella realtà una cosa alquanto insolita».<sup>110</sup>

Ulteriori testimonianze del cambiamento linguistico nel testamento, quando in esso si fa ricorso al fedecommissio, sono offerte da altri due frammenti.

---

<sup>107</sup> Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 560 nt. 294. Lo stesso M. Talamanca, però, nel suo manuale di istituzioni (*Istituzioni di diritto romano*, cit., 730), a proposito di questo istituto con cui il *pater* avrebbe potuto dare delle disposizioni anche per la divisione dell'eredità, osserva: «Si tratta di un istituto di derivazione ellenistica, che compare nelle fonti a partire da Diocleziano».

<sup>108</sup> M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 85.

<sup>109</sup> Numerosi frammenti dei *Digesta* e dei *Responsa* di Scevola sono stati citati da M. TALAMANCA (*Revoca testamentaria e translatio legati*, cit., 181 ss.) come attestanti per i fedecommissi l'operatività degli istituti della *translatio* e della *revoca*. Quest'ultima, peraltro, data la libertà di forma che caratterizzava il fedecommissio, avrebbe potuto avere efficacia *ipso iure* (*ademptio* con effetto *ipso iure*) in qualunque forma e anche nel caso in cui «l'intendimento di revocare il precedente fedecommissio si ricavi, con una interpretazione tipica, dal concorso con un'altra disposizione testamentaria» (M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 324 s. e nt. 287, in cui sono a proposito richiamati, oltre al nostro frammento, più testi proprio di Scevola).

<sup>110</sup> Ancora M. AMELOTI, *op. e loc. ult. citata*.

D. 40.4.60 (Scaev. 24 *dig.*) *Testamento ita cavit*: “Εὐδὼν βούλομαι δοθῆναι νομίσματα χίλια, ἔπει ἔφθασεν γεννηθῆναι μετὰ τὸ τὴν μητέρα αὐτοῦ γενέσθαι ἐλευθέραν”: *quaero, an, si Eudo non probet se post manumissionem matris suae natus, possit his verbis testamenti libertatem consequi. Respondit non oportere eiusmodi consultationem praeiudicium parare.*

Nel fare testamento,<sup>111</sup> il testatore, con un fedecommisso in greco, stabilì che venissero dati ad Eudone<sup>112</sup> mille soldi, perché nato per primo dopo la liberazione della madre dalla schiavitù. Viene chiesto al giurista se Eudone possa ottenere la libertà qualora non riesca a provare di essere nato dopo la manomissione della madre. La risposta mira a sottolineare la validità del fedecommisso che non può essere compromessa da una falsa indicazione che, peraltro, una *consultatio* come quella rivolta al giurista nel nostro frammento, in cui viene messo in discussione lo *status libertatis* del beneficiario, tende a porre in evidenza. Per Scevola con il fedecommisso, *his verbis testamenti*, il disponente nel fare un lascito ad Eudone lo doveva pure volere libero.

Il caso prospettato è quello di una manomissione fedecommissaria,<sup>113</sup> disposta implicitamente e comunque valida.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Qui il termine testamento, a giudizio di M. TALAMANCA (*I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 560 nt. 295), è usato correttamente, in senso tecnico.

<sup>112</sup> Questo nome del beneficiario è probabilmente un nome greco, anche se il fatto che esso corrisponda alla denominazione di un fiume della Caria, citato da Plinio (*Nat. hist.* 5.108), ha fatto pensare che si potesse trattare di un nome cario. Cfr. M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 553 s. e 557. Secondo l'Autore, inoltre, detto nome potrebbe fare «pensare ad una connessione con una regione permeata, almeno nelle «élites» cittadine, di cultura ellenistica».

<sup>113</sup> Su questa forma di manomissione cfr., per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2. *Parte speciale*, I, cit., 253 ss.

