

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



Archivio giuridico *online* - ISSN 2282 2828
appendice semestrale *open access* di
Archivio giuridico Filippo Serafini

www.archiviogiuridiconline.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2022

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it - www.archiviogiuridiconline.it

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi Editore (MO)

Publicato nel mese di giugno 2023

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe de Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carni – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. Gellio); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Isabella Zambotto

SULLA CONCESSIONE DELLA *PETITIO FIDEICOMMISSI*. RIFLESSIONI A MARGINE DI SCAEV. 21 *DIG. D.* 36.1.80(78).1*

SOMMARIO: 1. La ricostruzione del frammento scevoliano e le prospettive dell'indagine. – 2. Una questione di duplicità del rapporto fiduciario? – 3. Un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario? – 4. Per una diversa ipotesi ricostruttiva: il tema della quarta *Pegasiana*. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *La ricostruzione del frammento scevoliano e le prospettive dell'indagine*

Tra le fonti in materia di fedecommissi universali¹, soggetti al regime giuridico introdotto dai senatoconsulti Trebellia-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ È da precisare che l'espressione prevalentemente impiegata nelle fonti per indicare l'istituto in esame è *fideicommissum hereditatis*, mentre più rare sono *fideicommissum universitatis* (Frg. D'Autun 61.77) ed *hereditas fideicommissaria* (rinvenibile in Ulp. 3 *fideic.* D. 36.1.1.2, nel titolo dedicato al senatoconsulto Trebelliano): sul punto, cfr. P. VOCI, voce *Fedecommissum* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 106 e nt. 26. Per approfondimenti sul fedecommissum universale, v. F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommissum universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997; per un inquadramento generale del fedecommissum, cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 33 ss.; F. MILONE, *Il fedecommissum romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p. 1 ss.; P. LEMERCIER, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique*, in *RHD*, 14, 1935, p. 433 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955², p. 608 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, vol. I, Torino, 1961², p. 5 ss.; E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, in *RHD*, 40, 1962, p. 337; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II, *Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano, 1963², p. 231 ss.; R. TRIFONE, voce *Fedecommissum* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1968, p. 188 ss.; P. VOCI, voce *Fedecommissum*, cit., p. 103 ss.; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fe-*

no e Pegasio, si annovera un responso di Quinto Cervidio Scevola², che ha suscitato, in tempi recenti, un certo interesse in dottrina, a causa della pluralità di questioni in esso racchiuse, attinenti alla concessione della *petitio fideicommissi*³. Mi riferisco a

decommesso, in *Conferenze romanistiche*, vol. II, Milano, 1967, p. 275 ss.; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971; D. JOHNSON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 9 ss., 76 ss.; A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso 'de residuo' en derecho romano*, Valladolid-Salamanca, 1989, p. 22 ss.; A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 181 ss.; E. NARDI, *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in *AAB*, 80, 1991-1992, p. 11 ss.; M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commisit'. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert von Christus*, in *RIDA*, 42, 1995, p. 167 ss.; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Il fedecommesso*, cit.; L. DESANTI, *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *AUFE*, 7, 1993, p. 105 ss.; EAD., *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 14 ss.; EAD., *Restitutionis post mortem onus'. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, p. 191 ss.; EAD., *Il fantasma del fedecommesso. Fedecommesso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *AUFE*, 20, 2006, p. 99 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio'. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001; EAD., *Turisdiction de fideicommissis' e poteri dati*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, vol. I, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, 2002, p. 609 ss.; EAD., *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 2003; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis'. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, vol. I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 23 ss.; T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in *Comparative Succession Law*, vol. I, *Testamentary Formalities*, edited by K.G.C. REID, M.J. DE VAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford, 2011, p. 12 ss.; P. ARCES, *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommesso*, in *Riv. dir. rom.*, 12, 2012, p. 7, nt. 30; F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in *Studi urb.*, 83, 2015, p. 157 ss.; U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2015², p. 271 ss.; V.M. MINALE, *La materia fedecommissaria tra giurisprudenza e legislazione. Un percorso attraverso l'opera di Volusio Meciano*, Napoli, 2020, p. 205 ss.

² Sulla figura di Quinto Cervidio Scevola, nonché sulle vicende dei *Digesta*, cfr. A. SPINA, *Quintus Cervidius Scaevola. Quaestionum Libri XX*, Roma, 2021, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per l'apparato bibliografico; in precedenza, per approfondimenti sulle raccolte dei pareri del giurista, fondamentale M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001 (pubbl. 2009), p. 483 ss.

³ F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano*, in *RIDA*, 65, 2018, p. 53 ss.; A.M. GIOMARO, *Minime su D. 36,1,80,1 di Scevola in tema di*

Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1: *Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: 'fidei autem heredum <heredem> meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem'. quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.*

In via preliminare, è necessario precisare che il frammento non pone particolari problemi in ordine alla sua genuinità, cosicché è concesso procedere alla sua lettura in chiave conservativa.

Secondo alcuni autori, Mevia avrebbe chiesto un parere a un primo giurista per l'individuazione dell'architettura giuridica maggiormente idonea alla realizzazione delle sue ultime volontà e, in seguito, questa soluzione sarebbe stata sottoposta alla valutazione di Scevola. Tale convincimento si fonda sulla lettura del prosiegua del brano, *quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*, testi-

fedecommissio e di fiducia: ipotesi di un 'trust'?, in *Studi urb.*, 66, 2015, p. 7 ss.; in parte già esaminato in EAD., C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano, 2005, p. 178 ss.; A. SPINA, *Il negozio della παρακαταθήκη in un passo di Cervidio Scevola*, in *LR*, 4, 2015, p. 243 ss. La letteratura precedente sul passo è circoscritta: si limitano a una menzione dello stesso L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, pp. 315 s., 316, nt. 10; G. IMPALLOMENE, *L'efficacia del fedecommissio pecuniario nei confronti dei terzi. La 'in rem missio'*, in *BIDR*, 70, 1967, p. 12, nt. 21. Si dedicano a un commento più esteso, ancorché non molto approfondito, M. AMELLOTTI, *Le forme classiche di testamento*, vol. I, *Lezioni di diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino, 1966, p. 189 s.; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, p. 149 s.; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 608 s.; M. ROBERTI, *Le origini dell'esecutore testamentario*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, 5, 1913, p. 34; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Parte prima. Lezioni dettate nella Università di Napoli. 1899-1900*, Napoli, 1900, p. 69. Prende le mosse dal frammento in questione per interrogarsi sulla capacità patrimoniale dei *fili in potestate* S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, vol. II, Napoli, 1957, p. 466.

monianza dell'intervento di un esperto del diritto, il quale avrebbe edotto l'ereditanda del divieto di nominare *curatores* dell'intera eredità Gaio Seio e Lucio Tizio accanto all'istituzione di erede nella persona dei figli⁴.

Tuttavia, D. 36.1.80(78).1 non mi pare suffragare una simile ipotesi. Già il solo tenore letterale del segmento indicato non depone a favore della preventiva consultazione di un altro *iuris peritus* per confezionare il proprio testamento. La conoscenza delle regole in materia di successione testamentaria, infatti, ben potrebbe afferire al bagaglio culturale tipico di un romano dell'epoca, ove si considerino tanto l'appartenenza ai ceti dominanti dei *clientes* scevoliani nel settore *mortis causa* (o, alternativamente, il loro stretto rapporto con soggetti altolocati), quanto la nutrita schiera di fonti scevoliane comprovante la redazione dell'atto di ultima volontà da parte dello stesso *de cuius*⁵. La mancanza di una riflessione sulle opinioni presumibilmente differenti prospettate dai due *prudentes*, inoltre, suggerisce che l'unico responso fosse quello di Scevola.

Per entrare nel vivo del discorso, la donna, nel suo testamento, aveva lasciato eredi i due figli e aveva così stabilito: 'rimetto alla *fides* dei miei eredi (a voler leggere *heredum* e non *heredem*) che tutto il mio patrimonio sia a guisa di deposito senza interessi presso Gaio Seio e Lucio Tizio, i quali, se fosse stato lecito, avrei nominato curatori del patrimonio stesso, estromessi gli altri, affinché questi ultimi lo restituiscano ai miei nipoti, quando ciascuno avrà raggiunto i venticinque an-

⁴ Così B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 608 s.; A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 11 s. In dottrina non è stato approfondito quale sia la previsione che sancisce un simile divieto. Si potrebbe pensare a un'estensione del requisito di forma previsto da Gai 2.289: *Sed quamvis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum, quae directo relinquantur, in quibusdam tantundem valeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIVM TUTOREM DO; per fideicommissum vero dari non potest*; oppure considerare che, in linea di principio, i giuristi classici non potevano concepire la figura dell'esecutore testamentario, proprio per le funzioni dell'erede istituito, il quale subentrava in qualsiasi rapporto del defunto stesso: così, tra i sostenitori della dottrina tradizionale, M. ROBERTI, *Le origini*, cit., p. 35.

