

« PAULI DE IURE CODICILLORUM LIBER SINGULARIS »

I. 1. — Di *Pauli de iure codicillorum liber singularis* ci rimangono nei Digesti cinque frammenti, dei quali uno soltanto, il piú ampio, nel titolo 29.7, *de iure codicillorum*¹.

Per quel che ne sappiamo, l'operetta paolina sarebbe l'unica succinta monografia dedicata dalla giurisprudenza classica alla materia dei *codicilli*². Di questi ultimi non par proprio che i commentari dei giuristi romani abbiano mai trattato molto diffusamente. La menzione dei *codicilli* è, nelle opere sistematiche che noi conosciamo, piuttosto incidentale ed appare intrecciata con la trattazione dei *fideicommissa*: cosa evidentissima,

* In ZSS. 62 (1942) 209 ss.

¹ I frammenti sono: D. 29.7.8 pr.-6; 30.127; 34.4.16; 35.1.38; 40.4.28.

² La materia dei *codicilli* è stata ben poco studiata dalla moderna dottrina romanistica, salvo per qualche punto particolare (v. ad es. BIONDI, *La convalidazione del codicillo fatto dall'incapace* [Catania 1911]; sul problema dei requisiti di forma dei *codicilli* nel diritto postclassico, DAVID, *Studien zur heredis institutio ex re certa* [Leipziger rechtswiss. Stud. 44] 58 s.; sulla clausola codicillare e sul problema della conversione, FERRINI, *Teoria dei legati e fideicommissi* 309 s.; DAVID, *cit.* 64 s.; SIBER, *Römisches Recht* 2.342 s.; BETTI, *Diritto romano* 339 s.; BESELER, in ZSS. 47.357 s.). L'opera fondamentale in materia rimane ancora oggi la trattazione pandettistica del FEIN, *Continuaz. delle Pand. del Glück* XXIX, parte II (tr. it. BONFANTE [Milano 1910]): ivi, p. 1 nt. 1, le citazioni della dottrina anteriore. Cfr. anche, per la dottrina precritica, WINDSCHEID-KIPP, *Pand.*⁹ 586 ss. Dei manuali moderni, cfr. RABEL, *Grundzüge*⁷ 522; SIBER, *cit.* 2.342; CUQ, *Man.*² 768; GIRARD-SENN, *Man.*⁸ 846 s.; MONIER, *Man.*² 410, 670 s.; BUCKLAND, *Roman Law*² 356 s.; BONFANTE, *Inst.*¹⁰ 649; PEROZZI, *Ist.*² 2.677 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Ist.*⁵ 576 s.; [JÖRS-] KUNKEL, *Römisches Recht*² § 207; DI MARZO, *Ist.*² 483 s.; LONGO G., *Dir. rom.* 477; BIONDI, *Ist.*² 701 ss.; BIONDI, *Corso. Succ. Test.* 2.229 ss.; SEECK, sv. *Codicilli*, in *PWRE.* 4.174 ss. Piú recente è l'opera dello SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (Milano 1939) (sulla quale cfr. la recensione di WENGER, in ZSS. 60.304 ss.), di cui non saprei accettare la tesi generale (195 s.): che il diritto romano classico conobbe una terza specie di successione (la codicillare), accanto alle altre due della dottrina tradizionale (la civile e la pretoria). Risulterà da questo scritto che, se mai, ad una « successione codicillare » autonoma (*ius codicillorum*) pensarono, piuttosto, nebulosamente, le scuole postclassiche.

non solo in Gaio³ ed in Marciano⁴, ma anche nelle Istituzioni di Giustino⁵, le quali ripetono, almeno nella sistematica, un modello classico⁶.

Dei codicilli si è discusso invece parecchio dai classici in sede di *quaestiones* teoriche e di *responsa* pratici, e non pochi sono i rescritti imperiali ad essi dedicati. Statisticamente parlando, è nelle opere giurisprudenziali di casistica e nei rescritti imperiali che i codicilli vengono più di frequente menzionati, in ordine, più particolarmente, a tutta una serie di problemi relativi ai loro rapporti coi testamenti⁷.

Di un ravvicinamento sistematico sempre maggiore, forse esclusivamente postclassico, della materia dei codicilli a quella della successione testamentaria paiono essere espressione, tra l'altro, i titoli relativi dei Digesti (tit. 29.7 cit.) e del Codice (tit. 6.36 *de codicillis*), situati appunto

³ Gai 2.268 s., dopo aver parlato dei legati (191-245) e dei fedecommessi (246-267), tratta delle differenze fra legati e fedecommessi. A questo proposito egli fa menzione dei codicilli (270a, 273). Anche Ulp. *reg.* 25.8 parla dei codicilli a proposito dei fedecommessi.

⁴ Marciano parla dei codicilli nel libro settimo delle Istituzioni (cfr. D. 29.7.6), in calce alla trattazione dei legati e immediatamente prima di quella relativa ai fedecommessi (libri 8-9): cfr. LENEL, *Pal. Marcian.* 118.

⁵ Tit. 2.25. Esso segue ai tit. 20-22, relativi ai legati, e 23-24, relativi ai fedecommessi.

⁶ Più precisamente, come è noto, esse riportano molto da vicino il modello gaiano: ARANGIO-RUIZ, *Storia*² 380. Circa la provenienza del materiale in Inst. 2.25 pr., cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustino*, in *Opere* 2.377. Inst. 2.25 pr. (che per ragioni formali non può attribuirsi a Gaio) è attribuito a Marciano, ma unicamente in considerazione del nesso col § 1, « la cui origine è sicura » (« non tantum autem...; Papinianus ait... sed divi Severus et Antoninus rescripserunt — criterio della citazione). Il § 2 i.f. è cfr. con D. 29.7.6 pr. i.f. (Marciano), ma i comp. hanno molto abbreviato il testo genuino. Il § 3 è cfr. con D. 29.7.6.1 i.f., ma i comp. hanno mutato le ultime parole. Per la critica di questa argomentazione, v. *infra*.

⁷ Basti il seguente rilievo. Il tit. D. 29.7 si compone di 20 frammenti: di Ulpiano (fr. 1), Giuliano (2, 3, 4), Papiniano (5, 10, 11, 12, 13), Marciano (6, 7), Paolo (8, 16, 17, 20), Marcello (9, 19), Scevola (14), Africano (15), Celso (18). Orbene, di questi frammenti solo i seguenti sono estratti da opere sistematiche: fr. 6, Marcian. 7 *inst.*; fr. 7, Marcian. 2 *regul.*; fr. 8, Paul. *sing. de iure cod.*; fr. 17, Paul. 3 *sent.* A parte la trattazione monografica di Paolo, siamo dunque di fronte a puri cenni di carattere istituzionale: maggiore sviluppo del normale dovettero avere i cenni di Marciano perché dedicati alle popolazioni greche. Gli altri frammenti di D. 29.7 sono estratti da *libri disputationum* (fr. 1, Ulpiano), da *libri digestorum* (fr. 2, 3, 4, Giuliano; 9, 19, Marcello; 18, Celso), da *libri responsorum* (fr. 5, Papiniano), da *libri quaestionum* (fr. 10, 11, 12, 13, Papiniano; 14, Scevola; 15, Africano; 16, Paolo) e dal libro quinto *ad legem Iuliam et Papiam* di Paolo (20).

dopo quelli sui testamenti ed immediatamente prima di quelli sui legati e fedecommessi⁸.

Questo ravvicinamento sistematico è, come ben può comprendersi, anche in funzione del progressivo ravvicinamento sostanziale dei due istituti, testamento e codicilli, operato nella legislazione postclassica, da Costantino e Teodosio II⁹. Completamente unificati quanto ai requisiti di forma, testamento e codicilli appaiono, alla luce di questa legislazione, come i due mezzi tra loro complementari concessi dal diritto obbiettivo ai soggetti giuridici per emanare le loro disposizioni di ultima volontà: il mezzo giuridico proprio delle istituzioni di erede è il *testamentum*, mentre il mezzo valevole per ogni altra sorta di disposizione *mortis causa* può essere, ed è in pratica, quello dei codicilli¹⁰. Neanche Giustiniano, il quale — come ben è stato osservato¹¹ — tende, in questa come in altre materie, a valorizzare nuovamente le distinzioni classiche, seppe o volle annullare del tutto gli effetti di questo progressivo ravvicinamento, talché egli si limitò a fare dei codicilli una forma semplificata di testamento, ammettendo che fossero sufficienti alla loro redazione cinque testimoni¹².

La storia dei codicilli può essere dunque raffigurata come la corrente di un fiume, le cui acque vadano ad affluire in un certo momento in un corso d'acqua più importante. Il punto di confluenza è dato, forse, dalla costituzione di Costantino in CTh. 4.4.1 (a. 326?)¹³.

⁸ Nei Digesti, ai testamenti sono dedicati i libri 28 e 29, di cui il titolo sui *codicilli* forma come un'appendice, mentre ai legati e fedecommessi sono dedicati i libri 30-34. Nel Codice si occupano della materia testamentaria i tit. 21-35 del sesto libro, di cui ancora una volta il titolo sui codicilli (6.36) forma come un'appendice; la trattazione dei legati e fedecommessi incomincia dal tit. 37. Nel Teodosiano si ha un titolo unico (4.4) *de testamentis et codicillis*, mentre nessun titolo è dedicato ai legati.

⁹ Cfr. CTh. 4.4.1 (Costantin., a. 326 d.C.); CTh. 4.4.7.2 (Theod.). Sul ravvicinamento postclassico dei codicilli al testamento e su alcuni problemi ad esso attinenti, v. *infra* cap. IV.

¹⁰ CI. 6.36.7 (Costantin., a. 332): *... igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est*. V., in proposito, *infra* n. 21.

¹¹ ARANGIO-RUIZ, *Ist.* cit. 576.

¹² Egli operò indirettamente, modificando, in CI. 6.36.8.3, le parole di Teodosio II riportate in CTh. 4.4.7.2.

