

## D. 36.2.27 PR: UN *LAPSUS* DI CERVIDIO SCEVOLA?

di Renzo Lambertini

1. Un responso di Cervidio Scevola restituito dai *Digesta* giustinianeî tra origine da un caso di diritto ereditario che investe la problematica connessa al *dies cedens* dei fedecommissi.

D. 36.2.27 pr. (Scaev. 3 resp. [Lenel 277]) *Filium familias ex parte pure instituit heredem eique fideicommissum dedit et eodem testamento ita cavit: 'quod ego Lucium Titium heredem institui, ita eum adire hereditatem volo, si is patria potestate liberatus fuerit': quaesitum est, an a coheredibus eius adita hereditate legati filio familias dati dies cesserit. respondit, si pure sit datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse.*

<Un testatore> ha istituito erede in modo puro per una quota un figlio in potestà e gli ha dato un fedecommesso, e nello stesso testamento così ha previsto: "Poiché io ho istituito erede Lucio Tizio, così voglio che egli adisca l'eredità, se egli sarà stato liberato dalla patria potestà". È stato chiesto se, una volta adita l'eredità da parte dei suoi coeredi, sia caduto il giorno del legato dato al figlio in potestà. Ha risposto che, qualora sia stato dato in modo puro, il fedecommesso può essere domandato al coerede del figlio in ragione della parte ereditaria <di quello>.

Il testatore ha nominato erede in una parte dell'asse il *filius familias* Lucio Tizio con *heredis institutio* non sottoposta a condizione e lo ha al contempo onorato di fedecommesso.

Lo stesso *de cuius* ha espressamente dichiarato la propria volontà in ordine alla *cretio* (c.d. *imperfecta*, perché priva di clausola di diseredazione) da parte dell'istituito, sempre che all'epoca egli si trovi ad essere *sui iuris*.

Tale clausola non vale tuttavia a rendere condizionata l'*heredis institutio* di Lucio Tizio, in quanto viene precisato all'inizio che la citata disposizione è da ritenersi pura (*ex parte pure instituit heredem*): ne consegue che per l'adizione dell'eredità non si deve necessariamente attendere la, peraltro eventuale, liberazione di Lucio Tizio dalla patria potestà. Il punto risulterà peraltro meglio chiarito in seguito.

Morto l'ereditando, gli altri coeredi adiscono l'eredità in ragione delle rispettive quote. Si domanda se a questo punto si possa pretendere il lascito disposto a favore di Lucio Tizio.

Il giureconsulto risponde che se il fedecommesso non è sottoposto a condizione, il lascito può essere chiesto a ciascun coerede in proporzione alla quota dell'asse che il medesimo ha acquistato.

2. Il testo appare perspicuo soltanto in apparenza: in realtà la prosa essenziale, e fors'anche un poco ellittica, del giureconsulto impone all'interprete alcune precisazioni<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A quanto mi risulta, sul testo la letteratura recente è molto scarsa. Lo si trova citato, in nota e tra tanti

La prima riguarda la posizione di Lucio Tizio, istituito erede e al contempo onorato di fedecommesso. Potrebbe sembrare d'acchito che egli si trovi in potestà del testatore, ma così non è: il *filius familias* in questione è soggetto alla patria potestà di un estraneo<sup>2</sup>.

Ciò si evince dal fatto che l'ereditando prevede che alla propria morte il beneficiario delle disposizioni possa non essere *sui iuris*. Se si trattasse di un *filius familias* dell'ereditando, l'ipotesi non si spiegherebbe: in tal caso infatti l'istituito risulterebbe libero dalla *potestas* e, per di più, non avrebbe senso chiedere da parte sua l'*aditio hereditatis* in quanto come *heres suus et necessarius* egli non adisce: semmai può valersi dell'*abstentio* concessagli dal diritto pretorio, il che, come appare evidente, è cosa diversa<sup>3</sup>.

Certo, sul piano di una mera ricostruzione teorico-congetturale, potrebbe pure pensarsi a un *pater familias* che mette in conto, dopo la redazione del testamento, di emancipare il figlio e che, allo stesso modo, si spinge a ipotizzare che alla propria morte il discendente da lui reso *sui iuris* possa trovarsi in potestà di un altro per *adrogatio*, ma si tratta di soluzione che assai difficilmente un giurista come Cervidio Scevola affiderebbe senza ulteriori ausili all'elucubrazione dell'interprete.