⁵ Quanto ai testamenti auto-redatti dai *clientes*, cfr. M. TALAMANCA, *I clienti*, cit., p. 544 ss.; per l'estrazione sociale, invece, *ivi*, p. 622.

ni, in parti uguali se saranno più di uno, o l'intero patrimonio se sarà uno solo'. Ci si chiede se il fedecommesso debba essere onorato dagli eredi a favore di Lucio Tizio e Gaio Seio. Risponde, sulla base di quanto gli è stato esposto, che Lucio Tizio come anche Gaio Seio non possono chiedere il fedecommesso.

Meritano di essere approfondite sin dal principio alcune scelte di ricostruzione testuale aventi significativi risvolti giuridici.

Innanzitutto, sulle orme della maggior parte della dottrina, la traduzione proposta segue la *restitutio textus* leneliana⁶. Tale soluzione mi sembra preferibile anche per l'aderenza del segmento *fidei autem heredum meorum committo* all'*incipit* del testo corrispondente riportato in Bas. 35.11.75 (Heimb. III, 598), καὶ ὅτι γυνὴ τοῦς υἱοῦς αὐτῆς γράψασα κληρονόμους ἐπέτρεπεν, in cui è esplicita l'istituzione di erede di entrambi i figli.

Viene quindi in rilievo il tratto *fidei ... committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris*. In assenza di validi motivi per allontanarsi dal dato testuale, credo sia più opportuno proporre una traduzione letterale per un duplice ordine di ragioni.

In primis, con riguardo all'espressione *pro deposito sine usuris*, una simile opzione consente di enfatizzare la presenza della preposizione *pro*, la quale – nella sua accezione 'a guisa di, a titolo di, come, a modo di' – sotto il profilo della qualifica non identifica *tout court* l'operazione giuridica descritta con il deposito (irregolare) senza interessi⁷, pur assimilando le due

⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Lipsiae, 1889 (rist. Roma, 2000), p. 250, è seguita recentemente da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 10; A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 268. Diversa, invece, la *lectio* dei *Digesta* del 'Corpus iuris civilis', I, recognovit Th. Mommsen, retractavit P. Krüger, Berlin, 1963¹⁷, p. 576, che riporta *heredem*, per la quale opta F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 69, senza tuttavia discostarsi, nella traduzione e nella ricostruzione del frammento, dalla versione leneliana.

⁷ Sul deposito irregolare, cfr. T. NIEMYER, *Fiducia cum amico* und 'depositum', in *ZSS*, 12, 1892, p. 297 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, 18, 1906, p. 121 ss.; G. SEGRÉ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 19, 1907, p. 197 ss.; P. COLLINET, *Études historique sur le droit de Justinien*, vol. I, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident*, Paris, 1912, p. 120; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, p. 59 ss.; F. BONIFA-

CIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 49, 1947, p. 80 ss.; F. SCHULZ, *The Postclassical Edition of Papinians 'libri quaestionum'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. IV, Milano, 1949, p. 254 ss.; E. SEIDL, *Der Eigentumsübergang beim Darlehen und 'depositum irregolare'*, in *Festschrift für F. Schulz*, herausgegeben von W. FLUME, Weimar, 1951, p. 373 ss.; F. BONIFACIO, voce *Deposito (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 495; E. SIMONETTO, voce *Deposito irregolare*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 528 ss.; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, 28, 1962, p. 233 ss.; G. ASTUTI, voce *Deposito (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 212 ss.; H.T. KLAMI, *'Mutua magis videtur quam deposita'. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969, pp. 45 s. e 118 s., con recensione di H.P. BENÖHR, in *ZSS*, 89, 1972, pp. 438, 442, nt. 16, e di W. LITIEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in *Index*, 3, 1972, p. 559; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1971, p. 148 ss.; R. HERRERA BRAVO, *'Fides' y 'depositum'*, in *'Sodalitas'. Sección granadina de la Sociedad española de Estudios clásicos*, vol. I, Granada, 1980, p. 69 ss.; W.M. GORDON, *Observations on 'depositum irregolare'*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. III, Milano, 1982, p. 363 ss.; R.B. SIOLA, *Variazioni pregiustiniane al principio classico 'Depositum ei qui dedit reddendum est' (D. 16,3,31 pr.-1)*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, vol. II, Milano, 1987, p. 183 ss.; G. NEGRI, voce *Deposito nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 219 ss.; H.T. KLAMI, *'Depositum' of Documents in Roman Law*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, vol. IV, Napoli, 2001, p. 413 ss.; W. LITIEWSKI, *Hauskinder im römischen Verwahrungsverhältnis*, in *'Status familiae'. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von H.-G. KNOTHE, J. KOHLER, München, 2001, p. 251 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, in *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno. IV Congreso internacional y VII Congreso iberoamericano de derecho romano*, coordinado por A. MURILLO VILLAR, Burgos, 2001, p. 187 ss.; S. BELLO RODRIGUEZ, *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31*, in *RIDA*, 49, 2002, p. 45 ss.; C. BOTELLA VICENT, *'Lex Iulia peculatus' y depósito irregular*, in *El derecho penal: de Roma al derecho actual. VII Congreso internacional y X iberoamericano de derecho romano*, coordinado por M.A. CALZADA GONZÁLEZ, F. CAMACHO DE LOS RÍOS, Madrid, 2005, p. 149 ss.; J. KRANJC, *'In ius' und 'in factum' konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung*, in *'Usus Antiquus Iuris Romani'. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, herausgegeben von W. ERNST, E. JAKAB, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 133 ss.; L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2006, p. 7 ss., con recensione di A. BURDESE, in *SDHI*, 74, 2008, p. 815 ss.; G. PFEIFER, *Das 'depositum' als funktionale Mitgift in D. 16,3,27 (Paul. 7 'resp.)*, in *ZSS*, 123, 2006, p. 309; A. VÖLKL, *Zur 'diligentia quam in suis' des Verwahrers*, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von R. GAMAUF, Wien, 2006, p. 293 ss.; E. DOVERE, *CI. 4.34.9: giacenza ereditaria, deposito 'per servum', legittimazione processuale*, in *Φιλία. Studi per G. Franciosi*, vol. II, Napoli, 2007, p. 739 ss.;

figure sul piano funzionale: quella proposta, quindi, sarà una rilettura del frammento in un'ottica di similarità dello scopo e non di sovrapposizione concettuale.

L'impiego dello schema del deposito nella sua funzione consueta, infatti, incontrerebbe una difficoltà non trascurabile, derivante dalla natura delle *res* afferenti alla *omnis substantia*, ove si presti attenzione all'obiettivo della disposizione fideicommissaria, tesa al trasferimento dell'asse ai nipoti. In diversi frammenti dello stesso Scaevola, in effetti, si registra l'utilizzo del termine *substantia* nell'accezione di *bona*: perciò, mancando una precisa indicazione della composizione del patrimonio, è verosimile pensare che lo stesso comprendesse anche *res Mancipi*, mobili e immobili⁸.

F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, p. 1 ss.; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, pp. 121 ss., 153 ss.; T. WALTER, *Die Funktionen der 'actio depositi'*, Berlin, 2012; P. SCHEIBELREITER, *Integration durch Abgrenzung? Vom Problem, das 'depositum irregulare' zu 'definieren'*, in *Index*, 44, 2017, p. 443 ss.; C. BUSACCA, *Sul cd. deposito irregolare nel diritto romano*, in *QLSD*, 8, 2018, p. 309 ss.

