



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE**

**CORSO DI DOTTORATO IN
IMPRESE, ISTITUZIONI E COMPORTAMENTI**

CURRICULUM ISTITUZIONI E AZIENDA

CICLO XXXIV

**«FORMALIZZAZIONE» DEL CONTENUTO
E «CONTENUTIZZAZIONE» DELLA FORMA.
PROFILI ATTUALI DI DIRITTO TESTAMENTARIO ROMANO E MEDIEVALE**

SSD: IUS/01, IUS/18, IUS/19

Coordinatore del Corso
Chiar.ma Prof.ssa
Rosella TOMASSONI

Dottorando
Alberto MATTIA SERAFIN

Supervisore
Chiar.mo Prof.
Camillo VERDE

«Il formalismo comincia dove il diritto finisce»

SALVATORE SATTA

INDICE

Premessa

CAPITOLO PRIMO

L'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

1. I *tria genera testamentorum* nel periodo «arcaico» e «pre-classico». Il rapido declino del *testamentum calatis comitiis* e del *testamentum in procinctu*: l'ascesa del *testamentum per aes et libram* e la sua struttura «bifasica» nelle *Institutiones* di Gaio
2. La *heredis institutio* come *caput et fundamentum totius testamenti* e i relativi corollari: inammissibilità di testamenti contenenti solo disposizioni «a titolo particolare»; impossibilità del concorso tra successione legittima e testamentaria (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*); estraneità «ontologica» al sistema delle istituzioni *ex certis rebus*
3. Il periodo «classico»: la transizione dal «testamento-rito» al «testamento-documento» e la progressiva de-formalizzazione del *testamentum per aes et libram*. L'avvento del *ius honorarium* e l'affiancamento della controversa figura del *testamentum iure praetorio factum*
4. Dall'età «post-classica» a Giustiniano: la diffusione della lingua greca quale motore disgregativo di formalità anacronistiche. Valentiniano III e la «parentesi» del testamento olografo. Il sistema *tripertitum* della compilazione giustiniana. Il rifiuto del testamento *holographa manu*, la comparsa del *testamentum parentum inter liberos* e lo sviluppo di ulteriori forme speciali (*testamentum apud acta conditum, principi oblatum* e *ruri conditum*)

5. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*: l'evoluzione (delle formalità della) revoca dal periodo arcaico a quello classico, fino alla compilazione di Giustiniano
6. Le modalità di custodia e di apertura del testamento: scarsità delle fonti in relazione alla prime, e spiccata formalità delle seconde
7. I *codicilli* e la categoria residuale dei cc.dd. «atti non formali»
8. Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto romano: premessa
9. *Segue*. Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non *mortis causa*
10. *Segue*. Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e l'ampliamento contenutistico del «testamento-atto»

CAPITOLO SECONDO

DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA

1. L'infelice «trapianto giuridico» dall'esperienza romana al contesto basso-medievale: la «scomparsa» del testamento e la prevalenza della successione legale di matrice germanistica
2. Il criterio della «consanguineità» nell'Editto di Rotari del 643; lo spiraglio dispositivo delle donazioni *pro anima* da parte di persone gravemente malate, aperto dall'Editto di Liutprando del 713 ed il suo chiaro «movente» ecclesiastico; l'ulteriore ampliamento propiziato nel 755 da Astolfo, con estensione della legittimazione attiva agli individui sani. La limitata legislazione successoria in età «carolingia» e «post-carolingia»
3. La diffusione delle *donationes post obitum*, quali figure negoziali idonee a contemperare gli interessi «spirituali» e «mondani». Loro qualificazione in termini di «patti successori» e conseguente affiancamento, alla delazione «legale», di quella «contrattuale». Identificazione dell'oggetto e delle modalità d'esecuzione: l'interesse ecclesiastico verso la pronta esecuzione dei lasciti pii
4. La «rinascita» del testamento nell'età basso-medievale. Il mutato contesto antropologico, tanatologico, socio-parentale ed economico: la riapparizione della successione volontaria. L'apporto del ceto notarile e la diffusione del diritto romano nella scuola bolognese d'Irnerio. Il limitato ruolo del «legislatore», a fronte dell'autonomia privata, filtrata dalla *ars notaria*. Capacità di quest'ulti-