C'è, poi, un altro dato da chiarire.

È da ritenersi che alla morte del testatore l'onorato di fedecommesso si trovi ancora nello *status* di soggetto in potestà. Il vero nodo infatti sta proprio qui: gli altri istituiti adiscono l'eredità, ma Lucio Tizio non può fare altrettanto senza il *iussum* del proprio *pater familias*, che evidentemente non è (ancora) intervenuto.

---

altri passi, in G. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in *BIDR*, 70 (1967), 12 nt. 21. Invero, non sono riuscito a reperire granché nemmeno nell'ambito della dottrina più risalente, della quale do conto nelle note che seguono. Su un settore investito dai *responsa* di Scevola, nonché sulle principali problematiche legate alla figura del giureconsulto, alla sua attività rispondente, ai rapporti tra i *digestorum* e i *responsorum libri* tramandati sotto il suo nome, si veda ora, ampiamente e con esaustiva scorta bibliografica, A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano 2012.

<sup>2</sup> Glossa, Casus ad D. 36.2.27 pr.: *Titius instituit sibi haeredes ponamus Gaium et Seium, et Lucium Titium filium Martini pure in testamento suo, eidemque Lucio Titio filiofamilias dedit sive reliquit fideicommissum ponamus de centum (...)*. Glossa g. (*ad h.l.*): 'Filiumfamilias'. *Extraneum*.

<sup>3</sup> Gai. 2.156-158: *Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiae, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed ut nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt. 157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt. 158. Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.* (Eredi proprii e necessari sono poi per esempio il figlio o la figlia, il nipote o la nipote da figlio, e gli altri ulteriori discendenti, se furono in potestà del morente. Ma affinché il nipote o la nipote sia un erede proprio non è sufficiente che sia in potestà dell'avo al tempo della morte, ma occorre pure che il loro padre, vivo il proprio padre, abbia cessato di essere erede proprio, o perché colto da morte o perché per qualsiasi motivo liberato dalla potestà: allora infatti il nipote o la nipote succede in luogo del padre suo. 157. Sono peraltro chiamati eredi proprii perché sono eredi di casa e anche in vita dell'ascendente sono in certo modo considerati padroni; onde anche se uno sia morto senza testamento, nella successione sono i discendenti ad avere titolo per primi. Sono poi detti necessari, perché in ogni modo, sia che vogliano sia che non vogliano, tanto in assenza di testamento quanto per testamento, diventano eredi. 158. Il pretore però permette loro di astenersi dall'eredità, sì che i beni vengano venduti come piuttosto dell'ascendente). Cfr. anche Gai Ep. 2.3.6; Tit. Ulp. 22.24; I. 2.19.2. Si veda inoltre P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I<sup>2</sup>, Milano 1967, 309 ss.; 577 ss.; G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 1991, 161; 647 ss.

Si diceva tuttavia che la problematica centrale verte sul *dies cedens* del lascito. Orbene, nella situazione descritta è possibile – si domanda – pretendere il fedecommesso?

A tal fine è necessario che sia caduto il relativo *dies* e dalla risposta del giureconsulto si evince che – se il lascito non è condizionato – ciò è avvenuto con l'adizione degli altri coeredi: non è necessario, insomma, che sia stata operata l'*aditio* da parte di Lucio Tizio, onde la richiesta di quest'ultima secondo il volere del *de cuius* non è da intendersi come condizione relativa al lascito, che risulta quindi puro, per cui non vi sono eventi futuri ed incerti da attendere: la pretesa può essere avanzata nei confronti di ogni coerede in ragione alla sua quota dell'asse. Ovviamente si tratta di una domanda che presuppone l'ordine dell'avente potestà, al quale è parimenti riferibile l'acquisto. Sempre quest'ultimo d'altronde, poiché l'*heredis institutio* è pura, avrebbe potuto autorizzare il proprio sottoposto ad adire l'eredità indipendentemente dal conseguimento dello *status* di *sui iuris* di quest'ultimo previsto nella clausola testamentaria.

Al contempo sembra si debba intendere che il *dies cedit pro parte* in seguito all'adizione di ciascun istituito; in tal modo ogni erede scritto che accetta può essere colpito dalla richiesta del lascito, ovviamente, come si è detto, in proporzione alla frazione dell'asse che egli ha acquistato. Potrebbe anche capitare – benché si tratti di ipotesi esclusa dal passo (*a coheredibus eius adita hereditate*) – che degli altri eredi scritti alcuni accettino e altri no, ma i termini del problema non sarebbero destinati a cambiare, in quanto l'operatività dell'accrescimento incide, aumentandola, sulla frazione maggiore del lascito di cui chi ha adito deve rispondere.