⁸ Si tratta di Scaev. 33 dig. D. 22.3.27: *Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit quantitate, deinde ita locutus est: 'Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex rebus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti'. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare poterit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecit, in cui si registrerebbe una sorta di contrapposizione tra l'attribuzione a titolo particolare di una somma di denaro e la gestione di un intero patrimonio; Scaev. 29 dig. D. 36.3.18 pr.: *quae filium legitimum relinquebat, patrem eundemque collibertum ex asse scripsit heredem fideique eius commisit, ut, quidquid ad eum ex hereditate eius pervenisset, cum moreretur, restitueret filio testatrix nepoti suo, et haec verba adiecit: 'satis a Seio patre meo exigi veto'. quaesitum est, cum iste Seius substantiam suam dissipat et veretur pater fideicommissarii, ne inane fideicommissum constituatur, an ad satisfactionem fideicommissi nomine patrem defunctae compellere possit. respondit secundum ea quae proponerentur non compellendum cavere; Scaev. 27 dig. D. 44.4.17.1: *Avus nepotibus ex filia legavit singulis centena et adiecit haec verba: 'ignoscite, nam potueram vobis amplius relinquere, nisi me fronto pater vester male accepisset, cui dederam mutua quindecim, quae ab eo re-***

Ebbene, a voler adottare questa interpretazione, la fattispecie concreta porrebbe una pluralità di questioni:

a) verrebbe meno il requisito del carattere mobile della *res*, tipico dello schema contrattuale;

b) in ipotesi di deposito regolare di *res Mancipi*, i deponenti Lucio Tizio e Gaio Seio diverrebbero dei meri detentori dei beni consegnati, e tali sarebbero anche i nipoti di Mevia, una volta venticinquenni, poiché il *dominium ex iure Quiritium* rimarrebbe in capo ai loro genitori, figli ed eredi dell'ereditanda. In questo modo, tuttavia, sarebbe frustrato l'esito finale della dinamica negoziale progettata da Mevia, vale a dire il trasferimento dell'asse ai nipoti;

c) ulteriori profili di incertezza sono rilevabili in ordine all'ammissibilità di un deposito irregolare avente oggetti altri rispetto al denaro. *Nulla quaestio*, invece, se la *substantia* fosse costituita dalla sola *pecunia*, dal momento che la *traditio* sarebbe elemento necessario e sufficiente per trasferire la proprietà ai fedecommissari prima e ai nipoti poi⁹.

In secundis, dal punto di vista sintattico, occorre osservare come la locuzione *uti omnis substantia mea sit* integri una proposizione consecutiva, che esprime la conseguenza di quanto indicato nella reggente, fotografando il risultato di un'azione.

Se si trasfonde quanto osservato nel piano giuridico, si può ritenere che *omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium* si concentri sull'esito ultimo di un'azione sottesa e implicita, il cui compimento è rimesso dalla testatrice alla *fides* degli eredi, dopo la sua morte. Già in questa fase introduttiva, in cui si soprassiede, per il momento, al problema dell'esatto inquadramento giuridico dell'espressione *pro deposito sine usuris*, è possibile met-

cipere non potui: postremo hostes, qui mihi fere omnem substantiam abstulerunt. quaesitum est, an, si avi heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, contra voluntatem defuncti facere videatur et doli mali exceptione summoveatur. respondit exceptionem obstaturam.

⁹ Per questi motivi ritengo quindi di allontanarmi dalla traduzione in termini di 'messa in deposito del patrimonio', adottata, tra gli altri, da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 10.

tere a fuoco l'efficacia *mortis causa* del negozio indicato dalla locuzione.

Non mi pare quindi conforme all'immediato senso del frammento intravedere un riferimento a un negozio *inter vivos*, modulato nei seguenti termini: Mevia, da viva, avrebbe depositato *sine usuris* presso Gaio Seio e Lucio Tizio le sue sostanze, affidandone loro la custodia, per poi rimettere alla *fides* degli eredi che il patrimonio restasse presso i depositari¹⁰. Tale ricostruzione, infatti, esprime una staticità estranea al dinamismo insito alla proposizione consecutiva, in quanto l'oggetto del fedecommissario sarebbe quello di mantenere tutte le cose là dove già sono. Incerta, poi, è l'attribuzione al verbo *sit* del significato di 'mantenere', piuttosto raro e comunque difficilmente giustificabile in un contesto in cui non paiono esservi forti motivazioni per discostarsi dalla comune accezione di 'essere'.

Un altro elemento da considerare è la classificazione della complessa fattispecie sottesa a *fidei ... committo*. Se, infatti, il tenore del passo induce a ritenere che Lucio Tizio e Gaio Seio fossero fedecommissari, seppur con tutte le intuibili peculiarità del caso¹¹, non è però mancato chi, soffermandosi sui poteri gestori affidati ai due uomini e sui nipoti di Mevia quali beneficiari finali del *fideicommissum*, ha scorto una possibile attestazione dell'assai dibattuta figura dell'esecutore testamentario¹².

¹⁰ A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 269.

¹¹ A. WATSON, *Contract*, cit., p. 149 s.; M. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 189 s.; L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., pp. 315 s., 316, nt. 10; A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 7 ss.

¹² C. FADDA, *Concetti*, cit., p. 69; M. ROBERTI, *Le origini*, cit., p. 334; F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 69. Più in generale, sul dibattito intorno all'esistenza dell'esecutore testamentario, fondamentali H. LE FORT, *Des exécuteurs testamentaires*, Genève, 1878, p. 3; A. SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentvollstreckung*, Breslau, 1895, p. 168; H. DERNBURG, *Pandekten*, vol. III, Berlin, 1897⁵, p. 255; R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire (Époque Française et Moyen Âge)*, Lyon, 1901, p. 13 ss.; B. KÜBLER, voce *Testamentvollstreckung*, in *RE*, vol. V, Stuttgart, 1934, p. 1010 ss.; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935, p. 238; J. DAUVILLIER, *Note sur un testament romain récemment découvert en Égypte*, in *Recueil de l'Académie de*

Ciò premesso, il perno del ragionamento che si svilupperà nel presente contributo è rappresentato dal segmento finale, *Lucium Titium item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*, che esorta a interrogarsi sulle motivazioni – strettamente connesse alla ricostruzione della vicenda sottesa alla disposizione *mortis causa* – del responso scevoliano, il quale nega l'esperibilità della *petitio fideicommissi* da parte di Lucio Tizio e Gaio Seio¹³.

législatione de Toulouse, 18, 1947, p. 1 ss.; M. ROUXEL, *Le testament d'Antonius Silvanus et le Problème de l'exécution testamentaire en droit romain classique*, in *Annales Fac. Droit Univ. Bordeaux*, 3, 1952, p. 81 ss.; 4, 1953, p. 3 ss.; tra gli studi degli ultimi decenni, si segnalano L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., p. 315, nt. 9; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 743; F. TREGGIARI, *Minister*, cit., p. 17; F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., p. 157 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per altri, l'incaricato in discorso sarebbe qualificabile come *procurator*: J. MACQUERON, *Le testament d'Antonius Silvanus*, in *RHDFE*, 23, 1945, p. 150 ss.; E. WEISS, *Procurator ex testamento*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, p. 61 ss.; M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, vol. I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, p. 148 ss. Si ritiene condivisibile l'esclusione dell'afferenza della fattispecie al *mandatum post mortem* tanto per la dubbia validità del *mandatum post mortem mandatoris* quanto per l'assenza di un rapporto contrattuale fra il testatore e l'amministratore designato nel testamento: così L. DESANTI, *De confirmando tutore*, cit., p. 315, nt. 9, sulla scia di E. WEISS, *Procurator*, cit.; M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 151.

¹³ Come ricorda Gai 2.278: *Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*. Per approfondimenti sulla *iurisdictio de fideicommissis*, cfr. V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio*, cit.; EAD., *Iurisdictio*, cit., p. 609 ss.; EAD., *La tutela*, cit.; L. DESANTI, *Il fantasma*, cit., p. 99 ss., la quale ricorda come già in epoca classica il superamento dell'efficacia meramente obbligatoria è attestato dalla concessione, in presenza di determinati presupposti, della *missio in rem*, che avrebbe permesso di recuperare singoli beni, gravati di fedecommissio, anche presso i terzi acquirenti. Ad ogni modo, tale strumento processuale non viene in rilievo nel caso di specie.

2. Una questione di duplicità del rapporto fiduciario?

Si è sostenuto che il diniego dell'azione deriverebbe dalla natura fiduciaria dell'architettura giuridica ideata da Mevia.

Secondo tale impostazione, *nulla quaestio* circa il rapporto fiduciario ravvisabile nel fedecommesso, con cui l'ereditanda rimette alla *fides* dei suoi eredi, i due figli, l'esecuzione delle sue volontà¹⁴.

Più spinosa appare l'operazione negoziale oggetto del *fideicommissum*, espressa in termini di *uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium*, inquadrata dalla dottrina in esame come una forma di *fiducia cum amico* attuata a scopo di deposito¹⁵, sulla base di

¹⁴ In argomento, v. A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 15 s.

