

FILIPPO MESSINA VITRANO

PROF. ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO NELL'UNIVERSITÀ DI PERUGIA

ANCORA SULLA DOTTRINA ROMANA

DELLA REVOCA TACITA DEI LEGATI E DEI FEDECOMMESSI (*)

1. — I risultati a cui siamo pervenuti nel lavoro 'Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fedecommissi' (1), ci hanno indotto ad esaminare alla luce della critica anche il pr. ed il § 3 del fr. 31 de adim. vel transf. leg. 34, 4, estratto dal l. XIV dei 'digesta' di Scevola:

pr.: «Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit: idem uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit: sed cum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset vilicum non esse, Stichum misit et tam rei rusticae quam rationibus fundi praefecit: quaesitum est, Stichus utrum ad uxorem an ad filium pertineret. respondit, cum memor erat eorum, quae testamento cavisset, Stichum his prae-

(*) Ripiglio, dopo tre anni e più, i miei studi prediletti. E li ripiglio con rinnovata energia, con rinnovato fervore. Ne sono stato lontano, perchè ho fatto il mio dovere al fronte. I testi che qui esamino, sono di quelli, intorno ai quali meditai nel 1917 sul Guil (Valle di Ledro), in momento tragico. E ad essi, perchè più vivamente mi ricordarono la grandezza di Roma ed il suo diritto augusto, attinsi fede e coraggio.

(1) In questi 'Annali', voll. III-IV, pp. 3-36.

diis, in quae translatus est, actorem cedere nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere »;

§ 3: «Filiae, quam in potestate habebat, inter cetera legavit pecuniam: idem post factum testamentum pecuniam a debitore filiae exegit et in suam rationem convertit: quaero, an filia eo nomine cum heredibus patris agere possit. respondit, si probaret ⁽¹⁾ non adimendi animo factum, agere posse».

E, se non erriamo, anche le nostre nuove ricerche sono state fruttuose. Ci sembra infatti, che esse, insieme con le altre che facemmo in proposito, consentano conclusioni sicure intorno ai dommi, che nel diritto classico e nel giustiniano disciplinarono l'ademptio tacita dei legati e dei fedecommissi.

2.—Il contenuto del § 3 è assai perspicuo.

Un tale alla figlia che ha 'in potestate', lega, fra l'altro, il di lei peculio. Dopo fatto il testamento, riscuote un credito peculiare e si avvale del denaro che ne formava l'oggetto per sopperire a suoi bisogni. Si domanda a Scevola, se la legataria possa ottenere anche tal somma. E il giurista avrebbe risposto che essa può agire, purchè provi, che il disponente con quelle operazioni non abbia inteso diminuire il legato.

Sicchè nell'era classica, per stabilire se nel caso in parola vi fosse nullità parziale del legato, si sarebbe volta per volta dovuto indagare quale fosse stata l'intenzione del testatore circa il destino della somma riscossa: il lascito cioè avrebbe compreso anche tale obbietto, se il defunto avesse voluto conservarlo alla legataria; ne sarebbe stato al contrario diminuito, se fosse risultata volontà adentrice.

Ora a noi pare che questi principî siano da ascrivere al diritto giustiniano: il valente giureconsulto risolveva il quesito propostogli in guisa diversa e attingendo a ben altre direttive.

Rivolgiamoci al fr. 11 § 13 de leg. III, tolto dal lib. II 'fideicommissorum' di Ulpiano:

⁽¹⁾ Frobae: F.

« Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici deberi: nisi forte inter haec interest: hic enim extinguitur ipsa constantia ⁽¹⁾ debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. cum tamen quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam optulerat, quam offerente ipso non potuit non accipere. paulatim igitur admittemus, etsi ex hac ⁽²⁾ parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommissio, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse ».

Lo squarcio è stato da noi esaminato minuziosamente nel lavoro che forma il punto di partenza di queste indagini ⁽³⁾.

Esso, secondo abbiamo posto in luce, venne alterato, e dalle fondamenta, dai compilatori di Giustiniano. Il giureconsulto, nel l. II 'fideicommissorum' poteva esprimersi soltanto così:

« 'Sed' si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non poterit dici 'fideicommissum' deberi: hic enim extinguitur ipsa 'substantia' debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. cum tamen quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse. paulatim igitur admittemus, etsi ex parte pecuniae rem comparaverit, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse ».

