

B. H. Solazzi  
Banta G 106

ANTONIO GUARINO

LA SCRITTURA  
NEL «TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM»

ESTRATTO DAGLI  
«STUDI IN ONORE DI UGO ENRICO PAOLI»



64375

FIRENZE  
CASA EDITRICE FELICE LE MONNIER  
1955

Bibl. Solazzi  
Busta g. 106



64375

LA SCRITTURA  
NEL «TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM»

1. — In due recenti articoli l'Arangio-Ruiz<sup>1</sup>, ponendosi in netto contrasto con la *communis opinio* dei romanisti<sup>2</sup>, ha affermato e cercato di dimostrare che nel *testamentum per aes et libram* del diritto romano classico, quando fosse scritto o segreto, la scrittura non aveva carattere probatorio, ma dispositivo, sostanziale: ciò perchè le disposizioni di ultima volontà erano sottratte alla cognizione dei testimoni, e quindi la volontà del testatore si manifestava esclusivamente a mezzo delle *tabulae*<sup>3</sup>.

La tesi dell'Arangio-Ruiz, benchè corredata da una argomentazione eccezionalmente brillante e suggestiva, non mi sembra accoglibile<sup>4</sup>. Io penso di poter dimostrare, in senso contrario: a) che mancano del tutto elementi tali da far ritenere verosimile che, nel *testamentum per aes et libram*, il documento abbia mai avuto carattere dispositivo; b) che

<sup>1</sup> *Intorno alla forma scritta del «testamentum per aes et libram»*, in «Atti Congr. Verona», 3 (1953), 81 sgg.; *Il testamento di Antonio Silvano e il Senatoconsulto di Nerone*, in «Studi Albertario», 1 (1953), 201 sgg.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, BRONDI, *Successione testamentaria e donazioni* (1943), 48 e passim. Cfr. anche, fra gli altri, ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*». In *tema di falso documentale*, in «Scritti Ferrini», Milano, 1 (1947), 34, nota 3, il quale sostiene che «non si possa parlare di una forma scritta del *testamentum per aes et libram* accanto ad una pretesa forma orale del medesimo», dato che «da un rigoroso punto di vista giuridico quella distinzione non ha valore, perchè semplice questione di fatto estranea alla sfera del diritto»: affermazione certamente ineccepibile, ma che non sembra tener conto dell'opportunità, anzi della necessità pratica di parlare di «testamento scritto» per il *testamentum per aes et libram* qualora fosse trasfuso, sia pure a scopo probatorio, in un documento.

<sup>3</sup> In questo senso cfr. anche MITTELS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1 (1908), 294, nota 14, ove già si precisa che il documento testamentario aveva carattere misto: dispositivo nella parte contenente le disposizioni di ultima volontà, probatorio nella parte attestante il compimento della *mancipatio familiae*. Sembra presumere il carattere dispositivo della forma scritta, pur senza discuterne per esplicito il problema, anche il Solazzi, che in una serie di scritti ha addirittura sostenuto che in diritto romano classico, quanto meno sino a Gordiano, non si conobbe proprio il testamento orale, salvo il caso di una *substitutio pupillaris* orale fatta da chi avesse per il resto testato in forma scritta: cfr. SOLAZZI, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in «SDHI», 13-14 (1947-48), 312 sgg.; *Testamenti «per nuncupationem»*, in «SDHI», 17 (1951), 262 sgg.; *Ancora del testamento nuncupativo*, in «SDHI», 18 (1953), 212 sgg.

<sup>4</sup> Già l'ho sostenuto nella relazione letta a Barcellona nell'ottobre 1953, in occasione della riunione annuale della «Société d'histoire des droits de l'antiquité».

provvidamente l'Arangio-Ruiz dubita<sup>1</sup>), parimenti valido rimarrebbe il nostro ragionamento.

Un vago accenno a campi di applicazione diversi del testamento orale e di quello scritto l'Arangio-Ruiz sembra fare allorché parla del caso del poeta Orazio, il quale, a detta di Svetonio<sup>2</sup>, «*decessit... herede Augusto patem nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad observandas testamenti tabulas*»: il testamento *per nuncupationem*, sembra dire l'Arangio-Ruiz, sarebbe stato limitato, in età preclassica e classica, ai soli casi in cui il testatore fosse impedito « dall'imminenza della morte o da altra circostanza, dal dare alle sue disposizioni di ultima volontà qualsiasi veste duratura »<sup>3</sup>. Ma i testi, da me altrove esaminati<sup>4</sup>, sul *testamentum per nuncupationem* non sembrano affatto alludere alla sola ipotesi dello stato di necessità, nè tanto meno contengono accenni per cui vada ristretta a questa sola ipotesi l'applicabilità del testamento civilistico orale. Inoltre, esistono prove testuali numerose e sicure del fatto che spesso volte la scrittura del documento era operata col sistema della dettatura e davanti ai testimoni<sup>5</sup>: il che significa che la volontà era manifestata oralmente e che le *tabulae* evidentemente si redigevano a puro titolo probatorio, avendosi quello che I. 2. 10. 4 chiamano il *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*<sup>6</sup>.

