

2. 6. 27

ANTONIO GUARINO

Professore Incaricato nella R. Università di Napoli

La classificazione dei codicilli nel « liber singularis de iure codicillorum » di Paolo

n. d. 3834



R. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI NAPOLI  
Istituti della Facoltà Giuridica

Busta

1.16.77

BIBLIOTECA

La classificazione dei codicilli nel « liber  
singularis de iure codicillorum » di Paolo



1. — Di una indagine più ampia, in corso di pubblicazione <sup>1)</sup>, sul liber singularis de iure codicillorum di Paolo <sup>2)</sup> e conseguentemente sulle caratteristiche classiche e postclassiche della materia codicillare, pubblico qui alcune pagine, relative ad un testo fondamentale in materia di codicilli, che mi par veramente degno di meditazione. Trattasi del principium di D. 29. 7. 8, là dove parlasi della classificazione dei codicilli.

La comune dottrina <sup>3)</sup> distingue i codicilli in codicilli testamentari e codicilli ab intestato, suddividendo i primi in codicilli testamento confirmati e codicilli non confirmati. Da parte mia, ho motivo di ritenere <sup>4)</sup> che i giuristi classici abbiano unicamente distinto i codicilli testamento confirmati e codicilli testamento non confirmati, perchè solo questa distinzione poteva avere ed aveva un chiaro ed evidente rilievo pratico <sup>5)</sup>.

In ogni caso, la distinzione comunemente ammessa (che è poi certo quella accolta da Giustiniano nelle Istituzioni <sup>6)</sup>) non pare trovare un appoggio, in D. 29. 7. 8. pr., che impone una ben diversa e strampalata classificazione, cui fa bordone, in D. 29. 7. 8. 1, una ridicola giustificazione della categoria dei codicilli ab intestato.

Scopo di questa nota vuol essere di dimostrare, prin-

principalmente attraverso la esegesi del testo di Paolo, quale sia stata, nelle scuole postclassiche, la tendenza dottrina-  
ria, che portò alla classificazione dei codicilli nelle Istituzioni giustiniane.

2. — D. 29. 7. 8. pr. (Paul. libro sing. de iure codicillorum). *Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmatur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*

Il testo ha dato sempre moltissimo filo da torcere alla dottrina, sin dai tempi della Glossa <sup>7)</sup>: ed invero — si è notato —, mentre vi è in esso un per fideicommissum che è di troppo nè pare dir nulla, manca assolutamente un accenno alla categoria dei codicilli testamento non confirmati <sup>8)</sup>. Lo Scarlata Fazio <sup>9)</sup> ha creduto di trarsi d'impaccio dichiarando che per fideicommissum è il glossa di qualche lettore o di qualche amanuense, al cui posto si incontrava nel testo originario un *conficiuntur*: Paolo, anzichè dare la distinzione fra codicilli confirmati e non confirmati, avrebbe preferito tracciare, accanto a quella fra codicilli testamentari e codicilli ab intestato, una distinzione relativa al tempo della conferma dei codicilli ad *testamentum facti*.

Tutto ciò non mi lascia soddisfatto. Il testo di Paolo è stato sbandierato in passato dai Pandettisti per dar fondamento ad una duplice distinzione: quella fra codicilli testamentari e codicilli ab intestato e, nell'ambito della prima categoria, quella fra codicilli confirmati o meno. Ma questa distinzione non è nè di Paolo nè della giurisprudenza classica, e traluce in maniera molto imperfetta solo nel testo in esame e nel § 1, che immediatamente gli segue in D. 29. 7. 8: cosa che vedremo in appresso.

Qui mi importa porre in rilievo come l'alterazione dell'originario dettato paolino ha dovuto necessariamente essere più ampia e profonda di quanto non sia stato finora arguito.

Ammesso pure che Paolo abbia voluto illustrare due categorie di codicilli, testamentari confirmati (suddistinti in confirmati in futurum e confirmati in praeteritum) e ab intestato, non può fare a meno di notarsi che fra la conferma testamentaria dei codicilli (*confirmantur*) e la confezione dei codicilli stessi (*conficiuntur*) non vi è congruenza alcuna. Il testo non dice *quattuor sunt genera codicillorum*, bensì *conficiuntur codicilli quattuor modis*. Ora dalla lettura di esso risulta che i modi di confezione dei codicilli son due: o li si compila con riguardo al testamento, cioè agli eredi testamentari (ma significa poi questo *testamento facto*?) o li si compila senza aver scritto il testamento, cioè con riguardo agli eredi ab intestato (se tanto può significare *sine testamento*). La conferma dei codicilli, comunque, non è un modo con cui essi *conficiuntur*, ma una modalità della confezione del testamento!