¹⁵ Non essendo questa la sede per dilungarmi sull'istituto della *fiducia cum amico*, mi limiterò a segnalare alcuni riferimenti bibliografici essenziali: F. GENY, *Étude sur la fiducie*, Nancy, 1885; R. JACQUELIN, *De la fiducie*, Paris, 1891; P. OERTMANN, *Die 'fiducia' im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890 vol. XII.; I. GLARD, *De la fiducie*, Paris, 1894; F. BAUDRY, voce '*Fiducia*', in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, édité par C. DAREMBERG, E. SAGLIO, Graz, 1896, p. 1117 s.; A. MANIGK, voce '*Fiducia*', in *RE*, vol. VI.2, Stuttgart, 1909, c. 2302 ss.; A. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. I, *Le garanzie reali*, Torino, 1933; G. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, Milano, 1933; Id., '*Fiducia cum creditore*', in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, a cura di P. CIAPESONI, Pavia, 1934, p. 793 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940; A. BURDESE, '*Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella 'fiducia' e nel 'pignus'*', Torino, 1949; Id., voce '*Fiducia' (dir. rom.)*', in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 291 ss.; A. WATSON, *The Origins of 'fiducia'*, in *ZSS*, 79, 1962, p. 329 ss.; L.J. ENGELS, voce '*Fiducia*', in *Reallexikon für Antike und Christentum*, vol. VII, Stuttgart, 1967, c. 839 ss.; G. GROSSO, voce '*Fiducia' (dir. rom.)*', in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 384 ss.; N. BELLOCCI, *La tutela della 'fiducia' nell'età repubblicana*, in *Studi sen.*, 85, 1973, p. 321 ss.; EAD., *La tutela della 'fiducia' nell'età repubblicana*, Milano, 1974; EAD., *La struttura del negozio della 'fiducia'*, vol. I, *Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979; EAD., *La struttura della 'fiducia'*, vol. II, *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, su cui v. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, vol. II, cit., in *Iura*, XXXIV, 1983, p. 178 ss.; B. KEMENES, *Das 'fides' - Prinzip und sein Zusammenhang mit der 'fiducia'*, in *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii*, Szeged, 1985, p. 245 ss.; G. NOORDRAVEN, *De Fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem, 1988; Id., *Die 'fiducia' im römischen Recht*, in *Index*, 18, 1990, p. 229 ss.; P. FUENTESECA, *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de*

una certa corrispondenza delle parole di Scevola alla descrizione dell'istituto fornita da Gai 2.60, in cui si legge *sed cum fiducia contrahitur ... aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum esset*¹⁶.

Poiché la natura personale integra un elemento essenziale dell'istituto in parola, in assenza di un rapporto che coinvolga direttamente il fiduciante e il fiduciario la *fiducia cum amico* non sarebbe mai potuta sorgere, essendo preclusa qualsiasi possibilità di conclusione per interposta persona. L'invalidità, *sub specie* dell'inesistenza, del negozio giuridico oggetto del fedecommesso si sarebbe quindi estesa a quest'ultimo, date la consequenzialità e la connessione dei due rapporti fiduciari: da ciò deriverebbe il diniego della *petitio fideicommissi*.

Nel caso di specie, infatti, è evidente la mancanza del requisito indicato nella *fiducia cum amico* che si sarebbe conclusa tra gli eredi e Lucio Tizio e Gaio Seio: il rapporto di amicizia e di fiducia, infatti, coinvolgeva direttamente questi ultimi e Mevia; un siffatto «impegno psicologico di adesione»¹⁷ non avrebbe potuto essere imposto dalla medesima ai figli. A ben guardare, un simile contenuto non avrebbe mai potuto con-

obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener, coordinado por F.J. PARRICIO SERRANO, Madrid, 1994, p. 387 ss.; J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: 'donner pour reprendre'. Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, in *'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'*. Studi di storia del diritto e semantica giuridica, a cura di L. PEPPE, Napoli, 2008, p. 47 ss.; EAD., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012; R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'*. Prospettive di diritto romano ed europeo, Napoli, 2012; P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi urb.*, 64, 2015, p. 35 ss.; M. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, 2016; P. MARRA, *'Fiducia causa'*, Padova-Milano, 2018; A. GRILLONE, *Per un'ontologia della 'fiducia' nel diritto romano classico*, in *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, a cura di A. PETRUCCI, Torino, 2020, p. 21 ss.

¹⁶ Gai 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit*. Il raffronto è proposto da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 15 s.

¹⁷ A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 16 s.

figurare l'oggetto di un fedecommesso, che la teoria esposta circoscrive a un «mero impegno comportamentale (consegnare un bene, trasferire l'intero patrimonio, liberare uno schiavo, ecc.)»¹⁸, optando per un'accezione ristretta del verbo *restituere* in Gai 2.260¹⁹.

Sebbene non esplicitato, il problema che sembra maggiormente avvertito in questa ricostruzione è quello della violazione del principio fondamentale in materia di fedecommissi, vale a dire il rispetto della *voluntas defuncti*, imposto dalla *fides*, la quale permea di sé l'istituto²⁰. Nell'ipotesi descritta, infatti, tale principio sarebbe messo a repentaglio dalla conclusione di un negozio interposto.

Senonché, questa ipotesi ricostruttiva presenta alcune criticità.

Per cominciare, non è affatto pacifico che la qualità di *amicus* – a prescindere dalla nozione in chiave sociale o giuridica conferita al termine – in capo al fiduciario costituisca un requisito essenziale della *fiducia cum amico*.

Già solo in ordine all'idea di amicizia, occorre rilevare come la concezione più risalente – che individua negli *amici* una cerchia di soggetti determinata e oggettivamente riconoscibile dai terzi e dall'ordinamento giuridico, quanto meno negli istituti che prevedono «l'utilizzazione tecnica degli *amici privati*»²¹

¹⁸ A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 16 s.

¹⁹ Gai 2.260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.*

²⁰ Significativo, a tal proposito, Tit. Ulp. 25.1: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis profisciscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*, richiamato da P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 233 e nt. 43.

²¹ Così B. ALBANESE, *L'amicitia' nel diritto privato romano*, in *Jus*, 14, 1963, p. 135 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, p. 316 ss.; in precedenza, v. ID., *La struttura della 'manumissio inter amicos'. Contributo allo studio dell'amicitia' romana*, in *AUPA*, 29, 1962, p. 5 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 217 ss.; che inaugura gli studi sull'*amicitia* nella prospettiva del diritto privato romano: solo qualche cenno, infatti, era in M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I,

– sia oggi superata dagli esiti di diverse ricerche²², restituenti un concetto di *amicitia* svincolato da una causa oggettiva e dal formalismo²³.

Per tornare al negozio giuridico in esame, è stato recentemente osservato come il coinvolgimento dell'*amicus* sia un elemento incidente non sulla struttura della *fiducia*, comune nelle sue due specie *cum amico* e *cum creditore*, ma sulla sua funzione, nell'un caso di deposito *lato sensu*, nell'altro caso di garanzia del debito tra fiduciante e fiduciario²⁴. L'amicizia, insomma, non sarebbe un elemento costitutivo della fattispecie, ma uno strumento descrittivo per indicare l'esistenza o meno di tale debito²⁵. Pertanto, ogni limitazione del fiduciante nella scelta del fiduciario risulta ingiustificata: non vi è dubbio che nella prassi quest'ultimo fosse più frequentemente una persona amica, ma in linea teorica avrebbe potuto essere anche estraneo a qualsivoglia rapporto di amicizia²⁶.

Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten, Leipzig, 1883, p. 326, nt. 10; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946 (rist. 2005), p. 202 ss.; Y. DEBBASCH, 'Excusatio tutoris', in *Varia. Études de droit romain*, vol. II, Paris, 1956, p. 68 ss.; per una completa rassegna delle testimonianze giuridiche, v. J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 502 ss. Tra gli autori successivi, si pone nell'alveo tracciato da Albanese S. RANDAZZO, 'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano, Milano, 2005, p. 22 ss.

²² V. soprattutto J. MICHEL, *Gratuité*, cit.; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, Slaves and Freedman in Roman Commerce*, Jerusalem-Washington DC, 1987.