Si può porre il problema relativo all'acquisto della quota del lascito che grava sulla parte dell'asse spettante a Lucio Tizio: il suo avente potestà può ottenerla? È una domanda che si è posta la Glossa, lasciandola tuttavia senza risposta<sup>4</sup>. E in effetti si tratta di una risposta non agevole.

A mio avviso, il generale tenore del brano subordina anche tale acquisto all'adizione dell'*hereditas*, nel senso che, senza dare il *iussum* al proprio *filius familias* in ordine all'accettazione dell'eredità, l'avente potestà su Lucio Tizio può domandare – ovviamente tramite quest'ultimo – le quote del lascito dagli altri coeredi che hanno adito, perché la *condicio iuris* del *dies cedens* sussiste, ma, per quanto concerne la *pars* gravante sulla quota di Lucio Tizio, egli deve prima autorizzare quest'ultimo ad adire, e così fa cadere il *dies* relativo e acquista la quota ereditaria, comprendente anche quella del lascito per l'operatività della confusione.

3. Piuttosto, spostando ora l'angolo visuale, si può osservare che il giureconsulto, a proposito del lascito che il testatore ha destinato al soggetto in potestà, parla prima di *fideicommissum*, poi di *legatum*, infine, di nuovo, di *fideicommissum*. In altri termini si tratta di identificare la tipologia della disposizione a causa di morte: fedecommesso o legato?

Poiché nell'esordio è menzionato il fedecommesso, e lo stesso accade nella chiusa, è probabilmente da ritenersi che il termine – per intenderci ora rapidamente – 'fuori posto' sia quello relativo al legato.

Si pone allora la *quaestio* se nell'espressione *legati filio familias dati* sia da riconoscersi

<sup>4</sup> Casus ad D. 36.2.27pr.: *numquid autem dictum legatum vel fideicommissum possit peti pro ea parte hereditatis qua institutus fuit dictus Lucius Titius?*

un dato spurio, che può identificarsi in un errore del copista o in un intervento compilatorio, oppure se la medesima sia da considerarsi genuina, il che porterebbe a concludere per un *lapsus* di Scevola.

Con l'ovvia premessa che nessuna risposta può dirsi sicura, non reputo particolarmente plausibile un errore dell'*amanuense*.

Innanzitutto, *Legatum* e *fideicommissum*, sono vocaboli assai diversi e in quel contesto, ove ricorre il genitivo – lo scambio sarebbe *legati* al posto di *fideicommissi* – del tutto privi di assonanze; in secondo luogo, se di *lapsus* si tratta, è difficile attribuirlo a un *librarius* che di diritto sa poco o nulla: risulta invece comprensibile in uno scrivente più o meno esperto in campo giuridico.

L'interpolazione è poi, a mio avviso, da escludersi con più solidi argomenti.

Mi permetto di richiamare qui una convinzione già espressa in altra sede<sup>5</sup>.

È nota l'equiparazione attuata da Giustiniano tra legati e fedecommissi, ed è altrettanto nota l'opzione dichiarata dallo stesso imperatore nelle Istituzioni di mantenere distinte le trattazioni delle due figure giuridiche per facilitarne comprensione e apprendimento da parte dei discenti<sup>6</sup>.

Ma in fondo nello stesso modo, tenuto conto della diversa struttura delle due compilazioni, si sono comportati i redattori dei Digesto. Poiché nei testi della giurisprudenza classica legati e fedecommissi sono distinti, in seguito alla assimilazione di cui si è detto operata nel VI secolo, si sarebbe dovuto, in teoria, pressoché in ogni frammento che menzionava il legato specificare che ciò valeva anche per il fedecommissio, e viceversa. Anche per evitare una simile marea di interventi, i compilatori hanno interpolato il primo passo dei tre libri 30, 31 e 31, racchiusi nell'unico titolo *De legatis et fideicommissis*<sup>7</sup>,

<sup>5</sup> R. LAMBERTINI, *Interpolazioni nei 'Digesta'. Dichiarazioni di Giustiniano, esperienze di ricerca*, in *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae' Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani (Trento, 14-15 dicembre 2007)*, cur. M. Miglietta e G. Santucci, Trento 2011, 14 ss.