In ogni caso, mettendo che la frase iniziale del testo sia equivalente a *quattuor sunt genera codicillorum*, la lettura del testo induce a sostenere che le categorie dei codicilli sono soltanto tre: testamentari confirmati in futurum (cioè, evidentemente, quelli *testamento facto*) testamentari confirmati in praeteritum, ab intestato. Vi è di più; se *testamento facto* non può essere che una tautologia per codicilli in futurum confirmati, sorge il sospetto che *sine testamento* sia una tautologia per codicilli in praeteritum confirmati: il codicillo è fatto quando l'autore non ha ancora redatto il testamento (è *sine testamen-*

to), ed è perciò che la conferma fatta nel posteriore testamento è una conferma in *praeteritum*. Eccoli dunque di nuovo a due specie di codicilli, ma di significato diverso dalle precedenti e, per di più, basata su una assai arbitraria interpretazione del *conficiuntur* iniziale; ma allora la categoria dei codicilli segnate da Paolo si riduce ad essere una sola, cioè quella dei codicilli testamento confirmati!

Anche l'occhio meno adusato alla critica dei testi, anche l'esegeta più conservatore è di necessità costretto a scorgere l'alterazione, e non solo relativa a per *fideicommissum*, nel brano di Paolo.

Quali sono dunque i limiti dell'alterazione? La risposta mi pare evidente:

a) *Conficiantur codicilli quattuor modis* non può essere di Paolo: 1) perchè, se si ritiene genuino tutto quel che segue, si hanno le insormontabili difficoltà che abbiamo visto; 4) perchè — se si ritiene genuino soltanto *aut per fideicommissum rell.* — non si tratta di quattuor modi, ma se mai di due, nè anzi (forse) si tratta di circostanze modali ma di circostanze temporali della confezione dei codicilli; 3) perchè — se si ritiene genuino soltanto *aut enim — in praeteritum* — non solo non si tratta di confezione di codicillo, ma si tratta, comunque, di due soli modi di conferma testamentaria.

b) *Aut per fideicommissum rell.* non può essere di Paolo: 1) perchè il per *fideicommissum* è stranamente inesplabile: 2) perchè manca un verbo reggente.

c) *Aut enim — in praeteritum e aut per fideicommissum rell.* non possono stare insieme: 1) perchè *confirmantur* verrebbe a reggere testamento *facto* e *sine testamento*, fa-

cendo dire a Paolo nel primo caso lo stesso concetto espresso con *aut in praeteritum confirmatur*, nel secondo una bestialità (come si conferma un codicillo se non vi è testamento?); 2) perchè almeno la ripetizione non potrebbe essere evitata, se si integrasse la frase con un *conficiuntur*.

d) *Aut enim — in praeteritum* è una possibile frase classica, se si immagina che essa era inserita in un discorso ove si era giunti a parlare dei codicilli confirmati, sì che può rappresentarne un'utile specificazione, o se si pensa (e ciò è meno probabile) che Paolo abbia scritto: <codicilli> *aut in futurum confirmantur aut in praeteritum*.

Ritengo pertanto di essere riuscito a dimostrare in maniera incontrovertibile l'inquinamento del testo.

3. — Giova ora porci degli ulteriori problemi: a) quale è la portata delle alterazioni segnate; b) a chi vanno esse attribuite.

A) A mio credere, la portata delle segnate alterazioni non può essere intesa a pieno, se non analizzando la materia relativa alla conferma dei codicilli. Detta analisi dovrà portarci a chiarire il possibile significato di *aut per fideicommissum testamento facto* (codicilli *confirmantur*), il probabile senso di *aut sine testamento* (*confirmantur*), nonché, in ordine a questi significati, il perchè della inserzione di *conficiuntur - modis*: il tutto nell'ambiente del diritto postclassico.

Amesso che esistano dei codicilli confirmati, un problema che può sorgere al fine della precisazione del loro concetto è il seguente: in quale atto e con quale forma deve avvenire la loro conferma?

a) Per quanto riguarda l'atto che deve contenere la conferma dei codicilli, abbiamo presupposto come certo sin qui che la conferma debba di necessità avvenire in un testamento. Ma l'affermazione è esatta solo per il diritto classico. Poi il diritto postclassico-giustiniano va preso in considerazione un testo, che enuncia un concetto diverso.

D. 29. 7. 5 (Papin. 7 resp.). Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est [vel codicillis] confirmantur [aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servantur ea, de quibus aliter defunctus novissime indicavit].

La pandettistica<sup>10)</sup> aveva dedotto da questo frammento (che essa naturalmente riteneva genuino) che la conferma dei codicilli potesse avvenire anche con altri codicilli, aggiungendo tuttavia, gratuitamente, allo scopo di attenuare una palese assurdità, che questi secondi codicilli dovessero essere a loro volta confermati in testamento. A questa interpretazione tanto ovvia si è opposto di recente lo Scarlata Fazio<sup>11)</sup>, sostenendo che nel brano di Papiniano, anche per lui genuino, confermare non ha un significato tecnico, ma il significato generico di « ratificare »: il giurista classico si sarebbe limitato a far la questione se i codicilli ante tabulas testamenti facti si abbiano a considerare, quando il testamento sia intervenuto, come codicilli ab intestato (e quindi nulli) o come codicilli testamentari (e quindi validi), e l'avrebbe risolta nel senso che bisogna aver riguardo, alla volontà del testatore, non soltanto se espressa nel testamento, ma comunque espressa o deducibile da fatti conducenti.

