

TREBAZIO, LABEONE E I CODICILLI

1. — È quasi di prammatica, negli autori che trattano dei *codicilli*, l'avvertimento « *risum teneatis* » a proposito dell'etimologia di *codicillus* fornita da Isidoro di Siviglia. Ecco quanto dice, ad esempio, il più recente trattatista della materia: « Isidoro di Siviglia, *Origines* 5.24.14 fantastica facendo derivare la parola da un *Codicellus* che per primo *hoc scripturae genus instituit* »¹.

Almeno per questa volta, tuttavia, sia lecito difendere il buon vescovo di Siviglia dalla consueta e non immeritata taccia di faciloneria etimologica. Basta rileggere il passo incriminato, per convincersi che la storia di quel tal *Codicellus*, primo autore dei *codicilli*, è il parto di una frettolosa ed errata interpretazione, mai più in seguito rivista e controllata.

Isid. orig. 5.24.14: *Codicillum, ut veteres aiunt, sine dubio ab auctore dictum, qui hoc scripturae genus instituit. Est autem scriptura nulla indigens sollemnitate verborum, sed sola testatoris voluntate qualicumque scripturae significatione expressa: cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem; aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium, ita ut qui titulum scribit eiusdem scripturae, codicillum vocet.*

Tutti sappiamo, dicevo, quanto fantasiosa sia la mente di Isidoro nella ricerca di etimologie a buon prezzo, ma questa volta egli la spiegazione di *codicillum* l'aveva bella e pronta nella parola stessa: ché *codicilli*, nel linguaggio latino, indica le tavolette cerate per appunti e note. Parrebbe invece, a sentire la *communis opinio*, che il nostro etimologista, non sapendo proprio che pesci pigliare, si fosse salvato *in extremis*, facendo derivare il termine dal nome di chi compilò per primo

* In *SDHI*. 10 (1944) 317 ss., col titolo: *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli*.

¹ BIONDI, *Successione testamentaria - Donazioni* (vol. X del *Trattato Albertario*) 615 nt. 1. V. anche quanto osservava BONFANTE, contronota *ca* a FEIN, in *Glück ital.* 29, parte II, 18 nt. 71.

un atto del genere. Il che è incredibile, non solo perché Isidoro si appella all'autorità dei *veteres* (e credere che un solo sia pazzo ancora si può, ma che lo siano molti non si deve), ma anche perché Isidoro è colui che non si è peritato di ricollegare *mandatum* a *manum dare* (5.24.20), e *donatio* a *doni actio*, e *dos* a *do item* (5.24.25), e *ingenui* a *in genere habere libertatem* (9.4.46) ecc. ecc.

2. — Orbene io ritengo che occorra abbandonare la consueta interpretazione del passo di Isidoro — tanto più che, ad ogni buon conto, il famoso *Codicellus* non vi figura affatto, almeno nominativamente — e che sia d'uopo volgersi ad una interpretazione meno originale e più umana.

Isidoro non connette il codicillo ad un *nomen* di persona, ma, si badi, all'*auctor*, *qui hoc scripturae genus instituit*. Egli non fa l'etimologia di *codicillum*, perché il significato del termine è di per sé stesso evidente², ma confusamente accenna alla sua storia, quale era esposta dai *veteres*³. E la storia dei *codicilli*, quella stessa, presumibilmente, che doveva essere tramandata dai *veteres*, è tratteggiata dalle Istituzioni di Giustiniano.

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 implesset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatius quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, cum 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*

² Osserva giustamente il BIONDI (*cit.* 615): « I termini *codicillus* e *fideicommissum* non appartengono a quelle caratteristiche denominazioni del *ius civile* che scolpiscono l'istituto giuridico. Il termine *codicillus* esprime solo la materia su cui normalmente l'atto è redatto ».

³ Non si dimentichi che Isidoro non è etimologista a qualunque costo. Egli stesso definisce la sua opera (*Originum libri*) « *opus de origine quarundam rerum ex veteris lectionis recordatione collectum atque ita in quibusdam locis annotatum, sicut extat conscriptum stilo maiorum* ».

cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

Come è noto, si discute se Isidoro abbia tenuto presente, nella sua opera, la compilazione di Giustiniano. Comunque sia, a me pare probabile che egli abbia scritto il « pezzo » sul codicillo tenendo presente una fonte molto vicina, se non identica, a quella sfruttata dai compilatori delle Istituzioni.