- ma di coniugare l'impostazione romanistico-giustiniana con le istanze «ultra-terrene» medievali e non estraneità di tale ambivalenza agli statuti comunali e alle leggi provinciali del tempo
5. Corollarî di tale connubio sul contenuto del testamento: primi rilievi sulla perdita di centralità dell'istituzione ereditaria e proliferazione di disposizioni *pro salute animae* a titolo particolare. Introduzione, per loro mezzo, d'una dimensione «trascendente» nell'atto *mortis causa*, inedita rispetto al *testamentum* di diritto romano. Il diritto canonico e la liberalizzazione delle forme testamentarie in funzione incentivativa dei lasciti *ad pias causas*: le regole introdotte dai pontefici Alessandro III e Innocenzo III. Ulteriori forme testamentarie e la (ri)emersione del canone *in dubio pro testamento*. La ricomparsa dei *codicilli* e note conclusive sull'incidenza del «particolarismo» rispetto all'istituzione ereditaria; acquisizione di una sua sicura svalutazione
 6. L'evoluzione delle modalità di conservazione del testamento. Revoca dello stesso e tendenza delle autorità ecclesiastiche a privare il disponente della relativa facoltà, con finalità «stabilizzatrice» delle liberalità benefiche. Disamina degli espedienti utilizzati a tal fine
 7. Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto medievale: premessa
 8. *Segue*. Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non *mortis causa*
 9. *Segue*. Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e il mutato contenuto del «testamento-atto»

Conclusioni

PREMESSA

Chi dia uno sguardo, anche solo sommario, alla produzione civilistica degli ultimi decenni, ritrarrebbe la netta sensazione – contraddetta solo da alcune, tanto sporadiche, quanto meritorie, eccezioni – che il messaggio heideggeriano della *Verfallenheit* sia stato esasperato e frainteso, al punto da far coincidere la nostra esperienza terrena individuale, con quella dell'«uomo» in generale; un po' – verrebbe da dire più prosaicamente – come se, nel *video-game* dell'esistenza umana, si rinunziasse costantemente a «caricare» la partita dei nostri predecessori, per avviarne ogni volta una «nuova», obliterando, per tal via, tutto ciò che, di pur significativo, possa essere occorso nelle ere anteriori.

Ne è emerso, insomma, un accentuato disinteresse verso l'argomento «storico», giacché – se si volesse tracciare un quadro d'insieme, ordinato secondo rarefazione progressiva – talvolta le esposizioni riguardanti il «passato» si riducono a meri «cenni», locuzione questa già di per sé indicativa d'una tendenza schiettamente e consapevolmente «contenitrice»; talaltra ancora, esse si diffondono in considerazioni più ampie, ma comunque non tali da poter ricavare ispirazioni per l'oggi, sicché meramente «quantitativa» si dà la differenza con la prima evenienza; talaltra infine, esse registrano – e questi ci appaiono i casi meno frequenti e perciò più degni di menzione – un collegamento più marcato, esplicito e maturo con la quotidianità¹.

¹ Lungo quest'ultima linea si colloca l'autorevole posizione di O.T. SCOZZAFAVA, *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, ove sono raccolti i saggi, che s'inscrivono nella tendenza già tracciata da ID., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, a breve oggetto di riedizione da parte della Casa editrice ESI, nella collana «Ristampe

Ragioni di economia, e forse anche di eleganza, suggerirebbero di astenersi dal tracciare una possibile «eziologia» d'una tale omissione, e quindi d'attingere direttamente all'evocato «metodo», soprassedendo alla ricerca delle cause del suo declino, per vero già tempo addietro oggetto di stigmatizzazione da parte d'un illustre esponente della nostra scienza, il quale invitava a non dismettere la «tradizione»², in difetto della quale sarebbe inconcepibile qualsivoglia «innovazione»³, e a perseguire altresì ogni possibile forma di «contaminazione»⁴.