L'interpretazione dello Scarlata Fazio è palesemente

arbitraria. Nel brano di Papiniano, relativo alla materia dei codicilli, confermare non può significare che « confermare » e meglio facevano i pandettisti a sostenere che i codicilli potessero essere confermati o con testamento o con altri codicilli, salvo ad aggiungere — in omaggio ad una imperiosa necessità di logica — che i codicilli di conferma dovessero essere a loro volta confermati in testamento. Quanto ad aut voluntas eorum retin., trattasi di una frase che tende a porre i limiti di validità dei codicilli non confermati: validi se emerga un qualunque indizio che il testatore li abbia voluti mantenere in vita e nei limiti in cui il testatore, col suo testamento posteriore, non abbia disposto diversamente.

Ma può aver enunciato Papiniano questi principii?

Già da tempo la critica ha appuntato aut voluntas retineatur<sup>12)</sup> o addirittura aut voluntas fin.<sup>13)</sup>, per il motivo che tali frasi cozzano contro ben diverse attestazioni circa il pensiero di Papiniano, contenute in Inst. 2. 25. 1. Ma, prima di stabilire un confronto fra il frammento papiniano e le istituzioni di Giustiniano, anch'esse a priori sospettabili di non rispondenza al genuino pensiero dei classici, è necessario affermare che vi sono motivi autonomi, di forma e di sostanza, per la condanna di quelle frasi, nonchè delle parole vel codicillis.

Vel codicillis non può essere di Papiniano, neanche se si tien conto che non sempre questo giurista è di cristallina chiarezza espositiva. Dire che un codicillo anteriore al testamento non è valido, a meno che non sia confermato (dal testamento o) da un altro codicillo è altamente sorprendente: forse che l'unione fa la forza, in materia di codicilli? Nè vale aggiungere che il secondo

codicillo s'ha da intendere confermato dal testamento: non solo il testo non lo dice <sup>14)</sup>, ma se lo dicesse vi sarebbe un motivo di più per sostenerne l'alterazione, dato che non è serio scrivere che « con un testamento il testatore può confermare un codicillo di conferma di un precedente codicillo contenente una determinata disposizione ». Comunque non è a credere che Papiniano, volendo enunciare tali assurdi concetti, si sarebbe espresso come è scritto nel testo: se vi era necessità di specificare qualcosa in quel dettato, ciò non era nel senso di dire che il testamento postea factum est, perchè trattavasi di una cosa ovvia, data la dichiarazione che i codicilli ante tabulas testamenti facti sunt, ma era invece nel senso di dire che i secondi codicilli erano posteriori ai primi (vel codicillis qui postea facti sunt). Non rimane che a credere, salva la persistenza degli appunti di forma, che Papiniano abbia voluto dire che i codicilli anteriori al testamento e non confermati da questo vagono (naturalmente, come codicilli non confermati) solo se richiamati da altri codicilli posteriori al testamento. Ma tutto ciò equivale a dire che i codicilli ante tabulas testamenti facti restano saldi solo se confermati nel testamento, perchè la validità loro come codilli non confermati è puramente e semplicemente la validità dei codicilli (non confermati) posteriori al testamento che vi fanno richiamo: equivale cioè a dire che vel codicillis è di troppo. X

Insiticia è certo, nel frammento di Papiniano, tutta la frase aut voluntas rell. Che si deve intendere per voluntas eorum? La volontà dei codicilli? Ma la volontà non è dei codicilli, sì bene di quelli che li redigono! Inoltre l'esprimersi NON ALITER valent, QUAM è inconciliabile

con la frase voluntas eorum QUOCUMQUE INDICIO retineatur: la prima espressione è palesemente restrittiva e ci si aspetterebbe, di seguito ad essa, l'indicazione la più precisa e definita dei casi in cui il codicillo può ritenersi valido. Ma l'accento al quodcumque indicium è in tal caso una doccia fredda: basta un qualunque fatto conduttore a determinare la validità del codicillo (come codicillo non confermato)! Non sarebbe stato quindi più logico esprimersi così: ... codicilli... valent... NON SOLUM si testamento... confirmantur, SED ETIAM si voluntas eorum quocumque indicio retineatur? <sup>15)</sup> L'imprecisione palese dell'ultima frase (sed non servabuntur rell.) <sup>16)</sup> conferma ampiamente il sospetto di interpolazione.

