

LA FORMA ORALE E LA FORMA SCRITTA NEL TESTAMENTO ROMANO

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

* In *St. De Francischi* 2 (1956) 53 ss.

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

² La funzione meramente probatoria della scrittura nel *testamentum per aes et libram* è stata, peraltro, recentemente contestata dall'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del «testamentum per aes et libram»*, in *Atti Congr. Verona* 3 (1953) 81 ss.; *Il testamento di Antonio Silvano e il Senatoconsulto di Nerone*, in *Studi Albertario* 1.203 ss. L'Arangio-Ruiz ha, però, precisamente, sostenuto che nel *testamentum per aes et libram*, quando fosse scritto e segreto, la scrittura avesse carattere dispositivo, per la ragione che, essendo le disposizioni di ultima volontà sottratte alla cognizione dei testimoni, la volontà del testatore si manifestava esclusivamente per mezzo della redazione delle *tabulae*. Ma v. *contra* GUARINO, *La scrittura nel «testamentum per aes et libram»*, in *Studi Paoli* (1954) estr.

³ Cfr. in particolare ARCHI, *Problemi in tema di falso*, in *Studi Univ. Pavia* 26 (1941) 58 s. e nt. 125; «*Civiliter vel criminaliter agere*». In *tema di falso documentale*, in *Scritti Ferrini Milano* 1 (1947) 34 nt. 3.

⁴ Cfr. ad esempio GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 28.1.290 nt. 52 (trad. ital.), con riferimento a Iul. D. 31.11.8.4.

⁵ Cfr. per tutti BIONDI, *o. c.* 50 s., con riferimento a Gord. CJ. 6.11.2.

testamento pretorio, progressivamente orientandosi verso la identificazione del testamento orale con quello *iuris civilis* e del testamento scritto con quello *iuris praetorii*⁶; e) Giustiniano, riordinando la materia, distinse il *testamentum tripertitum* scritto dal testamento orale o nuncupativo, senza più insistere sulla contrapposizione tra testamenti civili e pretori⁷.

La fondatezza della *communis opinio*, or ora riassunta, è stata recentemente contestata, sotto due profili diversi, dal Solazzi, il quale, in una serie di scritti, in cui è venuto sempre più precisando e rafforzando la sua critica⁸, ha sostenuto che in diritto romano classico: a) il testamento orale, sia civile che pretorio, non fu assolutamente conosciuto, salvo il caso di una *substitutio pupillaris* orale fatta da chi avesse per il resto testato in forma scritta: caso in cui la giurisprudenza ammise il sostituto alla *bonorum possessio*⁹; b) solo Gordiano, in un suo rescritto del 242, poi radicalmente alterato in età postclassica, concesse la *bonorum possessio* a persone istituite oralmente, e non per iscritto¹⁰.

Le acute osservazioni del Solazzi hanno beneficamente contribuito al chiarimento di molti punti ancora incerti della storia del testamento romano. A mio avviso, peraltro, un attento riesame della materia impone di escludere l'ammissibilità di questa teoria¹¹ e di concludere, con un

⁶ Cfr. per tutti BIONDI, o. c. 52 ss.

⁷ Cfr. per tutti BIONDI, o. c. 55 s.

⁸ Cfr. SOLAZZI, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 312 ss. (= SOLAZZI 1); *Testamenti « per nuncupationem »*, in *SDHI.* 17 (1951) 262 ss. (= SOLAZZI 2); *Ancora del testamento nuncupativo*, in *SDHI.* 18 (1952) 212 ss. (= SOLAZZI 3). Nel primo scritto il Solazzi si è limitato a sostenere che la prima introduzione della *bonorum possessio secundum nuncupationem* fu operata da Gordiano col rescritto del 242 riportato in *CI.* 6.11.2 e che tale rescritto è stato poi interpolato nella parte in cui sembra far riferimento ad un insegnamento giurisprudenziale precedente. Nel secondo e nel terzo articolo il Solazzi si è, invece, spinto addirittura a negare la classicità del testamento nuncupativo, non soltanto pretorio, ma anche civile, quanto meno sino a Gordiano.

⁹ Cfr. *Iul. D.* 31.11.8.4.

¹⁰ Nella tesi dell'interpolazione di Gord. *CI.* 6.11.2 sembra convenire l'ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma cit.* 89 nt. 14, che peraltro non contesta la classicità del testamento civilistico orale. Così pure DULCKEY, « *Plus nuncupatum minus scriptum* », *Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentrechts*, in *ZSS.* 70 (1953) 187 ss.