Inst. 2.25 pr. è attribuito dal Ferrini⁴ a Marciano, sia perché esso per ragioni formali non può essere attribuito a Gaio, sia perché molto stretto è il suo nesso con il § 1, la cui origine marciana è « sicura ». Circa l'attribuzione ferriniana io ho già manifestato dei motivi di dubbio⁵, che ancor oggi ritengo molto forti. Il passo originario di Marciano deve aver subito, prima di giungere a Teofilo (o a Doroteo), un rimaneggiamento abbastanza forte, che non è facilmente credibile la favola di una introduzione dei *codicilli* fatta da Augusto in un solo momento, senza che si fosse formata già anteriormente una prassi in questo senso, così come è certo che si era formata per il fedecommesso, la cui connessione con i *codicilli* è tanto evidente⁶.

Occuparsi oltre della genesi di Inst. 2.25 pr. sarebbe indulgere al gusto di fantasticare. Ma non è fantasticare l'asserzione che nelle scuole postclassiche ebbe molta importanza e rilievo l'episodio di Lucio Lentulo e dei suoi *codicilli*, episodio di cui non vi è motivo di negare la storicità⁷. Ciò dato, non è improbabile che a quel noto episodio, trasmesso dai *veteres*, si sia voluto riferire Isidoro, quando nel suo stile confuso e contorto ha ricollegato il *codicillum* (termine, si ricordi, chiaro di per sé stesso) all'*auctor, qui hoc scripturae genus instituit*.

Se così è, *Codicellus* può rientrare, senza nostro rimpianto, nel limbo di coloro che non sono mai nati.

3. — Ma, visto che ci siamo, non sarà male spendere ancora qualche parola sulla storia e la terminologia dei *codicilli*.

⁴ *Opere* 2.377.

⁵ *ZSS.* 62 (1942) 252 ss. Dubbio generico su questa attribuzione manifestò il KÜBLER, in *ZSS.* 23 (1902) 508 ss.; v. ora anche ARANGIO-RUIZ, in *Scritti Ferrini* 76 nt. 2.

⁶ Inst. 2.23.1.

⁷ Essa è anzi confermata dalla notizia che appunto Augusto, *semel iterumque gratia personarum motus*, determinò l'affermarsi del fedecommesso come istituto giuridico (Inst. 2.23.1).

Ed anzitutto un rilievo terminologico. *Codicillus*, *codicillum* sono singolari ignoti al buon latino ed alla lingua dei giuristi classici, che adoperavano uniformemente *codicilli* e *pugillares* al plurale come sostantivi difettivi⁸. *Codicillus* (*codicillum*) è un grecismo della bassa latinità e del linguaggio giuridico postclassico, come credo di aver chiaramente indicato altrove⁹.

Isidoro scrive evidentemente sotto l'influenza del termine greco (ὁ κωδικέλλος), che egli addirittura trasforma, secondo la lezione che ci sembra migliore, in neutro. Poco male, ché per il resto pare che egli abbia dei *codicilli* una concezione piú corrispondente a quella del diritto classico, che a quella del diritto postclassico, in quanto considera ancora i *codicilli* come documento del tutto privo di forme solenni, mentre essi non lo furono a partire da Costantino¹⁰. Viceversa non appare, nel nostro frammento, né direttamente né indirettamente messo in luce quello che è il tipico contenuto dei *codicilli*, e cioè il fedecommesso, nonché quello che non può essere contenuto nei *codicilli*, cioè principalmente l'*heredis institutio*. Ma son pecche che si giustificano agevolmente, tenendo presente il carattere non giuridico e palesemente riassuntivo dell'opera di Isidoro.

In verità, piú si guarda al brano di Isidoro e piú ci si deve rafforzare nell'impressione che egli ha scritto avendo davanti agli occhi (anche se solo davanti agli occhi della mente) il vecchio e tradizionale racconto relativo alle disposizioni di ultima volontà di Lucio Lentulo. La motivazione addotta da Trebazio Testa, per convincere Augusto a riconoscere efficacia giuridica alle disposizioni di Lentulo trova sostanziale corrispondenza nell'ultimo periodo del nostro § 14:

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>... et Trebatium suasisse Augusto, cum diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset...</p> | <p>... cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem, aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium, ita ut qui titulum scribit eiusdem scripturae codicillum vocet.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Le Istituzioni riferiscono i motivi di Trebazio per spingere Augusto a venire incontro alla *voluntas testantium*, Isidoro espone senz'altro

⁸ Cfr. Gai. D. 50.16.148.