4. — Qui deve venire in considerazione, per quanto riguarda i sospetti destati dal frammento in esame, un passo delle Istituzioni, nel quale la decisione di Papiniano viene esplicitamente richiamata.

Inst. 2. 25. 1 Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmantur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt: ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

È stato, sin oggi, proprio sulla frase sed cum confirmantur, che la critica si è basata per sostenere l'interpolazione, in D. 29. 7. 5, di aut voluntas indicavit: aut voluntas rell., si è detto <sup>17)</sup>, rispecchia una riforma di Severo

e Caracalla <sup>18</sup>), e non il pensiero di Papiniano. Sino a Papiniano si sarebbe pertanto sostenuto, dalla giurisprudenza classica, che i codicilli anteriori al testamento e quivi (o altrove) non confermati fossero da ritenere invalidi: i due imperatori avrebbero invece posto il principio ch'essi fossero da ritenere validi a costituire fedecommessi, se dal testamento non risultasse una volontà contraria del testatore stesso.

A questa tesi si è opposto invece lo Scarlata Fazio <sup>19</sup>), sostenendo: 1) che tutti i testi dei giuristi classici a nostra disposizione danno come pacifico il principio che basta, a mantenere in vita i codicilli, la volontà comunque manifestata o deducibili del testatore e che quindi è assurdo ritenere che Papiniano possa essersi, Orazio sol contro l'Etruria tutta, dichiarato in disaccordo; 2) che è ancora più assurdo ragionare di un contrasto di idee fra Papiniano e i divi Severo e Caracalla, mentre fu proprio, forse, quel giurista a redigere, come membro della cancelleria imperiale <sup>20</sup>), il testo originale del rescritto. Egli pertanto ritiene che, ammesso che Inst. 2. 25. 1 sia stato estratto dalle istituzioni di Marciano <sup>21</sup>), quest'ultime suonassero: *sed cum-confirmentur [sed] <et> divi Severus et Antoninus rescripserunt rell.* Sarebbero stati i compilatori delle Istituzioni a rendere antitetiche le affermazioni di Papiniano da un lato e quelle dei due imperatori dall'altro, e ciò mediante l'inserzione di un *sed* al posto dell'originario *et*.

Dei due argomenti qui riferiti, il secondo è certo ottimo e vale ad infirmare non poco l'argomento dei critici: il primo è invece infondato, perchè lo Scarlata Fazio non adduce nè può addurre nessun frammento, dal quale

risulti che la volontà del testatore, comunque manifestata, sia tale da dar vita al codicillo anteriore al testamento, quando il testamento vi sia ma non faccia menzione del codicillo <sup>22</sup>).

Vi ha invece un testo sicuramente genuino, etc è opportuno esaminare prima di avviarsi ad una soluzione.

Gai Inst. 2. 270 a; *Item legatum codicillis velictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit: fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest* <sup>23</sup>).

Il testo di Gaio ci dà un'idea molto chiara di ciò che si debba intendere per codicilli confermati: tali sono soltanto quelli confermati nel testamento. Papiniano, qualora avesse detto che i codicilli anteriori al testamento (*e contenti, per avventura, anche legati*) possono essere confermati da altri codicilli, si sarebbe veramente posto contro la giurisprudenza classica. Dunque, che per lo meno l'interpolazione di *vel codicillis* sia stata fatta in D. 29. 7. 5 è sicuro. Ma allora è parimenti sicuro che non a lui risalga la frase *aut voluntas rell.*, perchè essa (dato che non si specifica se i codicilli sono soltanto fideicommissari oppure no) può implicare l'assurdità che un qualunque fatto conducente sia tale da rendere valido un codicillo che dispone un legato!

Ciò di cui la critica non si è fin qui accorta è che D. 29. 7. 5 dice, in sè e per sè, una cosa altamente assurda.

5. — Analizziamo ora, al lume di questa osservazione, il passo di Papiniano e quello delle Istituzioni giustiniane, in confronto.

D. 29. 7. 5

Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent quam si testamento quod postea factum est [vel codicillis] confirmentur [aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit].

Inst. 2. 25. 1

...sed cum ante testamentum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur, sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

È indubitabile che sed-confirmentur di Inst. 2. 25. 1 riflette il contenuto di ante tabulas - confirmentur di D. 29. 7. 5, ivi compreso vel codicillis: testamento vel codicillis viene riassunto con speciali voluntate. Per diritto giustiniano è dunque da ammettersi che un codicillo anteriore al testamento possa essere confermato non solo con il testamento, ma anche con un altro codicillo, ed è questione di buon senso il limitare questa affermazione nel senso che il codicillo posteriore debba essere confermato nel testamento.