<sup>6</sup> I. 2.20.3 – *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus interim separatim prius de legatis set postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque iuris cognita facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.* ([trad. E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, B, *Testi* 2, Milano 1986, 85-86] Ma abbiamo ritenuto di non doverci fermare a quella costituzione. Avendo infatti trovato che gli antichi regolavano rigidamente i legati, mentre lasciavano un più libero carattere ai fedecommissi, che sopra tutto dipendevano dalla volontà dei defunti, abbiamo stimato necessario uguagliare tutti i legati ai fedecommissi, in modo che non ci sia tra loro differenza alcuna, ma quel che manca ai legati lo si integri in base al carattere dei fedecommissi, e se qualche cosa ci sia nei legati di più ricco, se ne accresca il carattere dei fedecommissi. Tuttavia, per non creare agli studiosi adolescenti delle difficoltà in sede di primissime nozioni di diritto esponendo quegli istituti alla rinfusa, abbiamo giudicato che mettesse conto trattar separatamente prima dei legati e poi dei fedecommissi, per modo che, conosciuta la natura di entrambi gli istituti, possano facilmente gli istruiti, con più fine orecchio, percepire la loro mescolanza).

<sup>7</sup> D. 30.1 (Ulp. 67 *ad ed.* [Ulp. 1467]) – *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* (I legati sono stati uguali in tutto e per tutto ai fedecommissi). Sul valore 'strategico' di tale interpolazione – segnalata anche dalla Glossa – gl. 'exaequata' ad h.l.: *dic quod aliquid est hic detractum a verbis Ulpiani a compilatoribus novi*

il che ha loro consentito di lasciare poi le cose come stavano. Hanno, insomma, interpolato poco e subito per non interpolare più: il che, tra l'altro, appare abbastanza significativo anche circa il più generale problema delle interpolazioni nei *Digesta*.

Ma poi, a parte tale considerazione, sostituire nello specifico del nostro passo la menzione del legato a quella originaria del fedecommesso non avrebbe logica alcuna. Non può dunque trattarsi di un'interpolazione.

Si potrebbe pensare a un glossema, ma anche tale ipotesi appare poco credibile: il glossema, poiché nasce da un'annotazione a margine o in calce alla pagina che poi per una svista del *librarius* scivola nel testo, normalmente aggiunge qualcosa, una parola o un'espressione, difficilmente muta un vocabolo con un altro. Inoltre, nel nostro caso, inserire la menzione del legato tra due riferimenti al fedecommesso non acquista un senso plausibile neppure se rapportato al più profano dei lettori<sup>8</sup>.

Non resta, dunque, che una soluzione: quella che postula la genuinità del testo e che quindi riconduce la menzione del legato alla penna di Cervidio Scevola.

Invero potrebbe, anche in tal caso, non trattarsi di un vero e proprio *lapsus*, perché sovente il legato era rafforzato mediante disposizione fedecommissaria avente il medesimo oggetto.

È, probabilmente, quello che avviene in un altro passo di Scevola restituito dai *Digesta* giustiniane:

D. 31.89.4 (Scaev. 4 resp. [Scaev. 278]) – *Quattuor filios aequis partibus instituit et fundum per praeceptionem singulis legavit: filii, cum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia hereditario creditori solverunt et posteriori obligaverunt, qui, cum ei debitum non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit: quaeritur, an, cum iste filius ex causa emptionis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset an vero ea perempta esset, cum communiter universa sequenti creditori obligaverint. respondi actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere: non autem fideicommissum restituendum est, nisi prius debitum ab eis emptori eidemque coheredi persolveretur.*

<Un padre> ha istituito eredi i quattro figli e ha legato a ciascuno per prelievo un fondo. I figli, dal momento che tutti i beni del padre erano vincolati a garanzia, con denaro ricevuto a mutuo hanno pagato il creditore ereditario e dato garanzia reale a quello successivo; il quale, non venendogli pagato il debito, ha venduto a regola di pegno tutti i fondi a uno degli eredi. Si domanda se, possedendo codesto figlio a titolo di compera, i fratelli e coeredi possano pretendere il fede-

*iuris et illud detractum inducit novitatem* (di' che qualcosa è stato qui tolto dalle parole di Ulpiano da parte dei compilatori del diritto nuovo, e quel che è stato tolto arreca la novità) – cfr. R. LAMBERTINI, *Interpolazioni*, cit., 16 ss.