⁹ ZSS. 62 (1942) 247 nt. 112. Stupisce che ancora il BIONDI (*cit.* 613 ss.) parli di *codicillus*.

¹⁰ Cfr. CTh. 4.4.1 (a. 326?) e GUARINO, in ZSS. 62 (1942) 212 ss.

i motivi per cui *voluntatibus defunctorum constat esse subventum*. E dei motivi di Trebazio, l'uno è soltanto adombrato (pur essendo, anzi perché è, il più facilmente comprensibile), l'altro è esposto attraverso l'indicazione della situazione di fatto cui è necessario ovviare: 1) l'*usus codicillorum* è *utilissimus*: evidentemente perché rende possibile ai *cives* di evitare di impegolarsi in molti casi nelle difficoltà del formalismo documentale; 2) l'*usus codicillorum* è anzi *necessarius* in ordine alle frequenti ipotesi di lunga assenza dei cittadini romani da Roma: evidentemente per la impossibilità in cui questi si trovano di ricorrere al formalismo, ed in particolare per la impossibilità di procurarsi i prescritti testimoni romani e puberi.

La motivazione di Trebazio risulta chiaramente compresa da Isidoro e fedelmente tradotta e sviluppata nella duplice giustificazione che egli dà dell'istituto dei *codicilli* con il quale — egli dice — si è favorita la *voluntas testantium*: 1) *propter legalium verborum difficultatem*; 2) e sopra tutto, fuor d'ogni dubbio (*certe*), *propter necessitatem adhibendorum sollemnium*. Alla *difficultas* e alla *necessitas* di Isidoro (la *necessitas* nel senso di « impossibilità di provvedere altrimenti ») corrispondono rispettivamente l'*utilissimum* e il *necessarium* di Trebazio¹¹.

4. — Lasciamo ora Isidoro e fermiamoci a considerare Inst. 2.25 pr.

Forse non è del tutto luogo comune dire che questo passo e la sua interpretazione hanno fatto versare fiumi di inchiostro ai romanisti di ieri e di oggi¹². Un modestissimo rivoletto l'ho fatto affluire anch'io, in occasione dello studio di *Pauli de iure codicillorum liber singularis*¹³. Oggi il Biondi¹⁴ torna sul passo, dandone un'interpretazione che non mi pare soddisfacente e che merita un tentativo di confutazione.

Sta bene quanto all'origine dei *codicilli*. Sebbene la pandettistica non ne abbia mai dubitato¹⁵, è evidente che la pratica dei *codicilli* non poté sorgere dall'episodio di Lentulo e dalla conferma di Augusto, ma dovette essere anteriore a quest'ultimo e l'episodio di Lucio Lentulo dovette essere l'occasione propizia per un energico intervento del prin-

¹¹ Trebazio, impegnato nella *suasio* di Augusto, ha naturalmente insistito su quel che di vantaggioso l'introduzione dell'istituto avrebbe implicato. Isidoro espone invece con tutt'altro spirito i vantaggi pratici dell'istituto.

¹² Cfr. per tutti FEIN, *cit.* 8 ss.; SCARLATA-FAZIO, *Succ. codicillare* 20 ss.

¹³ ZSS. 62 cit. 252 ss.

¹⁴ *Cit.* 613 ss.

¹⁵ FEIN, *cit.* 8 s.

cipe: intervento che non fu peraltro decisivo, cogente, se soltanto dopo che lo stesso Labeone si indusse a far codicilli poté dirsi: *iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur*.

Ma se è così, non si può non rimaner meravigliati di fronte alla recisione del periodo introduttivo di Inst. 2.25 pr.: *ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit*. Si è tentato, per vero dire, di giustificare questo dettato, asserendo che prima di Augusto esistesse l'*usus codicillorum*, ma non il *ius codicillorum*, che fu invece appunto creazione del principe¹⁶; ma è un ripiego alquanto misero proprio per il notato fatto che Augusto eseguì le disposizioni codicillari di Lentulo e con il peso della sua *auctoritas* influì sull'esecuzione da parte dei *reliqui*, ma non prese alcun provvedimento normativo in questo senso. E che dire, inoltre di *Lucius Lentulus — codicillos introduxit?* O si interpreta alla lettera, ma allora si va incontro all'inverosimiglianza di credere che la pratica dei codicilli non esistesse anteriormente ad Augusto; oppure si interpreta *codicillos* nel senso di « istituto giuridico », ma allora si va incontro all'altro assurdo della creazione del diritto da parte di un semplice privato (*introduxit!*). Si aggiunga l'inesattezza della notizia che da Lucio Lentulo *etiam fideicommissa coeperunt*¹⁷, e si dovrà concludere come io ho già concluso a suo tempo: il periodo introduttivo di Inst. 2.25 pr. non è di Marciano, ma è stato evidentemente rimaneggiato¹⁸.