Ulpiano cioè riferiva esser diritto fermo al suo tempo, che la riscossione del credito fedecommissio, avvenuta ad opera del testatore, avesse come conseguenza ineluttabile la nullità della disposizione, per il motivo che «...hic... extinguitur ipsa 'substantia' debiti...», perendo cioè la cosa, obbietto della obbligazione che nasceva da quel genere

⁽¹⁾ Substantia: Bartolo, cit. dal Krueger, ad h. l.

⁽²⁾ Hac: del. Mommsen, ad h. l.

⁽³⁾ V. p. 28 e segg.

di lascito. E, al fine di attenuare il rigore del *domma*, il giurista soggiungeva doversi ammettere la sopravvivenza della *'petitio fidei-commissi'*, qualora il disponente avesse tenuta *'pro deposito'* la somma incassata.

Ora, come abbiamo visto, nel fr. 31 § 3 Scevola esamina appunto il caso, che il testatore, dopo legato alla figlia il peculio di lei, riscuota un credito del peculio e si avvalga del ricavo, per sopperire a sue necessità.

D'altra parte è principio saldissimo della giurisprudenza aurea, che al figlio di famiglia, al quale fosse stato legato il peculio, competessero solamente quegli obbietti, che costituivano il complesso peculiare al momento della morte del disponente. Il *domma* è affermato con la consueta energia da Papiniano, nel l. VII *'responsorum'* ⁽¹⁾:

fr. 19 de peculio legato 33, 8: «...quia id peculium ad legatarium pertinet, quod in ea causa moriente patre inveniatur».

Quindi, nel caso in questione, per la circostanza che è stato riscosso il credito peculiare, si può affermare, come dice scultoriamente Ulpiano, che «...hic... extinguitur ipsa 'substantia' debiti...»; e cioè, che la riscossione del *'nomen'* che formava parte del complesso peculiare legato, avesse come corollario il perimento di tale parte dell'obbietto medesimo del lascito. Come pure, l'aver il legante impiegato il denaro per provvedere a suoi bisogni, rendeva impossibile la sopravvivenza al credito riscosso dell'*'actio legati'*: perchè l'azione potesse concedersi, occorreva, come abbiamo visto, che il testatore avesse tenuta *'pro deposito'* la somma incassata.

Pertanto, contrariamente a quanto si rileva dal frammento, nella fattispecie in esame l'aver il testatore riscosso il credito peculiare e convertito *'in suam rationem'* il denaro ottenuto, non poteva non riuscire fatale all'onorata del lascito.

Dopo ciò è manifesto, che al quesito, se potesse la figlia agire avverso gli eredi, al fine di ottenere la somma ricavata dal credito,

⁽¹⁾ Cfr. anche Marciano, l. VII *'institutionum'*, fr. 20 h. t.

che era stato obbietto del peculio legato, Scevola poteva rispondere solo in maniera negativa e in base a principî ben diversi: il responso, che figura nel fr. 31 § 3, secondo cui il legato avrebbe compreso anche il denaro riscosso, ove fosse stato provato il proposito del testatore di conservarlo all'onorata, non può appartenere che ai commissari di Giustiniano.

L'impossibilità che il responso in questione provenga dalla penna del giureconsulto, riceve conferma da altre considerazioni.

Ed invero, la ricerca della volontà effettiva del legante su cui poggia la decisione nello squarcio scevoliano, è il *domma*, che i compilatori pongono a base delle loro decisioni nel fr. 11 § 13. Secondo abbiamo messo in luce nel lavoro ricordato dianzi ⁽¹⁾, è appunto su tale principio che nel diritto nuovo è incardinato il destino del lascito, del quale il disponente avesse riscosso il credito che ne costituiva l'obbietto.

Sicchè il responso che trovasi nel fr. 31 § 3, è in armonia perfetta con la disciplina, che i Giustiniani largirono all'altra ipotesi di credito legato e riscosso dal defunto.

Inoltre, l'intervento bizantino è provato altresì dalla forma del responso e proprio da quella, in cui si incarna il principio dell'*'animus adimendi'*. La frase *'si probaret non adimendi animo factum'*, infatti, non ha la precisione, che è caratteristica dello stile di Scevola.

Ciò posto, è chiaro che il giureconsulto nel l. XIV dei *'digesta'* poteva esprimersi solo così:

«Filiae, quam in potestate habebat, inter cetera legavit peculium: idem post factum testamentum pecuniam a debitore filiae exegit et in suam rationem convertit: quaero, an filia eo nomine cum heredibus patris agere possit. respondit, agere 'non' posse».