<sup>114</sup> Esempi di riconoscimento della validità della manomissione fedecommissaria disposta implicitamente si hanno, in età dei Severi, con riferimento alla *datio tutoris*, quando viene nominato tutore uno schiavo. A titolo esemplificativo si considerino D. 26.2.10.4 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 26.2.22 (Ulp. 45 *ad ed.*); D. 26.2.28.1 (Pap. 4 *resp.*); D. 26.2.32.2 (Paul. 9 *resp.*) e C. 7.4.10 *Impp. Valerianus et Gallienus AA. Daphno: Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisset eum videatur. 1. Et si non suum proprium, sed alienum servum condicionem eius sciens tutorem adscripserit, aequae fideicommissariam libertatem datam, nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat,*

Passiamo ora a

D. 40.5.41.4 (Scaev. 4 *resp.*) *Sorore sua herede instituta de servis ita cavet*: “βούλομαι καὶ παρακαλῶ, γλυκυτάτη μου ἀδελφή, ἐν παρακαταθήκη σε ἔχειν Στίχον καὶ Λάμαν τοὺς πραγματευτάς μου, οὓς ἐγὼ οὐκ ἠλευθέρωσα, ἄχρις ἂν τὰς ψήφους ἀποκαταστήσωσιν ἐὰν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσωσιν, ἐμήνυσα σοὶ τήν γνώμην μου”. *Quaero, si paratis actoribus rationes reddere heres libertatem non praestet, dicendo eos non placere sibi, an audienda esset, respondit non spectandum, quod heredibus displiceret, sed id quod viro bono posset placere, ut libertatem consequantur.*

Un testatore, neppure genericamente indicato,<sup>115</sup> lascia in eredità alla sorella i suoi servi e con fedecommisso, disposto in greco nel testamento,<sup>116</sup> gli affida, raccomandandoli,<sup>117</sup> gli schiavi, πραγματευταί, Stico e Dama,<sup>118</sup> la cui manomissione egli aveva subordinato al *rationes reddere*, perché li manomettesse ἐὰν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσωσιν. Viene chiesto se l’erede, pur essendo gli schiavi, amministratori, pronti a rendere i conti, può non adempiere il fedecommisso, dicendo *eos non placere sibi*. Il giureconsulto risponde che il fedecommisso deve essere prestato. «Unica condizione era il *rationes reddere*. L’ἐὰν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσωσιν si intende aggiunto nel presupposto di una identica valutazione, dato il rapporto di

---

*prudentibus placuit*. Per l’epoca giustiniana si legga C. 6.27.5.1b *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*: *Cum igitur invenimus a nostro iure hoc esse inductum, ut, si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem et favore pupillorum imposuisse, quare non hoc et in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus...*

<sup>115</sup> Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 547 nt. 247.

<sup>116</sup> M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 560.

<sup>117</sup> Siamo, ancora una volta (cfr. *supra*, nt. 55), di fronte ad un riferimento, da parte di Scevola, ad una fattispecie di παρακαταθήκη, di chiara derivazione ellenistica, la cui presenza nella trama dei negozi della prassi quotidiana doveva essere particolarmente avvertita dalla giurisprudenza romana. Cfr. P. FREZZA, Παρακαταθήκη, in EOS., cit., 169 (= *Scritti Frezza*, cit., 203).

<sup>118</sup> Si tratta di nomi convenzionali.

particolare fiducia su cui si basava il fedecommissario...». <sup>119</sup> Qui il disponente intendeva vincolare la *fides* dell'onerato e quando il fedecommissario viene sottoposto ad una valutazione positiva *arbitrium boni viri* <sup>120</sup>, «si afferma la validità di una rimessione all'*arbitrium* dell'onerato, che debba comportarsi come un *bonus vir*». <sup>121</sup> Ma cosa significa per l'onerato comportarsi come un *bonus vir*? Interpretare il fedecommissario in rapporto alla volontà del testatore, vale a dire capire «se esistessero, o meno, nelle espressioni usate, gli estremi del fedecommissario, di quel vincolo alla *fides* dell'onerato a cui il diritto aveva imposto la sanzione attraverso la *cognitio*; e in questo senso procede la determinazione attraverso le diverse espressioni, improntate ad un tono di cortesia e di fiducia, usate nei fedecommissi». La clausola '*si et tibi placuerint*' (ἐὰν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσῃσιν) sembra fondata sul presupposto che l'onerato si adegua alla valutazione e al desiderio del testatore, essa va intesa «come espressione di quella fiducia che ispirava la forma del fedecommissario, e vi si scorgeva allora l'imposizione di un valido fedecommissario, diretto a vincolare l'onerato». <sup>122</sup>