5. — Ma quale era il contenuto dei *codicilli* di Lentulo?

Qui credo che il Biondi semplifichi un po' troppo arbitrariamente. Egli dice¹⁹: « Nonostante che queste [cioè le disposizioni di Lentulo] non potessero avere alcuna efficacia giuridica perché non rivestite delle forme di legge, Augusto le eseguì volontariamente, e gli altri, compresa la figlia di Lentulo, seguendo l'esempio del principe pagarono i legati lasciati dal testatore ».

¹⁶ SCARLATA-FAZIO, *cit.* 20 s.

¹⁷ Come si è rilevato dianzi (nt. 7), la storicità dell'episodio di Lentulo è confermata da Inst. 2.23.1, e possiamo anche credere che proprio in grazia di Lentulo Augusto sia stato *motus* per la prima volta. Ma da ciò ad affermare che da Lentulo *fideicommissa coeperunt* ci corre, perché i fedecommissi, anche se *nullo vinculo iuris... continebantur*, esistevano certamente prima di Augusto.

¹⁸ In particolare, tipicamente postclassico è il concetto e la terminologia di *ius codicillorum*: v. GUARINO, *cit.* 249 ss.

¹⁹ *Cit.* 613.

Il testo delle Istituzioni non dice questo, ch   esso parla di *reliqui*, che, onerati da fedecommissi, si diedero a prestare i fedecommissi seguendo l'autorevole esempio di Augusto, nonch   della figlia di Lentulo, la quale *legata, quae iure non debebat, solvit*. Solo la *filia Lentuli*, dunque, ebbe a pagare dei legati.

La pandettistica non ha, generalmente, esitato ad ammettere che i codicilli di Lentulo contenessero, oltre ai fedecommissi, anche dei legati a carico della figlia²⁰; pure, il Cuiacio, richiamandosi anche alla parafrasi di Teofilo²¹, ha sostenuto che i legati a carico della figlia fossero stati disposti per testamento e che essi fossero invalidi per altri motivi²².

A primo aspetto nulla osta la tesi che i codicilli contenessero anche legati, trattandosi di *codicilli testamento confirmati*²³, ma — come giustamente osserva il Cuiacio —    incredibile che sin dall'inizio i *codicilli* abbiano potuto contenere altro che fedecommissi. La storia dei *codicilli*    intimamente connessa con quella dei fedecommissi, ed i *codicilli* furono il mezzo originariamente proprio delle disposizioni fedecommissarie: il nostro frammento lo d   chiaramente a vedere, perch   imposta tutta la questione circa l'ammissibilit   dei codicilli sui fedecommissi lasciati a carico di Augusto e non sui legati lasciati a carico della *filia Lentuli*. Vero    che la sorte dei *codicilli* fu determinata esclusivamente dal comportamento di Augusto riguardo ai fedecommissi lasciati a suo carico da Lentulo; ma    innegabile che una conseguenza di tanta portata, quale quella relativa ai legati, non sarebbe stata lasciata tanto nell'ombra dal giurista classico²⁴.

Io penso, insomma, che la scuola postclassica abbia operato, manipolando il testo di Marciano, una sorta di « concentramento storico »: da una parte essa ha senz'altro attribuito a Lentulo l'introduzione dell'uso dei codicilli, che fu invece alquanto anteriore, dall'altra ha fatto risalire allo stesso episodio di Lentulo l'ammissione della validit   dei

²⁰ V. FEIN, *cit.* 10 s.

²¹ La quale parla di legati disposti *προσώποις μὴ δυναμένους λαμβάνειν* (e che quindi appunto perci   non erano dovuti).

²² *Notae post. ad Inst.*, ht. n. 1 (diversamente nelle *Notae priores*, sv. *legata quae iure non debebat*).

²³ Cfr. Gai 2.270 a, Ulp. Reg. 25.8.