Nel diritto classico cioè, ove il padre di famiglia avesse esatto il *'nomen'* del peculio legato o fedecommesso al discendente e si

⁽¹⁾ V. p. 28 e segg.

fosse avvalso del ricavo per provvedere a sue necessità, il lascito diveniva nullo relativamente a quell'obbietto. Si estingueva, infatti, il credito peculiare e non nasceva alcun diritto alla somma riscossa. Nel diritto di Giustiniano invece l'ipotesi è disciplinata da principî fondamentalmente diversi. Il legatario aveva il diritto di ripetere dall'onerato il denaro che aveva formato l'obbietto del credito, ove il defunto avesse riscosso senza intenzione di diminuire il peculio; non acquistava al contrario alcun diritto, se la riscossione fosse avvenuta con volontà adentrice.

3.— A rilievi non meno interessanti conduce la critica del pr. dello squarcio scevoliano :

« Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit : idem uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit : sed cum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset vilicum non esse, Stichum misit et tam rei rusticae quam rationibus fundi praefecit : quaesitum est, Stichus utrum ad uxorem an ad filium pertineret. respondit, cum memor erat eorum, quae testamento cavisset, Stichum his praediis, in quae translatus est, actorem cedere nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere ».

Un tale legò al figlio due fondi con i servi e la dotazione tutta, e legò alla moglie, fra l'altro, gli schiavi Stico e Dama. Di poi, accortosi che uno dei predi lasciati al figlio mancava del fattore, vi mandò Stico, preponendolo alla cultura e all'amministrazione del fondo. Si chiede a quale degli onorati compete lo schiavo.

Questa la fattispecie, questo il quesito sottoposti a Scevola. Il giurista avrebbe risposto, che, essendo il defunto memore delle disposizioni testamentarie al riguardo, Stico accedeva ai fondi a cui era stato trasferito, e in conseguenza la moglie non acquistava alcun diritto sullo schiavo.

Sicchè anche in questo testo il giureconsulto avrebbe deciso in base al criterio della volontà effettiva del disponente : avrebbe cioè dichiarato adento il lascito a favore della moglie nei riguardi del servo Stico, vedendo nel ricordo che il testatore aveva di tale di-

sposizione, quando trasferiva lo schiavo nel fondo, la prova della volontà di togliere alla moglie lo schiavo medesimo.

Ma anche qui il principio in parola non può appartenere al giurista classico : pure in questo squarcio esso proviene dai commissari di Giustiniano.

Nelle fonti della giurisprudenza aurea il contenuto del legato d'istrumento è determinato con mirabile nitidezza.

Ulpiano infatti, nel l. XX 'ad Sabinum' riferisce :

fr. 12 § 2 de instructo vel instrumento legato 33, 7 : «...constat enim eos (homines) qui agri gratia ibi (in agro) sunt, instrumento contineri ».

E Scevola, proprio nei 'digesta' (l. XXIII), a cui appartiene il brano in esame, dice con la solita precisione :

fr. 28 h. t. : «...quae sint in eadem causa, cum dies legati cedat, instrumento contineri ».

Pertanto, affinchè un obbietto potesse far parte dell'istrumento del fondo legato, era necessario :

a) che si trovasse nel fondo 'fundi gratia' ;

b) che vi si trovasse per tale motivo al momento della morte del testatore.

Ora lo schiavo Stico era stato inviato dal legante nel fondo in qualità di 'vilicus' ⁽¹⁾, cioè di amministratore, e si trovava nel fondo con tale funzione quando il domino moriva.

Sicchè, al quesito se dovesse il servo accedere al fondo e quindi ritenersi adento il lascito in favore della moglie avente per obbietto lo schiavo in parola, il giureconsulto doveva rispondere come si risponde nel frammento, e cioè positivamente. Egli però denegava l'azione del legato alla donna per il motivo, che lo schiavo al tempo della morte del testatore era nel fondo e come parte dell'istrumento. Il che significa, che il principio della ricerca della volontà effettiva del disponente di adimere o conservare il lascito, che costituisce il

(1) Il 'vilicus' è compreso per la funzione che disimpegna nell' 'instrumentum fundi' : Ulpiano, l. XX 'ad Sabinum', fr. 8 pr., 33, 7.

fondamento del responso nello squarcio in esame, può appartenere soltanto ai compilatori di Giustiniano.

I rilievi fatti trovano splendida conferma in altro ordine di circostanze.

