

Il rispetto per la volontà del *de cuius* sull'esempio dei fedecommessi romani

per Franciszek LONGCHAMPS DE BÉRIER (*)

(Varsavia)

1. Era convinzione generale dei Quiriti che la dimostrazione del rispetto per la volontà del *de cuius* era dovere precipuo degli eredi. Questa convinzione trovò conferma anche nelle norme giuridiche create, e nella storia ultra millenaria del diritto romano non mancano esempi a questo proposito.

L'antica legge delle XII tavole comprendeva la seguente disposizione : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto (tabula V.3) (1)*. Conformemente a questa regola la volontà del *de cuius* espressa nella forma prescritta acquisiva forza di

*) L'autore è borsista della fondazione *Fundacja na Rzecz Nauki Polskiej*.

1) G. 2.224 = I. 2.24 pr.; D. 50.16.120. Pomponius *libro quinto ad Quintum Mucium*; Ulp. 11.14; cfr *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, Florentiae 1941, pp. 37-38.

norma con effetto vincolante (*erga omnes*) nei confronti di tutti, e le disposizioni date in forza di essa avevano la precedenza sui regolamenti previsti dalle leggi sulla successione *mortis causa*. Si può, quindi, presumere che fin dall'inizio i Romani ammisero il diritto di decidere della sorte del proprio patrimonio *mortis causa*. Evidentemente ciò costituiva una conseguenza logica del riconoscimento e della tutela della proprietà; il suo attributo — *ius disponendi* — non veniva limitato alle disposizioni *inter vivos*, ma veniva esteso anche a quelle *mortis causa*.

La norma indicata, messa per iscritto alla metà del V secolo avanti Cristo, era in vigore e a quanto sembra veniva interpretata sempre nello stesso modo per tutto il periodo della repubblica. Nell'ultimo secolo di essa Cicerone in *In M. Antonium oratio Philippica secunda* 42 sosteneva : *In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*. A suo avviso, quindi, l'efficacia giuridica delle ultime volontà contenute nel testamento era tanto durevole e sicura quanto potente era la legge votata dal popolo. Perciò un Romano aveva, nel campo del diritto privato, tanto potere *mortis causa* sui propri beni quanto i cittadini, nel campo del diritto pubblico, sugli affari della repubblica. Gli ufficiali, cioè le persone attive nell'ambito degli affari pubblici, giuravano fedeltà alle leggi. Visto che tutti partecipavano *in privatis*, nei loro obblighi doveva rientrare l'adempimento di quanto richiesto dal *de cuius*.

Per questo motivo particolarmente interessante sembra il frammento dell'opera di Cervidio Scevola :

D. 31.88.17. Scaevola *libro tertio responsorum* : '*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam : et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*'...

Vi fu citato l'atto di ultima volontà di un ereditando che faceva presente d'aver compilato il testamento senza l'assistenza d'un esperto giuridico. Nello stesso tempo, però, avvertiva che le eventuali imperfezioni giuridiche non avrebbero dovuto dare adito a una persona di retto giudizio d'inficiarne il dispositivo. Evidentemente considerò superflo un aiuto da parte del giurista perchè era convinto che la volontà dell'uomo retto avrebbe dovuto considerare come legge vigente le sue disposizioni. Sembra, quindi, che il frammento dei *responsa* di Scevola indichi che, anche ai tempi dell'impero e nel periodo del pieno rigoglio del diritto romano classico, si ritenesse, per rispetto della volontà del *de cuius*, la volontà di quest'ultimo avessero la precedenza nei confronti delle norme di legge.