Senonché, un'indagine, quantunque sommaria, in ordine alle circostanze, che possano aver occasionato siffatta attitudine dismissiva, in ovvia assenza d'ogni contro-indicazione «strutturale», potrebbe tornare d'utilità per corroborare gl'intrinseci pregi, che avocherebbe a sé un'opposta propensione riacquisitiva.

Orbene, a noi pare, almeno sotto un profilo strettamente «giuridico» – e, dunque, a voler tener fuori, almeno per ora, la spiegazione, per così dire «psicologica», secondo cui la Rete ci avrebbe sospinti in una dimensione ontologicamente avulsa da riferimenti «crono-topici»⁵ – che

della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino», diretta da Pietro Perlingieri e Giovanni Perlingieri. Ma, per più diretta affinità al nostro ambito, si può consultare la corposa ricerca di E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013.

² P. PERLINGIERI, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 124 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 323 ss., sulla scia di R. ORESTANO, *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e «paleoromanistica»*, in *Soc. dir.*, 1982, p. 15 ss.; ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1963), 2^a ed., Torino, 2021, rist., p. 261 ss.

³ Per alcuni risvolti «didattici», v. A.A. CARRABBA, *Insegnamento tra tradizione e modernità: ritorno al futuro?*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 632 ss.; per altri (anche) «professionali», ID., *Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 66 ss.

⁴ P. PERLINGIERI, *Filosofi del diritto e civilisti a confronto*, in ID. (a cura di), *Soggetti e norma individuo e società*, Napoli, 1987, p. 172 ss., poi in ID., *Scuole*, cit., p. 313 ss., cui adde – eventualmente – A. MATTIA SERAFIN e C. MATTIA SERAFIN, *L'avvocato del futuro tra «alterità» e «ulteriorità»*, in *Prev. for.*, 2021, p. 231 ss.

⁵ Il dato è ormai talmente acquisito, da dover essere – probabilmente – esso stesso «storicizzato»; e v. infatti, per la società «tecnologica», in generale, il pioneristico lavoro del futurista americano A. TOFFLER, *Future Shock*, New York, 1970.

l'atteggiamento surriferito trovi con-causa in un dato oramai acquisito, ma ancora gravido di conseguenze inesplorate e notevolissime.

Alludiamo, anzitutto, al tramonto – su cui va insistendo, fra gli altri, Paolo Grossi⁶ – di quella (cieca) tendenza «iper-positivistica», che vede le norme «auto-justificarsi» in relazione al loro mero «porsi», come se la circostanza risultasse bastevole a motivare non solo la «esistenza», ma anche la «persistenza», della loro naturale capacità ordinante.

Ora, codesto rilievo, almeno nella gran parte dei casi, è stato svolto in connessione ad un'esigenza (senz'altro giusta, ma) altrettanto «formale», e cioè quella di ri-articolare il panorama delle fonti del diritto, ad un contesto che non vedeva più al proprio vertice la «legge», bensì la «Costituzione», con quanto ovviamente ne consegue in punto di studio dei rapporti tra l'una e l'altra⁷.

Con ciò, non si vuol certo affermare che nella cinghia di trasmissione d'un tale passaggio non si sia innestato un radicale e salvifico mutamento metodologico, di segno apertamente «anti-dommatico», senz'altro propiziato dalle fresche venature assiologiche, con cui la Carta fondamentale venne innervando il «nuovo» – con l'icastico aggettivo, che fu caro a Pugliatti – assetto ordinamentale⁸. Né si vuol negare l'utilità degli strumenti della logica, i quali hanno messo a disposizione la loro capacità di rendersi permeabili ai rivolgimenti del tempo, trasfigurandoli peraltro entro quella formidabile logica binaria, tale da far sì che una disposizione, dacché «eccezionale» o «generale» che era, potesse rispettivamente «generalizzarsi» o «singolarizzarsi», a seconda di come s'invertisse la sua relazione con i principi identificativi del sistema⁹.

⁶ In *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; nelle *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^a ed., Milano, 2008; in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; in *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020; da ultimo, specialmente ne *Il diritto civile fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021.

⁷ Una *summa* in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., II, Napoli, 2020, p. 159 ss.

