

INTRODUZIONE

Questa tesi si pone l'obiettivo di studiare i vari aspetti di un istituto che nel corso del tempo ha subito numerose classificazioni, talvolta anche forzate, al fine di assimilarlo quanto più possibile alla figura del fedecommesso: la sostituzione fidecommissaria.

La tesi ha richiesto un lavoro ed uno studio particolarmente attento e puntuale, soprattutto per quello che concerne lo studio delle fonti tratte dai *Digesta*, dal *Codex* e dalle *Institutiones*, non tralasciando i contributi della letteratura¹, seppur incidentali.

A ben vedere, la tendenza maggioritaria che si riscontra, affrontando questo tema, mira ad approfondire il tema del fedecommesso e per questo motivo la tesi trae origine dall'analisi di questo istituto, con particolare attenzione al fedecommesso *de residuo*, per passare poi, in maniera graduale e naturale, ad un più approfondito esame dell'istituto della sostituzione.

Di rado le fonti parlano espressamente di “sostituzione fidecommissaria” e proprio per questo la letteratura non si è mai trovata nelle condizioni di poter approfondire e cogliere appieno il significato di questa locuzione. Gli Autori che hanno intrapreso questo studio hanno sempre teso a sottolineare la coincidenza tra la sostituzione fidecommissaria e il fedecommesso, in particolar modo quello di famiglia, confrontandolo con le varie tipologie di sostituzione, volgare e pupillare *in primis*, quasi pupillare *in secundis*.

Alcuni Autori hanno confuso il tema della sostituzione fidecommissaria con quello della *hereditas fiduciaria*², che con quella presenta numerose analogie, ma che ai fini della nostra trattazione è bene considerare separatamente, onde

¹ Tra tutti spicca il contributo di BERTOLDI, *L'heres fiduciarius in una prospettiva storico-comparatistica*, in *Studi urbinati*, 66(2015), e DESANTI, *La sostituzione fidecommissaria*, Milano, 1999.

² Cfr. sul tema PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, Torino, 2016.

evitare di addivenire a conclusioni che, seppur logiche e coerenti, potrebbero risultare fuorvianti.

La tesi si sviluppa segnando una linea cronologica che attraversa il tempo e le varie forme di governo: dalla *Lex Voconia* del 169 a. C, ai *Senatusconsulta Pegasianum* e *Trebellianum*, attraversando la giurisprudenza dell'età dei Severi e quindi i giuristi classici che hanno contribuito al tema, per arrivare all'età del Principato. Il tema è ulteriormente approfondito nell'ambito del contributo apportato dai Glossatori e dalla Scuola di Bologna, con precipuo riferimento al Cuiacius e alle glosse al Digesto ad opera di Accursius, fino a giungere al 1700, ove il tema ritorna con forza al centro della scena e vede la Francia quale teatro delle massime dissertazioni, culminanti nella Rivoluzione francese del 1789 che, con i suoi principi di libertà e uguaglianza, tenterà di scardinare le catene di sostituzioni che avevano contribuito a creare un radicato immobilismo patrimoniale, a danno dell'economia e dell'agricoltura.

Il Code Civil del 1804 pertanto all'art 896 stabilisce il divieto di sostituzioni fedecommissarie, soluzione inizialmente condivisa dal Codice civile italiano del 1865 all'art 899, poi parzialmente reintrodotta dall'art 692 del Codice civile del 1942, il quale consente la sostituzione fedecommissaria, derogando alla regola che prevede il divieto di sostituzione. L'eccezione di cui all'art. 692 co. 4 realizza quindi una finalità assistenziale (cd. "fedecommissario assistenziale"), consentendo all'interdetto di essere chiamato alla successione e di ricevere le cure necessarie da parte del sostituto.

Una particolare attenzione è stata infine impiegata nella definizione dell'istituto e dei suoi antecedenti giuridici più significativi nell'ambito sia della Germania che dell'Inghilterra, con riferimento all'istituto del *trust*.