¹³ Eccone il testo. CTh. 4.4.1 (Constant. Constantio pp., a. 326?): *In codicillis, quos testamentum non praecedat, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.*

Quel che è difficile in questa materia è, tanto per rimanere nella metafora, di risalire il corso del nostro fiume, al fine di ritrovarne le sorgenti. Appare anche qui il fenomeno che le polle d'origine risultino irreperibili o quasi: noi vediamo che l'esistenza dei codicilli è attestata d'un tratto, per la prima epoca imperiale, da I. 2.25 pr., ma, mentre l'attribuzione pura e semplice del sorgere dell'istituto a quell'epoca non convince, è molto difficile risalire più oltre¹⁴.

Esorbita, tuttavia, dal piano di questo studio il riesame completo di questa materia dei codicilli e la ricostruzione complessiva della evoluzione da essi subita, dalle origini al diritto giustiniano. Il mio intento è più ristretto, ed in parte diverso: il mio intento è solo di apprestare qualche elemento di valutazione storica del *liber singularis de iure codicillorum*, che le *inscriptiones* dei *Digesta* attribuiscono allo stilo di Paolo.

« *Liber singularis de iure codicillorum* ». Dico subito che — a seguito di un riesame esegetico dei testi che ci rimangono di esso, esame che molto di sospetto ha portato, come si vedrà¹⁵, alla luce — ha preso vita in me il dubbio fortissimo che esso non debba attribuirsi a Paolo, né sia un'opera della giurisprudenza classica.

2. — Già in altra occasione¹⁶ ho avuto a manifestare l'opinione che molti fra i *libri singulares* attribuiti ai giuristi classici siano il frutto di elaborazioni avvenute nell'ambiente delle scuole postclassiche.

L'opinione non era peregrina. Fu primo il Solazzi, se non vado errato, ad avanzare l'idea che un'attività sistematica dei bassi tempi della giurisprudenza romana sia consistita nel compendiare ed alleggerire le opere classiche¹⁷: e questa opinione egli manifestava a sostegno della

¹⁴ Il problema circa l'origine dei codicilli sarà delibato *infra* n. 22. Qui possiamo anticipare quanto segue: a) i codicilli sorsero nella prassi repubblicana come mezzo abituale per la costituzione dei fedecommessi; b) Augusto, dando esplicito riconoscimento e tutela giuridica ai fedecommessi, riconobbe anche, di conseguenza, i codicilli, ma esclusivamente in funzione dei fedecommessi; c) la giurisprudenza imperiale ammise che con i codicilli potessero essere stabiliti anche legati, qualora essi fossero confermati nel testamento, e distinse quindi, in base agli effetti, tra *codicilli testamento confirmati* e *codicilli testamento non confirmati*.

¹⁵ *Infra* cap. II e III.

¹⁶ Cfr. GUARINO, *Adfinitas* (Roma 1939) 97 n. 15.

¹⁷ *BIDR.* 37 (1929) 95: «Tuttavia la disputa continuerà, perché vi sono ancora altri aspetti da chiarire. Ne indico uno. È probabile che Ulpiano, autore di *VII libri regularum*, abbia scritto, prima o dopo, anche un *liber singularis regularum*?». Gaio ha scritto le *Istituzioni*, ma non ha scritto l'*Epitome*. Compendiare ed alleggerire le opere classiche fu un'attività dei bassi tempi.

tesi dell'Albertario¹⁸, avversata dal Kübler¹⁹, che Ulpiano (già autore — a quanto risulta dai Digesti²⁰ — di *VII libri regularum*) non abbia mai scritto il *liber singularis regularum* (*Epitome Ulpiani*) a lui comunemente attribuito.

Io ritengo, dal mio canto, che, accanto al lavoro di compendio e di alleggerimento delle più ponderose opere classiche, le scuole giuridiche dell'epoca postclassica abbiano operato anche nel senso di escerpire dalle opere classiche quanto loro potesse servire per la confezione di monografie, di *libri singulares*, su singoli argomenti, cui i giuristi classici non pensavano o non potevano aver pensato. Non vi ha bisogno che mi richiami a quanto sinora si è scritto, negli ultimi trent'anni, circa l'opera della giurisprudenza postclassica nei confronti di quella classica²¹. Credo invece opportuno ricordare, a sostegno della mia opinione, quanto segue:

a) La tesi più attendibile circa la compilazione dei Digesti di Giustiniano mi pare quella avanzata per primo dall'Arangio-Ruiz²², in parte accolta dall'Albertario²³, per cui le sottocommissioni giustinianee, di cui l'acuta indagine del Bluhme²⁴ ha reso indiscutibile l'esistenza, si sarebbero ripartito il lavoro nel senso di riordinare e semplificare il materiale classico, già sistematicamente rielaborato, per i fini della scuola, dai postclassici²⁵. Ed è indiscutibile quanto, da parte sua, osserva l'Albertario, che l'ossatura di tutta la compilazione è costituita appunto dalle opere dei cinque giuristi della legge delle citazioni²⁶: Papiniano, Gaio, Paolo, Ulpiano, Modestino.

I bisogni dell'insegnamento giuridico erano diversi, a seconda dell'anno frequentato dai discenti. L'ordinamento scolastico dell'epoca di

¹⁸ *Studi di diritto romano* 5 (1937) 491 ss.

¹⁹ *Geschichte des römischen Rechts* (Erlangen 1924) 281 s.

²⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Ulp.* n. 2382 ss.

²¹ Cfr. per tutti ALBERTARIO, *Introduzione storica* 1 (Milano 1935) 109 ss., e ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 354 ss.

²² *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Confer. per il XIV centen. delle Pandette* (Milano 1931) 297 ss.: cfr. *Studi Albertoni* 15 ss.

²³ *Introduzione storica* cit. 14 ss.

²⁴ *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR.* 4 (1820) 257 ss.

²⁵ Secondo l'ARANGIO-RUIZ (*loc. cit.*) l'opera si sarebbe svolta così: 1) le scuole postclassiche avrebbero rielaborato sistematicamente il materiale classico, disponendolo in ripartizioni scolastiche; 2) le varie ripartizioni sarebbero state affidate alle sottocommissioni giustinianee.

²⁶ Cfr. *Introduzione storica* cit. 18 n. 29. Non saprei aderire, invece, alle ulteriori illazioni dell'Albertario.

Giustiniano era, a quanto ci riferisce lo stesso imperatore²⁷, consegnato in modo che si studiassero le Istituzioni di Gaio e quattro *libri singulares* (*de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis*) in primo anno, i *πρῶτα* e la *pars de iudiciis* o quella *de rebus* in secondo, la *pars* tralasciata e i *responsa* negli ultimi due. Ora, il procedimento attraverso il quale queste elaborazioni scolastiche sono passate nei Digesti non ci interessa in questa sede, ma ci interessa moltissimo la constatazione che i bisogni della scuola avevano determinato una rielaborazione sistematica di tutta l'opera della giurisprudenza classica, e che alcune materie, alcuni argomenti furono messi progressivamente in evidenza, ai fini didattici, sì da formare oggetto di vere e proprie monografie specifiche, *libri singulares*.

Ma non può credersi davvero che a questo stadio (corrispondente, come si è detto, all'epoca di Giustiniano) si sia passati *ex abrupto* nelle scuole postclassiche. L'opera di queste attraverso i secoli (e non bisogna dimenticare quanta differenza sia intercorsa fra le scuole orientali e quelle occidentali) fu certamente molto più complessa. Si glossarono e si semplificarono (o si riassunsero) i troppo ampi commentari classici, ma si fece certamente, soprattutto ai fini teorici (particolarmente grati alle scuole orientali), anche opera di enucleamento degli insegnamenti ivi contenuti.

Non deve apparire infondata, perciò, l'ipotesi che ai predigesti si sia giunti anche attraverso la compilazione di intere operette di « estratti », operette che presero il nome dall'autore classico da cui si era attinto o principalmente attinto.

b) Questa ipotesi è corroborata dal rilievo che proprio i giuristi classici che più lavorarono in amplissimi commentari, segnatamente Paolo e Ulpiano, paiono essere — attraverso l'*Index* della *Florentina* — gli autori del massimo numero di *libri singulares* a carattere monografico²⁸.

²⁷ C. *Omnem* 1.

²⁸ *Libri singulares* di Paolo: *de actionibus, de adsignatione libertorum, de adulteriis, de appellationibus, de articulis liberalis causae, de centumviralibus iudiciis, de cognitionibus, de conceptione formularum, de concurrentibus actionibus, de donationibus inter virum et uxorem, de dotis repetitione, de excusationibus tutelarum, de extraordinariis criminibus, de forma testamenti, de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, υποθηκαρια μονόβιβλος, de inofficioso testamento, de instrumenti significatione, de intercessionibus feminarum, de iure codicillorum, de iure libellorum, de iure patronatus, de iure patronatus quod ex lege Iulia et Papia venit, de iure singulari, de iuris et facti ignorantia, ad legem Cinciam, ad legem Falcidiam, ad legem Fufiam Caniniam, ad legem Vellaeam, de legibus, de legitimis hereditatibus, de liberali causa, de libertatibus dandis, ad municipalem, de officio adsectorum, de officio praefecti vigilum, de officio praefecti urbi, de officio praetoris tutelarum, ad orationem divi Antonini et Commodi, de poenis militum, de poenis omnium legum,*

Limitando il nostro discorso a Paolo, non è possibile — almeno io penso — che Paolo, autore (fra l'altro) di 18 *libri ad Plautium*, di 26 *libri quaestionum*, di 23 *libri responsorum*, di 16 *libri ad Sabinum*, di 78 *libri ad edictum*, abbia anche scritto tutta quanta la congerie di opere monografiche di cui si è serbata memoria. L'umana immaginazione stenta a concepire una attività di lavoro così notevole. E si noti che, pur non partendo dai nostri presupposti, già vari autori, ragionando in base a diversissimi motivi, sono giunti a sostenere il carattere apocrifo di molti dei *libri singulares*, oltre che di altre opere minori, di Paolo.

