

STUDI
IN ONORE DI
PIETRO DE FRANCISCI

VOLUME SECONDO



MILANO
DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE
1956

AGENZIA DI NAPOLI
Colata Irindo Maggiore, 7 - Tel. 20163
AGENTE
Isolanda Russo Ved. Totangelo

Elle ne vit plus que dans le domaine de l'hypothèse historique, où il serait téméraire d'aller la réveiller si le chercheur n'avait l'excuse ou l'illusion d'espérer, grâce à elle, trouver quelques considérations susceptibles d'éclaircir une partie des problèmes touchant les relations humaines archaïques et les liens d'obligation dans l'ancien droit romain.

ANTONIO GUARINO

Professore nell'Università di Napoli

LA FORMA ORALE E LA FORMA SCRITTA
NEL TESTAMENTO ROMANO

qu'ils l'ont divisée. Elle a même pu passer pour plus ancienne que Jupiter, qui est un dieu de la *civitas*, et l'on en vient à se demander si ce qui s'est appelé la *fides publica* n'est pas la *fides*, non plus des *gentes*, mais de la cité. Mais cette conjecture ne saurait être soutenue que moyennant une vérification qui dépasserait les problèmes ici traités.

1. In ordine alle forme dei testamenti romani ordinari, l'insegnamento corrente della dottrina romanistica¹, almeno sino a qualche anno fa, era il seguente: a) in età classica, il testamento civilistico (*testamentum per aes et libram*) era essenzialmente orale, ma era diffusissima l'usanza di trasfonderne il contenuto in *tabulae* aventi valore probatorio²; b) sempre in età classica, il pretore, promettendo la *bonorum possessio* a coloro che fossero nominati in *tabulae non minus septem testium signis signatae*, dette riconoscimento e tutela al così detto testamento pretorio, che era essenzialmente scritto³; c) ancora in età classica, Giuliano, secondo alcuni⁴, Gordiano, secondo altri⁵, riconobbe validità *iure praetorio* anche alle disposizioni orali di ultima volontà, purchè profferite in cospetto di sette testimoni; d) in età postclassica, non senza alquanto incertezze, si continuò a distinguere tra testamento civile e testamento pretorio, progressivamente orientandosi verso la identificazione del testamento orale con quello *iuris civilis* e del testamento scritto con quello *iuris praetorii*⁶; e) Giustiniano, riordinando la materia, distinse il *testamentum tripertitum* scritto dal testamento orale o nun-

¹ Cfr. per tutti BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni* (1943) 42 ss.

² La funzione meramente probatoria della scrittura nel *testamentum per aes et libram* è stata, peraltro, recentemente contestata dall'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del «testamentum per aes et libram» Atti Congr. Verona, III, 1953, 81 ss.; Il testamento di Antonio Silvano e il Senatoconsulto di Nerone Studi Albertario, I, 203 ss.* L'Arangio-Ruiz ha, però, precisamente, sostenuto che nel *testamentum per aes et libram*, quando fosse scritto e segreto, la scrittura avesse carattere dispositivo, per la ragione che, essendo le disposizioni di ultima volontà sottratte alla cognizione dei testimonii, la volontà del testatore si manifestava esclusivamente per mezzo della redazione delle *tabulae*. Ma v. contra GUARINO, *La scrittura nel «testamentum per aes et libram» Studi Paoli, 1954, estr.*

³ Cfr. in particolare ARCHI, *Problemi in tema di falso Studi Univ. Pavia, XXVI, 1941, 58 s. e nt. 125; «Civiliter vel criminaliter agere». In tema di falso documentale Scritti Ferrini Milano, I, 1947, 34 nt. 3.*

⁴ Cfr. ad esempio GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro 28, 1, 290 nt. 52 (trad. ital.), con riferimento a Iul. D. 37, 11, 8, 4.

⁵ Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.*, 50 s., con riferimento a Gord. C. I. 6. 11. 2.

⁶ Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.*, 52 ss.

cupativo, senza più insistere sulla contrapposizione tra testamenti civili e pretori¹.

La fondatezza della *communis opinio*, or ora riassunta, è stata recentemente contestata, sotto due profili diversi, dal Solazzi, il quale, in una serie di scritti, in cui è venuto sempre più precisando e rafforzando la sua critica², ha sostenuto che in diritto romano classico: a) il testamento orale, sia civile che pretorio, non fu assolutamente conosciuto, salvo il caso di una *substitutio pupillaris* orale fatta da chi avesse per il resto testato in forma scritta: caso in cui la giurisprudenza ammise il sostituto alla *bonorum possessio*³; b) solo Gordiano, in un suo rescritto del 242, poi radicalmente alterato in età postclassica, concesse la *bonorum possessio* a persone istituite oralmente, e non per iscritto⁴.

Le acute osservazioni del Solazzi hanno beneficamente contribuito al chiarimento di molti punti ancora incerti della storia del testamento romano. A mio avviso, peraltro, un attento riesame della materia impone di escludere l'ammissibilità di questa teoria⁵ e di concludere, con un sostanziale ritocco anche alla *communis opinio*, nel modo che segue: a) il *testamentum per aes et libram* del *ius civile* romano (classico) fu e rimase sempre essenzialmente orale, anche se assai diffusa fu l'usanza di trasferirlo, a fini esclusivamente probatori, in *tabulae* munite dei suggelli dei testimoni; b) il così detto testamento pretorio, costituito dalle *tabulae non minus septem te-*

¹ Cfr. per tutti BIONDI, o. c., 55 s.