²⁴ Tanto pi   che la menzione della *filia Lentuli* e dei *legata* a suo carico segue e non precede il ricordo dei *reliqui* che *fideicommissa praestabant*. E l'argomento ancor pi   si rafforza, se si ritenga esatta l'interpretazione che di *deinceps—praestabant* offriamo nel testo.

legati disposti nei *codicilli testamento confirmati*. L'interpretazione di Teofilo, seguita dal Cuiacio, è segno dello sforzo che il parafraste delle Istituzioni, da un lato, e il grande esegeta, dall'altro, dovettero compiere per rendersi comprensibile una notizia tanto palesemente antistorica. Ma che Marciano (se di lui è l'archetipo di Inst. 2.25 pr.) si sia espresso come si è espresso per significare quanto intendono Teofilo ed il Cuiacio, non è ammissibile. Resta a credere che i *legata* pagati dalla *filia Lentuli* siano frutto di una revisione postclassica del testo originario²⁵.

6. — Ma il dubbio (se non altro) che abbiamo proiettato sui legati della figlia di Lentulo ci permetterà forse di fare un altro passo avanti per il chiarimento del paragrafo in esame.

Inst. 2.25 pr. dice: *et cum divus Augustus voluntatem eius impleisset deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant*. Tutti sono d'accordo nel ritenere che i *reliqui* siano gli altri onerati con fedecommissi nei codicilli di Lentulo. Ma perché *praestabant* e non *praestaverunt*? *Praestabant* dà l'idea della continuazione nel tempo, quasi che gli onerati di Lentulo avessero presa l'abitudine di prestare i fedecommissi su loro gravanti²⁶.

A mio parere, la spiegazione del piccolo mistero sta in ciò. I *reliqui* di cui parlava Marciano non erano ulteriori onerati da fedecommissi di Lentulo. Lentulo aveva onerato nei suoi *codicilli* soltanto Augusto: i *reliqui* sono i *reliqui cives* rispetto ad Augusto, al *princeps*. L'autorità del *princeps*, che aveva fatto onore ai fedecommissi stabiliti a suo carico dai *codicilli*, indusse in seguito (*deinceps*) i *reliqui cives* a fare parimenti onore ai fedecommissi stabiliti a loro carico da altri *codicilli* di altre persone.

Per effetto di questa nostra interpretazione, veramente si delinea

²⁵ Della stessa revisione postclassica è molto probabilmente frutto il *testamento confirmatos* apposto a *codicillos*. I *codicilli* furono fatti da Lentulo *cum decederet in Africa*. Dunque la *confirmatio* dei medesimi non poté essere fatta che prima, nel testamento redatto con ogni probabilità a Roma (*confirmatio in futurum*): così Teofilo nella sua parafrasi e l'unanime dottrina (per tutti, FEIN, cit. 8). Ma eccoci ancora una volta davanti ad una dichiarazione ambigua, che Teofilo si preoccupa di chiarire: Marciano avrebbe parlato di *codicilli, quos antea testamento confirmaverat*.

²⁶ Ed invece — a meno di non voler pensare a prestazioni continuative richieste per fedecommissi — è evidente che, una volta prestati i fedecommissi, gli onerati non avevano più nulla da fare.

il sorgere ed il diffondersi, sotto la spinta dei provvedimenti e dell'esempio di Augusto, della pratica dei *codicilli* e dei *fideicommissa*²⁷.

7. — E non fu solo l'esempio di Augusto, ma l'autorità del suo *consilium*, di cui facevano parte i piú illustri giureconsulti del tempo, a rafforzare l'*opinio iuris et necessitatis* della pratica dei *codicilli*.

Degli argomenti di Trebazio Testa in favore dell'*usus codicillorum* abbiamo già parlato dianzi²⁸. Resta a vedere quando fu convocato il *consilium* ed a quali quesiti, e come, esso rispose.

Il Biondi²⁹ afferma che il precedente dei *codicilli* di Lentulo « suggerí ad Augusto l'idea di convocare i giureconsulti del suo tempo, tra cui Trebazio, per sapere se il *codicillo* fosse conforme ai principi giuridici . . . Augusto non intese introdurre alcunché di nuovo, ma domandò solo se il *codicillo* in quanto confermato in un testamento, fosse incompatibile con i principi in materia, considerando che si trattava quasi di appendice del testamento, a cui lo stesso testatore con la conferma si era richiamato. Trebazio però non rispose al quesito, limitandosi a prospettare la grande opportunità dell'istituto ».

Nessuna di queste proposizioni, che esprimono la *communis opinio* sull'argomento, mi pare esatta ed accoglibile.