<sup>119</sup> Così G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino 1966, 131. A questo Autore rinviamo anche per le problematiche interpolazionistiche che avrebbero riguardato soprattutto la parte finale del nostro frammento (*op. cit.*, 126 e 130 s.). Di dette problematiche non ci occuperemo in questa sede in quanto riteniamo con il Grosso che non possa essere comunque messo in discussione il fatto che il giureconsulto propendesse per la validità del fedecommissario.

<sup>120</sup> '*... sed id quod viro bono posset placere*'.

<sup>121</sup> G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 134. In argomento si vedano anche S. RICCOBONO, *L'arbitrium boni viri nei fedecommissi*, in *Mélanges Cornil*, II, Paris 1926, 310 ss.; Id., *Le mie colpe*, in *BIDR* 49-50, 1947, 31 s., ed E. ALBETARIO, *L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fedecommissario*, in *Studi Zanzucchi*, in *PUC* 1927, 31 ss. (= *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 331 ss.).

<sup>122</sup> G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 131 s. Va precisato però che in argomento l'Autore (*op. cit.*, 133 s.) sottolinea lo spostamento di visuale che ci sarebbe stato nel passaggio dall'età classica a quella giustiniana. Per i classici clausole come '*si putaveris*' o '*si aestimaveris*' e simili avrebbero in ogni caso comportato un'efficacia vincolante del fedecommissario; mentre i giustinianeî preoccupati di dare alla soluzione affermativa una formulazione teorica più generale e di rimanere aderenti alla volontà del testatore che con esse aveva fatto richiamo ad un giudizio dell'onerato, le intesero nel senso dell'*arbitrium boni viri*. Cfr. dello stesso G. GROSSO, *Le clausole 'si putaveris', 'si aestimaveris' e simili nei fedecommissi e la dottrina dell'arbitrium boni viri*, in *SDHI* 1, 1935, 83 ss. (= *Scritti storico-giuridici* 3, Torino 2001, 532 ss.) e *I legati nel diritto romano. Parte generale*<sup>2</sup>,

Chiarificante in tal senso è il § 6 del nostro frammento<sup>123</sup> in cui di fronte al caso di un testatore che con un fedecommissario pregava gli eredi di manomettere due dei suoi schiavi medici - che egli non aveva manomesso per paura che potessero abbandonare la sorella, già abbandonata dai servi dalla stessa manomessi *salario expleto*<sup>124</sup> - viene chiesto al giurista '*an fideicommissa libertas supra scriptis competere potest*' ed egli risponde '*non necessitam heredibus impositam, sed arbitrium permissum*'.<sup>125</sup>

In tutti i frammenti presi in esame si chiede a Scevola di interpretare l'esatta portata del disposto fedecommissario, partendo dalle parole del disponente, che verosimilmente consapevole di dettare disposizioni poco consuete, a forma libera e pertanto possibile fonte di *ius controversum*, lo fa nella lingua che meglio gli permette di esprimere esattamente la sua volontà. La lingua usata, vale a dire il greco, non sembra faccia nascere problemi di validità della disposizione *mortis causa* e ciò in quanto nella prassi per i fedecommissi, che non richiedevano l'uso di forme prestabilite, ci si avvaleva sovente anche del greco. Detta lingua piuttosto doveva essere favorevolmente accolta dai giuristi se li aiutava a intendere correttamente la *mens* del disponente, la cui importanza si rivelava soprattutto in sede di interpretazione 'esterna' della stessa, vale a dire delle parole, attestanti la volontà del disponente di imporre un obbligo giuridico a carico dell'onere e a favore del beneficiario, con cui avrebbero dovuto essere espresse le disposizioni fedecommissarie.<sup>126</sup> Problemi di validità peraltro non pare che sorgessero neppure per il