L'unica via per poter giungere alla convincente conferma della tesi circa la essenzialità del documento nel testamento scritto romano è di limitare la tesi stessa ai casi di testamento « segreto », cioè di testamento sottratto alla cognizione di chicchessia sino al momento dell'apertura della successione. Ed è questa la via che, non senza qualche incertezza, sembra imboccare l'Arangio-Ruiz<sup>7</sup>, il quale fa anche un parallelo tra il testamento civilistico scritto romano e il testamento segreto del codice civile italiano<sup>8</sup>. Ma a me sembra di poter affermare con sicurezza che anche sotto questo profilo la teoria qui contestata non regge.

Manca nelle fonti una esplicita affermazione della esistenza di un testamento scritto segreto, distinto dal testamento scritto non segreto. Il riferimento consueto a Suet., *Nero*, 17<sup>9</sup> non sembra calzante: ivi è detto che sotto Nerone si stabilì «*ut testamenti primae duae cereae testa-*

<sup>1</sup> Cfr. p. 87 sg.

<sup>2</sup> *Vita Horatii*.

<sup>3</sup> Cfr. p. 83.

<sup>4</sup> Cfr. lo studio cit. *retro*, nota 1 a p. 378.

<sup>5</sup> Cfr. Scaev. D. 32. 102. 1; Marcian. D. 48. 10. 1. 8; Callistr. D. 48. 10. 15 pr.; Paul. D. 29. 1. 40 pr.; Ulp. D. 28. 5. 1. 5-7; Ulp. D. 28. 5. 9. 2 e 5; Diocl. Cl. 6. 23. 7.

<sup>6</sup> Non sembra giusta, pertanto, l'affermazione dell'Arangio-Ruiz, *Intorno alla forma cit.*, 83, nota 4, che soltanto « nel mondo postclassico... » per conestare la prassi ellenistica del testamento dettato al notaio in presenza di testimoni, si è ricorso al concetto del *test. nuncupativum in scripturam redactum*. Non vi è dubbio che I. 2. 10. 14 sia un passo compilatorio (cfr. Ferrini, *Opere*, 2, 365), ma sembra sicuro che esso rifletta una prassi già dell'età classica.

<sup>7</sup> *Intorno alla forma cit.*, 84 sgg.

<sup>8</sup> A. 604 e 605 c. c.

<sup>9</sup> Cfr. Arangio-Ruiz, *Il testamento di Antonio Silvano cit.*, 203.

*torum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur*», ma ciò non fu fatto per garantire il segreto delle disposizioni testamentarie, bensì fu disposto esclusivamente «*adversus falsarios*», per impedire che un falsificatore, presentando ai sigillatori un testamento privo della *inscriptio* del proprio nome, potesse viceversa varare il testamento attribuito ad un altro<sup>1</sup>. D'altra parte, se in Roma fosse esistito un testamento scritto segreto, diverso dai testamenti scritti non segreti e da quelli *per nuncupationem*, evidentemente esso si sarebbe dovuto ritenere nullo ove il segreto fosse venuto a mancare prima dell'apertura della successione<sup>2</sup>: ed invece le fonti romane concordemente insegnano che il testamento scritto, qualunque testamento scritto, non viene meno per la rottura dei lini e dei suggelli, nè viene a mancare per la distruzione che se ne operi successivamente alla confezione<sup>3</sup>. Rotto l'involucro, il testamento segreto non esiste più perchè non è più riconoscibile come testamento di Tizio o di Caio; nè si può pensare a ricostruirlo attraverso matrici, che non possono esistere, copie, che non valgono ad identificarlo, testimonianze, che ancor meno servono allo scopo di asserire che l'atto presentato alla sigillazione fosse quello stesso redatto in una certa occasione<sup>4</sup>.