² Cfr. SOLAZZI, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, SDHI., XIII-XIV, 1947-48, 312 ss. (= SOLAZZI, I); *Testamenti « per nuncupationem »*, SDHI., XVII, 1951, 262 ss. (= SOLAZZI, II); *Ancora del testamento nuncupativo* (SDHI., XVIII, 1952, 212 ss.) (= SOLAZZI, III). Nel primo scritto il Solazzi si è limitato a sostenere che la prima introduzione della *bonorum possessio secundum nuncupationem* fu operata da Gordiano col rescritto del 242 riportato in C. I. 6, 11, 2 e che tale rescritto è stato poi interpolato nella parte in cui sembra far riferimento ad un insegnamento giurisprudenziale precedente. Nel secondo e nel terzo articolo il Solazzi si è, invece, spinto addirittura a negare la classicità del testamento nuncupativo, non soltanto pretorio, ma anche civile, quanto meno sino a Gordiano.

³ Cfr. Iul. D. 31, 11, 8, 4.

⁴ Nella tesi dell'interpolazione di Gord. C. I. 6. 11. 2 sembra convenire l'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma cit.*, 89 nt. 14, che peraltro non contesta la classicità del testamento civilistico orale. Così pure DULCKEIT, « *Plus nuncupatum minus scriptum* », *Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentrechts* (ZSSr., LXX, 1953, 187 ss.).

⁵ V. già, contro la tesi del SOLAZZI, ma con argomentazioni inaccettabili (v. *infra* n. 4), DI MARZO, *Gordiano e il testamento orale pretorio* (SDHI., XVI, 1950, 289).

stium signis signatae, fu e rimase, per tutta l'età classica, esclusivamente scritto, nel senso che il pretore in tanto trascurò la effettuazione della *mancipatio familiae* ed in tanto concesse egualmente la *bonorum possessio* alle persone indicate dal testatore, in quanto l'indicazione risultasse dalle *tabulae* debitamente munite dei sette suggelli; c) fu per effetto della sostanziale oralità del testamento civile e della sostanziale documentalità del testamento pretorio che il diritto postclassico, prima della riforma giustiniana, operò la corrispondente identificazione terminologica.

Ai fini della tesi che intendo sostenere, passerò, quindi, a dimostrare successivamente i seguenti punti: a) che, per ciò che concerne il *testamentum per aes et libram*, non vi sono elementi di sorta per ritenere verosimile che l'oralità di esso sia mai stata abolita o messa da parte nel corso dell'età classica; b) che vi sono prove testuali sicure del fatto che il testamento civilistico orale (*testamentum per nuncupationem heredis*) fosse tuttora vigente, sebbene scarsamente applicato, nel diritto classico romano; c) che manca ogni prova od indizio per poter ritenere che, in età classica, accanto alla edittole *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*, sia stata riconosciuta una *bonorum possessio* conforme a disposizioni orali pronunciate davanti a sette testimoni; d) che i testi, i quali sembrano far riferimento al testamento orale pretorio, sono genuini, ma fanno riferimento, in realtà, alla *bonorum possessio* confermativa di un *testamentum per nuncupationem* civilisticamente perfetto.

2. A) Per ciò che concerne il *testamentum per aes et libram*, non vi sono elementi di sorta per ritenere verosimile che l'oralità di esso sia mai stata abolita o messa da parte nel corso dell'età classica del diritto romano.

Di essenziale importanza, in proposito, è la circostanza, dal Solazzi non negata, del carattere puramente orale del *testamentum per aes et libram* alle sue origini¹. Essa implica che tale oralità, anche se possa essersi col tempo praticamente ridotta a nulla o quasi, non possa, a termini di diritto, essere scomparsa che per via di espressa abolizione. Ma di un qualsivoglia provvedimento abolitivo del testa-

¹ In verità non vi è alcun luogo degli articoli del Solazzi (cit. *retro* 56 nt. 2), in cui questi esplicitamente ammetta il carattere puramente orale dell'originario *testamentum per aes et libram*. Ma, trattandosi di un dato di universale conoscenza, è da ritenere che il Solazzi, se avesse voluto contestarlo, avrebbe dovuto farlo esplicitamente.

mentum per nuncupationem non abbiamo notizia, nè abbiamo motivo alcuno per credere che possa essere stato emanato. L'impegno del Solazzi, negli ultimi suoi scritti¹, per dimostrare che il testamento civilistico orale in diritto classico addirittura non esisteva, urta contro questa fondamentale inverosimiglianza, resa ancora maggiore dal fatto che in diritto postclassico, viceversa, il testamento orale era ammesso e riconosciuto, nonchè da alcuni identificato proprio col testamento civilistico². Un *iter* storico per cui il testamento orale dapprima esiste, poi muore, infine torna ad esistere (per di più in un'epoca, come quella postclassica, in cui è tanto ampiamente diffuso il fedecommesso³) è un *iter* storico fortemente inverosimile. Se i postclassici parlarono di *testamentum* orale è perchè i classici già ne parlavano: ed è evidente che i classici dovessero parlarne, malgrado la sua scarsa applicazione, visto che il *testamentum per aes et libram* era sorto come atto compiuto esclusivamente *per nuncupationem*⁴.

Ma il Solazzi appoggia la sua tesi, del carattere esclusivamente scritto del testamento civilistico classico, sulla citazione di Gai., II, 103-104 e di Ulp., XX, 2 e 9: testi che, invece, almeno a nostro avviso, unitamente a Gai., II, 120-121, non depongono affatto in tal senso, anzi depongono, se mai, in senso opposto.

Si legga, sopra tutto, Gai., II, 102. Gaio esordisce dicendo che *accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram dicitur*; seguita descrivendo la *mancipatio familiae*, essenzialmente orale, degli antichi tempi, sorta per il caso di colui, che *subita morte urgebatur*⁵; e conclude ripetendo e chiarendo: *quod testamentum dicitur per aes et libram, quia per mancipationem peragitur*. Nel successivo § 103, Gaio, dopo aver detto che ai suoi tempi, scomparsi il *testamentum calatis comitiis* e quello *in procinctu*, esiste ormai nell'uso *hoc vero solum, quod per aes et libram fit*, aggiunge che tale

¹ Cfr. in particolare SOLAZZI II, 262: « il testamento civile romano era scritto ».