---

Torino 1962, 435 s. Sul tema si veda anche L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onereato*, Milano 2003, 50 ss.

<sup>123</sup> D. 40.5.41.6 (Scaev. 4 resp.) *Lucius Titius ita testamento cavit: "medicos tibi commendo illum et illum: in tuo iudicio erit, ut habeas bonos libertos et medicos, quod si ego libertatem eis dedissem, veritus sum, quod sorori meae carissimae fecerunt medici servi eius manumissi ab ea, qui salario expleto reliquerunt eam": quaero, an fideicommissa libertas supra scriptis competere potest. Respondit secundum ea quae proponerentur non necessitam heredibus impositam, sed arbitrium permissum.*

<sup>124</sup> Sui problemi sollevati dalla fattispecie relativamente all'uso del termine *salarium* rinviando a G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 298 ss. e nt. 14.

<sup>125</sup> A proposito si veda anche G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 131.

<sup>126</sup> Così D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, cit., 190 ss.

testamento o per il codicillo confermato in cui essi erano stati inseriti, sebbene al tempo di Scevola i più importanti negozi testamentari dovevano ancora sottostare a precise formalità. Se ne deduce, anche per questo aspetto, una fotografia, offerta dai testi citati, di una prassi in cui erano certamente presenti testamenti che solo nella parte essenziale - rappresentata dalla nomina dell'erede o da lasciti che si voleva avessero efficacia secondo il diritto civile - erano scritti in latino, mentre il greco era usato per altre disposizioni.

Il periodo di Scevola è, d'altra parte, quello della sempre maggiore apertura del mondo romano allo spirito ellenistico, della crescente concessione della cittadinanza romana ai sudditi orientali, del più aperto contatto tra la giurisprudenza e la prassi negoziale ellenistica. In questo contesto il giurista è sempre più frequentemente sollecitato dal suddetto contatto a interpretare i negozi propri della prassi ellenistica nel senso più appropriato al diritto romano, ad armonizzare l'esperienza giuridica tramandata dai romani con il nuovo e diverso contesto sociale, economico e culturale e per fare ciò concentra l'attenzione intorno ad un negozio, il fedecommissio,<sup>127</sup> «che, come ignora la disciplina e la tradizione del *carmen* verbale, così si sottrae alla dialettica del reciproco limite dei *verba* e della *voluntas*, e trasforma il problema della ricerca della volontà come limite alla protezione della mera forma verbale, in una ricerca della disciplina del negozio come mera manifestazione di volontà».<sup>128</sup>

#### 4. Ulpiano e il riconoscimento normativo dell'uso del greco nel fedecommissio.

Il greco nei fedecommissi era dunque prassi consolidata, che si era sviluppata come conseguenza della libertà di forma caratterizzante l'istituto, il cui ingresso nel mondo giuridico è da Scevola ampiamente attestato,<sup>129</sup> ma non esplicitamente considerato e riconosciuto.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Il cui ruolo centrale nei *Digesta* e nei *Responsa* di Scevola è fuori discussione.

<sup>128</sup> Così P. FREZZA, Παράκαταθήκη, in EOS., cit., 171 (= *Scritti Frezza*, cit., 205).