Strano sarebbe che Augusto avesse prima eseguito il fedecommesso di Lentulo e poi si fosse rivolto al *consilium* dei giureconsulti. Il nostro testo non dice esplicitamente che il *consilium* fu convocato prima, ma non dice nemmeno che esso fu convocato dopo; ed il senso di tutto il discorso favorisce indiscutibilmente la prima e non la seconda interpretazione, tanto piú che si legge che, a seguito dell'esempio di Augusto, i *reliqui cives* si posero poi ad eseguire i fedecommissi disposti nei *codicilli*³⁰. È evidente, insomma, che l'*opinio iuris et necessitatis* sul punto si formò anche perché il *consilium* si era espresso favorevolmente all'*usus codicillorum*.

Certamente, poi, la interrogazione rivolta da Augusto al *consilium* non devette riguardare i *codicilli testamento confirmati*, ma piú in generale i *codicilli*, l'*usus codicillorum*, riguardo al quale l'imperatore volle sapere se esso fosse contrario alla *ratio iuris*, cioè ai principi fondamentali

²⁷ Quanto ai fedecommissi, Augusto vi provvide specificamente con l'introduzione della ben nota procedura *extra ordinem*.

²⁸ *Retro* n. 3.

²⁹ *Cit.* 613 s.

³⁰ *V. retro* n. 6.

del diritto. Il dubbio di Augusto, per chi ben guardi, non si fissava tanto sul fatto che i *codicilli* potevano apparire una violazione dei principi sulle forme testamentarie, ma sul fatto che i fedecommessi disposti nei *codicilli* potevano importare una violazione delle norme sul contenuto dei testamenti. La storia del *consilium* dei *prudentes* è, a mio parere, intimamente legata alla storia dei fedecommessi, quale fa capolino in Inst. 2.23.1, e l'espressione *usus codicillorum* (la cui genuinità non abbiamo il motivo di negare) allude chiaramente alla pratica, già diffusa ai tempi di Augusto, di disporre, come Lentulo, fedecommessi in appositi *codicilli*³¹. Non si trattava, perciò, solo di prendere disposizioni a che i fedecommessi ottenessero la tutela del diritto, ma si trattava anche, e in primo luogo, di vedere se l'uso di stabilire fedecommessi nei *codicilli* fosse compatibile con i principi del diritto romano.

L'interpretazione della *communis opinio*, che sopra abbiamo riferito con le parole del Biondi, ha il torto di anticipare alquanto gli eventi e di attribuire ad Augusto il dubbio, non pure sulla validità dei fedecommessi contenuti nei *codicilli*, ma anche dei legati disposti negli stessi e confermati nel testamento. Ma è evidente che al principio della validità dei legati si dovette giungere in un prosiegua di tempo, a seguito di uno sviluppo storico le cui premesse furono appunto nel riconoscimento dei *codicilli* contenenti disposizioni fedecommissarie.

Ancora una volta si profila il sospetto che un rimaneggiamento postclassico del passo di Marciano abbia tolto alcunché in chiarezza al dettato originario, allo scopo (coscientemente o incoscientemente voluto) di attuare a proposito dei *codicilli* quella sorta di « concentramento storico » di cui abbiamo parlato. Ma, in ogni caso, le tracce del discorso originario di Marciano rimangono molto evidenti nella conclusione di Trebazio: *ubi, si quis testamentum facere non posset, codicillos tamen posset*. Trebazio Testa discuteva evidentemente la fattispecie di chi non

³¹ La concezione dei *codicilli* come « appendice del testamento », cui il Biondi si richiama, non è certamente la concezione originaria. La denominazione stessa dell'istituto (*codicilli*) indica chiaramente che cosa furono questi in origine: documento del tutto autonomo rispetto al testamento, e autonomo non solo dal punto di vista materiale, ma anche, con ogni probabilità, dal punto di vista del contenuto (fedecommessi). Anche qui è da dire che fu solo in prosiegua di tempo che invalse l'uso di considerare valevoli come *codicilli* le disposizioni contenute nello stesso testamento, ma dopo le firme dei testimoni (cfr. ad es. il testamento di Dasumio dell'a. 108 d. C., in ARANGIO-RUIZ, *FIRA*. 3.48). Frutto di ulteriore sviluppo fu infine l'uso della conversione del testamento invalido in codicillo mediante la « clausola codicillare » (sul tema, BIONDI, *cit.* 627 s.).

aveva fatto il testamento ed appunto perciò doveva vedersi riconosciuta la possibilità di fare dei *codicilli*, cioè di disporre fedecommissi nei *codicilli*.