¹¹ V. già, contro la tesi del Solazzi, ma con argomentazioni inaccettabili (v. *infra* n. 4), DI MARZO, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI.* 16 (1950) 289.

sostanziale ritocco anche alla *communis opinio*, nel modo che segue: a) il *testamentum per aes et libram* del *ius civile* romano (classico) fu e rimase sempre essenzialmente orale, anche se assai diffusa fu l'usanza di trasferirlo, a fini esclusivamente probatori, in *tabulae* munite dei suggelli dei testimoni; b) il così detto testamento pretorio, costituito dalle *tabulae non minus septem testium signis signatae*, fu e rimase, per tutta l'età classica, esclusivamente scritto, nel senso che il pretore in tanto trascurò la effettuazione della *mancipatio familiae* ed in tanto concesse egualmente la *bonorum possessio* alle persone indicate dal testatore, in quanto l'indicazione risultasse dalle *tabulae* debitamente munite dei sette suggelli; c) fu per effetto della sostanziale oralità del testamento civile e della sostanziale documentalità del testamento pretorio che il diritto postclassico, prima della riforma giustiniana, operò la corrispondente identificazione terminologica.

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

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

Di essenziale importanza, in proposito, è la circostanza, dal Solazzi non negata, del carattere puramente orale del *testamentum per aes et libram* alle sue origini¹². Essa implica che tale oralità, anche se possa

¹² In verità non vi è alcun luogo degli articoli del Solazzi (*cit. retro* nt. 8).

essersi col tempo praticamente ridotta a nulla o quasi, non possa, a termini di diritto, essere scomparsa che per via di espressa abolizione. Ma di un qualsivoglia provvedimento abolitivo del *testamentum per nuncupationem* non abbiamo notizia, né abbiamo motivo alcuno per credere che possa essere stato emanato. L'impegno del Solazzi, negli ultimi suoi scritti¹³, per dimostrare che il testamento civilistico orale in diritto classico addirittura non esisteva, urta contro questa fondamentale inverosimiglianza, resa ancora maggiore dal fatto che in diritto postclassico, viceversa, il testamento orale era ammesso e riconosciuto, nonché da alcuni identificato proprio col testamento civilistico¹⁴. Un *iter* storico per cui il testamento orale dapprima esiste, poi muore, infine torna ad esistere (per di più in un'epoca, come quella postclassica, in cui è tanto ampiamente diffuso il fedecommesso¹⁵) è un *iter* storico fortemente inverosimile. Se i postclassici parlarono di *testamentum* orale è perché i classici già ne parlavano: ed è evidente che i classici dovessero parlarne, malgrado la sua scarsa applicazione, visto che il *testamentum per aes et libram* era sorto come atto compiuto esclusivamente *per nuncupationem*¹⁶.

Ma il Solazzi appoggia la sua tesi, del carattere esclusivamente scritto del testamento civilistico classico, sulla citazione di Gai 2.103-104 e di Ulp. 20.2 e 9: testi che, invece, almeno a nostro avviso, unitamente a Gai 2.120-121, non depongono affatto in tal senso, anzi depongono, se mai, in senso opposto.

Si legga, sopra tutto, Gai 2.102. Gaio esordisce dicendo che *accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram dicitur*; seguita descrivendo la *mancipatio familiae*, essenzialmente orale, degli antichi tempi, sorta per il caso di colui, che *subita morte urgebatur*¹⁷; e conclude ripetendo e chiarendo: *quod testamentum dicitur per aes et libram*,

in cui questi esplicitamente ammetta il carattere puramente orale dell'originario *testamentum per aes et libram*. Ma, trattandosi di un dato di universale conoscenza, è da ritenere che il Solazzi, se avesse voluto contestarlo, avrebbe dovuto farlo esplicitamente.

¹³ Cfr. in particolare SOLAZZI 2.262: « il testamento civile romano era scritto ».

¹⁴ V. *retro* nt. 10.

¹⁵ Cfr. BIONDI, o. c. 477 ss.

¹⁶ Cfr. Gai 2.102: *... qui (enim) neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet...* Un buon excursus sulla storia del *testamentum per aes et libram* offre DULCKEIT (*cit. retro* nt. 10) 181 ss.

¹⁷ Cfr. nt. 16.