<sup>129</sup> A proposito dell'apertura di Scevola nei confronti delle istanze che si sviluppavano nella prassi è stato notato da T. MASIELLO (*Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit., 107): «Il naturalismo espressivo di Scevola non è altro che il risvolto, sul piano linguistico, della tendenza, propria di questo giurista, a consentire, senza eccesso di mediazione, l'ingresso

Sempre intorno alla metà del II sec. d.C. nelle fonti cominciano a trovare posto anche riferimenti alla lingua usata per il fedecommissso, sebbene l'attenzione sia rivolta innanzitutto ai legati.

Cominciamo col considerare

Gai 2.281: *Item legata Graece scripta non valent: fideicommissa vero valent.*

Gaio, nell'illustrare le differenze tra il legato ed il fedecommissso, afferma che i legati scritti in greco sono invalidi, mentre sono validi i fedecommissi.<sup>131</sup> Precisa l'Amelotti:<sup>132</sup> «Il fedecommissso, che può d'altronde essere contenuto anche in un codicillo, si può invece fare in greco. E l'insegnamento di Gaio è ripetuto dallo Gnomon».

Il riferimento è al

§ 8: Ἐὰν Ῥωμαικῇ διαθήκῃ προσκαίηται ὅτι ὅσα δὲ ἐὰν διατάξω κατὰ πινακίδας Ἑλληνικὰς κύρια ἔστω οὐ παραδεκτέα ἐστίν, οὐ γὰρ ἔξεστιν Ῥωμαίῳ διαθήκην Ἑλληνικὴν γρῆναι.

In un testamento romano era detto 'se avrò disposto in codicilli greci sia valido'. Questa disposizione viene vietata perché ad un romano non è consentito scrivere un testamento in greco.

Siamo di fronte ad un divieto di conferma di futuri codicilli greci

---

nel suo mondo concettuale, degli echi e delle istanze della prassi, come in modo chiaro ed incontrovertibile è documentato, soprattutto, nei *Digesta-Responsa*.

<sup>130</sup> In nessuno dei frammenti di Scevola si pongono problemi linguistici.

<sup>131</sup> La considerazione marginale che nel testo è riservata alla lingua del fedecommissso emerge ancora più immediata se si considerano i numerosi esempi di citazioni testuali greche riportati dal nostro giurista quando in Gai 3.93 riconosce la validità dell'*obligatio verbis contracta* tra cittadini romani anche se sia stato utilizzato il greco. Sulle formule stipulatorie greche di Gai 3.93 cfr. F. BRIGUGLIO, *La paternità di Gaius in una scritta ritrovata del Codice Veronese delle Institutiones*, Bologna 2008, 30 s. Il diverso grado di esplicitazione dell'uso del greco nei due istituti, *stipulatio* e fedecommissso, proprio nella stessa opera, induce peraltro anche ad escludere che il giurista con riguardo al fedecommissso, di cui tratta ampiamente dal § 246 al § 289 del II libro, non dica, ma presupponga.

<sup>132</sup> Cfr. M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 80.

formulato «con un enunciato, generalizzante e silenzioso riguardo ai fedecommissi»<sup>133</sup> che a mio modesto avviso non consente di arguire nulla riguardo alla lingua né dei fedecommissi né dei legati. Solo una lettura forzata del testo può indurre pertanto a ritenere che esso dica a riguardo ancora di più rispetto al testo gaiano «vietando la conferma di futuri codicilli greci, i quali dovrebbero invece essere validi qualora contengano non legati bensì solo fedecommissi».<sup>134</sup>

Il testo dello Gnomon fornisce però altri interessanti spunti di riflessione: non va trascurata l'attenzione che nel periodo in considerazione doveva essere rivolta ai legati una volta ammessi come contenuto di codicilli confermati.