Il nostro sospetto di ulteriore rimaneggiamento si conforta anche per altri indizi. Anzitutto vi è l'*ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt* del primo periodo: questa frase ci fa intendere che i rimaneggiatori di Marciano, pur seguendo lo scopo di ampliare l'importanza dell'episodio da lui raccontato, non poterono tralasciare di dar rilievo al nesso esistente tra i *codicilli* di Lentulo e la storia dei fedecommissi, e se la cavarono in maniera ambigua e piuttosto sospetta. Si badi ancora alla menzione dei *prudentes* e, più sotto (nel periodo seguente), dei *veteres*: due termini assai cari alla scuola postclassica ed ai compilatori giustiniani³². Nè si tralasci il *cuius tunc auctoritas maxima erat* applicato a Trebazio: inciso il quale dimostra che chi scrive è estraneo all'ambiente classico, ove la fama e l'importanza dei singoli giuristi erano ancor troppo vive e presenti perché fosse necessario sottolinearle. Non mi occupo del *possit* (per *posset*), che può spiegarsi in molti modi plausibili, ma ritengo doveroso segnalare l'enfasi postclassica che traluce nell'*utilissimum et necessarium*³³ e più ancora nel *propter magnas et longas peregrinationes*³⁴. E mi astengo, infine, dal toccare l'espressione *iuris ratio*, per non sollevare un vero ginepraio di discussioni che ci porterebbero troppo lontano³⁵⁻³⁶.

8. — Il Biondi non è il solo a ritenere che Trebazio non rispose

³² Per *prudentes*, cfr. PRINGSHEIM, in *SDHI.* 4 (1938) 536 (« häufig bei Justinian die nachklassischen Juristen »; ma l'affermazione va temperata nel senso da me rilevato). Per *veteres* cfr. BESELER, in *ZSS.* 43 (1923) 438, *Beitr.* 4.297, *ZSS.* 51 (1931) 60.

³³ Si badi, tuttavia, che una certa enfasi era pur naturale in Trebazio, che perseguiva il fine di convincere Augusto.

³⁴ Degno di rilievo che di queste *magnae et longae peregrinationes* è detto che *apud veteres fuissent* (!).

³⁵ V. GUARINO, in *Ann. dir. comp.* 17 (1943) 38 nt. 3, ove — per molte ragioni che consigliano conservatorismo in materia — si ammette la possibilità che l'espressione *iuris ratio* sia classica.

³⁶ Anche l'uso di *ubi* in senso consequenziale mi sembra fortemente sospettabile. Né mi convince il *dicitur* (*dicitur Augustus convocasse prudentes rell.*), che probabilmente Marciano non avrebbe usato. Ma il punto più caratteristico è il mutamento di costruito, che da personale diventa impersonale pur rimanendo *dicitur* verbo reggente: *dicitur Augustus convocasse prudentes... et Trebatium suasisse Augusto rell.*

al quesito di Augusto. Anche l'Orestano³⁷ pensa qualcosa di simile, quando dice « che il fatto nuovo e *singulare* consiste nell'aver riconosciuto, contro queste disposizioni positive [cioè, secondo la particolare teoria di questo autore, *contra rationem iuris*]³⁸, la validità in casi determinati di una forma particolare prima non contemplata: in altri termini, Trebazio non poté rispondere che l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*, ma ne consigliò tuttavia l'adozione reputando ciò *utilissimum et necessarium*³⁹. Sarebbe dunque vera la notizia di Giuliano (D. 29.2.2.2), che definisce il *ius codicillorum* come *ius singulare* »⁴⁰.

Molte obiezioni si affollano contro questi insegnamenti. Ed anzitutto stupisce che non si voglia notare come Augusto non interrogò personalmente Trebazio, ma i *prudentes* da lui convocati a *consilium*. Marciano (o il suo parafraste), anziché riportare la risposta del *consilium*, riassume le ragioni addotte da Trebazio, il più eminente di tutti, per consigliare la conferma dell'*usus codicillorum*. L'implicito, ma non perciò meno chiaro ed evidente presupposto della perorazione di Trebazio e della decisione del *consilium* ad essa conforme è appunto che i *codicilli* potessero essere recetti nel sistema giuridico, che essi non contrastassero la *ratio iuris*. In ogni caso, è sufficiente rilevare che il nostro testo introduce il parere di Trebazio con un semplice *et*, e non con un avvertativo (es.: *Trebatium tamen*), per essere più che convinti di ciò, che per Trebazio l'*usus codicillorum* non era *absonans a iuris ratione*.