Indubbiamente però sed-confirmentur di Inst. 2. 25. 1 non riflette la seconda parte di D. 29. 7. 5 (aut voluntas-fin.). Ma non è a dire che questa seconda parte è riflessa in sed divi Severus et Antoninus rell. di Inst. 2. 25. 1. Ciò non è vero perchè, mentre il frammento dei Digesti dà per validi TUTTI i codicilli comunque appoggiati dalla volontà dei testatori, il rescritto dei divi Severo e Anto-

nino, riportato in Inst. 2. 25. 1, dà per validi I SOLI CODICILLI FEDECOMMISSARI, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. Una divergenza fra la presunta opinione di Papiniano ed il rescritto di Severo e Antonino vi sarebbe solo se noi ammettessimo che tutto D. 29. 7. 5 sia genuino o che comunque i compilatori abbiano avuto sott'occhio tutto il testo che noi oggi nelle Pandette vediamo: ed in tal caso la divergenza sarebbe in ciò, che Papiniano (contro ogni regola logica e positiva) avrebbe enunciato una opinione straordinariamente largheggiante e sovverfitrice, la quale sarebbe stata ridotta entro più corretti limiti dagli imperatori. Ma se riconosciamo che l'opinione di Papiniano non era così assurda, che aut voluntas rell. non è stato scritto da lui, allora possiamo capire come il rescritto di Severo e Antonino integri e non contraddica quella opinione: Papiniano dice che i codicilli (sia di legate che di fedecommesso) non sono validi se, essendo ante tabulas testamenti facti, non incontrino la conferma testamentaria (o, aggiunge un lettore postclassico, codicillare), e gli imperatori dicono che peraltro (sed) i codicilli anteriori al testamento, ma fideicommissari, rimangono in vita anche se manchi una conferma esplicita, ma si possa ritenere che il testatore non li ha voluti invalidare col testamento.

Alla luce di queste conclusioni, appare chiara la genesi dell' interpolazione di D. 29. 7. 5. I compilatori giustiniani si incontrano in un testo di Papiniano che enuncia con singolare recisione il principio della invalidità dei codicilli anteriori al testamento e non confermati. Essi non pensano di trovarsi davanti ad un responso pratico,

cioè ad un testo che risponde ad un preciso quesito e non può nè deve far menzione di ogni possibilità: essi pensano che questo frammento è in disaccordo col rescritto di Severo e Caracalla che incontrano nella lettura di Marciano. Ed interpolano frettolosamente il brano con le parole aut voluntas rell., non badando che così vengo ad ammettere la validità degli altri codicilli non confermati contenenti legati. In Inst. 2. 25. I essi operano più saggiamente: da una parte riassumono il testo di Papiniano, *quale è a loro pervenuto*, dall'altra lo integrano con la citazione marcianea del rescritto di Severo e Caracalla.

Possiamo dunque con tutta probabilità stabilire che, in D. 29. 7. 5, vel codicillis è un glossema postclassico e aut voluntas rell. è un emblema triboniano.

Ma rimane da chiederci: cosa ha voluto significare il lettore postclassico col glossema vel codicillis? A me parstrano che, anche trattandosi di un commentuccio postclassico, si sia potuto dire una sciocchezza così patente come quella che un codicillo possa essere confermato da un altro codicillo. Vero è che Giustiniano la ripete (Inst. 2. 25. 1), ma anzitutto egli è scusato dal fatto che l'ha incontrata nel frammento che credeva di Papiniano, e secondariamente egli scrive in un'epoca in cui i codicilli, avendo gli stessi requisiti di forma dei testamenti, possono dirsi grosso modo a questi simili.<sup>24)</sup> Il lettore postclassico, meno frettoloso dei compilatori, doveva por mente a ciò, che Papiniano parlava di invalidità dei codicilli in genere e non di quelli solo contenenti legati: io presumo dunque che, aggiungendo vel codicillis, egli abbia voluto operare in un certo senso un imperfetto richiamo al princi-

pio enunciato da Severo e Caracalla: i codicilli fedecommissari sono validi, se comunque risulti che la volontà del testatore non è stata diretta ad invalidarli. Codicilli codicillis confirmantur vuol significare forse, già nel pensiero postclassico, che anche i codicilli (testamento) non confermati si debbono intendere in un certo senso confermati, *come portanti disposizioni fedecommissarie*, se sopravvengano altri codicilli che li sostengano. Il che riflette indubbiamente il pensiero classico (Severo e Caracalla) ma con formulazione (sia pure imperfetta ed inesatta) diversa: anche i codicilli non confermati possono dirsi confermati a titolo di disposizioni fedecommissarie per il solo fatto che è intervenuto il testamento: per fideicommissum testamenti facti (confirmantur).