c) Vi è qualcosa di piú. Un'opera nel senso dianzi esposto è stata svolta, dalle scuole postclassiche, principalmente sugli scritti di Paolo. I postclassici non si limitarono alla raccolta di *variae lectiones* del giurista classico²⁹, non si limitarono nemmeno ad escerpire dai suoi commentari spunti, di poi piú o meno falsificati e rielaborati (come, ad esempio, il *liber singularis de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*³⁰), ma addirittura si spinsero ad intitolare al suo nome rielaborazioni monografiche piú audaci, di un carattere teorico e astratto, che non risponde per nulla alle caratteristiche di concretezza e di praticità sempre manifestate dal nostro giurista nelle altre sue opere. Paolo sarebbe, piú in particolare, l'unico giurista romano, per quanto ci risulta, il quale avrebbe trovato il tempo e il modo (soprattutto il modo) di scrivere un *liber singularis de iuris et facti ignorantia*, un *liber singularis de iure singulari*, un *liber singularis de iure codicillorum*. Sicuramente apocrifo è il primo³¹, apocrifo — almeno a mio avviso³² — il secondo, apocrifo è anche — come cercherò di dimostrare nelle pagine seguenti — l'ultimo.

de poenis paganorum, de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur, de publicis iudiciis, ad regulam Catonianam, regularum, de secundis tabulis, de senatus consultis, ad sc. Claudianum, ad sc. Libonianum, ad sc. Orfitianum, ad sc. Silanianum, ad sc. Tertullianum, ad sc. Tertullianum et Orfitianum, ad sc. Turpillianum, ad sc. Velleianum, de tacitis fideicommissis, de variis lectionibus, de usuris. Totale: 59 *libri singulares*. *Libri singulares* di Ulpiano: *excusationum, de officio consularium, de officio curatoris reipublicae, de officio praefecti vigilum, de officio praefecti urbi, de officio praetoris tutelaris, de officio quaestoris, pandectarum, regularum, de sponsalibus.* Totale: 10 *libri singulares*. Si noti bene che il rapporto fra i *libri singulares* di Paolo e quelli di Ulpiano è di 6 a 1.

²⁹ *Pauli variarum lectionum liber singularis*: cfr. LENEL, *Pal. Paul.* n. 2059 ss. Per il carattere non genuino di quest'opera v. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel* (Lipsia 1921) 204 ss. e, da ultimo, GUARINO, in *SDHI.* 5 (1939) 468 ss.

³⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Paul.* n. 876. Per la dimostrazione della non genuinità di questa monografia, v. GUARINO, *Adfinitas* cit.

³¹ V. EBRARD, in *ZSS.* 45 (1925) 118.

3. — Veniamo dunque senz'altro all'esame diretto dei testi, che saranno presi in considerazione nell'ordine loro impresso dal Lenel³³, cioè nell'ordine in cui si presentano entro i libri delle Pandette³⁴. Non pare infatti degno di considerazione lo sforzo di chi³⁵, piú recentemente, si è sforzato di compiere un tentativo di palingenesi critica del *liber singularis de iure codicillorum*, spostando l'ordine dei frammenti in maniera del tutto ingiustificata³⁶.

- I = (D. h. t. 8 pr.): *Conficiuntur codicilli quattuor modis; aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*
- II = (D. h. t. 8.1): *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*
- III = (D. h. t. 8.2): *Codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intellegemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim, si sufficientium testium facultatem non habuit? sed³⁷ si iure testamenti factionem habuit.*
- IV = (D. h. t. 8.3): *Si post factum testamentum³⁸ codicillos quis confirmaverit, deinde adrogandum se praebuerit et ibi codicillos fecerit atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur: nam et testamentum valet, sed³⁹ eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit. Nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit: licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est, huius autem testamentum sub-*

³² V. GUARINO, *Ius singulare*, in *Atti Soc. Reale Napoli* (1942).

³³ *Pal. Paul.* n. 895 ss.

³⁴ Cfr. *retro* nt. 1. Quest'ordine è, d'altronde, l'unico ammissibile nella ricostruzione di una monografia di un sol libro, della quale ci rimangono così poche tracce.

³⁵ SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 215 s.

³⁶ Non si vede perché il riordinamento compiuto dallo Scarlata Fazio debba avere un minimo di probabilità, dato che esso si basa esclusivamente sulla sistemazione espositiva adoperata dall'autore nella sua monografia.

³⁷ *sed del.*: MOMMSEN.

³⁸ *si post testamentum factos*: MOMMSEN.

³⁹ *nam nec testamentum valet et*: ALOANDRO.

latum est et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus codicillos valere: nam et si postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilo minus codicilli valent.

- V = (D. h. t. 8.4): *Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet, nisi si militiae tempore signavit⁴⁰ vel quaedam adiecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent.*
- VI = (D. h. t. 8.5): *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum.*
- VII = (D. h. t. 8.6): *Si quis certi generis codicillos confirmaverit, puta 'quos novissimos fecero', non utique statim quae codicillis dantur consistere videbuntur, quamdiu alii quoque fieri possint: et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.*
- VIII = (D. 30.127): *A fratris postumo fideicommissum dari potest: sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*
- IX = (D. 34.4.16): *Nihil interest, inducatur quod scriptum est an adimatur.*
- X = (D. 35.1.38): *Si ita scripsero: 'quantum codicillis Titio legato', licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet solaque quantitas in codicillo⁴¹ delata est. Nam et apud veteres legata talia fuere: 'quantum ei per epistulam scribsero': 'quantum ex illa actione detraxero, heres dato'.*
- XI = (D. 40.4.28): *'Stichus, si codicillis eum non vetuero liberum esse, liber esto': sic est atque si diceret: 'Stichus, si in Capitolium non ascendero, liber esto': nam et heres sic institui potest.*

Esamineremo, nelle pagine seguenti, uno per uno i testi sopra riportati. La sintesi delle singole conclusioni critico-esegetiche darà — confido — piena conferma alla tesi di questo lavoro.

⁴⁰ *resignaverit*: CUIACIO.

⁴¹ *codicillos*: KÜBLER.

II. 4. — D. *h.t.* 8 pr. (Lenel Paul. n. 895): *Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento.*

Il testo ha dato sempre moltissimo filo da torcere agli interpreti, sin dal tempo della Glossa, con la sua classificazione, fin oggi universalmente ammessa, dei codicilli in codicilli testamentari e *ab intestato*, nonché, nell'ambito della prima categoria, in codicilli *confirmati* e *non confirmati*.

La comune dottrina⁴² ha preso sin oggi le mosse dal rilievo di una certa qual diversità terminologica che si riscontra nelle fonti⁴³, per distinguere tra *codicilli ad testamentum facti* e *codicilli ab intestato*. Codicilli testamentari sono quelli relativi alla successione testamentaria, nel senso che, essendo stati redatti in vista del verificarsi di questo tipo di successione, le loro sorti dipendono da quelle del testamento: sono efficaci, se il testamento non è invalido né è revocato, sono nulli, nell'ipotesi opposta. Codicilli *ab intestato* sono invece quelli relativi alla successione intestata, nel senso che, essendo stati redatti in vista del verificarsi di questo tipo di successione, sono validi, sempre che non abbia luogo la successione testamentaria.

Nell'ambito dei codicilli testamentari, si fa distinzione, dicevo, tra codicilli *confirmati* e codicilli *non confirmati*, a seconda che il testatore abbia o meno dichiarato di volerne ammettere l'efficacia⁴⁴. Il rilievo pratico della distinzione è dato da ciò, che solo i codicilli *confirmati* possono portare, tra l'altro, la *datio* e l'*ademptio legatorum*, la *datio* e l'*ademptio libertatis*⁴⁵.

Ora, a prescindere — almeno per il momento — dalla disamina di queste classificazioni, è un fatto indiscutibile che il fr. 8 pr. non le

⁴² Cfr. gli autori citati *retro* nt. 2, ma principalmente FEIN 97 s. (§ 1501a). Non tutti gli autori moderni espongono la distinzione con altrettanta recisione, il che dipende soprattutto — io penso — dal fatto che essa non ha un solido *ubi consistam*. Cfr. [JÖRS-] KUNKEL § 207.3, che contrappone ai *codicilli testamento confirmati* i *codicilli testamento non confirmati*, che chiama indifferentemente anche « Intestat-Kodizille »; ma specialmente ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 576, che contrappone, molto opportunamente, ai codicilli *confirmati* i « codicilli semplici ». La distinzione tra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato* è ripresa dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 29 s., ma poco chiaramente spiegata.

⁴³ V. la discussione sui testi *infra* nt. 92.

⁴⁴ Cfr. FEIN 134 s. (§ 1511b); SCARLATA FAZIO, *cit.* 85 s.

⁴⁵ Arg. Gai 2.270.

riflette molto esattamente, che esso non pare avere, anzi, un qualsivoglia senso plausibile.

Tutto si è tentato per ridurre alla ragione la strana formulazione paolina. La Glossa⁴⁶ ha teso a riconoscere che Paolo non abbia parlato dei codicilli *non confirmati*, pur abbandonandosi a discussioni interminabili circa il significato della frase *per fideicommissum testamento facto (confirmantur codicilli)*⁴⁷. Altri⁴⁸ ha interpretato il *confirmantur* di questo paragrafo come *conficiuntur*, in modo da poter dare ombra di verosimiglianza alla tesi che Paolo abbia voluto alludere anche ai codicilli *non confirmati*. Altri⁴⁹ ancora ha sostenuto che il *conficiuntur* della prima proposizione regge a buon diritto anche *per fideicommissum rell.*, giungendo quindi a conclusioni analoghe alle precedenti. Altri infine⁵⁰, con facile uso della critica esegetica, ha dichiarato di recente che *per fideicommissum* è il glossema di qualche lettore o di qualche amanuense, al cui posto si incontrava nel testo genuino un *conficiuntur*, e che Paolo, anziché dare la distinzione tra codicilli *confirmati* e *non confirmati*, avrebbe preferito tracciare, accanto a quella tra codicilli testamentari e *ab intestato*, una distinzione relativa al tempo della conferma dei codicilli *ad testamentum facti*.