È evidente, insomma, che il *consilium* convocato da Augusto non vide nei *codicilli* un istituto contrario alla *ratio iuris*, ed appunto perciò ne caldeggiò l'introduzione nel sistema giuridico.

³⁷ *Ius singulare ecc.*, in *AUMA*. 11-12 (1937-38) estr. 76.

³⁸ *Cit. passim*. Secondo l'ORESTANO 76, i *codicilli* non erano *ius singulare*, nel senso di contrarietà ai principi dell'ordinamento giuridico, perché non urtavano contro « l'essenza dell'istituto della successione », ma lo erano solo nel senso che urtavano contro « le disposizioni positive sancite nello *ius commune* circa la forma da osservare per la confezione e la validità dei testamenti ». La teoria non è accoglibile (v. in proposito il mio scritto *cit. retro*, nt. 35): basti riflettere che le « disposizioni positive ecc. », cui si richiama l'ORESTANO, erano l'espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico romano.

³⁹ Si rilevi che, in base a questa teoria dell'Orestano, ogni norma viene ad essere qualificata norma singolare, perché ogni norma nuova è contraria alle disposizioni positive prima regolanti la materia. Troppa grazia! In tal modo dovremmo credere che Augusto abbia posto una pura domanda retorica, chiedendo al *consilium* se l'*usus codicillorum* fosse *absonans a iuris ratione*.

⁴⁰ Ma il testo è certamente non classico: v. GUARINO, in *ZSS*. 62 cit. 249 e *Ann. dir. comp.* cit. 30.

Piuttosto è da secernere, nel brano in esame, il grano classico dall'oglio della decadenza, per precisare il vero tenore del quesito di Augusto e quindi della risposta dei giureconsulti da lui convocati. Abbiamo visto che il testo è rimaneggiato, ma sino a che punto?

Io penso che Augusto non abbia posto ai suoi giureconsulti la domanda se l'*usus codicillorum* dovesse ritenersi *absonans a iuris ratione*, ma unicamente la domanda: se e per quali ragioni pratiche l'*usus codicillorum* fosse da confermare. Non tanto mi inducono a questa congettura i già rilevati indizi locali di rimaneggiamento⁴¹, quanto mi vi spinge il fatto che l'*usus codicillorum* era indiscutibilmente contrario ai principi dell'ordinamento giuridico classico, sia per quel che riguardava le forme delle disposizioni di ultima volontà, sia per quel che ne riguardava il contenuto⁴². I *codicilli* erano indiscutibilmente contrari alla *ratio iuris*, ma della contrarietà o meno alla medesima non ci si preoccupò menomamente nel diritto romano classico, che fu tipica espressione storica della coesistenza e della conciliazione tra svariati sistemi giuridici.

Per nessuna altra ragione, dunque, se non per gli evidenti segni di rimaneggiamento parafrastico del nostro paragrafo (aggiunti alla poca verosimiglianza di una preoccupazione di Augusto circa la contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli*⁴³), io concludo nel senso dianzi espresso. Il che non deve, e non può significare, che l'*usus codicillorum* fosse reputato *ius singulare* dai classici e che quindi la notizia di Giuliano sia sostanzialmente esatta. Già a partire da Labeone i *codicilli* si reputarono ammessi *optimo iure*, e di questa notizia — come vedremo subito — non vi è ragione alcuna per dubitare. Ora Giuliano fu di circa un secolo posteriore a Labeone: il che esclude che egli abbia potuto parlare di *ius singulare* a proposito dei *codicilli*.

Di *ius singulare* e di contrarietà alla *ratio iuris* dei *codicilli* e di altri istituti giuridici si occuparono e preoccuparono, invece, le scuole post-classiche, fise ad una nuova concezione — tipica della decadenza giuridica romana — di un sistema giuridico unitario, armonico, razionale. Di qui la creazione del concetto di *ius singulare*, di qui la segnalazione della singolarità giuridica dei *codicilli* in un testo alterato di Giuliano, di

⁴¹ Si ricordi la già rilevata, intima connessione originaria tra *codicilli* e disposizioni fedecommissarie.

⁴² Si aggiunga *absono*, che è ἄπαξ λεγόμενον e vocabolo pochissimo usato nella buona latinità (FORCELLINI, *Lexicon shv.*).

⁴³ Augusto non chiese se l'*usus codicillorum* fosse contrario alla *ratio iuris* perché a lui questo problema non si prospettò addirittura.