⁸ Sempre da rileggere la Prolusione camerte, dettata il 18 aprile 1969, da ID., *Produzione scientifica e realtà pratica. Una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 455 ss., poi in ID., *Scuole*, cit., p. 1 ss., e ora in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, p. 3179 ss.

⁹ L'ha osservato T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 83 ss., 100-101.

Quel che preme sottolineare, piuttosto, è come la transizione riferita sia rimasta vittima d'una sorta di «peccato originale», in quanto la ricerca prospettica, in ordine alla giustificazione «sistemica» e «assiologica» delle diverse norme¹⁰, ha talvolta finito per considerare queste ultime in guisa di pure «datità», inciampando, così, in quello stesso *σφάλμα* d'astrazione formale, che ai fautori del «vecchio» diritto, con cotanta veemenza, frattempo s'addebitava.

È chiaro, d'altra parte, come l'istanza «epistemologica» appena enucleata sia destinata a vanificare gran parte della propria potenzialità ricostruttiva, e quindi a cadere vittima di quello stesso «passato», che pure con pazienza e con passione «attualizzante» si proponeva d'indagare, ove sia concepita e attuata isolatamente dal processo di riposizionamento della norma, entro la trama del «vigente» sistema ordinamentale.

Senonché, mentre la natura degl'interessi ispiratori d'altri plessi normativi ci ha consentito, in occasione di precedenti lavori¹¹, di perseguire una più spedita via «unitaria», poiché le riferite istanze – sintetizzabili, in ispecie, nella formula d'un «equilibrio» negli scambi – erano germogliate, almeno nella loro configurazione più moderna, in tempi piuttosto recenti, e precisamente a cavallo tra il secolo scorso e quello ancora precedente, in questo caso – e cioè nell'esame del «formalismo testamentario» – una diversa soluzione pare invece giustificarsi, in quanto la relativa disciplina ci è apparsa rinvenire le proprie radici più antiche in quel diritto romano, cui pertanto è stata rivolta dappriincipio (cap. I) la dovuta attenzione. Sicché, e in altri termini, mentre in quella prima occasione d'approfondimento – ma molti altri esempi potrebbero portarsi – i bisogni reclamanti protezione si erano manifestati lungo linee concettuali di più immediata e sicura disponibilità all'operatore giuridico odierno, vale a dire quelle scandite, in ordine progressivo, dalle regole, dalle clausole generali e, infine, dai principi; viceversa, in quest'occasione, l'aver prioritariamente rintracciato l'antecedente più remoto

¹⁰ Chiara l'allusione a P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole*, cit., p. 273 ss.

¹¹ A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021.

della materia in un'esperienza giuridica – peraltro peculiarissima, come fu quella romanistica – risalente a circa duemilacinquecento anni fa, ha determinato una dilatazione ben più cospicua del campo d'indagine, indi esteso anche alla successiva età medievale (cap. II)¹², stante la necessità d'immergersi in queste lontane realtà secondo il *Geist* che fu loro proprio, anziché mercé la «anti-storica» lente dell'oggi¹³.

¹² Acutamente sottolinea P. PERLINGIERI, *Il ruolo*, cit., pp. 331-332, come occorra “[...] non fermarsi a questa esperienza [quella romana] e raccorderla tramite il diritto intermedio sino all’epoca contemporanea, nella certezza che la continuità temporale e storica e il sempre provvisorio completamento del suo inevitabile cammino, finisca per l’essere maggiormente utile per comprendere tanto la fase ultima quanto quella precedente”. Ed invero, come vedremo, l’esperienza medievale è in grado di fornire spunti vieppiù significativi, e sovente ispirati a logiche opposte, rispetto a quelle proprie del diritto romano.

¹³ O. DILIBERTO, *Fra storia e diritto*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano*, Napoli, 2017, p. 75 ss., nonché ID., *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 109 ss., in dialettica con N. IRTI, *La formazione del giurista nell’università del «saper fare»*, ora in ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 68 ss.