CAPITOLO I

IL FEDECOMMESSO

1. *Premessa*

L'obiettivo della presente indagine è quello di illustrare la sostituzione fidecommissaria, il suo inquadramento cronologico e la sua utilità, istituto il cui impiego è sensibilmente scemato all'alba delle nuove codificazioni continentali. È necessario cominciare la nostra disamina dal significato letterale del termine. La locuzione sostituzione fidecommissaria deriva dall'unione di due termini che hanno un significato ben preciso ma soprattutto distinto, che ha creato numerose problematiche, *in primis* definitorie. Il primo termine da cui l'analisi prende le mosse è "fedecompresso"; il secondo, di cui ci occuperemo in seguito, è il termine "sostituzione". Quest'ultimo, che deriva dal latino '*substitutio- substituere*', sta ad indicare l'azione del collocare qualcuno al posto di qualcun altro, "porre in luogo di una persona o di una cosa"³. In tal senso ciò corrisponde al vero, in quanto il fedecommissario si sostituiva in tutto e per tutto all'onerato⁴. Il termine "fedecompresso" deriva dal latino *fideicommissum* e all'origine rappresentava una disposizione aformale⁵, fondata sulla *fides*, con la quale a un qualsiasi beneficiario *mortis causa*⁶ veniva imposta a favore di altri una determinata prestazione. Tale istituto

³ FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, pp. 426 ss.

⁴ La testimonianza più antica, in merito alla sostituzione nel legato, risale all'epoca di Traiano. D. 35,1,56 (Iav. 14. ep.): *Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset. dissimilis est causa, cum duobus eadem res sub condicione legata est: in hac enim quaestione statim a testamento, quo pluribus condicio adposita est, divisa quoque in singulas personas videri potest, et ideo inguli pro sua parte et condicione parere et legatum capere possunt: nam quamvis summa universe condicionis sit adscripta, enumeratione personarum potest ideri esse divisa. in eo vero, quod uni sub condicione legatum est, scindi ex accidenti condicio non debet, et omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singulari persona est habendus.*

⁵ In tal senso v. I. 2,24,3: *Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu habeantur: peto, rogo, volo, mando fidei tuae committo. Quae perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

⁶ Cfr. I. 2.24 pr: *Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum hominem vestem argentum pecuniam numeratam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario non possit.* Si veda anche VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, pp. 238 ss.

assume varie connotazioni, a seconda del contesto nel quale viene impiegato: può consistere o in un'attività diretta alla liberazione di uno schiavo, e allora avremo il fedecommissario di libertà⁷, oppure può avere ad oggetto una singola cosa o un'eredità, e in tal caso avremo il fedecommissario particolare o universale⁸. La disposizione fideicommissaria richiedeva, quale presupposto, una corretta istituzione di erede. Lo scopo perseguito attraverso il *fideicommissum hereditatis* era quello di vincolare l'erede, in modo da precludergli la possibilità di compiere liberamente atti di disposizione sul patrimonio ereditario ed obbligarlo a trasferire il patrimonio ereditario stesso - in tutto o in parte - alla persona designata dal testatore⁹.

Al fedecommissario poteva essere apposta una condizione o un termine e il fedecommissario acquistava in origine la qualifica del cessionario nei confronti dell'*heres fiduciarius*. Il termine latino *fideicommissum* è poi legato alla buona fede e alla lealtà della parola data¹⁰, rappresenta una disposizione di ultima volontà connotata dall'assenza dei requisiti di forma tipici del testamento, generalmente espressa con parole di preghiera ("*precativis verbis*")¹¹.

⁷ Cfr. Gai. 2,263: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius.*

⁸ I. 2,23 pr: *Nunc transeamus ad fideicommissa, et prius de hereditatibus fideicommissariis videamus.*

⁹ A tal proposito: TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 726 ss.