²³ Così G. FINAZZI, 'Amicitia' e doveri giuridici, in 'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano, a cura di A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI, Pavia, 2010, p. 653. In precedenza, l'improbabilità di una distinzione tra amicizia in senso generale e amicizia in senso tecnico era già stata messa a fuoco da S. LAZZARINI, 'Sepulcra familiaria'. Un'indagine epigrafico-giuridica, Padova, 1991, p. 22, nt. 45. Da ultimo, aderisce all'impostazione di Finazzi P. MARRA, 'Fiduciae causa', cit., p. 245.

²⁴ G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., p. 746; P. MARRA, 'Fiduciae causa', cit., p. 246.

²⁵ P. MARRA, 'Fiduciae causa', cit., p. 246.

²⁶ In questo senso G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., p. 747, secondo cui l'amicizia poteva preesistere o meno alla *datio fiduciae causa*; cui aderisce P. MARRA, 'Fiduciae causa', cit., p. 246, il quale, dal punto di vista applicativo, rileva come sia «difficile immaginare chi – e in ragione di quale interesse – avrebbe potuto dolersi di una *fiducia cum amico* contratta con chi amico non era, con-

Di conseguenza, se si cala quanto detto nel caso di specie, la *fiducia cum amico* tra i figli di Mevia e Lucio Tizio e Gaio Seio sarebbe valida, non essendo strutturalmente indispensabile che i fiducianti e i fiduciari siano amici.

Ferma restando, alla luce delle considerazioni sinora svolte, l'irrilevanza del profilo attinente al cd. impegno psicologico di adesione, l'impiego del medesimo e dell'impegno comportamentale per descrivere la figura giuridica in parola mi sembra discutibile, sia per i tratti sfuggenti di tali concetti, la cui definizione è incerta, sia per la loro asserita scindibilità. Al riguardo, non sarà superfluo ricordare la solennità tipica dei negozi adibiti al trasferimento della proprietà *fiduciae causa* all'epoca di Quinto Cervidio Scevola²⁷, individuati da Gaio nella *mancipatio* e nell'*in iure cessio*²⁸: è noto come la forma prevalga sulla *voluntas*, così determinando la produzione degli effetti tipici, senza alcuna necessità di interpretazione dei *verba*. Pertanto, nella *fiducia cum amico* l'impegno psicologico di adesione e quello comportamentale sono indivisibili.

Inoltre, non convince l'interpretazione oltremodo restrittiva di Gai 2.260, che vorrebbe ridurre l'oggetto del fedecommesso a un mero impegno comportamentale, vale a dire la consegna di un bene, il trasferimento di un intero patrimonio o la liberazione di uno schiavo. Non mi pare che il brano gaiano presenti elementi a sostegno di una simile circoscrizione: si legge, più semplicemente, che chiunque può lasciare tramite fedecommesso cose singole e pregare lo stesso erede di restituirle a un terzo. L'attenzione del giurista è focalizzata sull'obiettivo finale della disposizione, ossia il *restituere* inteso come attribuzione patrimoniale, mentre nessun requisito speci-

siderata la non lieve responsabilità che gravava sul fiduciario (sanzionata peraltro da un'azione infamante. In fin dei conti, soltanto il fiduciante potrebbe eventualmente dolersi di essersi rivolto a chi amico non era: ma a tal fine soccorrerebbe l'*actio fiduciae*».

²⁷ In argomento, fondamentale A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2006²; di recente, cfr. F. BERTOLDI, *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena, 2016, p. 11 ss., ove ulteriore bibliografia.

²⁸ Gai 2.60; 2.220; 3.201. In termini simili, v. anche Isid. *ethym.* 5.25.23; Boeth. *ad Cic. Top.* 10.41.

fico è imposto per le modalità di attuazione della medesima, cosicché tra le stesse ben può essere annoverata l'attività negoziale richiesta ai due eredi di Mevia.

Più in generale, nelle fonti in nostro possesso non si delimita il contenuto dell'oggetto del fedecommesso, né tantomeno si prevedono specifici divieti a pena di nullità. Al contrario, anche in alcuni testamenti a noi pervenuti, in particolar modo in quello di C. Longino Cassio²⁹, si registra una certa libertà di azione derivante dal richiamo alla πίστις quale criterio di determinazione dei compiti del *procurator*, ancorché presumibilmente modesti e ancorati alle circostanze³⁰.

In dottrina, poi, è pacifica l'idea secondo cui «l'oggetto del fedecommesso è il più lato, che si possa immaginare. Cose singole o intero patrimonio o quote parti di esso ponno dedurre in fedecommesso: cosa del testatore, cosa dell'erede o di qualsiasi altro fiduciario, cose altrui: anco “fatti” del fiduciario ponno costituire il contenuto»³¹; fatti ai quali mi sembra verosimile ricondurre anche la conclusione di una *fiducia cum amico*. Del resto, è cosa nota che la nascita dell'istituto sia collegata all'esigenza di superamento della rigida disciplina dei legati e dell'istituzione di erede.

Infine, a riprova di ciò, va ricordato che l'onere di un fedecommesso può essere anche un fedecommissario: la duplicità del rapporto fiduciario, a ben guardare, non inficia la validità della disposizione³².

²⁹ BGU I 326 ll. 15-17 (*FIRA*, III, n. 50): ... Μάρκων Σεμπρώνιον Ἡρακλιανῶ φίλω καὶ ἀξιόλο[γ]ον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ ἰδίᾳ πίστι ... (... *M. Sempronium Heraclianum, amicum fide dignum, procuratorem ex ipsius fide feci* ...).

³⁰ In questo senso, M. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 188 e nt. 56. Si soffermano sul passo, di recente, F. BERTOLDI, *L'heres*, cit., p. 178; R. ZIMMERMANN, *'Heres fiduciarius'? Rise and Fall of Testamentary Executor*, in *Itinera fiduciariae. Trust and 'Treuhand' in Historical Perspective*, edited by R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, Berlin, 1998, p. 271.

³¹ Così C. FERRINI, *Teoria*, cit., p. 38. Da ultimo, ribadisce la varietà dell'oggetto della disposizione fedecommissaria, con specifico riguardo al fedecommesso con cui si prega l'erede di dare a mutuo una determinata somma di denaro, A. SACCOCCIO, *Fedecommesso e autonomia*, in *Ius hominum causa constitutum*. *Studi in onore di A. Palma*, vol. III, a cura di F. FASOLINO, Torino, 2023, § 6 e nt. 29.

³² Per tutti, v. P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 353.

3. *Un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario?*

Secondo un'altra opinione, per comprendere la risposta negativa di Scevola è d'uopo impostare in modo differente i termini del problema, da affrontarsi nell'ottica della legittimazione attiva alla *petitio fideicommissi*³³, ora nella cornice della παρακαταθήκη, per tale intendendosi, in estrema sintesi, un deposito irregolare con effetti *inter vivos* con annesso patto di fiducia³⁴, ora in quella dell'esecutore testamentario, cui si è accennato in precedenza³⁵.

La prima congettura ricostruisce la fattispecie di Scaev. 21 *dig. D. 36.1.80(78).1* come segue: nella scheda testamentaria,

³³ A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 268 ss.

³⁴ Non essendo questa la sede per entrare nel merito della questione, mi limiterò ad alcuni riferimenti bibliografici essenziali: voce παρακαταθήκη, in *Thesaurus linguae Graecae*, vol. VI, Parisiis, 1842-1847, c. 277 ss.; F. PREISIGKE, voce παρακαταθήκη, in *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden mit Einschluss der griechischen Inschriften, Aufschriften, Ostraka, Mumien-schilder usw. aus Ägypten*, vol. II, Berlin, 1927, c. 245; apparsa in seguito anche in altri loci della stessa opera, ossia vol. III, *Besondere Wörterliste*, Berlin, 1931, p. 141; Suppl. vol. I.2, Amsterdam, 1969, p. 213; Suppl. vol. III (1977-1988), Wiesbaden, 2000, p. 256; W. HELLEBRAND, voce παρακαταθήκη, in *RE*, vol. XVII.3, Stuttgart, 1949, c. 1186 ss., P. FREZZA, ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, vol. I, Vratislaviae - Varsaviae, 1956, ora in *Scritti di P. Frezza*, vol. II, Romae, 2000, p. 140 ss.; A. EHRHARDT, 'Parakatatheke', in *ZSS*, 75, 1958, p. 32 ss.; Id., 'Prinzipielles und Nach-trägliches zu 'Parakatatheke'', in *ZSS*, 76, 1959, p. 480 ss.; D. SIMON, 'Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ. Zugleich ein Beitrag zur Morphologie griechisch-hellenistischer Schuldrechtstatbestände', in *ZSS*, 82, 1965, p. 39 ss.; H.G. LIDDELL, R. SCOTT, voce παρακαταθήκη, in *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1968, p. 1312; E. BERNEKER, voce παρακαταθήκη, in *Der kleine Pauly*, vol. IV, München, 1972, c. 502 s.; G. THÜR, voce 'Parakatatheke' (παρακαταθήκη), in *Der neue Pauly*, vol. IX, Stuttgart-Weimar, 2000, c. 316; W. PASSOW, voce παρακαταθήκη, in *Handwörterbuch der griechischen Sprache*, vol. II, Leipzig, 2004, p. 685; H.T. KLAMI, 'Depositum' und παρακαταθήκη, in *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, herausgegeben von H.-P. BENÖHR, Wien, 1986, p. 89 ss.; A. SPINA, *Il negozio*, cit., p. 243 ss.; da ultimo, v. P. SCHEIBELREITER, *Der 'unge-treue Verwahrer'. Eine Studie zur Haftungs-begründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht*, München, 2020, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e bibliografia.