² V. retro 56 nt. 4.

³ Cfr. BIONDI, o. c., 477 ss.

⁴ Cfr. Gai., II, 102: ... *qui <enim> neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet...* — Un buon *excursus* sulla storia del *testamentum per aes et libram* offre DULCKER (cit. retro p. 56, nt. 4) 181 ss.

⁵ Cfr. nt. 4.

testamento *sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*. Potrebbe pensarsi che questa frase giustifichi l'opinione che ai tempi di Gaio il testamento civilistico si fosse trasformato in testamento solamente scritto, ma, in realtà, Gaio, proseguendo nel suo discorso, ci dice anche esplicitamente entro quali limiti sia avvenuta la trasformazione dell'istituto: *olim familiae emptor... heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*. Vero che nel § 104, descrivendo il modo attuale di far testamento (*aeque res ita agitur*), Gaio indubbiamente si riferisce al solo testamento scritto, cioè alla *mancipatio familiae* ed alla solenne *nuncupatio testamenti* fatte mentre il testatore tiene in mano le *tabulae testamenti*, ma sembra chiaro che il riferimento è limitato al testamento scritto in considerazione del fatto, incontestabile, che esso era, in età classica, di gran lunga il più usato¹.

3. B) Vi sono prove testuali sicure del fatto che il testamento civilistico orale (*testamentum per nuncupationem heredis*) fosse tuttora vigente, sebbene scarsamente applicato, nel diritto classico romano.

Particolare importanza riveste, ai fini della dimostrazione, il commento di Ulpiano *ad Sabinum*, il quale si apre con la dichiarazione che il *testamentum per aes et libram* può avvenire non soltanto per iscritto, ma anche *per nuncupationem*. Il che, evidentemente, Ulpiano afferma perchè nel vecchio trattato di Massurio Sabino, che impegna a commentare, egli trova appunto menzione di quel testamento civilistico nuncupativo, che ormai ai suoi tempi è invece praticamente (ma non *de iure*) desueto².

D. 28, 5, 11, 1 (Ulp. I Sab.). *Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus.*

¹ D'altra parte, va rilevato che, se il *testamentum per aes et libram* si fosse trasformato da orale in scritto, se la forma orale fosse scomparsa *de iure* (oltre a divenire rarissima *de facto*), evidentemente Gaio non avrebbe mancato di dirlo.

² Sui libri *ad Sabinum* di Ulpiano cfr. da ultimo SCHULZ, *History of Roman legal science* (1946) 212 ss.; WOLFF, *Zur Ueberlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum* (Festschrift Schulz II, 1951, 145 ss.). È risaputo che l'opera fu fortemente rimaneggiata in età postclassica e che a Giustiniano parve addirittura che se ne fosse fatta una seconda edizione (*repetita praelectio*; c. Cordi, 3). Tuttavia, è difficilmente supponibile, solo per questo motivo, l'alterazione postclassica dei singoli testi.

Questo passo di Ulpiano, assolutamente inattaccabile, sarebbe di per se solo decisivo, anche se non fosse corroborato da altri elementi testuali. Il Solazzi dice vagamente che esso « autentico non sembra »¹ e propone, in base all'esame critico degli altri testi, che tra poco esamineremo noi pure, la restituzione: « *institutum autem heredem eum dicimus, qui scriptus est, non solummodo nuncupatus* »². Impresa, peraltro, a nostro parere, disperata³.

D. 28, 5, 1, 3 (Ulp. 1 Sab.). *Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus quinque verbis poterit facere testamentum, ut dicit: « Lucius Titius mihi heres esto » [haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur]. quin poterit etiam tribus verbis testari, ut dicit: « Lucius heres esto »; nam et « mihi » et « Titius » abundat.*

Il glossema di « *haec autem - testatur* » è evidente⁴ ed è stato indicato dal Solazzi con compiacimento⁵: inammissibile è l'uso ambiguo di « *scriptura* », dapprima nel senso di « formula » e poi nel senso di « documento ». Va aggiunto che la frase dice una cosa inesatta, perchè la formula « *Lucius Titius mihi heres esto* » può essere adoperata tanto da chi fa testamento verbale, quanto da chi fa testamento scritto. L'appiccicaticcio è evidente. Ma se « *haec autem - testatur* » è una glossa postclassica, a maggior ragione è da ritenere classico il testo che essa commenta: e tale testo ha ben due volte « *dicat* », termine che ben può alludere anche al testamento scritto, ma che certamente si riferisce anche, se non esclusivamente, al testamento orale. Se Ulpiano avesse scritto *scribat* ed il glossatore postclassico avesse voluto riferire il testo al testamento orale, egli avrebbe corretto lo *scribat* in *dicat*: gli sarebbe stato sufficiente.

Secondo il Solazzi, non esisterebbe, nel linguaggio e nella mentalità del diritto romano classico, una *nuncupatio heredis*, ma solo

¹ SOLAZZI, III, 213.

² SOLAZZI, III, 217.

³ È da rilevare che, se realmente il testo originario di Ulpiano avesse suonato così come congettura il Solazzi, il rielaboratore postclassico non lo avrebbe rimaneggiato così come si legge attualmente in D. 28, 5, 1, 1, ma avrebbe, più probabilmente, scritto: *institutum autem heredem non solum eum dicimus, qui scriptus est, sed etiam nuncupatus*.

⁴ Cfr. DAVID, *Studien zur « heredis institutio ex re certa »* (1930) 6 nt.