Il domma dell' 'animus adimendi' s'incarna nella frase

« ...cum memor erat eorum, quae testamento cavisset... ».

Ora essa è da ritenere interpolata anche prescindendo da siffatto motivo. Ed invero il principio vi appare nella veste di elemento di fatto. Senonchè nella parte dello squarcio ove si espone la fattispecie che determina il quesito ed il responso, si dice del lascito al figlio, di quelli a favore della moglie, del trasferimento dello schiavo legato in qualità di amministratore nei fondi prelegati, ma si tace completamente dell'elemento della scienza del defunto, destinando al fondo il servo, d'averlo già legato alla moglie. Questo figura invece nel corpo del responso e ne costituisce la 'ratio': per esso si risponde, che la moglie non può agire avverso l'onere per avere lo schiavo. Sicchè il giureconsulto avrebbe deciso in base ad un estremo di fatto, estraneo alla fattispecie che gli era stata sottoposta. D'altra parte, data la sua posizione nel brano, la frase in esame può riferirsi soltanto al servo Stico, mentre è chiaro, che non può riferirsi che al testatore.

Il responso, infine, è incriminabile anche per il tratto

« nec uxorem posse Stichum ex fideicommissi causa petere ».

Esso è certo di origine triboniana. Infatti lo precede immediatamente il brano

« Stichum his praediis, in quae translatus est, actorem cedere »,

il quale per la precisione della forma e l'armonia con i rilievi fatti circa l'indole del vero responso scevoliano è senz'altro da ascrivere al giurista. Pertanto quell'altra frase diviene del tutto inutile: dicendo che lo schiavo Stico accede ai fondi prelegati, Scevola rispondeva perspicuamente ed esaurientemente al quesito sottopostogli. Nè poteva il giureconsulto, dopo aver discusso di legati

« ...duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit... ».

plura legata et servos Stichum et Damam legavit... in altero ex fundis... praelegatis...»,

soggiungere che la moglie non poteva agire 'ex fideicommissi causa'. Per noi fino agli ultimi istanti dell'era aurea le due specie di lascito, legato e fedecommissio, rimasero distinte non solo nella forma e nella struttura, ma anche nella denominazione ⁽¹⁾. È solo con Giustiniano, che pure per tale riguardo avviene la fusione completa dei due istituti.

Scevola dunque nel l. XIV 'digestorum' diceva di sicuro così:

« Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit: idem uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit: sed cum in altero ex fundis filio praelegatis cognovisset vilicum non esse, Stichum misit et tam rei rusticae quam rationibus fundi praefecit: quaesitum est, Stichum utrum ad uxorem an ad filium pertineret. respondit, Stichum his praediis, in quae translatus est, actorem cedere ».

Nel diritto classico cioè il trasferimento ad opera del testatore nell' 'instrumentum fundi' legato o fedecommissio d'un oggetto che costituisse la sostanza di legato o fedecommissio in favore di altra persona, importava l'adenzione di tal lascito, se la cosa trovavasi nel fondo e 'fundi gratia' al momento della morte del disponente.

Nel diritto di Giustiniano invece il lascito veniva adento, se il disponente avesse avuto proposito di annullarlo, quando trasferiva l'oggetto nell'istrumento del fondo; rimaneva al contrario in vita, se era probabile volontà di conservarlo.

4. — I risultati ottenuti consentono oramai conclusione sicura e di vasta portata.

I giureconsulti classici non formularono alcun principio generale in ordine alla disciplina della revoca tacita del 'legatum' e del 'fideicommissum'. Secondo abbiamo posto in luce, informano le loro decisioni a criteri, che variano col variare della fattispecie. E sempre

⁽¹⁾ Sul riguardo non abbiamo che a confermare i rilievi che facemmo a p. 7 n. 3 del lavoro citato.

prescindono dalla indagine della volontà effettiva del legante ⁽¹⁾.

Nel diritto nuovo al contrario l'istituto poggia, e completamente, su tale ricerca. E la ragione è perspicua quanto nota : nell'era di Giustiniano la dottrina dell'interpretazione del negozio giuridico si incardina esclusivamente sul principio del massimo rispetto alla volontà reale delle parti.

Palermo, 30 ottobre 1919.

⁽¹⁾ Su questo punto l'opinione contraria, che è ancora la dominante, è stato riaffermata di recente dal Bonfante, nelle sue insigni *Istituzioni di diritto romano*, 6^a edizione, p. 635, n. I.