¹⁰ ERNOUT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* ⁴, (rist. 2001), Paris, 1959, p. 233 alla voce '*fides-ei*'.

¹¹ DESANTI, *La sostituzione fideicommissaria*, cit, p. 37. A tal proposito, cfr. Gai. 2,246: *Hunc transeamus ad fideicommissa; Ulp. 25,1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Inoltre, v. 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.* Infine cfr. I. 2,24,1: *Potest autem non solum proprias testator res per fideicommissum relinquere, sed et heredis aut legatarii aut fideicommissarii aut cuiuslibet alterius. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius solvere.*

La particolarità della figura del fedecommesso risiede proprio nella circostanza che, a differenza di altre disposizioni testamentarie, poteva essere contenuta non solo nel testamento, ma anche nei codicilli testamentari¹², confermati o meno, e soprattutto nei codicilli *ab intestato*, redatti da chi non aveva fatto testamento¹³. Da ciò deriva che l'acquisizione definitiva del fedecommesso, disposto in un codicillo *ab intestato* non presentava le incertezze derivanti dalla redazione di un testamento, che sarebbe potuto decadere per la premorienza dell'istituto, causando l'invalidità anche di quelle disposizioni prese fuori del testamento medesimo¹⁴. Il fedecommesso, concependo l'erede '*ad interim*' quale erede "a scadenza" più o meno certa, aveva contribuito ad incrinare uno dei principi fondamentali del diritto ereditario romano '*semel heres semper heres*'¹⁵. Alla luce di tale principio dunque era impossibile che l'istituzione di erede andasse soggetta ad una condizione risolutiva né ad un termine finale, poiché si riteneva che qualsiasi disposizione scritta di tal genere fosse reputata come non apposta. La regola prevedeva che l'eredità, una volta acquistata, lo fosse per sempre. Tale principio ha perso gran parte della sua importanza all'indomani dell'introduzione dei fedecommissi, potendo il testatore raggiungere il suo scopo incaricando l'erede istituito di restituire, sotto una condizione sospensiva o dopo un certo tempo, la successione all'erede consanguineo¹⁶.

Due erano i trasferimenti, in linea generale, che si realizzavano: dal *de cuius* all'erede, e dall'erede al fedecommissario. Alla morte del disponente l'unico proprietario risultava essere l'erede fiduciario, a vantaggio del quale il fedecommesso

¹² I codicilli ebbero una notevole diffusione in età classica ed erano atti scritti, non assoggettati all'osservanza di particolari forme, che potevano contenere qualsiasi disposizione *mortis causa*, escluse quelle relative alla designazione dell'erede. Quelli testamentari dispiegavano la loro efficacia in caso di successione testamentaria. Sull'argomento cfr. BRUTTI, *Il diritto romano nell'antica Roma*³, Torino, 2015, pp. 415 ss.

¹³ Tali codicilli erano destinati ad avere efficacia anche in caso di successione non testamentaria. V. Ulp. 25, 3, ove è addirittura prospettata la possibilità di un fedecommesso in forma orale: *Etiam nutu relinquere fideicommissum in usu receptum est*. Cfr. inoltre Ulp. 25,2: *Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt*.

¹⁴ Cfr. in tal senso IMPALLOMENEI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, (1967), in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 191.

¹⁵ Cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, Perugia, 2002, pp.78 ss.

¹⁶ Cfr. a tal proposito SAVIGNY, *Il dritto romano*, (trad.it), I, Napoli, 1847, p. 382. La stipulazione '*cum moriar-cum morieris*' sembra essere sempre stata permessa. Tra tutti si rammenti Ulp. 25,16.

era disposto. La pratica di effettuare quelle che si devono catalogare come attribuzioni *mortis causa per fideicommissum*, oltreché per legato¹⁷, si affermò a Roma verso la fine del periodo classico, producendo in capo all'onerato dapprima un semplice dovere morale basato sulla *fides*¹⁸, per poi diventare un obbligo giuridico¹⁹, ed infine un istituto giuridico "autonomo".