⁵ SOLAZZI, III, 212 s.

una *nuncupatio testamenti*, rappresentata dalla pronuncia delle parole *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*¹. Ma *nuncupare heredem* è terminologia confermata dal linguaggio letterario² e suggerita, del resto, dal significato stesso di *nuncupare*, che significa pronunciare solennemente e pubblicamente³. Esiste, certamente, anche una ristretta *nuncupatio testamenti*, che è quella cui fanno riferimento Ulp., XX, 9 e 13 e Gai., II, 104; 109; 116; 119; 121; 149 a; ma non bisogna tralasciare di osservare che Gai., II, 104 spiega, a proposito della *nuncupatio testamenti*, che si tratta di una formula ristretta, la quale va intesa con riferimento complessivo a tutte le disposizioni testamentarie, a cominciare dalla *nuncupatio heredis*: *nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*⁴. Del resto, vi sono passi, nei *Digesta*, dai quali nessuno sforzo critico varrà ad estirpare convincentemente la *nuncupatio heredis*.

D. 28, 1, 21 pr. (Ulp. 2 Sab.). *Heredes palam ita, ut exaudiri poss[un]t, nuncupandi s[un]t. licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. qui est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire.*

Le scorrettezze sintattiche del primo periodo dipendono da disattenzione degli amanuensi e non valgono a fornire indizi di nessun genere per l'alterazione postclassica⁵. Sono evidentissimi, nel passo: l'insegnamento lapidario di Sabino, costituito dal primo periodo, e

¹ SOLAZZI III, 213 ss.

² Cfr. FORCELLINI, *Lexicon* s.h.v.

³ Interessanti osservazioni in DULCKEIT (cit. retro p. 56, nt. 4) nt. 22 e 28.

⁴ Ed è opportuno mettere in rilievo, di passata, che nella formula gaiana della *nuncupatio testamenti* (riferita in questa pagina) le parole *ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt* hanno evidentemente il carattere di una proposizione inserita in un secondo momento: se fosse stata scritta di getto, la formula della *nuncupatio testamenti* avrebbe portato *quae in his tabulis* etc.

⁵ Del tutto inaccettabile la radicale esegesi critica del BESELER, in *ZSSl.*, LXVI, 1949, 603.

le chiose esplicative di Ulpiano, che ad esso fan seguito¹. Al Solazzi² può tranquillamente opporsi che la logica di *licebit ergo - debet* non è « misteriosa »: si può testare per iscritto o a voce, ma nel secondo caso è indispensabile che i testi siano in grado di udire chiaramente le disposizioni di ultima volontà³.

Della classicità del *testamentum civilistico per nuncupationem* ci dà prova non soltanto il commento di Ulpiano *ad Sabinum*, ma anche qualche altro autore classico.

D. 28, I, 25 (Iavol. 5 *post. Lab.*). *Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus digestorum libro primo Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse.*

È un testo elegantissimo, che chiaramente si riferisce ad un *testamentum per nuncupationem*, il quale è stato interrotto, durante il suo compimento, dall'improvviso mancare della favella al testatore. Da respingere, a nostro avviso, l'opinione del Solazzi, secondo cui saremmo, invece, di fronte ad un caso di dettatura di testamento scritto⁴. Proprio il Solazzi giustamente osserva, contro la sostituzione di *nuncuparet* ad *exprimeret* proposta dal Beseler⁵, che *nuncupare* non sembra usato per indicare la dettatura di disposizioni testamentarie ad uno scriba⁶. Si aggiunga che, se realmente la fattispecie fosse stata quella di una dettatura interrotta, sarebbe stato puerile trattare con tanta minuzia i problemi considerati nel testo: il testatore, non potendo più continuare a dettare, avrebbe scritto

¹ Non tiene conto di ciò il SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, in *Ann. Palermo* XVII, 1937, 149, che ritiene glossato il testo da « *quid est palam?* » alla fine. Nello stesso senso è anche DULCKEIT (cit. *retro*, p. 56) 183 nt. 14. Comunque, l'atetesi di questa parte del frammento non ne pregiudica l'insegnamento sostanziale.

² Cfr. SOLAZZI, III, 213 s.

³ Nel caso di testamento scritto, invece, i testimoni della *mancipatio familiae* hanno la possibilità di leggere le *tabulae*, senza che alcuno ne reciti ad alta voce il contenuto.

⁴ Cfr. SOLAZZI, III, 214.

⁵ In *Festschrift Schulz*, I, 24.

⁶ SOLAZZI, III, 214 nt. 6.

egli stesso il rimanente delle disposizioni. Anzi, vi è di più. Se si fosse trattato, nella specie, di testamento *per aes et libram* scritto, non sarebbe dovuto sorgere nessun problema, perchè il testamento sarebbe stato impossibile: infatti, nel caso di testamento scritto, prima veniva la redazione (eventualmente per mezzo di dettatura ad un amanuense¹) delle *tabulae*, poi seguiva la *mancipatio familiae*, in cui parlava il *familiae emptor*, indi veniva la *nuncupatio testamenti*, che doveva essere necessariamente fatta con la sua viva voce dal testatore, il quale, dunque, non sarebbe stato in grado di compierla, e conseguentemente non sarebbe stato in grado di far testamento civilistico, se fosse ammutolito durante la redazione delle *tabulae*². Viceversa, trattandosi di *testamentum civilistico per nuncupationem*, il problema ricordato da Giavoleno aveva tutto il modo di sorgere, perchè in tal tipo di testamento si incominciava col fare la *mancipatio familiae* e poi seguiva, da parte del testatore, la *nuncupatio*, con la indicazione degli *heredes* e di ogni altro beneficiato o diseredato³. È di evidenza palmare, quindi, che Giavoleno si riferiva, nel testo in esame, ad una *nuncupatio heredis* perfetta, ma cui era incerto se sarebbe o meno seguite, ove il testatore non avesse perduto la voce, altre designazioni testamentarie.