³⁵ V. *supra*, § 1.

Mevia avrebbe inserito nei confronti dei suoi eredi un fedecommesso – riferito a un deposito irregolare dell'intero patrimonio da lei concluso in vita con Lucio Tizio e Gaio Seio, con annesso patto di fiducia per la restituzione di *omnis substantia* ai nipoti, una volta divenuti venticinquenni, assimilabile alla παρακαταθήκη – avente per oggetto l'obbligo di far permanere presso i due fiduciari della madre quanto da lei depositato.

Pertanto, l'incertezza verterebbe sull'individuazione degli effettivi beneficiari del *fideicommissum*, o per meglio dire, dal lato dell'*agere*, sull'individuazione dei legittimati attivi alla *petitio*: Scevola, a questo punto, nel negare la concessione del rimedio processuale ai due depositari, avrebbe affermato implicitamente la spettanza dello stesso ai due nipoti.

Ebbene, la qualifica della fattispecie in termini di παρακαταθήκη non convince.

Desti particolare interesse una pluralità di frammenti scevoliani relativi al negozio giuridico di matrice greca, da un lato, nominato in alcuni codicilli scritti in greco sottoposti all'attenzione del giurista, dall'altro, ritenuto integrato dagli studiosi in altri passi³⁶. Ciascuno di essi configura la παρακαταθήκη come un contratto di deposito concluso in un momento prece-

³⁶ Si leggano Scaev. 3 resp. D. 31.1.88.10: *'Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus reddi et solvi eis iubeo': quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommissio*; Scaev. 18 dig. D. 32.1.37.5: *Codicillis ita scripsit: 'βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι. Μαξιμῷ τῷ κυρίῳ μον δηνάρια μύρια πεντακισχία, ἅτινα ἔλαβον παρακαταθήκην παρὰ τοῦ θείου αὐτοῦ Ἰουλίῳ Μαξιμῷ, ἵνα αὐτῷ ἀνδρωθέντι ἀποδώσω, ἃ γίνονται σὺν τόκῳ τρις μύρια, ἀποδοθῆναι αὐτῷ βούλομαι οὕτω γὰρ τῷ θείῳ αὐτοῦδῶμοσά'. 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*; Scaev. 16 dig. D. 34.3.28.8: *'Centum, quae apud Apronianum deposita habeo, apud ipsum esse volo, donec filius meus ad annos viginti pervenerit, eiusque pecuniae usuram exigi veto'. quaesitum est, an ex causa fideicommissi Apronianus consequi possit, ne ante tempus a testatore praescriptum ea summa ab eo exigatur. Respondit secundum ea quae proponerentur consequi posse*, in cui la teoria illustrata rinviene ipotesi di παρακαταθήκη. In tutti questi casi, a differenza di D. 36.1.80(78).1, il deposito è già concluso

dente alla confezione del codicillo: nessun indice, quindi, di una possibile applicazione *mortis causa* (di cui, peraltro, manca una specifica attestazione nel panorama delle fonti in argomento a noi note), né della presenza di un *pactum fiduciae* annesso.

La figura giuridica restituita dal caso, invece, non è un atto negoziale tra vivi.

Già si è visto in sede di ricostruzione testuale del frammento come la proposizione consecutiva *fidei committo ut ... sit* fotografi il risultato di un'azione non ancora compiuta dai figli nei confronti di Lucio Tizio e Gaio Seio.

A favore di quanto detto, si può osservare come l'esercizio della *petitio fideicommissi* presupponga che la disposizione fedecommissaria non sia stata onorata. Ora, poiché il passo nulla dice circa il prelievo del patrimonio di Mevia da parte degli eredi, ovvero circa la commissione di azioni tese a ostacolare la corretta esecuzione del rapporto contrattuale, pare più verosimile credere che i figli non abbiano ancora consegnato quanto dovuto ai soggetti indicati dalla madre, ragion per cui questi ultimi intenderebbero nei confronti dei primi l'azione di loro spettanza, in veste di fedecommissari.

Inoltre, ulteriori dubbi in ordine all'inquadramento giuridico prospettato sorgono ove si ponga mente alla tipologia delle cose depositate.

I *loci scevoliani* sulla *παρακαταθήκη*, infatti, si riferiscono a somme di denaro³⁷. Nel frammento in parola, invece, è verosimile ipotizzare che *omnis substantia mea* rappresenti il patrimonio nella sua interezza, composto anche da altre cose oltre al denaro, come per esempio gli immobili e le *res mancipi*: si tratta di un'accezione presente, non a caso, in altri passi già richiamati di cui è autore lo stesso Scevola³⁸. In mancanza di un'esplicita menzione in argomento, resta incerta la configu-

e in ordine ad esso il testatore si preoccupa di regolamentarne la restituzione: in questo senso, A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., p. 14 s., nt. 15.

³⁷ Cfr. Scaev. 3 *resp.* D. 31.1.88.10; Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.5; Scaev. 16 *dig.* D. 34.3.28.8, riportati nella nota precedente.

³⁸ Come si è visto *supra*, nt. 8, *omnis substantia mea* è impiegata anche nell'accezione di *bona* in Scaev. 33 *dig.* D. 22.3.27; Scaev. 29 *dig.* D. 36.3.18

rabilità della παρακαταθήκη, atteso il discostamento dallo schema tipico imposto dalle peculiarità del caso.

La medesima questione relativa alla legittimazione attiva sembra porsi ove si segua la tesi, come si diceva, che definisce esecutori testamentari Lucio Tizio e Gaio Seio³⁹: non essendo fedecommissari, non sarebbero legittimati all'esercizio della *petitio fideicommissi*.

Al netto delle molteplici perplessità manifestate in dottrina circa l'esistenza di tale figura nell'esperienza giuridica romana – prevalenti, infatti, paiono le ragioni ad essa contrarie⁴⁰ – penso che una simile ipotesi sia esclusa già dal senso immediato del frammento, che rimette alla *fides* dei due eredi il compimento di un'attività negoziale i cui beneficiari immediati sono i due soggetti indicati da Mevia. Inoltre, il segmento *Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae*, esplicita unicamente la loro nomina a curatori, scartata in quanto illecita: a ben guardare, non vi sono elementi testuali sicuri a sostegno del riconoscimento di una diversa qualifica, di talché parrebbe essere confermata l'idea secondo cui, in linea di principio, l'istituzione di erede avrebbe escluso la possibilità di designare curatori o esecutori testamentari.

4. *Per una diversa ipotesi ricostruttiva: il tema della quarta Pegasiana*

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, una volta scartate tanto la tesi dell'invalidità del *fideicommissum* per il carattere fiduciario del negozio oggetto del medesimo, quanto quella del difetto di legittimazione attiva di Lucio Tizio e Gaio Seio, vuoi perché esecutori testamentari, vuoi per l'inquadramento della fattispecie in termini di παρακαταθήκη, corre

pr.; Scaev. 27 dig. D. 44.4.17.1: sembrano quindi da ricomprendersi anche le *res Mancipi*, tra cui notoriamente figurano anche gli immobili.

³⁹ V. *supra*, § 1, nt. 8.

⁴⁰ V. *supra*, § 1, nt. 11.

l'obbligo di individuare una diversa spiegazione alla risposta negativa del giurista sulla possibilità di dar corso al fedecommesso universale.