CAPITOLO PRIMO

L'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: 1. I *tria genera testamentorum* nel periodo «arcaico» e «pre-classico». Il rapido declino del *testamentum calatis comitiis* e del *testamentum in procinctu*. L'ascesa del *testamentum per aes et libram* e la sua struttura «bifasica» nelle *Institutiones* di Gaio. – 2. La *heredis institutio* come *caput et fundamentum totius testamenti* e i relativi corollari: inammissibilità di testamenti contenenti solo disposizioni «a titolo particolare»; impossibilità del concorso tra successione legittima e testamentaria (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*); estraneità «ontologica» al sistema delle istituzioni *ex certis rebus*. – 3. Il periodo «classico»: la transizione dal «testamento-rito» al «testamento-documento» e la progressiva de-formalizzazione del *testamentum per aes et libram*. L'avvento del *ius honorarium* e l'affiancamento della controversa figura del *testamentum iure praetorio factum*. – 4. Dall'età «post-classica» a Giustiniano: la diffusione della lingua greca quale motore disgregativo di formalità anacronistiche. Valentiniano III e la «parentesi» del testamento olografo. Il sistema *tripertitum* della compilazione giustiniana. Il rifiuto del testamento *holographa manu*, la comparsa del *testamentum parentum inter liberos* e lo sviluppo di ulteriori forme speciali (*testamentum apud acta conditum*, *principi oblatum* e *ruri conditum*). – 5. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*: l'evoluzione (delle formalità della) revoca dal periodo arcaico a quello classico, fino alla compilazione di Giustiniano. – 6. Le modalità di custodia e di apertura del testamento: scarsità delle fonti in relazione alla prime, e spiccata formalità delle seconde. – 7. I *codicilli* e la categoria residuale dei cc.dd. «atti non formali». – 8. Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto romano: premessa. – 9. *Segue*. Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non *mortis causa*. – 10. *Segue*. Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e l'ampliamento del contenuto del «testamento-atto».

1. *I tria genera testamentorum nel periodo «arcaico» e «pre-classico». Il rapido declino del testamentum calatis comitiis e del testamentum in procinctu: l'ascesa del testamentum per aes et libram e la sua struttura «bifasica» nelle Institutiones di Gaio*

Il testamento era istituito profondamente radicato in diritto romano, come provato dalle fonti letterarie, prim'anche che giuridiche¹⁴: scrive

¹⁴Tra le fonti istituzionali, abbiamo consultato G. RONGA, *Elementi di diritto romano*, III, Torino-Napoli, 1871; F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, 3^a ed., Firenze, 1881, p. 346 ss.; P. BONFANTE, *L'origine dell'«hereditas» e dei «legata» nel diritto successorio romano. A proposito della regola Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Estratto dal *Boll. ist. dir. rom.*, IV, Roma, 1891; ID., *L'eredità e il suo rapporto coi legati nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Boll. ist. dir. rom.*, VII, 1894, p. 151 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, rist., Milano, 1974; L. PALUMBO, *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano, 1892; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1906; ID., *op. ult. cit.*, II, Firenze, 1908, *spec.* p. 349 ss.; F. FILOMUSI GUELFI, *Diritto ereditario*, I e II, Roma, 1909; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1910, p. 671 ss., *spec.* p. 709 ss.; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustinianee*, 2^a ed., Torino, 1925, p. 467 ss., *spec.* p. 479 ss.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930; A. SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1935; C.A. MASCHI, *La solennità della «heredis institutio» nel diritto romano*, in *Aegyptus*, 1937, p. 197 ss.; G. VISMARA, *Appunti intorno alla «heredis institutio»*, in AA.VV., *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, III, Milano, 1939, p. 301 ss., ora in ID., *Scritti di storia giuridica*, VI, Milano, 1988, p. 37 ss., da cui si citerà; ID., *La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio*, Prolusione al corso di Storia del diritto italiano per l'anno accademico 1963-1964 presso l'Università degli Studi di Milano, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXI, 1965, p. 61 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 1 ss., da cui parimenti si citerà; ID., *L'unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, Prolusione al corso di Storia del diritto italiano per l'anno accademico 1955-1956 presso l'Università degli Studi di Pavia, in ID., *Famiglia e successioni nella storia del diritto. Prospettive*, 2^a ed., Roma, 1973, p. 15 ss., da cui si citerà; E. BUSSI, *Evoluzione storica del testamento come atto documentale (forma e specie dei testamenti)*, in AA.VV., *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1940, p. 485 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica*