D. 28, 5, 59 pr. (Paul. 5 *Vit.*). *Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse: « hic mihi heres esto », cum sit coram qui ostenditur.*

Secondo il Solazzi, « questo testo immagina una istituzione di erede verbalmente dichiarata, ma non costringe a pensare che tale dichiarazione fosse sufficiente per aversi un valido testamento »⁴. Ma Paolo dice: *recte ita heredem nuncupari posse*. Comunque, messa per iscritto, la designazione *hic mihi heres esto* non avrebbe avuto alcun valore, perchè le *tabulae* non avrebbero permesso di capire chi fosse *hic*. Solo verbalmente, e con l'aiuto di un cenno indicativo, la designazione è pensabile.

D. 29, 7, 20 (Paul. 5 *l. Iul. Pap.*). *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait*

¹ Cfr. Scaev. D. 32, 102, 1; Marcian. D. 48, 10, 1, 8; Callistr. D. 48, 10, 15 pr.; Paul. D. 29, 1, 40 pr.

² Cfr. Gai., II, 104, illustrato *retro* n. 2.

³ Cfr. Gai., II, 102 (*retro* p. 58 nt. 4).

⁴ SOLAZZI, III, 215.

tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, [et magis codicilli quam testamentum existimandae sint]: et puto hoc rectius dici.

Giustamente il Solazzi¹ ravvisa una interpolazione nella frase sopra segnata². A prescindere da ciò, egli sostiene che, a parere di Giuliano e di Paolo, manchi, nella fattispecie, un valido testamento, in quanto che a questo fine vanno prese in considerazione esclusivamente le *tabulae*, ed è avvenuto che in queste sia stata omessa, per dimenticanza dell'amanuense, l'*institutio heredis*. « Se fosse stato ammesso il testamento *per nuncupationem* — egli aggiunge —, l'istituzione dell'*heres nuncupatus* sarebbe stata regolare ed a forziori sarebbero stati validi i legati disposti oralmente ». Ma il testo di Paolo, almeno a nostro avviso, non pone in dubbio la validità dell'*institutio heredis per nuncupationem*: esso si limita ad escludere che abbiano carattere di testamento le *tabulae* ove sono scritti i legati. Ciò è ben comprensibile, perchè non vi è nessuna connessione logica tra le *tabulae* contenenti i legati e l'*institutio heredis* orale. Nè deve far meraviglia che i legati possano essere stati disposti per iscritto, quando si pensi alla eventualità che li si sia determinati a distanza di tempo dalla *heredis institutio* orale e che, per di più, la forma scritta sia stata suggerita dal loro numero e dalla loro complessità.

Concludendo³. Il testamento civilistico orale rimase sempre perfettamente valido per tutto il corso dell'età classica del diritto romano. Termine tecnico che valse a designarlo fu il termine *nuncupatio (heredis)* o *nuncupare (heredem)*, onde è lecito ritenere che ad esso, e ad esso soltanto si riferiscano le espressioni (come *instituere,*

¹ SOLAZZI, III, 216. Cfr. anche DAVID (cit. *retro* p. 60 nt. 4) 7 nt. 7.

² Il DULCKEIT (cit. *retro* p. 56), 195 nt. 42, obietta che, espungendo *et magis sint*, anche il finale perde significato. Non riesco, peraltro, ad intendere l'argomento. Contro l'atetesi è anche SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1938) 158 ss.

³ A conforto della classicità del *testamentum civilistico per nuncupationem*, va anche rilevato che, per quanto risulta dalle fonti, se per errore avveniva che si omettesse, nella designazione scritta dell'erede, il verbo imperativo *esto*, o anche la parola *heres*, purchè la designazione fosse chiara, si ammetteva la validità del testamento, dicendosi *plus nuncupatum minus scriptum*: cfr. Ulp. D. 28, 5, 1, 5-7 e le altre fonti citate ed esaminate dal DULCKEIT (cit. *retro* p. 56). Rinuncio, invece, a far leva su D. 28, 6, 20, 1 (Ulp. 16 Sab.): *Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem vel contra fecerit testamentum, valebit*; testo che mi sembra chiaramente un elaborato postclassico (v. anche SOLAZZI, II, 262 s.).

substituere per nuncupationem, o genericamente *nuncupatio*), le quali non siano espressamente limitate alla *nuncupatio testamenti*.

4. C) Manca ogni prova od indizio per poter ritenere che, in età classica, accanto alla editale *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*, sia stata riconosciuta una *bonorum possessio* conforme a disposizioni orali pronunciate davanti a sette testimoni.

Non vi è dubbio che l'editto pretorio accordasse la *bonorum possessio* alle persone designate dal testatore pure in mancanza di *mancipatio familiae* e di *nuncupatio testamenti*, ma sempre che vi fossero delle *tabulae non minus septem testium signis signatae*¹. L'esistenza delle *tabulae* non poteva essere trascurata dalla giurisprudenza, ma solo dallo stesso pretore, mediante concessioni decretali, o, naturalmente, dagli imperatori, mediante le loro costituzioni². Tuttavia, a prescindere dal rescritto di Gordiano che sarà esaminato più oltre³, non risultano costituzioni imperiali nè concessioni decretali del pretore, in base a cui la *bonorum possessio* sia stata attribuita, non soltanto in mancanza di *mancipatio familiae*, ma anche in mancanza di *tabulae testamenti*, cioè sulla base di una pura e semplice designazione verbale attestata da sette persone. Se mancavano le *tabulae*, la *bonorum possessio* non era concessa alle persone designate dal *de cuius*, ma ai successibili (pretorii) *ab intestato*⁴.