Per una più precisa comprensione dei testi citati non si può, infatti, considerare irrilevante la circostanza che là dove si parla di validità del fedecommissio scritto in greco si sta illustrando la differenza con il legato e che numerose espressioni contenute nelle fonti «riecheggiano la contrapposizione che il linguaggio giuridico classico pone fra legati e fedecommissi... mostrando di riferirsi ai primi anziché ai secondi»<sup>135</sup>. L'innovazione augustea in tema di codicilli, inoltre, non pare sia consistita nel semplice riconoscimento della validità di disposizioni fedecommissarie in essi disposte,<sup>136</sup> bensì «nell'ammissione della validità dei legati contenuti in codicilli confermati».<sup>137</sup>

Ebbene, una volta ammesso che anche i legati potessero essere contenuti in codicilli non è improbabile che i giuristi, di fronte a

<sup>133</sup> Così M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 81.

<sup>134</sup> Ancora M. AMELOTI, *op. e loc. ult. citata*.

<sup>135</sup> Si tratta di espressioni che trovano spiegazione nella prospettiva secondo cui Augusto in tema di codicilli affronta il problema di estendere a quelli confermati lo stesso contenuto del testamento. Cfr. A. METRO, *Studi sui codicilli*, cit., 35.

<sup>136</sup> Con riferimento invece al primo riconoscimento dei fedecommissi «è indubitabile la paternità augustea». Così A. METRO, *Studi sui codicilli*, cit., 32. Nello stesso senso, nell'ambito della manualistica, cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 749 s., e, da ultimo, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino 2011, 412, che afferma: «Con Augusto il quadro cambia ... il *princeps* ordina ai consoli di decidere in base alla loro autorità, giudicando con una *cognitio extra ordinem* i casi ove il fedecommissio non sia eseguito e condannando la parte inadempiente».

<sup>137</sup> Ancora A. METRO, *Studi sui codicilli*, cit., 35 s.



codicilli in greco,<sup>138</sup> abbiano avvertito l'esigenza di affermare che i legati, se scritti in greco, non sarebbero stati validi, a differenza dei fedecommissi, come appunto ha fatto Gaio nel suo manuale didattico, o che abbiano vietato la conferma di codicilli in greco guardando proprio ai legati, come si evince dallo Gnomon.

Ulpiano, invece, con esclusivo riferimento ai fedecommissi, ponendo precipua attenzione agli aspetti linguistici e dunque fuori dalla logica della evidenziazione delle differenze tra istituti, stabili

D. 32.11 pr. (Ulp. 2 *fideicomm.*) *Fideicommissa quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina (lingua) vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuiusque gentis.*

Il testo, legittimando espressamente l'uso per il fedecommissario del greco e di altre lingue diverse dal latino, rappresenta la definitiva ricezione sul piano giuridico di una prassi, per un certo periodo tollerata, che si era sviluppata come conseguenza del fatto che sin dall'origine le disposizioni fedecommissarie non necessitarono di particolari formalità.

La portata innovativa della disposizione ulpiana trova conferma nei *Tituli ex corpore Ulpiani*<sup>139</sup>, dove si legge

<sup>138</sup> Che fosse diffuso tale uso si evince ad esempio dallo stesso § 8 dello Gnomon, citato nel testo.

<sup>139</sup> L'opera (a noi pervenuta attraverso un codice pergameneo all'incirca del X secolo e riedita nel XVI secolo, momento a partire dal quale si cominciò ad assegnarle il titolo di *Liber singularis regularum*) ha posto alla dottrina, con riguardo alla sua autenticità, la soluzione di un duplice problema: se Ulpiano fu autore del *Liber singularis regularum* e in che rapporto il *Liber* si trova con i *Tituli*. In passato l'orientamento prevalente è stato quello di sostenere che Ulpiano non scrisse un'opera intitolata *Liber singularis regularum* e che questa fu frutto di un'epitome postclassica. Riguardo a quest'ultima poi si è posto il problema se sia stata realizzata sulla base delle Istituzioni di Gaio [V. ARANGIO RUIZ, *Sul liber singularis regularum. Appunti gaiani*, in BIDR 30, 1920, 178 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli 1974, 89 ss.); ID., *Rec. a Schulz, Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128*, Bonn 1926, in BIDR 35, 1927, 191 ss.; ID., *Storia del diritto romano*<sup>7</sup>, Napoli 1998, 301] o solo su materiale ulpiano (E. ALBERTARIO, *Tituli ex Corpore Ulpiani*, in BIDR 32, 1922, 73 ss. = ID., *Studi di diritto romano*, 5. *Storia metodologica esegesi*, Milano 1937, 493 ss.) o, ancora, su scritti ulpiani integrati con scritti di altri giuristi, tra cui anche Gaio. Inoltre, a studiosi che hanno giudicato i *Tituli* una rielaborazione più tarda del *Liber singularis regularum* se ne sono più recentemente affiancati altri che hanno sostenuto la paternità ulpiana del *Liber*