della hereditas, Napoli, 1946; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., I, Padova, 1947, p. 86 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I e II, Milano, 1949; S. SOLAZZI, *Una data per la storia del testamento romano?*, in *IURA*, IV, 1953, p. 149 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2^a ed., Milano, 1955; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, rist., 1960; ID., *op. ult. cit.*, II, Milano, 1956; U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *IURA*, VII, 1956, p. 24 ss., ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1973, p. 613 ss., da cui si citerà; M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, Firenze, 1966; ID., voce *Testamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 459 ss.; G. IMPALLOMINI, voce *Successioni (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 704 ss., *spec.* 719 ss.; M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, p. 7 ss.; S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, Milano, 1982; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 7^a ed., Napoli, 1984, p. 382 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico romano*, 5^a ed., Napoli, 1990, p. 253 ss. (ove anche alcuni rilievi sulla forma in generale); ID., *Profilo del diritto romano*, 8^a ed., Napoli, 1994, p. 195 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 669 ss.; D.A. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 14^a ed., 1994, p. 504 ss., *spec.* 521 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2^a ed., 1994, p. 595 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996; G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori*, Milano, 1997, p. 16 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4^a ed., Torino, 1998, p. 625 ss.; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, 2^a ed., Bologna, 1999; F. TERRANOVA, *Osservazioni su Gai 2.108*, in *Annali del Seminario giuridico del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università di Palermo (AUPA)*, LII, 2007-08, p. 283 ss.; ID., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae, ivi*, LIII, 2009, p. 301 ss.; ID., *Ricerche sul testamentum per aes et libram. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino, 2011; T. RÜFNER, *Testamentary formalities in Roman Law*, in K.G. CREID, M.J. DEWAAL e R. ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law*, I, Oxford, 2011, p. 2 ss.; F. SCOTTI, *Il testamento in diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 105 ss., 374 ss., 483 ss.; G. GUIDA, *Alcune notazioni sul formalismo romano nel negozio testamentario*, in R. ALESSI e V. MANNINO (a cura di), *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013, p. 123 ss.; P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013; A. SPINA, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in S. RANDAZZO (a cura di), *Religione e diritto romano. La coerenza del rito*, Tricase, 2014, p. 373 ss.; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 626 ss., *spec.* 702 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, 3^a ed., Torino, 2015, p. 370 ss., *spec.* 389 ss.; F. BERTOLDI, *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena,

invero Cicerone, nella seconda Filippica, che «*in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*»¹⁵ e, nelle conversazioni a Tuscolo, che la «*diligentiae testamentorum*» è il miglior modo di «*nos futura cogitare*»¹⁶; Ovidio, parimenti, giudica non miserevole la fine dell'uomo, che non possa «*sperare sepulcra*» e «*mandare suis aliqua*»¹⁷; Quintiliano, infine, e coerentemente, vede nella «*voluntas ultra mortem*» il «*solacium mortis*»¹⁸.

“Per un antico Quirite – ha dunque rilevato con esattezza il Biondi¹⁹ – morire poteva anche esser nulla, ma la perpetuazione dell'unità familiare era tutto; uno dei mezzi per raggiungerla era appunto il testamento”. E, se si eccettuano i laconici riferimenti contenuti nelle Dodici Tavole²⁰, rispetto alle quali le nostre conoscenze in materia

2016, p. 22 ss.; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, 4^a ed., Milano, 2019, p. 676 ss., *spec.* 692 ss.

Per comprendere la disciplina del testamento, sarà ovviamente utile, se non imprescindibile, il riferimento alla successione intestata, su cui v. O. DILIBERTO, voce *Successione legittima (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1297 ss. e, in chiave evolutivo-comparativa, R. ZIMMERMANN, *Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica*, in *Familia*, 2016, p. 21 ss.