I compilatori giustiniani già al dodicesimo posto dell'ultimo titolo del Digesto apposero la seguente regola : *in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur* (2). Inserirono così l'obbligo di ricercare la vera intenzione dell'ereditando ed inoltre la richiesta che l'interpretazione del testamento fosse tale da realizzare il desiderio del testatore nel modo più completo

2) D. 50.17.12. Paulus *libro tertio ad Sabinum*.

possibile. Ciò indubbiamente costituiva una manifestazione del rispetto della volontà del *de cuius* e la volontà di andare incontro alle sue aspettative. Pare che fosse importante anche l'*argumentum a rubrica* : il fatto che questa norma fosse collocata all'inizio del titolo *de diversis regulis iuris antiqui* testimonia il particolare peso che le veniva dato. Siccome la regola citata fu una delle prime che riguardavano il diritto ereditario, sembra che l'ubbidienza alla volontà del *de cuius* avesse un'importanza addirittura fondamentale per questa branca del diritto romano.

2. Dal punto di vista morale la dimostrazione del rispetto della volontà del *de cuius* merita una valutazione indubbiamente positiva. Nella pratica sociale essa ha, però, non solo un aspetto etico. Da un lato è giusto ed equo per la memoria del *de cuius*, e tutta la *benigna interpretatio* ⁽³⁾ del contenuto di una data attività *mortis causa* serve a dimostrare tutta la verità sui suoi desiderata. Dall'altro lato, un esatto adempimento della volontà del *de cuius*, e specialmente l'allineamento della convinzione della necessità di tale comportamento, permette ai potenziali ereditandi di nutrire una fondata speranza che anche la loro volontà, riguardante la sorte del proprio patrimonio, sarà adempiuta *mortis causa*. Perciò le comunità nella creazione delle norme con cui si governano, considerano utile l'introduzione di strumenti legali che impongono di esigere l'ubbidienza alle disposizioni di ultima volontà. Va osservato che succedeva così già nell'antica Roma.

3) Cfr D. 50.17.56. Gaius *libro tertio de legatis ad edictum provinciale*.

I romanisti fanno notare che il rispetto per la *voluntas testantium* richiedeva di cercare nonchè di attuare la volontà del *de cuius* nella forma più fedele e più pura, o almeno nella sua forma presunta o in quella più probabile. Si doveva fare il possibile per dimostrare quello che il *de cuius* intendeva, desiderava e voleva raggiungere, anche quando nelle sue azioni non teneva conto della natura della *heredis institutio* nè del testamento in quanto atto formale (4). I romanisti, quindi, sottolineano che il rispetto verso il defunto veniva dimostrato attraverso un'interpretazione della sua ultima volontà così da ottenere un effetto conforme all'intenzione dell'ereditando. Gli sforzi interpretativi costituivano, però, solo un aspetto particolare dell'ubbidienza nei confronti dei desideri del *de cuius*.

Nell'analisi delle soluzioni legali non si può tralasciare l'aspetto generale del rispetto della *voluntas testantium* la quale si esprimeva nella creazione di nuovi regolamenti che facilitavano una libera disposizione del patrimonio *mortis causa*. Furono tutelate le disposizioni che non rientravano nell'attuale schema del diritto ereditario, ovviamente per quanto conciliabili con le norme esistenti e non contrarie alle buone costumianze.

Sembra che i fedecommessi costituiscano un esempio appropriato e significativo di come in pratica veniva dimostrato il rispetto per la volontà del *de cuius*. Grazie ad essi si può indicare l'entità sia particolare che generale di questo rispetto e conseguente uniformazione all'anzidetta volontà.

4) Cfr ad es. A. SUMAN, "*Favor testamenti*" e "*voluntas testantium*". *Studio di diritto romano*, Roma 1916, p. 3.

3. Non è difficile provare l'entità particolare del rispetto della *voluntas testantium*. Essa risulta direttamente dalle interpretazioni delle espressioni ambigue del testatore fatte dagli imperatori e dalla giurisprudenza. Come esempio servano anche i metodi per l'eliminazione dei dubbi provocati dalle espressioni concrete usate dagli ereditandi allo scopo di costituire il fedecommesso universale. Vale la pena di cominciare dalla decisione presa dall'imperatore Marco Aurelio.