Ma qui occorrono due precisazioni, per mettere in rilievo elementi, che sembra siano sfuggiti sinora agli studiosi dell'argomento.

(a) Primo punto da chiarire è che le *tabulae testamenti non minus*

¹ Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*³ (1927) § 149.

² Secondo il SOLAZZI, I, 314, « portando l'albo di Adriano la promessa di dare la *bonorum possessio secundum supremas tabulas* 'si *tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae*', il pretore non poteva derogare a questa condizione senza esservi autorizzato da qualche costituzione imperiale ». Come ho cercato di dimostrare altrove (*L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'Editto*, in *Studi Albertario*, I, 256 ss.), io contesto la premessa di questa affermazione. Comunque, anche a voler prestar fede alla tradizione circa la codificazione adrianea dell'Editto pretorio, mi sembra che questa avrebbe impedito ai pretori l'emanazione di nuovi editti, ma non avrebbe punto impedito, almeno teoricamente, concessioni decretali, singole, basate direttamente sulla *iurisdictio*.

³ Cfr. *infra* n. 5.

⁴ D. 38, 6, 3 (Ulp. 8 Sab.). *Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit* (implicito: *testamentum iure civili factum non extare et*) *tabulas non extare septem testium signis signatae*.

septem signis signatae rappresentavano il *maximum* di largheggiamento del pretore nella sua funzione di *adiuvare e supplere* il *ius civile*¹; esse rappresentavano il caso limite della *bonorum possessio* «secondativa» (il caso, cioè, oltre il quale, come abbiamo visto, si passava alla concessione della *bonorum possessio ab intestato*), ma non rappresentavano il caso unico ed esclusivo della stessa *bonorum possessio* secondativa. Se la *bonorum possessio* veniva data *secundum tabulas septem testium signis signatas* (indipendentemente dalla esistenza della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio testamenti*), a maggior ragione essa poteva essere data *secundum testamentum iure civili factum*, cioè secondo un testamento munito di tutti i crismi richiesti dal *ius civile*. In tal caso la *bonorum possessio* esplicava una funzione meramente confermativa del *ius civile*: funzione che nessuno potrebbe negare e nessuno nega², funzione che anzi il Leist ed altri hanno addirittura ritenuto originaria dell'istituto³. Ma una *bonorum possessio* puramente confermativa di un *testamentum iure civili factum* poteva tanto confermare un testamento in forma scritta quanto un testamento in forma orale, essendo tanto l'una quanto l'altra forma liberamente ammesse nel testamento civile⁴. Se, dunque, nelle fonti si legge di una *bonorum possessio secundum nuncupationem*, non bisogna affrettarsi a pensare alla *bonorum possessio* secondativa di una designazione verbale non accompagnata da *mancipatio familiae*, purchè svolta alla presenza di sette testimoni: viceversa, è lecito (anzi, sino a prova contraria, è necessario) pensare ad una *bonorum possessio* meramente confermativa di un *testamentum civilistico per nuncupationem*.

(b) Altra necessaria precisazione è questa. Non hanno alcun carattere probatorio del così detto (e presunto) testamento orale pretorio i testi, i quali parlino di una *bonorum possessio contra nuncupationem*. Come, per la comune dottrina, la *bonorum possessio contra tabulas* è anzitutto quella contro un valido testamento civilistico scritto, e non vuol certamente alludere alle sole *tabulae septem testium signis signatae*, così la *bonorum possessio contra nuncupationem* è da intendere in primo luogo nel significato più ovvio: di *bonorum possessio* contraria ad un testamento civilisticamente valido per

¹ Cfr. Pap. D. 1, 1, 7, 1.

² Cfr. per tutti JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*² (rist. 1949) § 201; DULCKEIT (cit. retro p. 56, nt. 4) 186 s.

³ Cfr. LEIST in GLÜCK, *Comm. Pandette*, libri 37-38, 4, 122 (trad. ital.).

⁴ V. retro n. 3.

nuncupationem. La eventuale esistenza di un testamento nuncupativo pretorio va dimostrata con argomenti diversi e indipendenti.

Pertanto, i frammenti ove si discorre di *bonorum possessio contra nuncupationem* servono solamente a confermare la tesi che vigesse tuttora, in diritto romano classico, accanto al *testamentum per aes et libram* scritto, il *testamentum per nuncupationem heredis*¹.

Dalla seconda precisazione ora fatta consegue, a nostro avviso, che del tutto fuori luogo sono le preoccupazioni, che hanno spinto il Solazzi, al fine di negare l'anteriorità, rispetto alla costituzione gordiana del 242, del testamento orale pretorio, a sostenere l'alterazione postclassica di C. I. 6, 13, 1 e Pap. Berol. 5 resp.

C. I. 6, 13, 1 (Gordian. Herculiano, a. 239). *Licet ex causa fideicommissi manumissus sit, quem ex voluntate patris cum sorore te manumisisset proponis, tamen, si extraneos scripsit heredes, partis [legitimae] <dimidiae?> contra tabulas eius bonorum possessionem petendo, vel contra nuncupationem, si testamentum sine scriptis conditum est, intra tempora edicto praestituta eam partem poteris obtinere.*

Secondo il Solazzi², pienamente seguito dall'Arangio-Ruiz³, la frase *vel contra nuncupationem - conditum est* sarebbe spuria per due motivi: perchè esorbita dal *casus* sottoposto all'imperatore e perchè il testamento orale pretorio nel 239 non era stato ancora inventato. Il primo motivo è plausibile, sebbene insufficiente a dar credito alla tesi dell'alterazione. Il secondo motivo è invece erraneo: la *bonorum possessio contra nuncupationem* è, sino a prova contraria, quella contraria al *testamentum* (civilistico e perfetto) *sine scriptis conditum*⁴.