<sup>8</sup> S. SOLAZZI, *Sulla "condicio emancipationis"*, in *AG*, 86 (1921), 2002, ritiene invece che proprio la menzione prima del fedecommesso, poi del legato, poi di nuovo del fedecommesso, sia indice di alterazione del testo. (Peraltro non mi sentirei di condividere neppure la generale interpretazione del passo prospettata dal citato studioso). Alcuni secoli prima anche il Cuiacio giudicò non genuina la fonte, ma non per il predetto motivo, ma perché il *pure* iniziale (*Filium familias ex parte 'pure' instituit heredem*) sarebbe contraddetto dalla successiva clausola (*ita eum adire hereditatem volo, si is patria potestate liberatus fuerit*), ma il Solazzi – e sul punto specifico concordo – contesta che quest'ultima sia da ritenersi una vera e propria *condicio*. Nella traduzione spagnola del Digesto – *El Digesto de Justiniano*, II, *libros 20-36, Version castellana por A. D'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia-Garrido, J. Burillo*, Pamplona 1972, *ad h.l.* (728) "«fideicomiso»" è sostituito a quella che dovrebbe essere la traduzione letterale ("legado"), ma non è chiaro se ciò stia a indicare un sospetto di alterazione, oppure sia la semplice correzione da parte del traduttore di ciò che egli ritiene una svista di Cervidio Scevola.

commesso o se tale pretesa sia perenta, poiché insieme hanno vincolato tutto a favore del creditore successivo. Ho risposto che rimane per tutti reciprocamente l'azione personale del fedecommissario, il fedecommissario non va però corrisposto prima che da loro sia pagato il debito al compratore e coerede al contempo.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul tenore generale del passo, il quale del resto vanta un'ampia letteratura, affidandosi alla sola traduzione italiana il compito di delimitare i termini del problema giuridico e la *ratio* della soluzione del giureconsulto<sup>9</sup>.

È invece opportuno rilevare come qui pure le menzioni di legato e fedecommissario si intersechino in modo scambievolmente.

Senonché in quest'ultima fonte prima viene il riferimento al *legatum per praeceptionem*, poi per tre volte consecutive si parla di fedecommissario. Può pertanto ipotizzarsi che lo slittamento dal legato al fedecommissario, con *ductus* che poi si mantiene fermo su quest'ultimo tipo di disposizione, sia proprio dovuto al tenore del testamento ove il legato era corroborato da disposizione fedecommissaria avente identico oggetto. La disposizione cardine è dunque il legato.

Ma proprio per tale motivo, una simile ipotesi, in teoria certamente da non escludersi anche per il testo in D. 36.2.27 pr., appare in quella sede un po' meno plausibile, perché là si parla prima del fedecommissario, e da questo si prendono le mosse, poi affiora il legato, infine, di nuovo, compare il fedecommissario. Se si trattasse di legato rafforzato da fedecommissario, difficilmente, almeno a mio credere, si menzionerebbe prima quest'ultimo, per poi ritornare al legato, e attestarsi in fine sul lascito indiretto.

Rimane dunque, a mio avviso, come più probabile la svista di Scevola.

Anche in tale ipotesi, si tratta tuttavia di un *lapsus* tanto lieve quanto, in fondo, istruttivo.

All'epoca in cui scrive il giureconsulto i due istituti hanno acquisito affinità notevoli. Non poche delle differenze che esistevano un tempo sono venute meno e le Istituzioni di Gaio ne sono fedeli testimoni<sup>10</sup>. Il Senatoconsulto Neroniano, facendo del *legatum per damnationem* il denominatore comune dei *genera legatorum*, ha profondamente contribuito al loro avvicinamento ai fedecommissari, che hanno la medesima struttura trilatera<sup>11</sup>.

Sul piano della prassi, è da tempo invalso l'uso di rafforzare, come abbiamo visto, la disposizione del legato con quella fedecommissaria avente lo stesso oggetto<sup>12</sup>.

Sempre partendo dal legato *per damnationem*, la difesa dell'onorato di fedecommissario è in fondo pressoché la medesima<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. per tutti M. d'ORTA, "Sterilis beneficii conscientia". Dalla "praeceptio" al "legatum per praeceptionem", Torino 2005, 212 ss. Ivi anche l'ipotesi, a mio avviso da condividersi, che ci si trovi di fronte a un legato rafforzato da un fedecommissario con medesimo oggetto.