3. - B) Contro le argomentazioni che portano ad asserire la inverosimiglianza della tesi dell'Arangio-Ruiz circa il valore sostanziale del documento nei testamenti civilistici scritti, o almeno in certi testamenti civilistici scritti romani, potrebbe ancora opporsi dall'Arangio-Ruiz questa replica. Sta di fatto che in Roma, anche se non sempre, il testatore redigeva il testamento senza portarne il contenuto a conoscenza dei testimoni, ma sottoponendo alla loro sigillazione la copia già bella e chiusa e soltanto munita esternamente, a scopo di individuazione, di una *inscriptio* recante il suo nome; se il segreto delle dispo-

<sup>1</sup> L'ARANGIO-RUIZ, cit. nota prec., non disconosce questa *ratio* del provvedimento, ma non ne ammette l'esclusività e dice che, inoltre, « l'essere le *cerae* altrimenti *vacuae* garantiva la segretezza tanto cara ai Romani in questa materia ». Senonché la vacuità delle due prime (o ultime?) *cerae* non era garanzia sufficiente di segretezza delle *cerae* rimanenti; a questo scopo sarebbe occorsa la avvenuta suggellazione di queste ultime.

<sup>2</sup> Nel vigente diritto italiano l'art. 607 c. c. stabilisce che « il testamento segreto che manca di qualche requisito suo proprio, ha effetto come testamento olografo, qualora di questo abbia i requisiti ». Ma una convertibilità siffatta non era pensabile in diritto romano classico, non essendo in esso il testamento olografo ancora conosciuto: cfr. BIONDI, *Successione cit.*, 55.

<sup>3</sup> Cfr. BIONDI, *Successione cit.*, 595 sg. ed i testi ivi citati. Si ricordi, in particolare, Gai. 2. 151, ove addirittura si afferma « non posse ex eo solo infruari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius incidit, nihil minus iure civili valeat ».

<sup>4</sup> L'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma cit.*, 89 sg., crede di poter superare l'obbiezione di Gai. 2. 161 e di ogni altro testo del genere, rilevando che « quando si attribuisce ad un documento carattere dispositivo, non si vuol dire affatto che venendo meno il documento venga meno la situazione giuridica documentata », e ciò perchè l'unica cosa che importa, per l'esistenza del negozio, è che la volontà sia stata manifestata, a suo tempo, per iscritto. Ma è chiaro che questa argomentazione, se può valere per il testamento olografo (così come per qualunque altro titolo dispositivo), non può valere a fondamento del testamento segreto.

sizioni testamentarie non fosse stato ammesso dall'ordinamento, questo modo di testare avrebbe sfociato in un testamento nullo; invece, anche se fatto in tal modo, il testamento era valido; dunque, la redazione scritta di esso, essendo stata l'unico mezzo di estrinsecazione della volontà del testatore, costituiva la sostanza dell'atto. A questo ragionamento, se fosse effettivamente fatto, potremmo sempre opporre, come insuperabile, l'argomentazione, dianzi accennata<sup>1</sup>, basata sulla persistenza del testamento anche in caso di violazione del segreto per rottura dei lini e dei sigilli, ed anche in caso di distruzione; argomentazione che implica, di necessità, che l'ordinamento civilistico romano non prevedeva affatto l'ipotesi specifica di un testamento segreto, ma tollerava (cioè non proibiva esplicitamente) che i testimoni si turassero le orecchie per non ascoltare *de facto* quelle dichiarazioni di ultima volontà del testatore che ascoltavano *de iure*.

Ma la considerazione dei documenti testamentari romani a noi pervenuti ci permette di dire qualcosa di più: ci permette di contestare che ai testimoni fosse sottratta la vista delle disposizioni contenute nelle *tabulae testamenti*.

Gli studiosi di diritto romano, sopravvalutando l'importanza dell'attestazione contenuta in Suet., *Nero*, 17, e tendendo inoltre a ritenere che il testamento romano fosse per lo più rigorosamente segreto, hanno generalmente insegnato che le *tabulae* testamentarie fossero compilate in questo modo<sup>2</sup>. La faccia esterna della *tab. I* era lasciata senza cera per servire da copertina al politico; la faccia B della stessa *tabula* e la faccia A della *tab. II*, ambedue cerate costituivano la *scriptura* prima dell'atto e contenevano la *inscriptio* col nome ed i titoli del testatore e i suggelli dei testimoni; la faccia B della *tab. II* costituiva la prima facciata della seconda *scriptura*, segreta, la quale continuava nelle *tabulae* seguenti sino all'ultima, di cui la faccia B, non cerata, costituiva l'altra copertina del documento. Nell'insegnamento comune, la seconda scrittura, accuratamente chiusa e suggellata, conteneva il testo delle disposizioni di ultima volontà, a cominciare dalla *heredis institutio*. Tuttavia, la considerazione del materiale documentale in nostro possesso ha portato a concludere che, almeno in esso, la disposizione neroniana non risulta rispettata<sup>3</sup>: in particolare essa non risulta rispettata nel famoso testamento di Antonio Silvano, conservatoci quasi integralmente<sup>4</sup>, ove nella stessa faccia B della *tab. I*, in cui è l'*inscriptio* col nome del testatore, si leggono, di seguito all'*inscriptio* stessa, le prime disposizioni, mentre i suggelli dei testimoni sono apposti in fine, dopo una sorta di *subscriptio* del testatore.