¹ Il valore dell'argomento esposto nel testo è il seguente: altro è che al testamento civilistico nuncupativo sia stato dato rilievo indiretto *iure praetorio* attraverso la *bonorum possessio contra nuncupationem*, altro è, invece, che alla *nuncupatio* non provvista di tutti i crismi voluti dal *ius civile* siano stati riconosciuti effetti diretti *iure praetorio*. Nel primo caso non si può parlare di un testamento nuncupativo pretorio, così come non può parlarsi di un testamento scritto pretorio nel caso in cui sia concessa la *bonorum possessio* contro un valido testamento scritto *per aes et libram*. Di testamento pretorio, e cioè non civile, è lecito parlare solo per atti che non produrrebbero effetti *iure civili*, mentre ne producono *iure praetorio*.

² Cfr. SOLAZZI, I, 315.

³ Intorno alla forma (cit. retro p. 55 nt. 2) 89 nt. 14.

⁴ Il DULCKEIT (cit. retro p. 56), 190 s., parimenti ritiene genuino il rescritto del 239, ma se ne vale come di un argomento analogico a favore della tesi del testamento

Pap. Berol. 14 (5 resp.). ... *possessionem haberet. Ideoque liberis et parentibus primo loco legata relicta praestabit, quae non praestabit, si condicio institutionis defecerit: eadem erunt tabulis quoque non signatis: defertur enim contra nuncupationem filio possessio, cum valuit nuncupatio, tametsi primus gradus non valuit. et si a secundo exheredatus non fuit, puto contra nuncupationem peti posse bonorum possessionem. caducariae enim non offenditur, cum vocatur suus heres, qui legem excludit caducariam.*

Il frammento non era stato preso in considerazione dal Solazzi nel suo primo articolo sul testamento orale pretorio. Esso fu citato dal Di Marzo¹ allo scopo di dimostrare, contro l'assunto del Solazzi, che già ben prima del 242 il testamento orale pretorio esisteva. Al che il Solazzi ha risposto, sottoponendo il testo ad una spietata critica esegetica, il cui risultato è consistito nell'affermarlo radicalmente glossato in età postclassica². Ma noi non crediamo sia il caso, in questa sede, di controllare il Solazzi nell'esattezza o meno della sua esegesi. Ammettendo che il testo sia genuino³, ne consegue soltanto che il responso di Papiniano si riferiva alla *bonorum possessio contra nuncupationem*, cioè alla *bonorum possessio contra testamentum sine scriptis conditum*. La *nuncupatio*, che si incontra nel testo, è, insomma, ancora una volta il testamento civilistico orale, e non il presunto testamento orale pretorio⁴.

5. D) I testi, i quali sembrano far riferimento al testamento orale pretorio, sono genuini, ma si riferiscono, in realtà, alla *bonorum*

orale pretorio. Posto che la *bonorum possessio contra tabulas*, secondo lui, faceva riferimento alle *tabulae non minus quam septem testium signis signatae* (v. retro p. 60, nt. 2), la *bon. possessio contra nuncupationem* non poteva, analogicamente, che far riferimento da una *nuncupatio* operata davanti a sette testimonii (indipendentemente dalla *mancipatio familiae*): per il che egli conclude che il pretore, come riconobbe una *bonorum possessio secundum tabulas non minus septem testium signis signatas*, così dovette riconoscere una *bonorum possessio* secondativa di una pura e semplice *nuncupatio* attestata da sette persone. Ma l'argomentazione ora riferita, se si fonda su una indiscutibile esigenza di equità, non ha certamente pari forza logica.

¹ Cit. retro p. 56, nt. 5.

² Cfr. SOLAZZI, II, 263 ss.

³ Cfr., tuttavia, sui libri *responsorum* di Papiniano, SCHULZ, *History cit.*, 237, e SOLAZZI, II, 264 nt. 6.

⁴ Il DULCKEIT (cit. retro p. 56) 190 s., basa sul passo dei *responso* papiniani un ragionamento analogo a quello che abbiamo riferito e criticato retro p. 67 nt. 4.

possessio confermativa di un *testamentum per nuncupationem* civilisticamente perfetto.

I passi, che solitamente si citano in proposito, si riducono a due: D. 37. II. 8. 4 e CI. 6. II. 2.

(a) D. 37. II. 8. 4 (Iul. 24 dig.). *Quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. <quaesitum est an solus substitutus separatim ab heredibus patris bonorum possessionem petere possit>. respondi sententiam praetoris in danda bonorum possessione eam esse, ut separatim patris, separatim filii heredes aestimari debeant: nam quemadmodum scripto filii heredi separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potesti videri separatim a scriptis patris heredibus bonorum possessio dari.*

Dal Glück¹ all'Arangio-Ruiz² e al Dulckeit³ non si è dubitato che il testo di Giuliano si riferisca alla *bonorum possessio secundum verba testatoris*. Ma stavolta bene ha visto il Solazzi⁴ che esso presuppone che « tutte le formalità del testamento civile... furono scrupolosamente rispettate ». Il testo riguarda, in altri termini, una *bonorum possessio* confermativa di un valido *testamentum per nuncupationem*⁵. Ed invero, il *quidam* che « *testamentum in tabulis sibi fecit* » compilò evidentemente un testamento civilistico scritto perfettamente in regola, chè altrimenti Giuliano non avrebbe parlato di *testamentum* e non avrebbe comunque mancato di segnalare l'irregolarità dell'atto; per conseguenza, è da presumere che la *nuncupatio* del sostituto pupillare sia avvenuta anch'essa in maniera civilisticamente perfetta, e sia stata cioè accompagnata dalla *mancipatio familiae*. La *ratio dubitandi* del caso esaminato da Giuliano non stava nella mancanza delle forme civilistiche, ma nella circostanza che le ultime volontà del testatore si erano manifestate in parte per iscritto (*heredis institutio*) ed in parte oralmente (*substitutio pupillaris*), mentre il solo *substitutus pupillaris* aveva chiesto la *bonorum possessio*

¹ Cit. retro p. 55 nt. 4.