2. Origini del fedecommesso

Dal punto di vista storico, il periodo ciceroniano rappresenta il momento a partire dal quale tale istituto inizia ad essere impiegato. In questa fase storica i testatori arrivavano ad escogitare meccanismi volti a fornire una maggiore spinta vincolante all'impegno morale richiesto. Cicerone stesso narra la successione testamentaria di Publio Trebonio²⁰, nella regolamentazione della quale il testatore aveva proprio

¹⁷ A tal proposito, è bene trattare in modo incidentale la figura del legato e tratteggiare la distinzione tra questo e il fedecommesso. Il legato rappresenta una disposizione accessoria al *testamentum* e costituisce una disposizione *mortis causa*, con la quale il testatore attribuisce, a carico dell'erede, il cd. onerato, ed a vantaggio di un'altra persona, l'onorato, singoli beni. Significativi punti di contatto intercorrono tra il fedecommesso e il legato *per damnationem*, poiché da esso sorgeva un'obbligazione a carico dell'erede ed a favore del legatario. Alla stessa stregua, nonostante il fedecommesso desse vita ad una sorta di rapporto obbligatorio, il fedecommesso apparteneva al *ius extraordinarium*. Al contrario dei legati, i fedecommessi potevano essere disposti anche a favore delle persone prive della *testamenti factio passiva*. Interessanti spunti a tal proposito, sulla *obligatio ex fideicommissum*, si rintracciano in GROSSO, *I Legati*², Torino, 1962, pp. 392 ss.

¹⁸ MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p.13.

¹⁹ I. 2,23,1.

²⁰ Cfr Cic.Verr. 2,1,47,123: *P. Trebonius viros bonos et honestos complures fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare facturos esse, quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; inpetrant, ut ne iurent, dat his possessio- nem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum homini proscripto egenti de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur; 124. itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena, quod alterius patroni testamento optemperasset. Das possessionem ei, qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est. Quid ad eum, qui ius dicit? utrum reprehendis, quod patronum iuvabat eum, qui [tum] in miseris erat, an quod al- terius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? utrum horum reprehendis? Et hoc tum de sella vir optimus dixit: 'Equiti Romano tam locupletis libertinus homo sit heres'. O modestum ordinem, quod illinc vivus surrexit!*

fatto affidamento sulla bontà ed onestà degli eredi istituiti, affinché questi aiutassero il suo fratello proscritto Aulo Trebonio. Il testatore stesso aveva previsto peraltro che costoro giurassero di impegnarsi a fargli pervenire non meno della metà della quota a ciascuno di essi spettante: ma solo il liberto istituito erede in quel testamento mantenne fede agli impegni, dando così corso a una accesa disputa. In generale, però, al tradimento della *fides* non sembravano sussistere all'epoca di Cicerone adeguati rimedi, come apprendiamo dalla descrizione di un'altra vicenda, costituente un ricordo giovanile dell'Arpinate, confluito nel *De Finibus Bonorum et Malorum*, che riguardava l'istituzione d'erede di Publio Sestilio Rufo nel testamento di Quinto Fadio Gallo, il quale l'aveva pregato di far pervenire tutta la sua eredità a Fadia, figlia del testatore²¹. Il vincolo sul quale riposavano simili richieste informali del testatore all'erede (o, comunque, a un beneficiario di disposizione testamentaria) era ancora squisitamente metagiuridico, al punto da non potersi prevedere una corretta realizzazione dei *desiderata* dell'ereditando se non alla luce dell'onestà e della lealtà dimostrate dall'onerato, una volta apertasi la successione e rese eseguibili le disposizioni testamentarie²². Si trattava dunque di esiti incerti, tanto che ancora nella tarda età repubblicana e sino al principato rivestivano un certo peso quei rapporti, relazioni e pratiche personali, individuate dal segno '*coniunctiones*', e derivanti dall'intreccio tra *officium*, *beneficium*, *amicitia*, *necessitudo*, che riconducono ad una nozione estesa di '*vinculum*', nella quale poter annoverare quegli impegni e doveri che, pur nell'assenza di strumenti tecnico-processuali coattivi, in qualche modo tendono a provocare l'adempimento²³. A tale periodo risalgono dunque le prime fonti che riguardano il fedecommesso, sebbene tale istituto all'epoca non avesse ancora ottenuto una vera e propria cornice giuridica. L'unico testo che tuttavia ha una sua rilevanza, per quanto riguarda il periodo antecedente ad Augusto, appartiene a Valerio Massimo:

²¹ Cic.*de fin. bon. et. mal.*, 2,17,55; cfr. SERRE, *Du fidéicommis de famille en droit romain*, Paris, 1879, p. 8.

²² ARCES, *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, in *Studi urbinati*, 66(2016), p. 151.

²³ ARCES, *La rilevanza della componente fiduciaria*, cit., p. 151, n. 53.

Val. Max. 4,2,7: *Caeli vero Rufi ut vita inquinata, ita misericordia, quam Q. Pompeio praestitit, probanda. Cui a se publica questione prostrato, cum mater Cornelia fidei commissa praedia non redderet, atque iste auxilium suum litteris inplorasset, pertinacissime absentis adfuit: recitavit etiam eius epistolam in iudicio ultimae necessitatis indicem, qua impiam Corneliae avaritiam subvertit. Factum propter eximiam humanitatem ne sub Caelio quidem auctore repudiandum.*

In questo passo l'Autore narra la storia di Quinto Pompeo che, costretto a lasciare Roma, si recò a Bauli, ove sua madre possedeva dei beni ereditari. La madre rifiutava di restituire i beni che avrebbe dovuto devolvere al figlio per fedecommesso, così Quinto Pompeo si rivolse a Celio Rufo, il quale ne assunse la difesa²⁴. Egli vinse, sebbene ad oggi non siano ancora chiari i cardini della sua linea difensiva. Ciò che a noi importa è la centralità che Celio Rufo ha attribuito al vincolo della *fides* cui il fedecommesso dava luogo, nonché al rispetto che nei suoi confronti doveva essere osservato.

3. *Riconoscimento giuridico del fedecommesso*

All'imperatore Augusto (27 a.C.-14 d.C) si deve il riconoscimento giuridico di questa figura²⁵, a seguito del caso di un certo Lucio Lentulo il quale, trovandosi in punto di morte in territorio africano, aveva chiesto ad Augusto di dare attuazione alle sue ultime volontà contenute in alcuni codicilli, sebbene confermati nel testamento²⁶. Tale episodio risale al 15 a.C. e costituì per l'imperatore Augusto l'occasione per ripristinare l'antica *fides* romana e per conferire valore legale ai fedecommessi dapprima in singoli casi, poi in via generale²⁷. Fino a quel momento infatti essi

²⁴ BERTOLDI, *L'heres fiduciarius in una prospettiva storico-comparatistica*, cit., pp. 161 ss.

²⁵ MANNA, *Delle sostituzioni fedecommissarie*, Lanciano, 1887, p. 9.

²⁶ BIONDI, *Successioni testamentarie e donazioni*², Milano, 1955, p. 296.

²⁷ BERTOLDI, *L'heres fiduciarius*, cit., pp 164 ss.

venivano considerati privi di efficacia giuridica²⁸, infatti secondo Gaio²⁹ l'origine dell'istituto sia da rintracciare nell'intento di rendere efficaci le disposizioni *mortis causa* a favore degli stranieri (*peregrini*) o di altre persone prive della *testamenti factio passiva*, e quindi incapaci di ricevere direttamente per eredità o legato.