Tutte spiegazioni, io ritengo, le quali si accordano nell'essere pienamente insoddisfacenti. E non perché non risulti esattamente riprodotta o convincentemente richiamata nel testo di Paolo la distinzione e la successiva suddistinzione, dianzi accennate, dei codicilli, tutt'altro⁵¹; ma perché il testo di Paolo, comunque si voglia interpretarlo od emendarlo, presta pur sempre il fianco a critiche insuperabili.

⁴⁶ Cfr. VIVIANUS, *casus ad l. 8 pr.* Coglie indubbiamente nel vero, come vedremo (*infra* n. 9), l'ipotesi di Viviano che *per fideicommissum testamento facto* voglia alludere ad una clausola di conferma fedecommissaria. Ma ciò vale solo in ordine alla interpretazione del testo postclassico.

⁴⁷ Cfr. ACCURSIUS, *gl. testamento facto ad h. l.*; ma v. *contra* FEIN 103.

⁴⁸ BÖHMER, cit. da FEIN 103 nt. 3. Il Böhmer si basa sui seguenti rilievi terminologici: D. 32.37.2 *per fideicommissum confirmare* e D. 29.7.8.3 *post testamentum codicillos confirmare*. Sul primo testo v. *infra* n. 8. Circa il secondo testo, v. *infra* n. 13: in esso *confirmare* appare effettivamente in un senso che richiama il *conficere*. L'emendamento del Mommsen (*post testamentum factas codicillos confirmare*: cfr. *retro* nt. 38) è arguto, ma arbitrario.

⁴⁹ FEIN 103 s.

⁵⁰ SCARLATA FAZIO, *cit.* 33.

⁵¹ Il fatto che a base del testo di Paolo non si trovasse la distinzione tra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato* gioverebbe infatti alla mia tesi della non rilevanza di questa distinzione in diritto classico.

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

L'opinione che il giurista classico abbia veramente parlato delle due distinte classificazioni dei codicilli, almeno secondo il senso che ad esse generalmente si affida, non mi par seriamente sostenibile. Anche se volessimo concedere che il « genio della lingua latina » permette di riferire il *conficiuntur* iniziale a per *fideicommissum testamento facto* *rell.*⁵², poco evidente sarebbe l'accenno alla categoria dei codicilli testamentari non confermati⁵³.

Non meno criticabile è tuttavia l'opinione che Paolo abbia voluto illustrare due categorie di codicilli, testamentari confermati (suddistinti in *confirmati in praeteritum* e *confirmati in futurum*) e *ab intestato*⁵⁴. La sostituzione di *conficiuntur* a per *fideicommissum* è arbitraria; comunque è evidente che Paolo avrebbe piuttosto scritto, in primo luogo che i codicilli *conficiuntur testamento facto* oppure *sine testamento*, e in secondo luogo che essi (o meglio i codicilli testamentari) possono essere *confirmati* o *in praeteritum* o *in futurum*.

In ogni caso non si può fare a meno di notare che tra la conferma dei codicilli (*confirmantur*) e la confezione dei codicilli stessi (*conficiuntur*) non vi ha congruenza alcuna. Il testo non dice *quattuor sunt genera codicillorum, bensí conficiuntur codicilli quattuor modis*. Orbene dalla lettura di esso risulta che i modi di confezione dei codicilli sono invece due: o li si compila con riguardo al testamento (ma dubito che ciò possa significare *testamento facto*)⁵⁵ o li si compila senza avere scritto il testamento, cioè con riguardo alla successione *ab inte-*

⁵² FEIN 103 s. Ma il « genio della lingua latina » non permette simili furbolismi. Del resto tutto il ragionamento del Fein è aprioristico, motivato dalla necessità di sovrapporre al dettato paolino la quadripartizione da lui sostenuta.

⁵³ Avendo Paolo detto che i codicilli possono essere confermati *in futurum* o *in praeteritum*, la continuazione *aut (conficiuntur) testamento facto* non basta a significare che essi possono essere anche non confermati: il terzo *aut* può indicare il passaggio alla distinzione tra cod. test. e cod. *ab int.* I cod. test. *non conf.* restano fuori. Superficiale è poi il modo con cui il FEIN (13) giustifica il per *fideicommissum*: « nei cod. non conf. potevano essere ordinati solo dei fedecommissi » (!).

⁵⁴ Si noti questo. Se Paolo dice che i codicilli possono essere *test. conf. (in fut. o in praet.)* e *ab int.*, ne risulta esclusa la categoria dei cod. test. *non conf.*: chiunque potrebbe pensare che i codicilli, se testamentari, debbono essere sempre confermati.

⁵⁵ Il significato letterale dell'ablativo assoluto *testamento facto* è « essendo stato redatto il test. ».

stato (ma è discutibile che ciò possa significare *sine testamento*⁵⁶). La conferma dei codicilli, insomma, resta fuori da questa classificazione: essa infatti non è un modo di confezione dei codicilli, ma una modalità della confezione dell'atto di conferma, cioè del testamento⁵⁷.

È la frase iniziale che suona falsa, promettendoci l'elencazione di quattro modi di confezione dei codicilli, mentre di tali modi ne incontriamo tutt'al più due. Ma se anche volessimo dare ad essa una interpretazione meno rigorosa, ammettendo cioè che essa equivalga ad un *quattuor sunt genera codicillorum*, rimane pur sempre il *quattuor* a mettere nei pasticci l'interprete. Le categorie dei codicilli nel testo di Paolo non son punto quattro, ma tre: testamentari confermati *in futurum* (cioè, evidentemente, quelli che *testamento facto conficiuntur*)⁵⁸, testamentari confermati *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 confermato *in praeteritum* è appunto quello compilato quando un testamento ancora non v'era, prima del testamento, *sine testamento*⁵⁹.

Eccoci dunque di nuovo a due specie di codicilli, ma di significato diverso dalle precedenti, e, per di più, basate su una assai arbitraria interpretazione del *conficiuntur* iniziale. Ma allora si può anche dire che le quattro categorie dei codicilli annunziate da Paolo si riducono ad essere una sola, cioè quella dei *codicilli confirmati*.

Anche l'occhio meno aduso 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) *Conficiuntur codicilli quattuor modis* non può essere di Paolo: 1. perché, se si ritiene genuino tutto quel che segue, si hanno le insormontabili difficoltà che abbiám visto; 2. perché, se si ritiene genuino soltanto *aut per fideicommissum rell.*, non si tratta di *quattuor modi*, ma se mai di due modi di confezione dei codicilli, né anzi (forse) si tratta di circostanze modali ma di circostanze temporali della compilazione dei

⁵⁶ *Sine testamento* non esclude l'esistenza del testamento, ma, tutt'al più, esclude il riguardo ad un testamento (che può essere anche esistente).

⁵⁷ V. *infra* n. 5.

⁵⁸ V. *retro* nt. 55.

⁵⁹ V. *retro* nt. 56.

codicilli⁶⁰; 3. perché, se si ritiene genuino soltanto *aut enim — in praeteritum*, non solo non si tratta di confezione dei codicilli, ma si tratta comunque di due soli modi di conferma testamentaria.

b) *Aut per fideicommissum rell.* non può essere di Paolo: 1. perché il *per fideicommissum* è stranamente inesplicabile⁶¹; 2. perché manca un verbo reggente (*conficiuntur?*).

c) *Aut enim — in praeteritum* e *aut per fideicommissum rell.* non possono stare insieme in un testo della giurisprudenza classica: 1. perché *confirmantur*, venendo ineluttabilmente a reggere anche la seconda frase, farebbe ripetere a Paolo cose già dette⁶² o gli farebbe persino attribuire delle sciocchezze⁶³; 2. perché almeno la ripetizione non potrebbe essere evitata, se si integrasse la seconda 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 apoditticamente che i *codicilli aut in futurum confirmantur aut in praeteritum*⁶⁴.

Io ritengo, pertanto, di essere riuscito a dimostrare l'inquinamento

⁶⁰ Circostanze modali della compilazione dei codicilli sarebbero il riferimento, rispettivamente, alla successione testamentaria e a quella intestata. Ma, come abbiamo visto, è possibile interpretare il testo nel senso che i codicilli sono compilati dopo la conferma del testamento (*test. facto*) o prima della conferma del testamento (*sine testamento*).

⁶¹ In ordine, ben inteso, al diritto classico. Quanto al probabile significato post-classico della espressione *per fideicommissum confirmare*, v. *infra* n. 13.

⁶² Il che vale per (*cod. confirmantur*) *test. facto* (= *cod. in fut. conf.*).

⁶³ Il che vale per (*cod. conf.*) *sine test.*: come si conferma un *cod. sine testamento?* V. *infra* nt. 92.

⁶⁴ Che la prima ipotesi sia la più probabile, risulterà dalle seguenti considerazioni relative alla differenza tra conferma *in futurum* e conferma *in praeteritum*. Il significato logico della distinzione posta da Paolo è che i codicilli possono essere confermati o da un testamento precedente o da un testamento successivo: mediante un testamento precedente si confermano i codicilli *in futurum* e mediante un testamento successivo si confermano i codicilli *in praeteritum*. Ma può avvenire naturalmente che vi siano codicilli anteriori al testamento, confermati, e che il testamento confermi anche i codicilli posteriori o una certa categoria di codicilli posteriori. È giusto dunque quanto osserva lo SCARLATA FAZIO (92 s.), che la distinzione non ha una reale importanza pratica: il che rende poco probabile che Paolo l'abbia formulata in sede di principio e non l'abbia invece ricordata nel giro di un discorso. A conferma di quanto sopra detto, cfr. D. 29.7.18 (Cels.) e D. 50.16.123 (itp. l'ultima frase: SCARLATA FAZIO 92): se la conferma è fatta al tempo futuro, ciò non esclude che essa possa riguardare codicilli *ante testamentum facti*.

del testo, per quanto non giudichi né opportuno né conveniente di proporre una ricostruzione del contesto originario.

5. — 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 perché della inserzione di *conficiuntur — modis*: il tutto nell'ambiente del diritto postclassico.