Di fronte a così fatto stato di cose, la conclusione più prudente è

<sup>1</sup> *Retro*, § 2.

<sup>2</sup> Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano cit.*, *passim*.

<sup>3</sup> Accurata e convincente dimostrazione, se pure in parte congetturale, ne fornisce appunto l'ARANGIO-RUIZ, nell'articolo cit. nella nota precedente.

<sup>4</sup> Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, n. 47 e letteratura ivi citata. *Adde* DAUVILLIER, *Note sur un testament romain récemment découvert en Egypte*, in « *Rec. Acad. Legisl. Toulouse* », 18 (1947); MACQUERON, *cit.* nella nota seguente.

stata quella adottata dal Macqueron<sup>1</sup>, il quale ha detto che, contrariamente a quello che ci saremmo potuti aspettare, il testamento di Antonio Silvano non era un testamento segreto. Ma l'Arangio-Ruiz<sup>2</sup>, ritenendo presso che impossibile che i Romani rinunciassero alla segretezza del documento testamentario, ha prospettato e difeso una ingegnosa teoria, del resto balenata, per sua attestazione<sup>3</sup>, proprio alla mente del Macqueron, in occasione di una prima e più superficiale disamina del testamento di Antonio Silvano: la faccia B della penultima tavoletta di un politico e la faccia A dell'ultima tavoletta si presentano, per chi consideri il politico al rovescio, stando ad esempio dall'altra parte del tavolo ove siede colui che lo scrive o lo legge, alla stessa guisa, rispettivamente, della faccia A di una *tab. II* e della faccia B di una *tab. I*, e ad esse avrebbe probabilmente alluso la disposizione riferita da Suet., *Nero*, 17. In altri termini, le « *primae duae cerae* », cui detta disposizione avrebbe fatto riferimento, sarebbero state le ultime due.

A dire il vero, questo abile tentativo, operato dall'Arangio-Ruiz, per salvare il presunto principio di segretezza del testamento romano poco convince. Che un atto normativo abbia parlato di « *primae duae cerae* », volendo alludere alle ultime due, è strano e poco credibile. Ancor più strana ed ancor meno credibile la cosa diventa, quando si pensi che il provvedimento diceva « *testatorum modo nomine inscriptio* », e dunque alludeva ad una *inscriptio* iniziale del documento, mentre la spiegazione dell'Arangio-Ruiz obbliga a credere che il documento avesse sempre ed immancabilmente una *subscriptio* e che alla *subscriptio* stessa si alludesse col provvedimento di età neroniana, quando si diceva viceversa « *inscriptio* »<sup>4</sup>. Un esame pacato della questione non può non spingere alla conclusione che il testamento di Antonio Silvano non era un testamento segreto nel senso proprio della parola, ma, piuttosto, se si vuole, un testamento « riservato » un testamento comunicato solo ai testimoni, da questi scorso con occhio veloce o magari addirittura non scorso, sebbene fosse e rimanesse giuridicamente ad essi noto<sup>5</sup>.

Ma anche a voler seguire l'Arangio-Ruiz nella sua ipotesi, egualmente deve negarsi che il testamento di Antonio Silvano abbia potuto essere

<sup>1</sup> *Le testament d'Antonius Silvanus*, in « *RHD* », 24 (1945), 123 sg.

<sup>2</sup> *Il testamento di Antonio Silvano cit.*, *passim*.

<sup>3</sup> *Cfr.* p. 209 sg.

<sup>4</sup> L'ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano cit.*, 210 sg., porta buoni argomenti a sostegno della diffusione in Roma dell'uso greco della *subscriptio*, ma, ovviamente, non riesce, né intendo riuscirci, a dimostrare che in età classica l'uso della *subscriptio* sia divenuto generale e costante anche nella madrepatria. Se ciò fosse accaduto, è chiaro che il provvedimento riferito da Suet., *Nero*, 17, non avrebbe parlato di *inscriptio*, o almeno avrebbe parlato anche di *subscriptio*. Sorprendente sarebbe poi che l'uso della *subscriptio*, in luogo della *inscriptio*, si fosse generalizzato in Roma (come sembra ipotizzare l'ARANGIO-RUIZ, *cit.*, 211, nota 3) proprio a seguito di quel provvedimento, che peraltro parlava di *inscriptio*.