L'azione a tutela dell'istituto (*actio ex fideicommisso*) rientrò dunque nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, così evitando lo "sviluppo edittale" dell'azione stessa³⁰. Successivamente l'Imperatore Claudio attribuì la giurisdizione in materia inizialmente a due *praetores fideicommissari*³¹, ridotti poi a uno da Tito, chiamati a verificare - nell'ambito della *cognitio extra ordinem* - il corretto esperimento dell'azione di inadempimento, laddove il fedecommesso fosse particolarmente riprovevole. Inoltre ampliò la *cognitio extra ordinem* per ogni tipo di fedecommesso, legittimando così l'impiego dell'istituto nella pratica che si contraddistingueva per la fruibilità delle forme e la molteplicità dei fini per il suo tramite conseguibili. L'aspetto significativo del fedecommesso e altresì della sua duttilità risiede nella circostanza che, poiché

²⁸ GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *ZSS*, 62(1942), pp. 249 ss.

²⁹ Gai. 2,285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur*. Anche gli stranieri dunque potevano ricevere per fedecommesso, e secondo Gaio fu proprio questa l'origine dell'istituto. Già all'inizio del regno di Adriano la facoltà accordata agli stranieri di ricevere per fedecommesso fu vietata, ed inoltre, per un'*oratio* dello stesso Adriano, fu emanato un senatoconsulto, perché tali fedecommissi fossero rivendicati dal fisco. Cfr. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius*, cit., pp. 161 ss, n. 26; cfr. inoltre LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Varsavia, 1997, p. 47; 54. Successivamente, già all'inizio del regno di Adriano, ciò fu vietato: per un'*oratio* dell'imperatore stesso, fu emanato un senatoconsulto, perché il fisco fosse posto nella condizione di rivendicare simili fedecommissi.

³⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale*, cit. Varsavia, 1997, p. 82.

³¹ Cfr. MANNA, *Delle sostituzioni fedecommissarie*, cit, p. 10. Cfr. SABBATELLI, in *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, pp. 30ss. Secondo l'autorevole opinione dell'Autrice il processo fedecommissario sembrerebbe conservare la struttura fondamentale dei processi ordinari. I pretori fedecommissari originariamente erano due, operativi per circa un trentennio; la loro attività si registra fino agli inizi degli anni ottanta del I sec d.C, periodo al quale risale la massima circolazione delle disposizioni di ultima volontà nella forma del fedecommesso. Il processo è rappresentato da una struttura binomica, con ciò comportando l'esercizio della facoltà, e non dell'obbligo, del dare iudicem da parte del magistrato della cognitio. Il costante esercizio del potere specifico da parte dei consoli è attestato in I. 2,23,1, e viene definito col termine *iurisdictio*, a sottolineare come le nuove funzioni giudiziarie fossero direttamente dipendenti dal potere che i soggetti abilitati esercitavano a titolo originario. Questa interpretazione così favorevole al riconoscimento di tale giurisdizione portò all'istituzione di un pretore apposito col compito di dicere ius sui fedecommissi, sebbene tale magistratura operasse parallelamente a quella consolare.

atipico, poteva addirittura essere espresso oralmente³². Un'altra particolarità risiede nella libertà di forme e di utilizzo cui era destinato: a differenza del *ius civile*, che soggiaceva a precisi vincoli formali, l'elemento vincolante non risiedeva nei *verba* ma nella *voluntas defuncti*³³. In proposito si è giunti a giustificare delle disposizioni in sé alquanto ambigue, che al massimo esprimevano un consiglio, addirittura un avvertimento o un'esortazione, consentendo anche che il fedecommesso potesse esprimersi con un semplice cenno³⁴. L'aspetto sicuramente più innovativo che il fedecommesso ha portato con sé è stato trattare la possibilità di superare alcune incapacità di ricevere per testamento. Si pensi ad esempio all'incapacità delle donne di ricevere da cittadini il cui patrimonio eccedesse i centomila assi, ai sensi della *lex Voconia* del 169 a.C.³⁵. In Gai. 2, 275³⁶ leggiamo poi che neppure i servi manomessi in forma non solenne, ossia i *latini Iuniani*, potevano ricevere per fedecommesso, anche se privi della *testamenti factio passiva*, ai sensi della *lex Iunia* del 19 d.C. È proprio la necessità di superare tali incapacità che ha costituito la base e l'origine dei fedecommissi.