Amnesso 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. Per 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 servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit].*

La pandettistica⁶⁵ aveva dedotto da questo frammento⁶⁶ 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 Fazio⁶⁷, sostenendo che nel brano di Papiniano, anche per lui genuino, *confirmare* 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

⁶⁵ Cfr., per tutti, FEIN 114 s.

⁶⁶ Che essa, malgrado gli appunti critici del Cuiacio (di cui faremo cenno più oltre, nel testo e nt. 69), tendeva a ritenere genuino.

⁶⁷ *Successione codicillare* cit. 92; cfr. anche 41 s.

risolta nel senso che bisogna aver riguardo alla volontà del testatore, non soltanto se espressa nel testamento, ma comunque espressa o deducibile da fatti concludenti.

L'interpretazione dello Scarlata Fazio è palesemente arbitraria. Nel brano di Papiniano, relativo alla materia dei codicilli, *confirmare* 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 che i codicilli di conferma dovessero essere a loro volta confermati in testamento⁶⁸.

Ma può aver enunciato Papiniano questi principii?

Già da tempo la critica ha appuntato *aut voluntas-retineatur*⁶⁹ o addirittura *aut voluntas-iudicavit*⁷⁰, 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, nonché 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? Né vale aggiungere che il secondo codicillo s'ha da intendere confermato dal testamento: non solo il testo non lo dice⁷¹, ma se lo dicesse vi sarebbe un motivo di più per sostenere 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

⁶⁸ Quanto ad *aut voluntas eorum vell.*, può dirsi che trattasi di una frase che tende a stabilire 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.

⁶⁹ Cfr. CUIACIO, *Op.* 4.1100 E.

⁷⁰ Cfr. LENEL, *Pal. Papin.* 569; BONFANTE, nota a FEIN 142; KRÜGER H., *St. Bonfante* 2.313.

⁷¹ Cfr., del resto, Gai 2.270 a, riportato *infra*.

non era nel senso di dire che il testamento *postea factum est*, perché 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 credere, salva la persistenza degli appunti di forma, che Papiniano abbia voluto dire che i codicilli anteriori al testamento e non confermati da questo valgono (naturalmente, come *codicilli non confirmati*) 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, perché la validità loro come codicilli 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.

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, sí bene di quelli che li redigono. Inoltre l'espressione *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 piú 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 conducente a determinare la validità del codicillo (come codicillo non confermato). Non sarebbe stato quindi piú logico esprimersi cosí: *... codicilli ... valent ... non solum si testamento ... confirmantur, sed etiam si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*⁷²? L'imprecisione palese dell'ultima frase (*sed non servabuntur rell.*)⁷³ conferma ampiamente il sospetto di interpolazione.

6. — 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 codicillos potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papi-*

⁷² Né va tralasciato che il testo classico avrebbe dovuto avere un *aut* (in corrispondenza con *aut voluntas eorum rell.*) davanti a *testamento*.

⁷³ Si noti: *non servabuntur ea* (?); *ea, de quibus ... defunctus ... iudicavit* (1).

nianus 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 stato, sin oggi, proprio sulla frase *sed cum — confirmentur* che la critica si è basata per sostenere l'interpolazione, in D. 29.7.5, di *aut voluntas — indicavit: aut voluntas rell.*, si è detto⁷⁴, rispecchia una riforma di Severo e Caracalla⁷⁵, 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 fedecommissi, se dal testamento non risultasse una volontà contraria del testatore stesso.

A questa tesi si è opposto invece lo Scarlata Fazio⁷⁶, sostenendo: 1) che tutti i testi dei giuristi classici a nostra disposizione danno come specifico il principio che basta, a mantenere in vita i codicilli, la volontà comunque manifestata o deducibile dal 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 imperiale⁷⁷, il testo originale del rescritto. Egli pertanto ritiene che, ammesso che Inst. 2.25.1 sia stato estratto dalle Istituzioni di Marciano⁷⁸, queste 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,

⁷⁴ Cfr. *retro* nt. 69 e 70.

⁷⁵ Le Istituzioni enunciano infatti il medesimo principio dicendo: *Sed divi Severus et Antoninus rell.*

⁷⁶ *Successione codicillare* cit. 42 s.

⁷⁷ Secondo il KRÜGER, *Quellen* 251, Papiniano scrisse i suoi responsi non prima del 206. Al 211 attribuiscono i *Responsa* di Papiniano HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon* sv. *Papinianus*.

⁷⁸ Cfr. FERRINI, *Opere* 2.291 (*retro* nt. 6); COSTA, *Papiniano* 1.117.

perché lo Scarlata Fazio non adduce né 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 codicillo⁷⁹.

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

Gai 2.270a: *Item legatum codicillis relictum 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*⁸⁰.

Il testo di Gaio ci dà un'idea molto chiara di ciò che si debba intendere per *codicilli confirmati*: tali sono soltanto quelli confermati nel testamento. Papiniano, qualora avesse detto che i codicilli anteriori al testamento (e contenenti, 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 Papiniano risalga la frase *aut voluntas rell.*, perché essa (dato che non si specifica se i codicilli sono soltanto fedecommissari, 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 sé e per sé, una cosa altamente assurda.

7. — 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] confirmantur [aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus ali-* Inst. 2.25.1: *... sed cum ante testamentum 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*

⁷⁹ I testi da lui addotti (p. 36-41) sono relativi a casi particolari, e riguardano comunque questioni che non hanno nulla a che fare con il presente argomento.

⁸⁰ Cfr. anche Ulp. reg. 25.8: *Fideicommissum et ante heredis institutionem et post mortem heredis et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari ita non possit.*

ter defunctus novissime iudicavit]. 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 perché, mentre il frammento dei Digesti dà per validi i soli codicilli fedecommissari, *si appareat eum, qui postea testatori*, il rescritto dei divi Severo e Antonino, 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 sovvertitrice, 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 legato che di fedecommissario) 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 per altro (*sed*) i codicilli anteriori al testamento, ma fedecommissari, 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 giustinianeî 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 né 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 vengono ad ammettere la validità degli altri codicilli confermati contenenti legati. In Inst. 2.25.1 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 Caracalla⁸¹.

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 pare strano 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 simili⁸². 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 soli contenenti legati: io presumo dunque che, aggiungendo *vel codicillis*, egli abbia voluto operare in un certo senso un imperfetto richiamo al principio 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 for-

⁸¹ Non è da escludere che l'opinione di Papiniano si trovasse già citata nel testo di Marciano.

⁸² Non si dica perciò che *vel codicillis* è stato inserito da Triboniano. Perché in Inst. 2.25.1 quest'ultimo 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.

se, già nel pensiero postclassico, che anche i *codicilli (testamento) non confirmati* 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 testamento facto (confirmantur)*.

8. — *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 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 conferma⁸³. Ma qualche testo lievemente discorde ha fatto avanzare alla pandettistica l'opinione⁸⁴ 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, perché non considera che non occorre conferma per la validità dei codicilli fedecommissari, di modo che manca uno dei due termini della distinzione.

Principalmente⁸⁵ la pandettistica si è fondata su

D. 32.37.2 (Scaev. 18 *dig.*): *Seiam et Maevium libertos suos aequis partibus heredes scripsit: Maevio substituit Sempronium pupillum suum: deinde codicillos [per fideicommissum] confirmavit, quibus ita cavit*⁸⁶ . . . (segue il testo di un codicillo fedecommissario).

Per fideicommissum è inesplicabile e di troppo: palese glossema postclassico⁸⁷. Ma anche qui val la pena di domandarsi perché mai un lettore postclassico di Papiniano l'abbia voluto segnare a margine. Ed a mio credere può risponderci che ciò egli ha fatto perché ha ravvisato, di fronte a un codicillo fedecommissario, la non necessità di una conferma

⁸³ V. anche le osservazioni dello SCARLATA FAZIO, *cit.* 87 s.

⁸⁴ Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 102 s.

⁸⁵ Rimando, per la rimanente confutazione, alle convincenti osservazioni dello SCARLATA FAZIO, *cit.* 86 s.

⁸⁶ Arbitrario è l'emendamento del Mommsen: *deinde per fideicommissum confirmatis codicillis ita cavet*.

⁸⁷ Cfr. LENEL, *Pal. Scaev.* n. 68: v. anche VIR. 1.767.52.

testamentaria, ed ha voluto stoltamente porre in rilievo che basta un fedecommissario a confermarlo, cioè una preghiera scritta, orale e comunque deducibile.

È 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 bastava un qualunque comportamento da fedecommissario. Egli ha creduto, insomma, di trovarsi di fronte ad un codicillo non confermato: 1) perché contenente disposizioni fedecommissarie; 2) perché 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 conferma. Di qui è sorta la frase *deinde* (cioè *testamento facto*) *per fideicommissum confirmavit*.

9. — c) Riassumiamo ora le fila del lungo discorso. Il diritto classico conosceva due categorie di codicilli: 1) *codicilli* (anteriori o posteriori al testamento) *testamento confirmati*⁸⁸, i quali potevano contenere non solo fedecommissi, ma anche principalmente legati (Gai 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, purché 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 certo 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 perché ha detto che la conferma *per fideicommissum*

⁸⁸ Vuoi *in praeteritum*, vuoi *in futurum*.

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 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*.

10. — 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. 2.25.1. Qui vi egli infatti fa 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 voluta (sia pure imperfettamente) trasfondere. A Giustiniano era estranea l'idea 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.

b) E la tesi dell'inquinamento postclassico, pregiustiniano, nel 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 quest'opera, non di interpolazione ma addirittura di falsificazione dei concetti paolini, sia stata com-

piuta 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 fedecommesso: *codicilli ante testamentum facti*⁸⁹, *codicilli post testamentum facti*⁹⁰, *codicilli facti* da chi muore senza testamento, cioè *ab intestato*⁹¹. 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 fedecommessi; nel secondo caso i codicilli valevano unicamente a disporre fedecommessi, erano cioè un mezzo di estrinsecazione delle disposizioni fedecommissarie. Di più i classici non distinguevano, né il loro sano realismo poteva infatti permettere che si facessero ulteriori distinzioni. La dottrina classica è fondamentale accolta da Giustiniano, il quale tuttavia, data l'importanza di atto autonomo, pari al testamento, raggiunta verso gli ultimi tempi dai codicilli e data la avvenuta fusione fra legati e fedecommessi, pone alla base del sistema la distinzione fra codicilli testamentari e codicilli intestati, i quali ultimi assurgono a categoria autonoma (Inst. 2.25.1 in principio), e distingue i codicilli testamentari in confermati e non confermati⁹². Le

⁸⁹ *Si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse*: Inst. 2.25.1.