6. — b) Dato che in diritto classico l'atto di conferma del codicillo doveva essere il testamento, dobbiamo domandarci se la *forma* della conferma fosse oppur no indifferente. All'opinione della indifferenza della forma di conferma testamentaria ci spinge il citato Gai Inst. 2. 270 a, ove si parla di conferma in generale, senza specificare, ed ove in testamento cavere non può non abbracciare ogni e qualsiasi forma di conferma.<sup>25)</sup> Ma qualche testo lievemente discorde ha fatto avanzare alla pandettistica l'opinione<sup>26)</sup> che, accanto ad una conferma con parole dirette, necessaria per i codicilli disponenti legati, esistesse una conferma con parole fedecommissarie, sufficiente per i codicilli disponenti fedecommissari. Assurda teoria, perchè non considera che non occorre conferma per la validità dei codicilli fedecommissari, di modo che manca uno dei due termini della distinzione.

Principalmente<sup>27)</sup> la pandettistica si è fondata su:

D. 32. 37. 2 (Scaev. 18 dig.) Seiam et Maevium libertos suos acquis partibus heredes scripsit: Maevio substituit Sempronium pupillum suum: deinde codicillos [per fideicommissum] confirmavit, quibus ita cavit <sup>28</sup>)... (segue il testo di un codicillo fecommissario).

Per fideicommissum è inesplicabile e di troppo: palese glossema postclassico. <sup>29</sup>) Ma anche qui val la pena di domandarsi perchè mai un lettore postclassico di Papiniano l'abbia voluto segnare a margine. Ed a mio credere può risponderci che ciò egli ha fatto perchè ha avvisato, di fronte a un codicillo fedecommissario, la non necessità di una conferma testamentaria ed ha voluto stoltamente porre in rilievo che basta un fedecommissario a confermarlo, cioè una preghiera scritta orale o comunque deducibile.

E' importante notare che Scevola parla di una conferma *testamentaria* del codicillo, fatta (come il seguito del testo fa capire) con parole fedecommissarie. Il lettore postclassico ha invece creduto che la conferma fosse sopravvenuta dopo il testamento (*deinde...* codicillos confirmavit) ed ha voluto chiarire che ad integrarle bastasse un qualunque comportamento da fedecommissario. Egli ha creduto, insomma, di trovarsi di fronte ad un codicillo non confermato: 1) perchè contenente disposizioni fedecommissarie; 2) perchè anteriore al testamento e non confermato ivi, ma deinde. Allora, in conformità a quella che doveva essere la tendenza della sua epoca, ha voluto chiarire che la conferma non debba essere necessariamente testamentaria, ma comunque fatta, dando a vedere di considerare tutti i codicilli sotto l'angolo visuale della con-

ferma. Di qui è sorta la frase deinde (cioè testamento facto) per fideicommissum confirmavit.

7. - c) Riassumiamo ora le file del lungo discorso. Il diritto classico conosceva due categorie di codicilli: 1) codicilli (anteriori o posteriori al testamento) testamento confirmati <sup>30</sup>), i quali potevano contenere non solo fedecommissi, ma anche principalmente legati (Gai Inst. 2. 270 a, Ulp. Reg. 25. 8); 2) codicilli (anteriori o posteriori al testamento o anche fatti in mancanza di testamento) non confirmati, i quali potevano contenere solo fedecommissi, purchè non apparisse, nel caso di codicilli anteriori al testamento, un indizio qualsiasi della volontà del testatore di renderli nulli.

Il diritto postclassico tende ad allargare la categoria dei codicilli non confermati, nel senso di ritenere che in fondo lo stesso non opporsi del testatore al codicillo precedentemente fatto è un modo di conferma: conferma non certa testamentaria, ma alla buona, fiduciaria, che alcuni precisano positivamente col parlare di conferma codicillis (D. 29. 7. 5) o per fideicommissum (D. 32. 37. 2). Nulla di inesatto in tutto ciò: solo espressioni imperfette e bislacche di mentalità bizantine, che tendono all'astruso.

Ma allora, ecco che si spiega il per fideicommissum testamento facto (codicilli confirmantur) di D. 29. 7. 8 pr.. Anche qui la mentalità bizantina si è manifestata, facendo dei codicilli non confermati una categoria di codicilli per fideicommissum confirmati, cioè confermati comunque. Ed essa è andata oltre, perchè ha detto che la conferma per fideicommissum si ha, non solo quando vi sia stato un testamento ma anche quando un testamento non vi

sia: codicilli per fideicommissum sine testamento confirmantur.

Le due categorie classiche dei codicilli si sono trasfuse in quattro categorie postclassiche: 1) codicilli in futurum (testamento vel codicillis) confirmati; 2) codicilli in praeteritum (testamento vel codicillis) confirmati; 3) codicilli per fideicommissum testamento facto confirmati; 4) codicilli per fideicommissum sine testamento confirmati.

La mentalità postclassica vede insomma i codicilli, tutti, sotto l'angolo visuale della conferma. Ma allora è evidente che, per essa, il modo di conferma dei codicilli diventa in un certo senso il modo di confezione dei medesimi, che quindi chi ha annotato Paolo non ha avuto difficoltà ad estendere il verbo *confirmantur* anche alla frase di sua creazione aut per fideicommissum rell. ed a premettere al tutto che codicilli *conficiuntur* quattuor modis.