D. 31.67.10. Papinianus *libro nono decimo quaestionum* : *Item Marcus imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat "non dubitare se, quodcumque uxor eius cepisset, liberis suis reddituram", pro fideicommisso accipienda. quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat : et ideo princeps providentissimus et iuris religiosissimus cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

Dal frammento citato si evince che Marco Aurelio considerò che con le parole *non dubitare...* il testatore desiderava gravare la propria moglie con un fedecommesso universale. Perciò l'imperatore rispose nel rescritto che tale espressione andava trattata come fedecommesso e che alle persone, che l'ereditando voleva beneficiare del suo patrimonio, doveva essere concessa la tutela. Papiniano loda la decisione di Marco Aurelio di prendere in considerazione il contenuto di tutta l'espressione usata dal

testatore in caso di mancanza dei *fideicommissi verba* concreti. Sembra, quindi, che la decisione dell'imperatore trovasse una grande approvazione perché era una conferma ufficiale dell'opinione che era già stata espressa precedentemente dalla giurisprudenza. Potrebbe testimoniare ciò il testo premesso direttamente al suddetto frammento (5).

D. 31.67.9. Papinianus *libro nono decimo quaestionum* :
Si omissa fideicommissi verba sint et cetera quae leguntur cum his, quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum exemplo institutionis legatorumque intelletur : quam sententiam optimus quoque imperator noster Severus secutus est.

Nel testo citato Papiniano osservava che nel caso dei fedecommissi venivano applicati gli stessi metodi d'interpretazione quali erano in uso a proposito della costituzione dell'erede o dei legati. Questi fece presente che nel caso in cui mancassero i *fideicommissi verba*, mentre il resto della disposizione *mortis causa* era comprensibile e conforme con quant'altro richiesto della costituzione dei fedecomessi, si doveva ritenere che il fedecommissario fosse stato costituito conformemente alle legge. Il giurista sottolineò che anche l'imperatore Settimio Severo condivise questa opinione. Secondo Pasquale VOCI, egli lo fece, però, in modo particolare. La menzione di Papiniano sembra indicare non tanto una costituzione quanto l'emanazione di una direttiva legislativa. Perciò la regola

5) O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Lipsiae 1889, s.v. *Papinianus* 281, col. 853-854.

menzionata riguardante i metodi d'interpretazione non proveniva dalle *constitutiones* concrete, ma le costituzioni venivano fuori da questa regola (6). Essa venne espressa, per esempio, nella costituzione tardo classica dell'imperatore Gordiano compresa nel titolo *de fideicommissis* del Codice Giustiniano.

C. 6.42.10. Imp. Gordianus A. Firmo : *Verbum "volo" licet desit, tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. PP. iii id. Dec. Gordiano A. et Aviola cons. (a. 239).*

Nel frammento citato l'imperatore decise che nel caso in cui nell'espressione mancasse la parola *volo*, si doveva considerarla presente, se in questo modo sarebbe stato dimostrato in pieno il significato fedecommissario di una data disposizione *mortis causa*. Però il testo lapidario della costituzione non dovrebbe ingannare : nei frammenti citati D. 31.67.10, D. 31.67.9, e perfino in C. 6.42.10 non si trattava tanto dell'uso di parole concrete quanto di osservare maggiormente una certa forma. Lo scopo principale degli sforzi d'interpretazione intrapresi dagli imperatori e dalla giurisprudenza romana consisteva nell'individuazione della volontà reale dell'ereditando e nell'accordarle, per quanto possibile, la tutela giuridica. Il frammento dell'opera di Paolo sembra confermare questa opinione.

6) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², vol. II. *Parte speciale*, Milano 1963, p. 901; cfr anche A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975, p. 114.