⁹⁰ Cfr. D. 40.4.43.

⁹¹ Cfr. D. 10.2.39.1; 31.89.3; 29.7.19.

⁹² Non può sostenersi che testi classici corroborino la distinzione fra codicilli testamentari e codicilli *ab intestato*, la quale è invece una distinzione giustiniana, che la pandettistica ha prediletta e potenziata. Dei testi che si portano a sostegno di questa presunta « distinzione fondamentale » (v. da ultimo SCARLATA FAZIO, *SucceSSIONE CODICILLARE* cit. 30), alcuni non provano nulla, altri sono postclassici od alterati. D. 2.15.8.2 (Ulp. 5 *de omnibus trib.*): *Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento [vel codicillis] fuerint relicta [sive ad testamentum factis sive ab intestato] . . .* l'estensione *vel codicillis* è probabile; comunque l'interpolazione *sive ad testamentum factis sive ab intestato* mi pare evidente. D. 29.4.6 pr. (Ulp. 50 *ed.*): *Quia autem is qui ab intestato possidet hereditatem conveniri potest, si omittit causam testamenti, quaesitum est, si quasi ex voluntate testatoris videatur omisisse, an cogatur praestare. ut puta fratrem suum scripsit heredem [et codicillos fecit ab intestato] petique a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam . . .* anche qui l'interpolazione è evidente: *scripsit heredem et codicillos fecit ab intestato petique a fratre*. Il testo classico non aveva la menzione dei codicilli *ab intestato*. (V. già BESELER, in ZSS. 43.550; ma v. *contra* SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas* 1, in AUPA. 17.163 e SCARLATA FAZIO,

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. 29.7⁹³ e si rivela sopra tutto nella rielaborazione di D. 29.7.8 pr.

11. — Intimamente collegato alla alterazione postclassica di D. 29.7.8 pr. può finalmente apparire ora lo strano dettato del § 1.

D. 29.7.8.1 (Paul. *sing. de iure codicillorum*): *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*

È difficile ammettere che questo modo di esprimersi possa essere stato di Paolo. Nulla di male se avessimo letto: ... *ideo fideicommissa dantur ... quoniam creditur ...* Ma il testo dice *dari possunt*, e ciò è equivoco, se non erroneo.

Il testo del § 1 dimostra, se non erro, la verità della mia tesi circa la *forma mentis* del lettore postclassico di Paolo. Esso 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 costrutto di esso da *confirmantur*. Il palese carattere

cit. 37 nt. 1). D. 10.2.39.1 (Scaev. 1 *resp.*): *Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ...*: nessuna prova può trarsi da questo testo. Il dante causa muore intestato, va bene, e divide il patrimonio fra i figli per mezzo di codicilli: *codicilli testamento non confirmati*. D. 31.89.3 (Scaev. 4 *resp.*): *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit ...* (v. nota al testo precedente). D. 29.7.19 (Marc. 14 *dig.*): *Is qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus ...* (v. nota a D. 10.2.39.1). Anche D. 29.7.3 pr., 31.77.29, 35.2.18 pr. non provano nulla, salvo che era frequente l'uso di non disporre dei propri beni per testamento, ma per codicilli, senza testamento, a titolo di fedecommissato. D. 40.4.43 (Mod. *sing. de manumiss.*): *Libertates directae et testamento et codicillis testamento confirmatis recte dantur, fideicommissariae et ab intestato et codicillis non confirmatis relinqui possunt*: nessuna prova dell'esistenza di cod. *ab intestato*, contrapposti ai cod. testamentari. Le libertà fedecommissarie possono essere date o con codicilli non confermati o senza codicilli (*ab intestato*). Ecco il vero significato del testo. C. 6.53.6 (Diocl. et Maxim. Eusebio): *Si fideicommissum ab intestato fuerit sorori tuae relictum codicillis ...*: il *casus* è relativo a codicilli emessi senza testamento (*test. non conf.*). Lo stesso dicasi per C. 6.36.4 (Diocl. et Maxim. Stratonico). Le prove della contrapposizione sono dunque molto evanescenti, come si è visto. Sulla base di quanto precede, ritengo che non meriti considerazione la curiosa ipotesi avanzata dallo SCARLATA FAZIO (*Successione codicillare cit.* 33 s.) circa l'epoca in cui sorse la distinzione.

⁹³ Cfr. D. 32.37.2.

non genuino del *principium* conferma, d'altronde, a sua volta, che da mano postclassica è uscito il § 1, ad esso, nel senso, così strettamente connesso.

Della stessa mentalità è espressione un brano sicuramente alterato, pure di Paolo.

D. 29.7.16 (Paul. 21 *quaest*): ...*ad testamentum autem quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli. Et ut manifestius dicam, intestato patre familias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto ius sequuntur eius*⁹⁴.

III. 12. — I rimanenti brani del *liber singularis* meritano, per diverse ragioni, un discorso più breve.

D. 29.7.8.2: *Codicilli totiens valent quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tamen hoc ita intellegemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere (quid enim, si sufficientium testium facultatem non habuit?), sed si iure testamenti factionem habuit.*

Non tamen — fin. è stato, molto giustamente, giudicato interpolato dal Suman⁹⁵. Non vale opporre, con lo Scarlata Fazio⁹⁶, per salvare il testo (con qualche emendamento)⁹⁷, che esso è conforme ai principi classici sulla *factio* attiva dei codicilli, principi espressi chiaramente da Marciano in D. 29.7.6.3⁹⁸. Né vale aggiungere che la prolissità del passo dipende dal fatto che esso fa parte di un'opera speciale, monografica, sull'argomento dei codicilli⁹⁹. Il carattere monografico dell'operetta pseudo-paolina potrebbe giustificare un maggiore approfondimento di problemi, ma non giustifica alcuna eccessiva prolissità.

13. — D. 29.7.8.3: *Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde adrogandum se praebuerit et ibi codicillos fecerit*

⁹⁴ V., in proposito, già BESELER, in ZSS. 57.31; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 45 s.

⁹⁵ *Saggi minimi di diritto romano* 92.

⁹⁶ *Successione codicillare* cit. 96 nt. 1.

⁹⁷ Lo Scarlata Fazio emenda così: ...*non habuit [? sed si] (et) iure testamenti factionem habuit [.] (?)*.

⁹⁸ Marcian. 7 *inst.*: *Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest.*

⁹⁹ L'opera è pur sempre un *liber singularis*, dai confini necessariamente molto limitati.

atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur: nam et testamentum valet, sed eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit. Nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit: licet is enim testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est, huius autem testamentum sublatum est et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus codicillos valere: nam et si postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nibilo minus codicilli valent.

Il testo è indubbiamente molto rimaneggiato¹⁰⁰, se pur non è del tutto apocrifo¹⁰¹. Non vale la pena di soffermarsi su di esso.

14. — D. 29.7.8.4: *Si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet, nisi si militiae tempore signavit vel quaedam adiecerit. Certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent.*

La critica del frammento è già stata fatta da altri¹⁰², sebbene non abbia riscosso unanimi consensi¹⁰³.

Il passo in esame è il solo dal quale paia risultare che il diritto classico conosceva, accanto al *testamentum militis*, anche un codicillo speciale del militare¹⁰⁴. Ma, a parte ogni altra considerazione, appunto per ciò il brano paolino si rivela alterato, o meglio falso. Per quanti sforzi si siano fatti sinora, mai si è riusciti a comprendere, e in ordine al diritto classico e in ordine al diritto giustiniano, quale diversità possa intercorrere fra *testamentum militis* e codicillo del militare: come il codicillo classico, il *testamentum militis* è scevro di forma, inoltre, molto più del codicillo, esso permette la violazione di tutte le regole del di-

¹⁰⁰ Cfr. *Index interpolationum abl.* Aggiungi: BONFANTE, in *Glück italiano* 48 nt. Cc; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 110 s., con ampia argomentazione.

¹⁰¹ È importante notare che, nel periodo iniziale (*si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit...*), *confirmare* ha il senso di *conficere*, esattamente come in D. 29.7.8 pr.: argomento validissimo, mi pare, a sostegno della tesi che il § 3 è stato rimaneggiato da mano postclassica, e più precisamente dalla stessa mano che si è posata su D. 29.7.8 pr. Cfr. *retro* nt. 48.

¹⁰² Cfr. BONFANTE, in *Glück ital.* 79.1.56 nt. n; ARANGIO-RUIZ, in *BIDR.* 18 (1906) 162 nt. o.

¹⁰³ V. infatti BIONDI, *Convalidazione del codicillo* cit. 15 nt. 2.

¹⁰⁴ V. l'opportuna esegesi dei passi relativi alla questione operata dallo SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 175 s.

ritto ereditario. Di fronte all'istituto, vivo e vitale in ogni epoca, del *testamentum militis*, il codicillo del militare si rivela un non senso.

Ma è ben possibile che il codicillo del militare non si sia rivelato un non senso alle mentalità anguste dei commentatori postclassici. Lo rivela la manipolazione evidentissima subita da D. 29.1.19 pr.¹⁰⁵, nonché la probabile alterazione di D. 29.1.36 pr.¹⁰⁶.

Nel frammento in esame la questione è questa: se i codicilli fatti *in militia*, con riferimento ad un testamento anteriore alla coscrizione militare, perdano questo riferimento e valgano, perciò, autonomamente come *testamentum militis*. Io non nego che la questione possa essere stata fatta dal giurista classico, ma mi pare strano che essa sia stata portata in un *liber singularis* sull'argomento. In ogni caso i segni di un rimaneggiamento esplicativo, da *quoniam* alla fine, sono evidenti e bastano allo scopo di additare il carattere apocrifo dell'operetta sul *ius codicillorum*.