8. — B) A chi debbono essere attribuite le alterazioni di D. 29. 7. 8 pr. ?

a) La risposta che vien naturale alla mente è che tali alterazioni siano il frutto di emblemata Triboniani. Ma questo, secondo me, è da escludere.

Se Giustiniano avesse interpolato aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento, avrebbe enunciato un concetto contrario a quello che liberamente accetta in Inst. 2. 25. p. 1. Quivi egli infatti la mostra di aderire pienamente alla dottrina classica della conferma, riportata probabilmente da Marciano, ed è forse nella seconda parte di D. 29. 7. 5 che egli l'ha volta (sia pure imperfettamente) trasfondere. A Giustiniano era estranea l'i-

dea che tutti i codicilli potessero dirsi in un certo senso confirmati, anche se non testamento, anche se sine testamento. Se una tendenza vi fu, nel diritto postclassico ad inquadrare ogni possibile specie di codicillo sotto il genus della conferma, ad essa indubbiamente reagì Giustiniano, che preferì riaccostarsi alla realistica visione del diritto classico, rappresentata dalle Istituzioni di Marciano. Occorre dunque pensare ad una alterazione postclassica di D. 29. 7. 8 pr.

E la tesi dell'inquinamento postclassico, pregiustiniano, del testo di Paolo può essere rafforzata da qualche ulteriore considerazione. È inopportuno credere che i compilatori abbiano avuto il tempo e la voglia di rielaborare, così come vediamo che è stato fatto, tutto il dettato di Paolo: verosimile è invece che queste opere, non di interpolazione ma addirittura di falsificazione dei concetti paolini, sia stata compiuta dalle scuole bizantine, come in altri casi vediamo che è avvenuto. I classici distinguevano, in base agli effetti loro caratteristici, i codicilli testamento confirmati da quelli non confirmati ed in questi ultimi essi vedevano tutte le ipotesi in cui ad un codicillo possa essere riconosciuto un contenuto di semplice fedecommissum: codicilli ante testamentum facti (si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis ex presserat non recessisse: Inst. 2. 25. 1), codicilli post testamentum facti (cfr. D. 40. 4. 43), codicilli facti da chi muore sine testamento, cioè ab intestato (cfr. D. 10. 2. 39. 1, 31. 89. 3, 29. 7. 19). Nel primo caso i codicilli erano un mezzo valido per la datio e ademptio legatorum, per la datio e ademptio libertatis, per la nomina e revoca del tutore testamentario,

oltre che per l'elargizione di fedecommissi; nel secondo caso, i codicilli valevano unicamente a disporre fedecommissi, erano cioè un mezzo di estrinsecazione delle disposizioni fedecommissarie. Di più essi non distinguevano, nè il loro sano realismo poteva infatti permettere che si facessero ulteriori distinzioni. La dottrina classica è fondamentalmente accolta da Giustiniano, il quale tuttavia, data l'importanza di atto autonomo, pari al testamento, raggiunta verso gli ultimi tempi dai codicilli, pone alla base del sistema la distinzione fra codicilli testamentari e codicilli intestati, i quali ultimi assorgono a categoria autonoma (Inst. 2. 25. 1 in principio), e distingue i codicilli testamentari in confermati e non confermati: e sarà mio compito di dimostrarlo altrove. Le scuole postclassiche tentano invece lo sterile sforzo di unificare concettualmente tutte le specie dei codicilli sotto l'esponente della conferma da parte del *de cuius*; questo si rivela anche al di fuori del tit. D. 29. 7 (cfr. infatti D. 32. 37. 2) e si rivela soprattutto nella rielaborazione di D. 29. 7. 8 fr.

9. — Intimamente collegato alla alterazione postclassica di D. 29. 7. 8. pr. può finalmente apparire ora lo strano e ridicolo dettato del § 1, che immediatamente gli segue.

D. 29. 7. 8. 1 (Paul libro sing. de iure codicillorum  
*Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus,  
quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere  
legitimam hereditatem.*

È evidente, in conclusione, che la mia tesi circa la forma mentis del lettore postclassico di Paolo risponde al vero; il § 1 specifica infatti in che senso i codicilli si

abbiano ad intendere confermati *sine testamento* e ribadisce l'interpretazione che del *principium* ho data, facendo dipendere tutto il costruito da *confirmatur*. Il palese carattere non genuino del *principium* implica, d'altronde, a sua volta che da mano postclassica sia uscito il § 1, ad esso, nel senso, così strettamente connesso.

### NOTE

<sup>1)</sup> GUARINO, *Codicilli*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung, romanistische Abteilung*, 61 (1941).