¹⁵ Cic., *Phil.*, 2, 109.

¹⁶ Cic., *Tusc.*, I, 14, 31, assieme alla «*procreatio liberorum*», alla «*propagatio nominis*», alle «*adaptationes filiorum*» e ai «*sepulcrorum monumenta*».

¹⁷ Ov., *Tristia*, I, 2, 53.

¹⁸ Quintil., *Decl.*, 308.

¹⁹ In *Successione*, cit., p. 4.

²⁰ Si allude a Tab 5.3 («*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*»), a Tab 5.4 («*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit., adgnatus proximus familiam habeto*») e a Tab 5.5 («*Si adgnatus nec escit., gentiles familiam habeto*»), secondo le versioni testuali più diffuse (ma cfr., per altre «lezioni», M. D'ORTA, *Saggio*, cit., pp. 38, nt. 11; 46, nt. 23). Ora, benché non debba certo essere disconosciuta la rilevanza «costituzionale» delle XII Tavole (così, *spec.*, U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 617, e già di magistratura «costituente» discorreva S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 35), è indubbio che esse non regolassero le formalità del testamento, “[...] la cui disciplina posta dai *mores* è data come presupposta” [esattamente, G. IMPALLOMENI, voce *Successioni*, cit., p. 719; conf. A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 628; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 4; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 41; e v. anche D. 50, 16, 130 (Ulp) e D. 50, 16, 120 (Pomp.)], bensì il (solo) ordine dei successibili *ab intestato*: *sui heredes* (discendenti dell'ereditando nella di lui potestà al momento della sua morte), *adgnati proximi* (parenti in linea maschile del *de*

successoria non rimontano a fonti più antiche²¹, l'esperienza giuridica romana, movendo dal periodo «arcaico», e senza significative variazioni in quello «pre-classico»²², conosceva tre tipologie testamentarie²³: il

cuius) e, in loro difetto, i *gentiles* (appartenenti alla medesima *gens* del defunto). Per una puntuale analisi di tali categorie di successibili, cfr., ampiamente e per tutti, O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., p. 1297 ss., *spec.* 1299 ss., ma v. anche, prima, *ivi*, la p. 1297, nt. 1, ove l'A. precisa – introduttivamente – l'improprietà della locuzione «successione legittima», sia perché da più parti s'afferma che la legge è causa anche della «successione testamentaria» (v., ad es., Ulp. D. 50, 16, 130 e conf., ad es., P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 210; ma cfr., per una diversa interpretazione del passo, C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 312), sia in quanto esistono categorie di chiamati *ab intestato*, non trovanti riconoscimento in base alla legge, come i *bonorum possessores* pretorî. Ai versetti decenvirali – e specialmente allo *incipit* delle Tab 5.4 già cit. – si riconnette la *vexata*, e notissima, *quaestio*, se, nell'esperienza giuridica romana, si annettesse pozziorità alla successione «testamentaria» rispetto a quella «intestata», o viceversa (sul punto, cfr. sin d'ora le diverse posizioni di C. FADDA, *Concetti*, I, cit., pp. 306-315; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 636; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 509; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 634-635; 642; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 348; G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 3-16, 40-48; A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 390-391; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 372-373; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 106-107; R. ZIMMERMANN, *Il diritto*, cit., p. 22; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 13-14; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 73; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 5; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 628-630, 637, 688; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 703-704; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 27, 42, 53-71; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 681-682; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p.p. 29-33, 167-177; P. BONFANTE, *L'origine*, cit., *passim*, ma *spec.* pp. 36-40; ID., *Corso*, cit., pp. 103-104, 216-226; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 4-5; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 676; V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 8; S. SOLAZZI, *Una data*, cit., pp. 149-150; G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 7, 82; O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., p. 1297, nt. 3; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., pp. 473-475; ma v. anche, *infra*, nt. 51).

²¹ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 7; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 3; P. ARCES, *Studi*, cit., p. 73; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 628.