D. 36.1.76 pr. Paulus libro secundo decretorum : *Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι. pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum heredem faceret : sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.*

Il giurista presenta la decisione dell'imperatore il quale riconobbe che il fedecommesso universale spettava in base all'ordine del padre diretto alla figlia di non fare testamento finché non avrebbe partorito il figlio. Siccome il padre aveva anche un figlio, secondo l'imperatore facendo testamento richiedeva che tutta l'eredità spettasse a questo figlio, nel caso della mancata realizzazione della condizione posta. L'ultima frase del testo citato è, però, la più significativa. In esso non c'è una motivazione per la risoluzione attraverso il richiamo alle parole concrete, ma l'attenzione rivolta all'intenzione di onerare la figlia con un fedecommesso universale a favore di suo fratello. La disposizione compresa nel testamento ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι. venne considerata come onere di un fedecommesso universale, il che venne evidenziato dalla concessione della tutela giuridica accordata a questa disposizione.

Per le valutazioni sulla volontà reale dell'ereditando, un certo peso può avere anche un altro testo tratto dalle opere dello stesso giurista.

D. 36.1.20.1. Paulus *libro tertio ad Sabinum* : “*Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris*”. *ex senatus consulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit “rogo hereditatem illam restituas” : nec verba spectantur senatus consulti, sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.*

Paolo citò nel suddetto frammento l’opinione di Tizio Aristo, un giurista degli anni a cavallo tra il I° e il II° secolo (7). A suo giudizio si doveva rivolgere l’attenzione non tanto alla conformità delle espressioni concrete con il senso del senato consulto Trebelliano (8), quanto piuttosto alla *sententia verbis* del testatore. Perciò si decise di interpretare il verbo *partior* come *restituere*. La soluzione fu probabilmente dettata dalla voglia di concedere la tutela giuridica conformemente all’intenzione del testatore, nonostante ignorasse le decisioni del *senatus consultum*. Ne risulta che, secondo Aristo, se solo il testatore avesse espresso il desiderio di restituire l’eredità alla persona indicata, le si sarebbe dovuto accordare la tutela giuridica.

Il testo D. 50.17.96 sembra un buon riassunto delle considerazioni fatte finora sull’interpretazione delle espressioni

7) R. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire. A Study of Relations between the Roman Jurists and the Emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989, pp. 213-221.

8) G. 2.253; D. 36.1.1.1-2 Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*; I. 2.23.4.

che, nell'intenzione dell'ereditando, potevano avere come scopo l'onere di un fedecommesso universale.

D. 50.17.96. Maecianus *libro duodecimo fideicommissorum* : *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset.*

Questo frammento deriva dal 12° libro delle *quaestiones de fideicommissis* — l'opera più importante di L. Volusio Meciano, insegnante di diritto dello stesso Marco Aurelio ⁽⁹⁾. Nel testo citato il giurista confermò che nel caso sorgessero dei dubbi d'interpretazione, in primo luogo si doveva esaminare l'intenzione dell'ereditando. Ne conseguiva che non l'uso delle parole concrete, ma la volontà del testatore doveva stabilire l'elemento costitutivo del fedecommesso.

Evidentemente gli imperatori e la giurisprudenza si concentrarono sull'aspetto esterno, e non sull'intenzione reale dell'ereditando. In vero si può opporre e sottolineare che essa si esprime proprio in questa. Tuttavia va ricordato che nella manifestazione dell'intenzione, i non giuristi molto spesso si servono delle parole in modo maldestro ed impreciso. Capita spesso che solo le circostanze permettono di mostrare in pieno l'intenzione dell'ereditando; e queste circostanze sono tanto ovvie che non potrebbero essere ignorate neanche dal più grande formalista.

9) Th. MAYER-MALY, *s.v. Volusius* 7, RE IX A1, Stuttgart 1961, col. 904-906.

A questo punto vale la pena indicare i tre seguenti testi :
D. 32.11.1, D. 28.1.29 pr. e D. 29.7.17.