Innanzitutto, per impostare il problema in termini differenti, mi sembra opportuno valorizzare la collocazione del frammento nel titolo denominato *Ad senatus consultum Trebellianum* e guardare al fenomeno giuridico dalla specola della disciplina delle successioni *mortis causa*.

A tal proposito, va osservato che l'esecuzione di una simile disposizione fedecommissaria, a prescindere dalla qualifica dei negozi tramite i quali è attuata l'operazione giuridica, avrebbe avuto come esito la sottrazione di *omnis substantia* ai figli, pur nominati eredi⁴¹, motivo per cui gli stessi sarebbero stati probabilmente indotti a non accettare l'eredità, provocando, così, la caduta del fedecommesso stesso.

È risaputo che, per ovviare a simili inconvenienti, durante il principato di Vespasiano fu introdotto il *senatus consultum Pegasianum de fideicommissis*, il quale riconobbe agli eredi, sulla scia del regime della *lex Falcidia*, vigente in materia di legati⁴², il diritto di trattenere un quarto dell'eredità, cd. *quar-*

⁴¹ Così A. AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 190.

⁴² Tra i riferimenti essenziali, è bene richiamare C. FERRINI, *Teoria*, cit., p. 420 ss.; F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der 'lex Falcidia'*, in *ZSS*, 63, 1943, p. 314 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla 'lex Falcidia de legatis'*, Napoli, 1948; su cui v. E.H. KADEN, *Recensione a F. BONIFACIO, Ricerche*, cit., in *Iura*, 1, 1950, p. 437 ss.; F. SCHWARZ, *War die 'lex Falcidia' eine 'lex perfecta'?*, in *SDHI*, 17, 1951, p. 225 ss.; F. BONIFACIO, *In tema di 'lex Falcidia'*, in *Iura*, 3, 1952, p. 229 ss.; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 191 ss.; A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der 'lex Falcidia'*, in *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, herausgegeben von D. MEDICUS, H.H. SEILER, Berlin, 1973, p. 209 ss.; P. STEIN, *'Lex Falcidia'*, in *Athenaeum*, 65, 1987, p. 453 ss.; V. MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989; D. SCHANBACHER, *'Ratio legis Falcidiae'. Die falzische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995; U. BABUSIAUX, *Wege*, cit., p. 257 ss.; J.F. STAGL, voce *'Lex Falcidia'*, in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 2018, p. 1 ss., disponibile online al seguente url: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8272>; R. CARDILLI, *Traduzione e legato 'mortis causa'*, in *Roma e America*, 42, 2021, p. 208 ss.

ta Pegasiana (Gai 2.254 ss.)⁴³, al contempo stabilendo che il *praetor fideicommissarius* potesse imporre l'accettazione coatta dell'*hereditas* all'erede onerato su richiesta dell'onorato (Gai. 17 *ad ed. prov. D. 29.4.17*)⁴⁴.

⁴³ Gai 2.254. *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permessa est. per quod senatus consulto ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissum reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. 255. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. 256. At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto. 257. Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retineat quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarum legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt. 258. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. 259. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.*

⁴⁴ Gai. 17 *ad ed. prov. D. 29.4.17*: *Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: nam liberum cuique*

Pertanto, bisogna prendere le mosse dall'articolata disciplina del senatusconsulto in parola restituitaci da Gaio per svolgere ulteriori riflessioni. A ben guardare, la richiesta di Mevia agli eredi di restituire *omnis substantia* a Lucio Tizio e Gaio Seio corrisponde al caso previsto in Gai 2.256, *at si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto*, che permette di applicare le disposizioni del Trebelliano. Al fine di individuare con più precisione la fattispecie gaiana integrata da D. 36.1.80(78).1, è necessario analizzare la condotta ascrivibile agli eredi.

Se, da un lato, è vero che la stringata descrizione dei fatti non consente di mettere a fuoco con precisione il comportamento degli onerati, dall'altro, è altrettanto vero che il passo non solleva problemi circa la mancata accettazione dell'eredità: Lucio Tizio e Gaio Seio, infatti, si limitano a chiedere un parere sulla *petitio fideicommissi*, cosicché è da scartare che l'ipotesi in esame coincida con quella riportata in Gai 2.258⁴⁵.

Il caso sottoposto al giurista mi pare quindi riconducibile alla fattispecie descritta in Gai 2.257, *sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera he-*

esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictas sint, non magis tributum est quam legatariis, su cui v. P. VOCI, *Diritto*, vol. II, cit., p. 346 ss.; U. MANTHE, *Das 'senatus consultum Pegasianum'*, Berlin, 1989, pp. 79 ss., 137 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 184 ss. Tra gli studi più recenti in tema di *senatus consultum Pegasianum*, cfr. U. BABUSIAUX, *Wege*, cit., p. 288 ss.; B. ERCHARDT, voce '*Senatus consultum Pegasianum*', in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford, 2018, p. 1 ss., disponibile online al seguente url: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199381135.013.8273>; V.M. MINALE, *La materia*, cit., p. 205 s.

⁴⁵ Gai 2.258: *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur Pegasiano senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris esset ex senatus consulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.*

reditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt, riguardante il diritto degli eredi di trattenere la quarta, ovvero di rinunciarvi. In questa cornice, si deve escludere che gli onerati abbiano già effettuato una *restitutio* per intero, in considerazione sia del rimedio oggetto del responso, sia dell'assenza di qualsivoglia riferimento all'atto unico di cessione, consistente in una manifestazione di volontà priva di forma, espressa o tacita, probabilmente una dichiarazione, una messa a disposizione delle *res hereditariae* o una ratifica della presa di possesso da parte dell'onorato⁴⁶.

Si potrebbe immaginare che Lucio Tizio e Gaio Seio avessero chiesto il parere di Scevola in ordine alla possibilità di ottenere dai figli di Mevia l'esecuzione del fedecommesso avente per oggetto l'intero patrimonio, e che il giurista, a mente della disciplina del *senatus consultum Pegasianum* tratteggiata in Gai 2.257, avesse loro negato una simile *petitio fideicommissi*, prefigurando ai richiedenti il diritto alla *quarta Pegasiana* degli eredi. Per dar corso alla disposizione fedecommissaria, in altre parole, sarebbe stato opportuno decurtare il *petitum*, da circoscrivere ai tre quarti dell'*hereditas*. Una prima ragione del responso, quindi, andrebbe ravvisata nell'inevitabile riduzione del *quantum* della domanda avanzata dagli onorati.

Alla base della risposta scevoliana vi è anche un'altra *ratio*, concernente la correttezza dello strumento processuale prescelto. Nell'ipotesi in cui la disposizione fedecommissaria avesse violato le previsioni del *senatus consultum Pegasianum*, infatti, non si sarebbe applicato il regime giuridico del

⁴⁶ Cfr. Ulp. 16 *ad ed.* D. 36.1.38 pr.: *Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restitueret ille suscipere, non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur. sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur*. In argomento, v. P. Voci, *Diritto*, vol. II, cit., p. 359 e nt. 76.

senatus consultum Trebellianum, secondo cui il fedecommissario, *loco heredis*, avrebbe potuto esperire l'*hereditatis petitio fideicommissaria* (Gai 2.255)⁴⁷. Al contrario, il beneficiario di un tale *fideicommissum* sarebbe stato nella posizione dell'onorato di un *legatum partitionis*, di talché la *restitutio* della spettante quota ereditaria sarebbe avvenuta mediante le *stipulationes partis et pro parte*, tutelate dalla relativa *actio ex stipulatu*⁴⁸. Per questo motivo, quindi, il giurista avrebbe sentenziato che Lucio Tizio e Gaio Seio – beneficiari di una disposizione fedecommissaria avente per oggetto l'interezza del patrimonio e quindi contraria alle previsioni del Pegasiano – *fideicommissum petere non posse*, dovendo gli stessi ricorrere all'*actio ex stipulatu*.

Che questo fosse il probabile tema della disputa, inoltre, è comprovato anche dall'ubicazione di Scaev. 21 *dig. D.* 36.1.80(78).1 nel titolo *Ad senatus consultum Trebellianum*, poco sopra richiamato.

A ciò mi pare potersi aggiungere lo stile essenziale e sintetico del responso scevoliano, *respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse*. La risposta, concentrata sul rimedio processuale, è perentoria e priva di solidi appigli a favore di una spiegazione incentrata sull'inquadramento o sulla patologia dei negozi attuativi del fedecommissario: ciò dimostra nuovamente la necessità di attenersi alle regole in materia successoria per la risoluzione del caso di specie.