15. — D. 29.7.8.5: *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum.*

Anche questo frammento presenta tracce di manipolazione, da *quasi* alla fine¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. *Index interpolationum* ahl. e SCARLATA FAZIO, *cit.* 176 s.

¹⁰⁶ (Papin. 6 resp.): *Militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari. Quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur.* Già il BESELER (ZSS. 50.28) ha espunto *ad testamentum factis* (a lui aderisce lo SCARLATA FAZIO, *cit.* 182 nt. 1 e 184). Ma anche la seconda parte del frammento è criticabile. *Dederit* è senza soggetto. Tutto il periodo è oscuro: dire che « il militare lascia con i codicilli una metà dell'asse e che pertanto l'*heres ex asse* in base al testamento riceverà solo quella metà » è insensato. Papiniano avrebbe scritto, piuttosto: « *si partem dimidiam hereditatis, ei, qui testamento ex asse heres erat, dederit, testamento scriptus heres partem dimidiam habebit* ». Codicilli nell'originario responso di Papiniano era un termine innocente, ed aveva un significato analogo a *testamentum militis*. La scuola postclassica ha invece teso a sottilizzare ed a distinguere dal *testamentum militis* i codicilli militari. Si noti che l'atecnico *militis codicilli* (in luogo di *testamentum militis*) stava ancor bene nel discorso di Papiniano, perché questi rispondeva ad un interrogante adottando la sua stessa terminologia. È inammissibile invece che Paolo, potendo e dovendo dire *testamentum militis*, abbia usato il termine di *codicilli*.

¹⁰⁷ Cfr. SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare cit.* 57. Il carattere aggiuntivo di *quasi-legatum* è anche formalmente evidentissimo. Paolo si sarebbe, se mai, limitato a dire: « *quasi ab initio constiterit* ».

16. — D. 29.7.8.6: *Si quis certi generis codicillos confirmaverit, puta « quos novissimos fecero », non utique statim quae codicillis dantur consistere videbuntur, quamdiu alii quoque fieri possunt: et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt.*

Non è da escludere che il testo sia genuino. Generico esso è certo nella sostanza. Quanto alla forma, mi pare di dover aderire alla critica del Beseler¹⁰⁸, che sospetta *non utique — et ideo*.

17. — D. 30.127: *A fratris postumo fideicommissum dari potest: sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*

Il passo è stato già criticato dal Siber¹⁰⁹ e dall'Albertario¹¹⁰. Controversa è la ricostruzione del testo, che io addirittura ritengo impossibile, quando si pensi che esso fa parte di un'opera apocrifa.

18. — D. 34.4.16: *Nibil interest, inducatur quod scriptum est an adimatur.*

Il testo non presta fianco a critiche, anche per la sua brevità.

19. — D. 35.1.38: *Si ita scripsero: « quantum codicillis Titio legavero », licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet solaque quantis in codicillo delata est. Nam et apud veteres legata talia fuisse: « quantum ei per epistulam scribsero », « quantum ex illa actione detraxero heres dato ».*

Anche questo frammento non è stato immune da critiche. Genericamente lo appunta il Bonfante¹¹¹ a cagione del singolare *codicillo*, ove avremmo dovuto leggere *codicillis* o meglio *codicillos*¹¹². Più addentro

¹⁰⁸ T. 10 (1930) 227.

¹⁰⁹ *Röm. Privatrecht* 344 nt. 4.

¹¹⁰ *Studi* I (Milano 1933) 45. Cfr. anche ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana* (Milano 1937) 205; SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 82 nt. 1.

¹¹¹ *Glück ital.* 29.2.12 nt. c.

¹¹² Il linguaggio classico non conosce la forma singolare *codicillus*, ma unicamente il plurale *codicilli*: FORCELLINI, *Lexicon sv. codicillus*; HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*⁹ sv. *codicillus*. Cfr. D. 50.16.148 (Gai. 8 *Iul. et Pap.*): ...*haec enim enuntiatio « habet liberos » « non habet liberos » semper plurativo numero proferitur, sicut et pugillares et codicilli*. Nelle Pandette si incontra la forma singolare di *codicillus* solo due volte, in D. 35.1.38 e in D. 29.7.19, certamente interpolato nel pezzo *igitur—postumus* (v. *Index interpolationum ahl.*). Quanto al Codice, è

va il Beseler¹¹³, che espunge tutto il pezzo *licet codicillis — talia fuere*, sostituendolo con la frase *tantum heres meus ei dare damnas esto*; ma, se le sue critiche sono esatte, pochissimo convincente è la sua restituzione. Lo Scarlata Fazio¹¹⁴, da ultimo, ha sostenuto l'interpolazione di tutto il secondo periodo, da *nam* in poi, attribuendo quest'ultimo ai compilatori. Per quanto non mi senta di sottoscrivere alcuni argomenti dello Scarlata Fazio¹¹⁵, approvo sostanzialmente la sua critica, non solo per quanto riguarda l'ampiezza dell'interpolazione ma anche per quanto riguarda la qualifica di questa come emblema di Triboniano: l'accento ai *veteres*, se non è di Paolo, non può essere che di Triboniano.

Ammetto pertanto che non vi sono argomenti per sostenere che una mano postclassica si sia poggiata su D. 35.1.38: *codicillo* è certamente un errore di amanuense per *codicillis*, come già il Kübler ha indicato¹¹⁶.

Probabilmente il compilatore postclassico del *liber singularis de iure codicillorum* ha escerpito il brano in esame da una raccolta di *quaestiones* di Paolo. L'interpolazione di *nam et — fin.* è giustiniana, quindi non ci interessa ai fini di questo studio.

20. — D. 40.4.28: « *Stichus, si codicillis eum non vetuero liberum esse, liber esto* »: *sic est atque si diceret: « Stichus, si in Capitolium non ascendero, liber esto »: nam et heres sic institui potest.*

notevole che due rescritti di Diocleziano e Massimiano (C. 6.23.14; 6.36.3) usano la forma singolare *codicillus*, né paiono menomamente alterati. La circostanza non deve però indurci a non prestar fede men che rigorosa alla citata esplicita attestazione di Gaio: la confezione dei codicilli doveva essere particolarmente gradita ai romani di altra nazionalità, particolarmente greca; e la traduzione greca di codicilli è ὁ κωδικέλλος; or bene a due interroganti di origine greca (Achilleus e Hyacinthus) rispondono nei loro rescritti Diocleziano e Massimiano, ed è evidente che la forma adoperata nelle interrogazioni deve aver preso la mano ai funzionari della cancelleria imperiale. Nel diritto postclassico il singolare *codicillus*, appunto per influsso della terminologia greca (cfr. Theoph. *parl.* 2.25 e B. 36.1 [Hb. 3.642 ss.]), fu maggiormente adoperato e divenne fungibile con l'originario sostantivo difettivo *codicilli*: v. C. 3.36.26 (Constantin.); CTh. 4.4.1 (Constantin.); C. 1.5.4.5 (Arcad. Hon. Theod.); CTh. 16.5.40.5 (Arcad. Honor.); CTh. 8.18.7 (Arcad. Honor.); C. 6.22.8 (Iust.); C. 7.6.1 (Iust.).

¹¹³ ZSS, 43 (1922) 438.

¹¹⁴ *Successione codicillare* cit. 23 s.

¹¹⁵ Principalmente a quello per cui *scribsero* sarebbe un voluto arcaismo di Giustiniano per dare al brano una parvenza di stile classico (!): cfr. p. 14.

¹¹⁶ V. *retro* nt. 112.

Il testo non ha sinora destato l'attenzione della critica, ma è facilmente attaccabile. *Nam et heres sic institui potest* è inammissibile; al suo posto dovremmo leggere, se mai, *nam et ita heres institui potest*.

La mano postclassica si rivela in questo frammento abbastanza chiaramente. Anche qui, come nel caso di D. 35.1.38, siamo di fronte a qualche *quaestio* paolina che il compilatore del *liber singularis* ha voluto escerpire ad uso e consumo della sua monografia. Ed è anche evidente che la *quaestio* non era punto imperniata sui *codicilli* ma sulla efficacia giuridica delle condizioni potestative negative. Il compilatore del *liber singularis* ha adocchiato la menzione, puramente casuale, dei *codicilli* ed ha utilizzato il brano per il suo *liber singularis*, condendolo con l'impagabile frase *nam et heres sic institui potest*.

IV. 21. — Gli argomenti che precedono possono essere corroborati da qualche ulteriore considerazione, relativa al titolo stesso del presunto *liber singularis* di Paolo.

L'operetta paolina non si intitola « *liber singularis de codicillis* », ma, si noti, « *liber singularis de iure codicillorum* ». Questa espressione, *ius codicillorum*, la si incontra, per quel che mi risulta, nei seguenti luoghi: tit. D. 29.7 (*de iure codicillorum*), D. 29.7.2.2 (*codicillorum ius singulare est*), Inst. 2.25 pr. e 2.

Ora, è sintomatico che l'unico testo di giurista classico, nel corso del quale si senta parlare di *ius codicillorum*, è indubbiamente alterato.

D. 29.7.2.2 (Iul. 37 dig.): *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent...*

Questo periodo si condanna da sé, anche a prescindere dalla moltitudine di sospetti che desta il resto del brano e l'intero passo di Giuliano¹¹⁷. Come bene è stato rilevato dallo Scarlata Fazio¹¹⁸, è impossibile credere che un giurista classico abbia potuto dire che *quaecumque* fossero scritti nei *codicilli* si avessero a ritenere scritti nel testamento: è più che noto, infatti, che i *codicilli* non confermati potevano, tutt'al più, contenere disposizioni fedecommissarie e che gli stessi *codicilli testamenti confirmati* non potevano contenere né l'istituzione di erede

¹¹⁷ Il giurista classico avrebbe scritto, se mai: *nam et ita heres institui potest*. Cfr. *Index interpolationum* ahl. e SCARLATA FAZIO, *Successione codicillare* cit. 53 s.