D. 32.11.1. Ulpianus *libro secundo fideicommissorum* :
*Quotiens quis exemplum testamenti praeparat et prius
decedat quam testetur, non valent quasi ex codicillis quae
in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi
scriptura habet : et ita divum Pium decrevisse Maecianus
scribit.*

D. 28.1.29 pr. Paulus *libro quarto decimo responsorum* :
*Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum
parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec
ea quae fideicommissorum verba habent peti posse.*

D. 29.7.17. Paulus *libro tertio sententiarum* : *Litterae,
quibus hereditas promittitur vel animi adfectus
exprimitur, vim codicillorum non optinent* ⁽¹⁰⁾.

Nel primo frammento Ulpiano, invocando la trasmissione di Meciano, presentò il contenuto del decreto di Antonino Pio. L'imperatore con esso decise che fare un esempio o piuttosto un progetto di testamento non produceva effetti giuridici nemmeno quando una data persona non avesse lasciato alcuna disposizione *mortis causa*. Nel testo venne sottolineato che anche se lo scritto avesse compreso *verba fideicommissi* sarebbe stato impossibile considerarlo anche come codicillo (il che chiudeva la possibilità di rivendicare l'eredità fedecommissaria). La soluzione dell'imperatore sembra ovvia, se si prende in considerazione che nessun

10) = PS 3.5a.

exemplum esprime l'intenzione di obbligare qualcuno a qualcosa. Esso testimoniava al massimo il desiderio o la previsione di una certa eventualità, ma non la volontà di produrre un concreto effetto giuridico.

Il secondo dei testi citati è completamente conforme con la sostanza del D. 32.11.1. Paolo in esso sottolineò nettamente che lo scritto, preparato affinché sulla sua base fosse redatto il testamento, non produceva alcun effetto giuridico, se redigendolo non si fossero rispettate le forme richieste per l'atto di ultima volontà. Il giurista osservò che allora non venivano riconosciute le disposizioni contenute in essa di carattere fedecommissario. La sua osservazione, simile a quella di D. 32.11.1, sembra eccezionalmente importante perché ai tempi di Ulpiano e Paolo gli eredi *ab intestato* venivano sicuramente gravati con le eredità fedecommissarie. Allorché veniva fuori che il documento preparato non era un testamento, il che produceva la successione intestata, alla persona indicata nello scritto come fedecommissario mancavano le basi per poter pretendere la realizzazione del fedecommissario. Non poteva neanche argomentare che lo scritto fosse un codicillo. Della qualcosa trattò direttamente Ulpiano in D. 32.11.1. Entrambi i giuristi qui concordavano sotto ogni aspetto.

Nel frammento successivo, tratto dal terzo libro delle *Sententiae*, Paolo indicò inoltre che la promessa di eredità o il desiderio stesso di beneficiarne qualcuno (*animi adfectus*), espresso nella lettera, non costituiva un codicillo, cioè non provocava nessuna conseguenza. Perciò ancora più chiaramente

di prima si vede che per i giuristi classici la tendenza a trasferire l'interessa dei diritti *mortis causa* non costituiva ancora un'intenzione di produrre gli effetti giuridici. Tutti i testi citati testimoniano espressamente che solo la voglia di obbligare poteva avere carattere costitutivo per i fedecommessi che, unici, servivano alla restituzione dell'eredità anche con i codicilli.

Il frammento di D. 29.7.13.1 proveniente dal 19° libro delle *quaestiones* di Papiniano permette di guardare il problema in questione da un'altro lato.