Tit. Ulp. 25.9: *Item Graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum Graece scriptum non valeat.*

È fuori discussione come anche in questo testo venga evidenziato il contrasto tra legati e fedecommissi, ma è altrettanto evidente che la stessa affermazione gaiana<sup>140</sup> è riportata con un'inversione della considerazione degli istituti richiamati<sup>141</sup> che pone in primo piano il fedecommissum. Orbene, se di ciò si vuole tentare di dare una spiegazione, non si può non pensare che sulla nostra fonte abbia influito l'ormai esplicito riconoscimento sul piano giuridico dell'uso del greco per i fedecommissi, avvenuto proprio ad opera di Ulpiano.

L'uso della lingua greca non fu, dunque, *ab origine* una caratteristica del fedecommissum e pertanto un elemento per definire informale questa disposizione *mortis causa*. Affermare invece la «non necessità della scrittura in latino per i fedecommissi, privi come tali di ogni requisito di forma»<sup>142</sup> o dire che i fedecommissi «sono liberi da ogni requisito di forma, tanto che..., possono disporsi persino in greco»<sup>143</sup>, senza ulteriori precisazioni, può indurre a congetture errate. Riduttivo è inoltre sostenere che con Ulpiano si ebbe una semplice

---

*singularis regularum* e la sua parziale *traditio* attraverso i *Tituli*. Così F. MERCOGLIANO (*Un'ipotesi sulla formazione dei «Tituli ex corpore Ulpiani»*, in INDEX 18, 1990, 185 ss.; ID., «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 30 ss.; ID., *Una ricognizione sui Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIV Convegno internazionale in memoria di Guglielmo Nocera*, Napoli 2003, 407 ss.) a cui rinviamo per una più ampia rassegna bibliografica delle diverse, precedenti, opinioni sintetizzate in questa nota. L'Epitome ha richiamato anche più recentemente l'attenzione della letteratura. Cfr. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen 2005; ID., *Il liber singularis regularum pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le Institutiones di Gaio*, in INDEX 34, 2006, 455 ss. (che data l'opera all'età degli Antonini); L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 276 ss.

<sup>140</sup> L'allusione è a Gai 2.281.

<sup>141</sup> Non si tratta in questo caso semplicemente di una delle «trasposizioni d'ordine espositivo» rilevate da F. MERCOGLIANO («*Tituli ex corpore Ulpiani*», cit., 52 ss.) nei *Tituli* rispetto alle Istituzioni di Gaio, quando si stanno trattando i medesimi argomenti.

<sup>142</sup> Così M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 81.

<sup>143</sup> Ancora M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 150.

riaffermazione della «non necessità della scrittura in latino per i fedecommissi» o solo una più espressa sottolineatura di detto profilo<sup>144</sup>.

Solo a partire dalla metà del II sec. d.C. le fonti attestano infatti l'esistenza di una prassi negoziale in cui il greco nei fedecommissi veniva usato e tollerato attraverso un ruolo di intermediazione del giurista, a differenza di quanto accadeva per i legati, e, con Ulpiano, il definitivo riconoscimento di questa prassi sul piano giuridico.

---

<sup>144</sup> Così, invece, M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., 81.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it)



Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012  
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Pa)