<sup>2)</sup> Del *liber singularis de iure codicillorum* di Paolo si incontrano nei Digesti cinque frammenti, dei quali un solo, ma il più lungo, nel tit. 29.7 de iure codicillorum. Essi sono (cfr. LENEL, *Palingenesia*, Paulus sht.) D. 29.7.8 pr.-6; 30. 127; 34. 4. 16; 35. 1. 18; 40. 4. 28. Diverso è l'ordine impresso a questi brani dallo SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Milano 1939), 215 s., in un suo tentativo di palingenesi critica dell'operetta paolina.

<sup>3)</sup> Cfr. FEIN in *Glück italiano*, libro XXIX, parte seconda, 97 s.; da ultimo, SCARLATA FAZIO cit. 29 s. e bibliografia ivi.

<sup>4)</sup> Rimando per la dimostrazione al mio scritto citato retro nota 1, ove credo di aver posto in chiaro che la teoria tradizionale è, più che altro, riposta su un'errata valutazione delle fonti (le quali parlano di codicilli, ma senza particolare riferimento, ora in ordine alla successione intestata ora in ordine alla successione testamentaria), nonché sulla eccessiva fede riposta in qualche sporadico testo palesemente non genuino.

<sup>5)</sup> Mentre i codicilli in generale potevano unicamente contenere disposizioni fedecommissarie, i codicilli testamento confermati potevano portare anche la datio e l'ademptio legatorum, la datio e ademptio libertatis.

<sup>6)</sup> Inst. 2. 25. 1: *Non tantum autem testamento facto potest*

*quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommitter codicillis potest.*

<sup>7)</sup> Ampie citazioni in FEIN cit., 102 s.

<sup>8)</sup> Il FEIN, cit. 13 s., ammette tuttavia senza esitazione che aut per fideicommissum testamento facto voglia alludere ai codicilli testamentari non confermati e sottintende conficiuntur.

<sup>9)</sup> Op. cit. 33.

<sup>10)</sup> V. per tutti FEIN cit. 102 s.

<sup>11)</sup> Op. cit. 92; cfr. anche 41 s.

<sup>12)</sup> Cfr. CUIACIO, *Op.* 4. 1100 E.

<sup>13)</sup> Cfr. LENEL, *Pal.*, Papinianus n. 569; BONFANTE, nota a FEIN 142; KRÜGER, *St. Bonfante* 2. 313.

<sup>14)</sup> Cfr., del resto, Cai 2. 270 a, riportato infra.

<sup>15)</sup> Ne va tralasciato che il testo classico avrebbe dovuto avere un aut (in corrispondenza ad aut voluntas eorum rell.) davanti a testamento.

<sup>16)</sup> Si noti: non servabuntur ea (?); ea, de quibus... defunctus... indicavit (!).

<sup>17)</sup> Cfr. retro note 12 e 13.

<sup>18)</sup> Le Istituzioni enunciano infatti il medesimo principio dicendo: *sed divi Severus et Caracalla rell.*

<sup>19)</sup> Op. cit. 42 s.

<sup>20)</sup> Secondo il KRÜGER, *Quellen* 251, Papiniano scrisse i suoi responsa non prima del 206. Al 211 attribuiscono i responsa di Papiniano HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, sv. Papinianus.

<sup>21)</sup> Cfr. FERRINI, *Opere* 2. 291; COSTA, *Papiniano* 1. 117.

<sup>22)</sup> I testi da lui addotti (op. cit. 36-41) sono relativi a casi particolari e riguardano comunque questioni che non hanno nulla a che fare con il presente argomento.

<sup>23)</sup> Cfr. anche Ulp. reg. 25. 8.

<sup>24)</sup> Non si dica perciò che vel codicillis è stato inserito da Tri-

boniano. Perché mai in Ist. 2. 25. 1 Giustiniano avrebbe riportato come pensiero di Papiniano solo una parte della sua interpolazione e non anche l'altra, che attribuisce a Severo e Caracalla? Se poi fosse stato Triboniano a voler dire quanto è implicato da vel codicillis, tanto valeva che egli, più speditamente, dicesse che i codicilli sono validi, anche se non confermati.

<sup>25)</sup> V. anche le osservazioni dello SCARLATA FAZIO cit. 87 s.

<sup>26)</sup> Cfr. per tutti FEIN cit. 102 s.

<sup>27)</sup> Rimando per la rimanente confutazione, alle convincenti osservazioni dello SCARLATA FAZIO, cit. 86 s.

<sup>28)</sup> Arbitrario è l'emendamento del MOMMSEN: deinde per fideicommissum confirmatis codicillis ita cavit.

<sup>29)</sup> Cfr. LENEL, *Pal.*, Scaevola n. 68; v. anche *Vocabularium iurispr. rom.* I. 767. 52.

<sup>30)</sup> Vuoi in praeteritum, vuoi in futurum.

n. di 3834