<sup>10</sup> Gai. 284-288.

<sup>11</sup> Gai. 2.197-198; 2.212; 2.218; 2.222; Tit. Ulp. 24.11a; Si veda inoltre P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II<sup>2</sup>, Milano 1963, 225 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 133 e nt. 1.

<sup>13</sup> Cfr. E. NARDI, *Legato e fedecommissario: avvicinamento e fusione*, in *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe Scienze Morali, Rendiconti*, 80, 1991-1992, 11 ss. M. d'ORTA, *Sterilis*, cit., 211, parla di "sostanziale omogeneità di stato giuridico tra l'onorato di *fideicommissum* e l'onorato di *legatum per*

Certo, l'attribuzione diretta propria del legato reale non è ancora rinvenibile nel fedecommesso, e non lo sarà fino a Giustiniano<sup>14</sup>. Ma, anche in tale ambito, ci troviamo di fronte, all'epoca di Scevola, a un avviato processo tendente a rendere il fedecommesso opponibile ai terzi.

Si tratta di un percorso tormentato, difficilmente ricostruibile sul piano testuale perché i frammenti del Digesto rispecchiano lo stato del *ius controversum* di età classica, ma, al contempo, siamo di fronte a un cammino che quanto alla direzione di fondo appare univoco<sup>15</sup>.

Ho scritto altrove – ma non si tratta certo di idea soltanto mia – che le etimologie proposte dai giuristi romani, quasi sempre errate sul piano filologico, risultano comunque istruttive perché rivelatrici della *forma mentis* di chi le fa proprie, onde anch'esse in certo modo, e per dirla in breve, insegnano diritto<sup>16</sup>. Ora – anche se stavolta non sono confortato dalla precedente buona e folta compagnia – mi sentirei di estendere tale considerazione anche questo veniale *lapsus* di Scevola<sup>17</sup>.

---

*damnationem*, in conseguenza della pressoché identica configurazione dell'obbligo giuridico in capo all'onero-obbligato". Cfr. anche A. SPINA, *Ricerche*, cit., 158 s.

<sup>14</sup> C. 6.43.1 (Iust. a. 529); C. 6.43.2 (Iust. a. 531); C. 6.43.3.2 (Iust. a. 531); I. 2.20.2-3. Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II<sup>2</sup>, Roma 1928 (rist. 2002), 671 ss.; G. GROSSO, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, in *Studi E. Paoli*, Firenze 1955, 359 ss. (= *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato – Persone Obbligazioni Successioni*, Torino 2001, 646 ss.); P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II<sup>2</sup>, cit., 235 ss.; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino 2010, 129 ss.

<sup>15</sup> In argomento cfr. G. IMPALLOMENI, *L'efficacia*, cit., 1 ss.; R. LAMBERTINI, *Testi*, cit., 110 ss. L'opponibilità, sia pure a determinate condizioni, del fedecommesso nei confronti dei terzi all'epoca di Cervidio Scevola è resa palese dal seguente frammento del citato giureconsulto: D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp. [Scaev. 278]) – *Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor infructuosum rationi suae existimans vendidit: emptor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur. Respondi propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.* (Un marito ha istituito la moglie erede universale e il testatore ha disposto che dei codicilli venissero aperti dopo la morte di lei. La moglie ha venduto un fondo ereditario ritenendolo improduttivo rispetto al proprio interesse: il compratore chiede se dopo la morte della donna tale vendita possa essere invalidata da parte di coloro che acquistano l'eredità data loro per fedecommesso nei codicilli, o se invece soltanto l'ammontare del prezzo sia dovuto ai fedecommissari dall'erede della donna. Ho risposto che a causa della giustificata ignoranza tanto della donna quanto del compratore, l'erede della donna, affinché il fondo rimanga presso il compratore, deve dare al fedecommissario il prezzo).

<sup>16</sup> *L'etimologia di 'servus' secondo i giuristi romani*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, V, Napoli 1984, 2385 e ivi citati.

<sup>17</sup> R. MARTINI, *Tertulliano giurista e Tertulliano padre della Chiesa*, in *SDHI*, 41 (1975), 101, al fine di negare la possibile identificazione del primo Tertulliano con il secondo, prende anche in considerazione diversi errori di diritto commessi dal padre della Chiesa. Tra questi vi è anche la mancanza di una chiara distinzione tra legato e fedecommesso, che tuttavia l'Autore non annovera, a ragione, tra le mende più gravi.