⁴⁷ Gai 2.255: *Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

⁴⁸ Sul punto, v. per tutti P. Voci, *Diritto*, vol. II, cit., p. 345 ss.

5. Osservazioni conclusive

Lo studio sin qui condotto ha tentato di proporre una nuova e diversa interpretazione della risposta *fideicommissum petere non posse* in Scaev. 21 *dig.* D. 36.1.80(78).1; più nello specifico, il frammento è stato ricondotto entro il sistema della successione ereditaria, fondamentale per decifrare l'argomentazione sottesa al responso scevoliano, che prende le mosse dalla disciplina del *senatus consultum Pegasianum*, in particolare da Gai 2.257.

Ancorché esuli dal problema posto dalla fonte, in queste battute finali credo sia utile tentare di qualificare – seppur in via congetturale, attesa la mancanza di sicuri appigli testuali – la fattispecie sottesa alla locuzione *pro deposito sine usuris*; operazione che mi permette, al tempo stesso, di ripercorrere gli snodi essenziali del ragionamento.

La configurabilità di una *παρακαταθήκη* mi pare da respingere sia per gli effetti *inter vivos* del contratto sia per l'oggetto del medesimo, individuato dalle fonti nel denaro, se si pensa allo schema tipico del deposito irregolare in parola. Nel caso di specie, non sono ravvisabili tali elementi essenziali. In primo luogo, il negozio giuridico attuativo della disposizione fedecommissaria ha efficacia *mortis causa*, ma una simile applicazione della *παρακαταθήκη* è inverosimile, dal momento che il brano scevoliano sarebbe un *unicum* in questa direzione. In secondo luogo, quanto all'oggetto, occorre considerare la plurima composizione dell'intero patrimonio di Mevia, probabilmente costituito anche da *res Mancipi*, comprensive di beni immobili: un simile asse ereditario non avrebbe potuto essere trasferito ai nipoti, conformemente alla volontà dell'ereditanda, mediante l'impiego di questo deposito irregolare. Tale soluzione, inoltre, non spiegherebbe la presenza della preposizione *pro* nella locuzione *pro deposito sine usuris*.

L'attestazione dell'esistenza di un esecutore testamentario, nelle persone di Lucio Tizio e di Gaio Seio, nonché la sua compatibilità con l'istituzione di erede, è oltremodo dubbiosa.

L'ipotesi che ritengo più persuasiva è rappresentata dalla *fiducia cum amico* attuata a scopo di deposito, non solo per

la sua aderenza al tenore letterale del brano – non mi sembra casuale, infatti, che si sia anteposto *pro* a *deposito* – ma anche per la sua idoneità a realizzare la disposizione fedecommissaria, tesa a rendere proprietari i nipoti una volta compiuti i venticinque anni. *L'amicitia* tra gli onorati e gli onerati, infatti, non pare configurare un elemento essenziale della fattispecie e, ad ogni modo, non si rinvencono divieti dell'impiego di un duplice rapporto fiduciario, *fideicommissum-fiducia*: al contrario, è conclamata l'ampiezza dell'oggetto del fedecommissario.

ISABELLA ZAMBOTTO, Sulla concessione della *petitio fideicommissi*. Riflessioni a margine di Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1.

Il contributo si sofferma su un responso di Quinto Cervidio Scevola, escerpito da D. 36.1.80(78).1, in materia di *petitio fideicommissi*, allo scopo di individuare le ragioni della mancata concessione dell'azione nel caso di specie. Dopo aver ripercorso criticamente gli esiti degli studi precedenti, che rinvenivano nella fattispecie ora un'ipotesi di nullità del fedecommesso universale per la duplicità del rapporto fiduciario, ora un problema di legittimazione attiva nella cornice della παρακαταθήκη o dell'esecutore testamentario, l'indagine propone una rinnovata interpretazione del frammento, prendendo le mosse dalla disciplina del *senatus consultum Pegasianum*, tratteggiata in Gai 2.257.

Parole chiave: fedecommesso universale, *petitio fideicommissi*, quarta Pegasiana, *fiducia cum amico*, παρακαταθήκη, esecutore testamentario.

ISABELLA ZAMBOTTO, On the Admission of *petitio fideicommissi*. Some Reflections on Scaev. 21 dig. D. 36.1.80(78).1

The essay investigates a response of Quintus Cervidius Scaevola, extracted from D. 36.1.80(78).1, about *petitio fideicommissi*, to identify the reasons for the failure to grant the action in this case. After critically reviewing the results of previous studies – which qualified this case as a hypothesis of nullity of the universal *fideicommissum* due to the duplicity of the fiduciary relationship, or as a problem of active legitimation in the framework of παρακαταθήκη or of the executor – the study proposes a renewed interpretation of the fragment, starting from the discipline of the *senatus consultum Pegasianum* in Gai 2.257.

Key words: universal *fideicommissum*, *petitio fideicommissi*, quarta Pegasiana, *fiducia cum amico*, παρακαταθήκη, executor.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 1 2023

Geraldina BONI, Professoressa ordinaria di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Rossella LAURENDI, Professoressa ordinaria di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Genova

Francesca TAMBURI, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Firenze

Laura Maria FRANCIOSI, Ricercatrice confermata di Diritto privato comparato, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Cristiano IURILLI, Ricercatore di Diritto privato, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Elena MARELLI, Ricercatrice di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bergamo

Marianna BIRAL, Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Trento

Monia CIRAVEGNA, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Torino

Francesco Salvatore REA, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Alberto TOMER, Assegnista di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Isabella ZAMBOTTO, Assegnista di ricerca in Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Verona

Alessandro AGRÌ, Professore a contratto in History of Medieval and Modern Law, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Ilaria SAMORÈ, Dottoranda di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 1 2023

<i>Geraldina Boni</i> , Il matrimonio concordatario: istituto attuale o anacronistico?	1
<i>Rossella Laurendi</i> , La «toparchia unica» e il « <i>tyrannus</i> della Triacontaschene donde (inizia) l’Etiopia» nelle <i>res gestae</i> di Cornelio Gallo.....	108
<i>Francesca Tamburi</i> , Nel laboratorio dei generi letterari del primo principato. Un’ipotesi su Tizio Aristone.....	128
<i>Laura Maria Franciosi</i> , Le criptovalute nel contesto della compravendita internazionale di beni mobili: una prospettiva comparatistica	212
<i>Cristiano Iurilli</i> , L’ordine pubblico ‘neutro’ ed il bilanciamento degli interessi nell’autonomia privata. Colloquio con il legislatore sull’eteroesclusione dai contratti di gioco e scommessa. Profili comparativi.....	235
<i>Elena Marelli</i> , Il tabellionato in età giustiniana (parte II). Il controllo dei <i>tabelliones</i> sul contenuto dei documenti e l’efficacia probatoria degli atti tabellionici	277
<i>Marianna Biral</i> , Il caso Ustica: anatomia di un processo irripetibile.....	300
<i>Monia Ciravegna</i> , La virulenza dei simboli e la terapia della <i>cancel culture</i> : dalla statua della Vergine Maria di La Flotte-en-Ré alle « <i>cruces de caídos</i> ».....	324
<i>Francesco Salvatore Rea</i> , «... <i>donec contrarium probetur</i> ». La figura dell’indagato nella <i>investigatio præviva</i> tra esigenze di accertamento e garanzie di difesa.....	344
<i>Alberto Tomer</i> , Dalla Costituzione Apostolica <i>Praedicare Evangelium</i> alla prospettiva di una legislazione sulla Sede romana impedita: uno sguardo al ruolo del Cardinale Camerlengo tra novità recenti e ipotesi future	444
<i>Isabella Zambotto</i> , Sulla concessione della <i>petitio fideicommissi</i> . riflessioni a margine di Scaev. 21 <i>dig.</i> D. 36.1.80(78).1	487
<i>Alessandro Agri</i> , Due ‘oasi’ di criminalità a fine Ottocento. I casi di Artena e Livorno	515

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

Archivio giuridico Filippo Serafini online è numero speciale della Rivista *Archivio giuridico Filippo Serafini* (ISSN: 0391-5646) per la pubblicazione *open access* di contributi. Tale modalità, come noto, risponde agli *standards* internazionali in ordine all'accessibilità e alla diffusione dei risultati della ricerca scientifica.

Dopo avere superato la procedura di revisione *double-blind peer review*, gli articoli accettati sono pubblicati *in progress*. La pubblicazione definitiva avviene con la fascicolazione semestrale della versione telematica.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Le opinioni espresse negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; Scopus.