D. 29.7.13.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum* : *Tractari solet de eo, qui, cum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit : "Titium heredem esse volo". sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit an vero testamentum facere se existimaverit : nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. voluntatis autem quaestio ex eo scripto plerumque declarabitur : nam si forte a Titio legata relinquit, substitutum adscripsit, heres si non existisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelletur.*

Papiniano in esso diede delle indicazioni facilitanti l'interpretazione dell'espressione "*Titium heredem esse volo*" compresa nel codicillo cioè della persona che non aveva fatto testamento. Secondo il giurista non bastava che le parole citate

potessero essere considerate come *verba fideicommissi* (11). Si doveva appurare se l'ereditando avesse voluto effettivamente costituire nel codicillo il fedecommesso universale e onerare con esso l'*heres legitimus*. Poiché è probabile che l'ereditando, in questo modo maldestro, desiderasse fare testamento. Allora, però, questo atto giuridico sarebbe stato considerato come *inutilis* per il mancato rispetto della forma della *heredis institutio*. Il giurista decise di vincolare la soluzione della questione dalla reale intenzione del *de cuius* e propose di approfondirla grazie all'analisi dello stesso scritto. A suo parere l'apparizione nel testo delle espressioni con cui venivano costituiti i sostituti o i legati, avrebbe dovuto dissipare tutti da ogni dubbio sull'intenzione dell'ereditando di fare testamento oppure un fedecommesso universale in un codicillo non confermato.

Il ragionamento accettato da Papiniano in D. 29.7.13.1 fece vedere che il giurista preferiva la volontà del *de cuius* alla letterale interpretazione formale dello scritto lasciato, nonostante che essa potesse sembrare a qualcuno più vantaggiosa. Gli sarebbe stata data una efficacia giuridica a spese del rispetto dell'intenzione reale dell'ereditando, ed a ciò, un eccellente giurista non poteva acconsentire. Egli prepose a tutto il reto, quindi, la vera volontà del *de cuius*.

Per quanto, dunque, Ulpiano nel D. 32.11.1 nonchè Paulo nel D. 28.1.29 pr. e nel D. 29.7.17 permettano di notare che per

11) Cfr D. 40.5.24.8. Ulpianus libro quinto fideicommissorum : ...non tantum enim verba fideicommissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam.

la costituzione del fedecommesso si richiede non la volontà, ma la volontà di obbligare; Papiniano, invece, nel D. 29.7.13.1 dimostra che non le parole che la esprimono ma essa stessa doveva esistere realmente perchè si desse vita al fedecommesso universale. Pare che i primi due facciano notare che per conoscere la vera intenzione di obbligare possono servire le circostanze che la accompagnano; l'ultimo aggiunge che anche lo scritto stesso può risultare molto utile. Tutti sottolineano invariabilmente il significato costitutivo della volontà di obbligare qualcuno *mortis causa* a fare disposizioni a beneficio della persona indicata, e non quello delle parole, le quali soltanto la esprimono. Ciò costituisce un esempio eloquente di una enorme sottigliezza nell'interpretazione dell'ultima volontà, e di conseguenza di una grande accuratezza che adoperavano per essere fedeli all'ultima volontà del *de cuius*.

4. L'interpretazione delle dichiarazioni di volontà non costituiva l'unico modo con cui gli imperatori e la giurisprudenza cercavano di mostrare il rispetto dei desiderata del *de cuius*. Le loro azioni offrono un esempio anche di quello che sopra è stato definito come aspetto generale del rispetto e uniformazione alla *voluntas testantium*. Sembra che ciò si esprimesse prima di tutto attraverso la concessione del riconoscimento giuridico ai fedecommessi. Ne fa fede il frammento delle Istituzioni giustiniane :

I. 2.23.1 : *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus*

cogebatur praestare id de quo rogatus erat : quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant : et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem : tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant (12).