¹¹⁸ *Cit.* 55.

né la diseredazione¹¹⁹. Giova ammettere, col Kreller¹²⁰, che ci troviamo di fronte ad un passo totalmente rimaneggiato da un postclassico facitore ed amante di astrazioni.

22. — Caduto il *ius codicillorum* di D. 29.7.2.2, rimane che di questa espressione fanno uso due paragrafi delle Istituzioni di Giustiniano, derivati — secondo il Ferrini¹²¹ — da Marciano.

Inst. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.*

Inst. 2.25.2: *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. nec condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest.*

Incominciamo con l'analizzare il secondo di questi testi.

Secondo il Ferrini il brano deriva, come si è detto, dalle Istituzioni di Marciano, e più precisamente dal passo riportato in

D. 29.7.6 pr. (Marcian. 7 inst.): *Divi Severus et Antoninus rescripserunt nihil egisse matrem, quae, cum pure liberos suos heredes instituerit, condicionem emancipationis codicillis adiecit, quia neque condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest.*

¹¹⁹ Cfr. Gai 2.273.

¹²⁰ ZSS. 47.438.

¹²¹ V. retro nt. 6.

La tesi del Ferrini è sostanzialmente esatta, ma giova riconoscere, con lo Scarlata Fazio¹²², che i compilatori non hanno soltanto abbreviato, ma hanno anche notevolmente rimaneggiato il testo genuino.

Marciano riferiva un rescritto di Severo e Antonino, per cui era nulla la condizione apposta mediante un codicillo ad una istituzione di erede, e ne enunciava implicitamente il motivo citando il principio che non si può *neque condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo*: il non verificarsi della *condicio emancipationis* avrebbe implicato il cadere della istituzione diretta, cioè una *exhereditatio*, mentre *codicillis nemo heres institui potest neque exheredari*¹²³.

Se ai classici era ben chiaro che i codicilli non possono contenere né la *institutio* né la *exhereditatio*, per il semplice fatto che essi non sono un *testamentum*, ciò divenne progressivamente sempre men chiaro ai postclassici, i quali non videro una sostanziale diversità fra erede e fedecommisario universale. Nell'epoca postclassica il principio classico viene tenuto ancora fermo, quasi in ossequio alla recisione con cui è enunciato, ma non viene chiaramente compreso, talché l'imperatore Costantino lo ricorda ancora, ma attribuendolo ad una *iuris auctoritas*, del cui fondamento molto probabilmente non si rende conto.

C. 6.36.7 (Constant. ad Max. pp. a. 323): *Si id codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est.*

Queste premesse fanno capire perché il testo delle Istituzioni di Marciano sia stato rimaneggiato da Giustiniano. Come Costantino, anche Giustiniano si è chiesto perché mai, *si id codicilli quod testamenta possent*, deve essere preclusa ai codicilli la *institutio* (e quindi la *exhereditatio*) e la *substitutio*. Ed egli trovava a questo interrogativo una risposta lapalissiana: « altrimenti testamento e codicilli verrebbero ad essere la stessa cosa! »¹²⁴.

È indiscutibile pertanto che, nel brano delle Istituzioni, *ne confundantur ius testamentorum et codicillorum* è stato scritto da Giustiniano. Dato il progressivo adeguamento dei fedecommessi alle disposizioni tipicamente testamentarie, i codicilli erano diventati sostanzialmente (ed

¹²² *Successione codicillare* cit. 151 s.

¹²³ Cfr. Gai 2.273.

¹²⁴ Con questa frase Giustiniano reagisce a tutta una evoluzione storica che ha portato alla identificazione dei codicilli coi testamenti.

anche formalmente)¹²⁵, nell'epoca postclassica, la stessa cosa dei testamenti: accanto al *ius testamentorum* si era venuto formando un vero e proprio *ius codicillorum*, perfettamente analogo. Nell'intento di mantenere ad ogni costo distinti questi due *iura*, Giustiniano stabilì la nota diversità di forme¹²⁶ e sottoscrisse, in Inst. 2.25.2, un principio di differenziazione sostanziale ormai senza più vita.

23. — Quanto sopra detto chiarisce perché s'abbia a ritenere spuria, in Inst. 2.25 pr., la menzione di un *ius codicillorum* come scaturito da una pratica, iniziata ai tempi di Augusto, e corroborata dall'autorità di eminenti giuristi, quali Trebazio e Labeone.

La fattispecie che mosse Augusto fu, dunque, la seguente. Lucio Lentulo muore durante un suo viaggio in Africa e lascia dei codicilli, che aveva a suo tempo provveduto a confermare (*in futurum*) nel testamento redatto a Roma prima della partenza¹²⁷; mediante questi codicilli egli stabiliva dei fedecommessi a carico di Augusto. Avendo Augusto fedelmente eseguito i fedecommessi di Lentulo, avvenne che in seguito *reliqui fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit*. In relazione a tutto ciò (evidentemente, allo scopo di decidersi ad eseguire i fedecommessi di Lentulo), Augusto convocò il suo *consilium* per sapere se l'*usus codicillorum* non urtasse contro la *ratio iuris*. Trebazio, membro del *consilium*, persuase Augusto con l'argomento che l'istituto tornava molto provvido nel caso che i cittadini si trovassero a voler disporre *mortis causa* durante un viaggio, lontano dalla città. L'uso dei codicilli divenne, infine, universalmente accetto quando Labeone ne fece egli stesso.

La dottrina pandettistica si è universalmente attenuta alla interpretazione più superficiale di questo testo ed ha ammesso, pertanto: *a*) che l'origine dei codicilli sia da ricercarsi in una pratica iniziata soltanto con Augusto¹²⁸; *b*) che i codicilli di Lentulo contenessero fedecommessi a carico di Augusto e di altri, nonché legati a carico della figlia¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. *retro* n. 1.

¹²⁶ Cfr. C. 6.36.8.3.

¹²⁷ Interpretazione confermata dalla Parafrasi di Teofilo e comunemente accettata: v. FEIN, *cit.* 8.

¹²⁸ Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 8.

¹²⁹ Cfr. FEIN, *cit.* 10 s. La pandettistica ha generalmente sostenuto che i legati posti a carico della *filia Lentuli* fossero disposti nei *codicilli*. Ma il CUIACIO, dopo aver sostenuto anch'egli, in un primo tempo, questa opinione (*Notae priores ad Inst.*, sv. *legata quae iure non debebat*, in *Opp.*, tomo I, 188), ha ritenuto poi

Circa il punto *a*), lo Scarlata Fazio¹³⁰ ha giustamente posto in dubbio che la consuetudine relativa ai codicilli siasi iniziata soltanto con Augusto. Egli riporta l'inizio di tale consuetudine ad epoche anteriori. Prendendo le mosse dall'inciso *ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt* e dalla ipotesi del Ferrini¹³¹, che il passo sia derivato da Marciano, egli giunge a dire che, ragionando per analogia con i fedecommessi, anche i codicilli debbono aver avuto un piú o meno lungo periodo di incubazione, precedentemente ad Augusto. Anche la narrazione intorno a Lucio Lentulo non convince troppo, in sé e per sé presa, lo Scarlata Fazio. Ma non occorre, secondo lui, pensare ad un rimaneggiamento di Marciano¹³²: questi alluse all'origine giuridica (*ius codicillorum*), non a quella materiale dell'istituto.

Di questo ragionamento non convince che l'esigenza onde esso prende le mosse. Pare inverosimile che i codicilli possano essere stati introdotti d'un tratto al tempo di Augusto. È, per conseguenza, altamente sospetta tutta la introduzione del racconto¹³³. La tesi dello Scarlata Fazio in pro della genuinità del testo è poco convincente: il testo dice in tutte lettere che Lucio Lentulo introdusse per primo i codicilli (inverosimiglianza) e che da lui ebbero origine anche i fedecommessi (inesattezza). Per questi motivi noi dobbiamo credere ad un suo rimaneggiamento, così come dobbiamo sospettare un rimaneggiamento, la cui entità non è dato stabilire, di tutto il passo di Marciano.

24. — Si è visto, dunque, quale è il significato di *ius codicillorum* nella concezione postclassica e giustiniana. In un ambiente in cui co-

(*Notae posteriores ad Inst.*, h. t., n. 1, in *Opp.*, tomo I, 80) che i legati fossero stati disposti per testamento e che essi fossero invalidi per altre ragioni: egli ritiene infatti che in origine potessero essere lasciati per codicilli solo fedecommessi, non legati. Questa interpretazione risulta confermata da Theoph. *parl.* ahl., ove si dice che i legati erano stati disposti a favore di persone incapaci (*προσώποις μὴ δυναμένοις λαμβάνειν*).

¹³⁰ *Successione codicillare* cit. 20 s.

¹³¹ *Opere* 2.307 s.: cfr. *retro* nt. 6.

¹³² Non occorre, se « si procede ad una interpretazione che vada al di là della lettera e consideri le espressioni in esso contenute nel loro senso strettamente tecnico ». Non saprei dire, peraltro, come una interpretazione al di là della lettera possa conciliarsi col senso strettamente tecnico delle espressioni.

¹³³ Basta leggere. *Ante Augusti tempora constat ius (!) codicillorum non fuisse (!), sed primus (!) Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt (!), codicillos introduxit (!)*.

dicilli e testamento si sono tanto ravvicinati, sin quasi ad identificarsi, almeno nella sostanza, *ius codicillorum* è il *pendant* di *ius testamentorum*.

Di *ius codicillorum* è invece poco probabile si sia parlato nel discorso classico, dato che in quel diritto i codicilli esplicavano una funzione assolutamente secondaria e marginale.

Il titolo dell'operetta paolina, « *liber singularis de iure codicillorum* », è, perciò, un elemento di ulteriore sospetto della genuinità di quest'opera. Il *ius codicillorum* è una creazione delle scuole postclassiche, che si riflette nel titolo 29.7 dei Digesti (« *de iure codicillorum* »). Molto più opportunamente suonano i titoli corrispondenti delle Istituzioni e del Codice: « *de codicillis* »¹³⁴.

¹³⁴ Cfr. Inst. 2.25 e C. 6.36.