² Intorno alla forma cit. (retro p. 55 nt. 2) 89 e nt. 14.

³ DULCKEIT (cit. retro p. 56 nt. 5) 189 nt. 32.

⁴ Cfr. SOLAZZI, I, 314.

⁵ Questa almeno era l'opinione del Solazzi nel primo scritto sull'argomento, ove, come sappiamo (v. retro p. 56, nt. 2), non dubitava ancora della classicità del testamento civilistico *per nuncupationem*.

secondativa. Se la *bonorum possessio* fosse stata chiesta anche dagli *heredes scripti* del *pater*, non vi sarebbe stato motivo di incertezze, perchè *patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure praetorio*¹, sicchè sarebbe bastata la presentazione delle *tabulae* con sette suggelli ove si era proceduto alla *nomina* degli *heredes patris*. Quindi è da ritenere che, nella specie esaminata da Giuliano, gli *heredes scripti* del padre non abbiano fatto la richiesta della *bonorum possessio* e che, avendola fatta il solo *substitutus per nuncupationem*, Giuliano decida che la *bonorum possessio* gli possa essere conferita, in considerazione del fatto che essa riveste in questa ipotesi carattere puramente confermativo della già esistente qualità di *heres filii*.

(b) CI. 6. II. 2 (Gordian. Cornelio, a. 242). *Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit. I. Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est.*

Il *principium* di questo rescritto gordiano esprime lucidamente e impeccabilmente la esistenza di un solo tipo di *bonorum possessio* secondativa edittale: la *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*². È chiaro che l'affermazione è fatta a titolo di premessa e che essa non intende risolvere un dubbio dell'interrogante, che sul punto sarebbe stato assurdo. Il dubbio dell'interrogante Cornelio è risolto nel § I, ove Gordiano afferma come cosa certa (*explorati iuris est*) che, essendo intervenuti sette testimoni *sine scriptis testamento condito*, il testamento è *iure civili factum* e la *bonorum possessio* si attribuisce *secundum nuncupationem*. Si riferisce qui Gordiano ad una designazione testamentaria orale fatta davanti a sette testimoni, ma non accompagnata dalla *mancipatio familiae*? Questa è l'interpretazione corrente³, ma non sem-

¹ D. 28, 6, 20 pr. (Ulp. 16 Sab.). Cfr. anche Pomp. D. 37, II, 9.

² V. retro p. 65 nt. 2.

³ Cfr. per tutti BIONDI, *Successione testamentaria* cit., 50: «Gordiano accorda la *bonorum possessio secundum nuncupationem*, presumendo *iure civili factum* il testamento, ancorchè l'atto sia compiuto *sine scriptis*». Ma, a parte il fatto che Gordiano non si dà le arie di introdurre un principio nuovo (*explorati iuris est*), va rilevato che, per concedere la *bonorum possessio* secondativa, non vi era bisogno di presumere che il testamento fosse *iure civili factum*.

bra possibile accoglierla: sia perchè nel *principium* l'imperatore tanto esplicitamente ricorda che la *bonorum possessio* secondativa è assegnata dall'editto solo in presenza di *tabulae*, e sia perchè contrasta con essa interpretazione la frase *iure civili testamentum factum videri*, mentre è chiaro che non è *iure civili factum* un *testamentum* privo di *mancipatio familiae*. Il Solazzi¹, seguito dall'Arangio-Ruiz², è tanto fermamente convinto dell'interpretazione corrente, che dichiara insulsa la frase *iure civili testamentum factum videri* e pertanto l'afferma inserita nel testo da un glossatore³: ma è assai improbabile che un glossatore postclassico, per quanto sciocco, potesse avere la spinta ad inserire tale frase, tanto più che, a quanto sembra, almeno per un certo tempo i postclassici identificarono il testamento civile con quello orale, ma ritenendo che fossero sufficienti cinque, anzichè sette, testimoni. Ciò dato, è preferibile credere che il dubbio di Cornelio sia stato un altro: dato che l'editto parla esplicitamente di *tabulae*, si può chiedere la *bonorum possessio*, anche soltanto confermativa, di un *testamentum per nuncupationem*? E Gordiano risponde che la soluzione affermativa *explorati iuris est*, non offre il fianco a dubbi di sorta, trattandosi solo di confermare un testamento civilisticamente regolare⁴.

A mio avviso, quindi, il famoso rescritto di Gordiano dell'a. 242 non soltanto è perfettamente genuino, ma va interpretato in maniera diversa da quella corrente⁵.

¹ SOLAZZI, I, 312 ss.

² *Intorno alla forma* (cit. retro p. 55, nt. 2) 89 nt. 14.

³ Cfr. anche DULCKEIT (cit. retro p. 56, nt. 5) 189 s.

⁴ Lo SCHULZ, *Classical Roman law* (1950) 243, 246 s. offre un'altra esegesi critica del rescritto di Gordiano. Egli parte dalla giusta osservazione che *iure civili testamentum factum videri* non può essere insitico e ne trae la conseguenza che Gordiano abbia, pertanto, detto *secundum nuncupationem hereditatem deferri rell.* Ma perchè mai un commentatore postclassico avrebbe surrogato *hereditatem* con *bonorum possessionem*? Cfr. anche, contro la tesi dello Schulz, DULCKEIT (cit. retro p. 56, nt. 5) 189 s.

⁵ Manoscritto chiuso il 30 novembre 1953.