All'inizio tutti i fedecommissi non godevano della tutela giuridica perchè nessuno veniva costretto, contro la propria volontà, a fare quello che gli era stato richiesto nel testamento, appellandosi solo alla sua *fides*. Considerata la notevole disonestà degli eredi (Cicerone (13) ci ha trasmesso esempi di tale infedeltà) Augusto autorizzò i consoli a concedere il riconoscimento giuridico ai fedecommissi. Sorse così una regolare giurisdizione che costituiva la prima delle note *cognitiones extraordinariae*. Dal testo presentato risulta che la decisione dell'imperatore sulla

12) Cfr I. 2.23.12 : *Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt et ideo divus Augustus ad necessitatem iuris ea detraxit...*

13) Cic., *fin.* 2.55; Cic., *Verr.* II. 1.123-124.

concessione della tutela giuridica ai fedecommessi fosse stata riconosciuta come equa. Essa godeva di popolarità, il che significa che venne appoggiata dai cittadini. Pare che fosse approvata dalla giurisprudenza, di cui indirettamente è testimone l'atteggiamento dei due suoi rappresentanti Trebatio Testa e Labeo verso l'introduzione dei codicilli da parte di Augusto — cioè di un nuovo istituto del diritto ereditario la cui comparsa era strettamente legata agli inizi dei fedecommessi (14).

Il rispetto per le richieste del *de cuius* si esprimeva non solo nelle azioni intraprese dagli imperatori e dalla giurisprudenza. Anche l'attività del senato serviva a rispettare meglio l'intenzione degli ereditandi. Nel caso dei fedecommessi universali il trasferimento dei debiti e dei crediti ereditari al fedecommissario creava particolari difficoltà. Grazie al fatto che vennero emessi il *senatus consultum Trebellianum* ed il *senatus consultum Pegasianum* si riuscirono a creare sia le norme che le forme di tale restituzione dell'eredità (15). Tutto ciò per rendere il fedecommissario un successore dell'ereditando nei confronti dell'insieme dei diritti. Così rendevano possibile la piena realizzazione delle intenzioni degli ereditandi che si erano decisi a costituire il fedecommesso universale.

14) I. 2.25 pr. Cfr F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Allargamento della circolazione dei beni mortis causa : le origini del fedecommesso*, Mélanges Kupiszewski, Varsovie 1996, pp. 205-214 [= *Origo Fideicommissorum*, Acta Universitatis Wratislaviensis n° 1853, Prawo 249/1996, pp. 27-34].

15) G. 2.251-259.

Le soluzioni adottate e dagli imperatori e dal senato, oppure dalla giurisprudenza miravano ad aumentare la libertà di disposizione del patrimonio *mortis causa* proprio con i fedecommissi per i quali non era richiesta nessuna forma. La costituzione di essi veniva condizionata solo alla volontà di obbligare, espressa dal *de cuius*. Ciò permetteva di mantenere in vigore tali disposizioni *mortis causa* che finora non avevano potuto contare sulla tutela del diritto ereditario. La concessione del riconoscimento giuridico ai fedecommissi, di cui venivano gravati gli eredi *ab intestato* ⁽¹⁶⁾, costituì un esempio significativo, il che creò agli ereditandi molte agevolazioni. Grazie ai fedecommissi potevano modificare in pratica l'ordine della successione *ab intestato*, e nello stesso tempo evitare i pericoli che per le disposizioni *mortis causa* creava la procedura contro il testamento. Innanzitutto il fedecommesso universale li tutela dalle complicazioni giuridiche legate alla stesura del testamento ed inoltre permetteva di indicare il successore a titolo universale, qualora esistesse il pericolo che non si sarebbe riuscito ad adempiere alla forma prescritta per la costituzione di un erede. Il gravare gli eredi *ab intestato* dei fedecommissi poteva servire anche a limitare le partecipazioni previste per loro nel diritto ereditario.

Nei codicilli stesi *ab intestato* venivano inseriti i fedecommissi. Un'importanza cruciale acquisirono le clausole

16) G. 2.270; D. 36.1.1.5. Ulpianus *libro tertio fideicommissorum*. Cfr D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, pp. 117-154; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, pp. 173-194.

codicillari, conformemente alle quali la costituzione dell'erede nel testamento invalido o inefficace andava trattata come un fedecommesso universale (17). In quel momento la realizzazione della volontà del *de cuius* ebbe il suo successo maggiore : colui che non diventava successore a titolo generale come *heres*, diventava comunque successore universale come fedecommissario.