<sup>5</sup> La notizia giuridica i testimoni l'avevano per il fatto di avere la possibilità di leggere le *tabulae testamenti*: non era certo indispensabile che le leggessero effettivamente, così come non è indispensabile, al giorno d'oggi, che i testimoni di un atto notarile prestino effettivamente orecchio alla lettura del notaio.

un testamento segreto, confermandosi con ciò la nostra tesi, per cui i Romani ignorarono del tutto l'istituto del testamento segreto vero e proprio.

Lo schema del *testamentum Antonii Silvani equitis* è il seguente<sup>1</sup>. *Tab. I* faccia A: vuota e senza cera (copertina); faccia B: *inscriptio* e istituzione di erede. *Tab. II* e *III* (cerate e scritte su ambo le facce): altre disposizioni testamentarie con la clausola terminale « *hoc testamento dolus malus abesto* ». *Tab. IV* faccia A: attestazione dell'avvenuta *mancipatio familiae* e inizio della data; faccia B: fine della data e *subscriptio* di Antonio Silvano in lingua greca. *Tab. V* faccia A: cerata ma vuota; faccia B: cerata in parte per contenere i suggelli dei sette testimoni. Dato questo schema, è evidente che, per salvare la segretezza delle disposizioni testamentarie, sarebbe occorso che la seconda *scriptura* del *testamentum Antonii Silvani* fosse costituita dalla faccia B della *tab. I*, dalle *tab. II* e *III* e dalla faccia A della *tab. IV*; la prima scrittura sarebbe stata invece formata dalla faccia B della *tab. IV* e dalla *tab. V*. Ma questa ricostruzione implica che la data dell'atto fosse registrata per metà nella seconda *scriptura* e per metà nella prima scrittura. Non solo, ma essa implica altresì che nella seconda scrittura del documento fossero vergate non soltanto le disposizioni di ultima volontà di Antonio Silvano, ma anche la *testatio* dell'avvenuta *mancipatio familiae*.

L'Arangio-Ruiz non dubita nemmeno un istante, e non potrebbe farlo, che tutto ciò che concerne, nella *scriptura* dell'atto, la *mancipatio familiae* abbia carattere meramente probatorio e non dispositivo; tuttavia egli non crede che implichi alcuna difficoltà la coesistenza in uno stesso atto di una parte dispositiva con una parte probatoria<sup>2</sup>. Ma qui sta, a mio avviso, l'errore, almeno per ciò che concerne il testamento di Antonio Silvano. Dato che, nel rituale del *testamentum per aes et libram*, la *mancipatio familiae* si faceva dopo la eventuale redazione scritta delle volontà testamentarie<sup>3</sup>; dato che dell'avvenuta esecuzione della *mancipatio familiae* si fa menzione nelle stesse *tabulae* testamentarie, anzi nella stessa presunta seconda scrittura contenente la parte presunta segreta del testamento; ne consegue che le *tabulae testamenti* erano tenute dal *testator* tuttora aperte durante la ritualità della *mancipatio* e che erano chiuse dopo la *mancipatio* stessa. Ma ciò significa che i testimoni della *mancipatio* avevano tutta la possibilità di leggere le *tabulae* prima che fossero chiuse<sup>4</sup>: il che dimostra che il testamento non era segreto, che la volontà del testatore non si manifestava mediante la redazione scritta, che la scrittura non rivestiva, dunque, carattere dispositivo nel *testamentum per aes et libram*.

ANTONIO GUARINO

<sup>1</sup> Cfr. GUÉRAUD e JOUGUET, *Un testament latin « per aes et libram » de 142 apr. J.-C.* in « *Et. de papyrologie* », 6 (1940), 1 sgg.

<sup>2</sup> Cfr. *Intorno alla forma* cit., 84 sg., ove per altro l'ARANGIO-RUIZ, nettamente contrappone alla parte probatoria « quella più cospicua parte delle *tabulae* che il testatore mostra dal di fuori ma non legge nè fa leggere ».

<sup>3</sup> Cfr. Gai. 2. 104: « ... qui facit < testamentum > ... postquam *tabulae* testamenti scripserit, *mancipat* alicui *dicis* gratia *familiam* suam ».

<sup>4</sup> Vedi retro, nota 5 della pagina precedente.

L'ARTE DELLA STAMPA  
FIRENZE