4. *I fedecommissi che imponevano di restituire dopo la morte*

Lo scopo che era alla base dei fedecommissi e che il *de cuius* desiderava ottenere era quello di determinare la sorte dei propri averi anche oltre la propria morte, oltre i confini della sua stessa vita, spingendosi persino oltre l'esistenza di colui che per primo

³²Cfr. *supra* n.10.

³³ Sul punto, tra gli altri: RICCOBONO, *Legati e fedecommissi, verba e voluntas*, in *Mèlanges Cornil*, II, Parigi, 1926, pp. 348 ss.

³⁴ D. 32,21 pr (Paul. 4 sent): *Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit*; cfr. Ulp. 25,3.

³⁵ La *Lex Voconia* vietava ai cittadini appartenenti alla prima classe censitaria di nominare le donne come eredi. Cfr. MANNA, *Delle sostituzioni fedecommissarie*, cit, p. 6.

³⁶ Gai. 2,275: *Latini quoque qui hereditates legataeque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt*.

li aveva ricevuti³⁷. Non infrequenti erano le disposizioni con le quali il *de cuius* pregava l'erede di restituire ad altri o l'intera eredità o singoli beni al momento della morte (*cum moreretur*), oppure in un momento successivo (*post mortem eius*)³⁸.

Nella legislazione giustiniana si prospetta poi un "onere fedecommissario di restituire dopo la morte", *'restitutionis post mortem onus'*³⁹ come categoria generale che comprendeva a sua volta varie di fedecommissario. L'obbligo della restituzione pertanto differiva lievemente a seconda che si trattasse di fedecommissario sottoposto al termine *'cum morietur/morieris'* - in cui è evidente la volontà del testatore di far dipendere l'acquisto del lascito dalla sopravvivenza del terzo - oppure *'post mortem'* (o fedecommissari sottoposti a condizioni contemplanti la morte dell'onerato). Nel caso della clausola *'cum morietur/morieris'*, tale obbligo sorgeva un istante prima del decesso. In tale circostanza il principio di un rapporto di diritto era subordinato alla morte di una delle parti interessate o di un terzo, e tale clausola non valeva come condizione ma come *dies*. Intorno al senso di tale clausola pertanto vige una regola particolare: le locuzioni *post mortem* si riferiscono all'ultimo momento della vita o a quello che precede immediatamente la morte⁴⁰.

Per i testamenti in linea di principio la natura fondamentale personale delle successioni fa considerare predominante l'elemento di incertezza e trasforma il *dies* in condizione, cioè nella condizione di sopravvivenza in una determinata epoca⁴¹. Per l'istituzione di erede invece la fissazione del termine si tramuta nella condizione "se l'erede istituito sopravvive all'avvenimento".

³⁷ A tal proposito, cfr. DECLAREUIL, *Quelques notes sur certains types de fidéicommissis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 135 ss.

³⁸ Giova ricordare i commenti su una presunta disposizione fedecommissaria contenuta nel testamento di Longino Castore (189 d. C) da parte di AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1969, p. 125 e di MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge dei documenti dal I al IV secolo d.C.*, Torino, 1988, p. 46.

³⁹ Cfr. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino, 1999, pp. 36 ss. Inoltre si veda ID., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissari da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, pp. 57 ss.

⁴⁰ Cfr. SAVIGNY, *Il dritto romano*, cit, p. 378.

⁴¹ Cfr. SAVIGNY, *Il dritto romano*, cit. p. 380.