5. I Romani avevano molta stima delle disposizioni delle ultime volontà. Ineluttabilmente ciò si espresse nei regolamenti giuridici che essi crearono. I fedecommissi ne furono un esempio eloquente : sia nell'ambito generale che in quello particolare. Pare, dunque, che l'ubbidienza alla volontà del *de cuius* costituisse uno dei principali imperativi del diritto romano. Essa fu la conseguenza dei diritti del proprietario che venivano rispettati anche *mortis causa* e rendeva direttamente possibile la successione testamentaria. Dava anche un fondamento a tutto il diritto ereditario il quale, stabilendo l'ordine di una successione *mortis causa* universale e singolare, preferiva le decisioni, intenzioni e aspettative dell'ereditando ai regolamenti in vigore in forza di una legge o di un editto.

17) D. 29.7.1. Ulpianus *libro quarto disputationum*; D. 28.6.41.3. Papinianus *libro sexto responsorum*; D. 28.1.29.1. Paulus *libro quarto decimo responsorum*; D. 29.1.3. Ulpianus *libro secundo ad Sabinum*; D. 31.88.17. Scaevola *libro tertio responsorum*; D. 31.77.23. Papinianus *libro octavo responsorum*; D. 29.7.13.1. Papinianus *libro nono decimo quaestionum*; cfr anche D. 40.5.38. Paulus *libro tertio decretorum*.

Henryk KUPISZEWSKI scrisse : “*Tre campi dell’antica cultura ebbero un influsso particolare sulla formazione dell’aspetto spirituale e culturale dell’Europa. Sono la filosofia greca intesa nel modo più ampio, il cristianesimo ed il diritto romano*” (18). Il diritto romano è, quindi, una fonte naturale di ispirazione per la scienza europea del diritto privato. Oggi, quando si cerca o si prova ad elaborare i suoi principi dogmatici, non si può prescindere dalle restanti basi della civiltà contemporanea. I giuristi romani si potevano ormai trovare sotto l’influsso della filosofia greca. Essa valutava positivamente il rispetto della volontà del *de cuius*. Esiste, però, una tale e tanta diversità di idee filosofiche sulla morte che, a quanto pare, esse non hanno la possibilità di trovare un riflesso univoco e forte nel diritto ereditario. La situazione è diversa nel caso del cristianesimo il quale ricorda della inevitabile responsabilità delle azioni; crede nell’immortalità dell’uomo e nella *communio sanctorum* nonchè afferma il convincimento dell’incontro, che avverrà quando tutti risusciteranno, con lo spirito ed il corpo. Forse le parole più belle per esprimere questa fede sono : *tuis enim fidelibus, Domine, vita mutatur, non tollitur* (19). Questa convinzione offre un’altra, soprannaturale motivazione per realizzare tutto quello che aveva richiesto il *de cuius*. Morendo solo per un attimo abbandona i parenti, e in futuro potrà chiedere della fedeltà alle disposizioni che aveva lasciato. Non è possibile negargli la libera distribuzione

18) H. KUPISZEWSKI, *Prawo rzymskie a współczesnos'c'*, Warszawa 1988, p. 16.

19) *Missale Romanum, Praefatio Defunctorum*.

dei propri beni per ricordare a coloro a cui voleva bene quanto gli erano cari. Non si può rifiutarla al *de cuius* specialmente quando egli era gravato di un obbligo morale di garantire a qualcuno i mezzi necessari per vivere — obbligo che adesso *mortis causa* desidera realizzare.

Non solo ai pagani, quindi, sembrava giusto rispettare la volontà di colui che desiderava disporre del patrimonio materiale di tutta la vita. Si può, allora, richiedere che ogni persona ritenga giusto dimostrare fedeltà alla volontà del *de cuius* e che faccia di tutto perchè l'ubbidienza alle sue disposizioni trovi piena tutela nel diritto.