²² Stipulativamente, si adotterà una delle periodizzazioni più diffuse nella romanistica moderna, e cioè quella additata da A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 10-11; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 10-11; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 6; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 7; A. GUARINO, *Profilo*, cit., p. 16; ID., *Diritto*, cit., p. 81, il quale ultimo, in particolare, ha suddiviso la storia del diritto romano in quattro fasi: “[...] un periodo «arcaico», che va dal sec. VIII sin verso la metà del sec. IV a.c., in corrispondenza con quella fase politica di Roma, che ci sembra di poter qualificare come fase della *civitas* quiritaria; un periodo «preclassico», che si spinge sin

verso la fine del I sec. a.C., in corrispondenza con la fase della *respublica* nazionale; un periodo «classico», che giunge sino alla fine del sec. III d.C., in corrispondenza con la fase della *respublica* universale o del *principatus*; un periodo «postclassico», che comprende i sec. IV-VI d.C., in corrispondenza con la fase dell'*imperium* assolutistico”. Ma cfr. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 3, il quale distingue – in forza, invece, d’una «tripartizione» – il diritto «classico» (dai primordi dell’impero sino alla metà circa del III secolo d.C.), individuando per differenza quello «preclassico» o «antico», che gli è anteriore, e quello «postclassico», protraentesi fino alla codificazione giustiniana, che, invece, gli è posteriore (così anche è orientato E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 9-11).

²³ Nelle fonti giuridiche romane, si trovano tre definizioni di testamento: una, nel Digesto, attribuita a Modestino (D. 28, 1, 1, Mod. 2 *pand.*: «*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*»); un’altra, pressoché identica, nei *Titoli ex corpore Ulpiani* (Ulp. Tit. 20, 1: «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*»); un’altra ancora, e infine, nelle *Istituzioni di Giustiniano* (Inst 2, 10 pr: «*Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*»). Come si è osservato, tutte – malgrado le differenze e il loro carattere talvolta «impressionistico» o «retorico» (così M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 389) – s’integrano “[...] nel qualificare il testamento come una manifestazione di ultima volontà, fatta solennemente e diretta ad avere effetto dopo la morte”: sono parole di M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 459. Con metodo moderno, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 65-66 ha così enumerate le caratteristiche generali del testamento romano, che è atto: *i*) «civile», accessibile solo ai cittadini, e non agli stranieri; *ii*) «formale» (salvo quanto si vedrà *infra*, nt. 77 e 101, per il *testamentum militis*); *iii*) ove ha massima importanza e risalto la volontà di chi lo pone in essere (c.d. *voluntas testantium*); *iv*) «unico», giacché più testamenti non possono coesistere, e uno soltanto è chiamato ad esprimere l’intera volontà dell’ereditando; *v*) «revocabile» (per i relativi corollari, v., *infra*, nt. 130); *vi*) che, quanto al contenuto, può racchiudere ogni disposizione *mortis causa*, ma, come meglio si dirà (§ 2), imprescindibilmente, la *heredis institutio*. Dalla combinazione di tali qualità, l’A. ha ricavato la seguente definizione: “il testamento è l’atto col quale un soggetto nomina i propri eredi e insieme prende le altre disposizioni *m.c.* che ritenga opportune” (*ivi*, p. 66), che appare più esatta di quella secondo cui esso è “[...] l’atto unilaterale e strettamente personale (nel senso che deve essere compiuto direttamente dall’interessato, senza possibilità di avvalersi di rappresentanti) con cui taluno dispone del proprio patrimonio per il tempo in cui non sarà più in vita” (è la proposta di A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 647), in quanto – come si vedrà *infra*, § 10 – v’è da dubitare che, quanto meno nel periodo arcaico, la successione avesse oggetto (meramente) «patrimoniale». Tuttavia, più convincente d’ogni altra appare l’impostazione di B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 16-23, il quale – salvo ad avallare le già ricordate definizioni «generali» di Modestino ed Ulpiano – prospetta, da un punto di vista moderno, statuti definitori differenziati in ragione delle diverse epoche dell’esperienza giuridica romana. Ma sugli utilizzi assai vari del lemma «testamento», v. anche L. PALUMBO, *Testamento*,

testamentum calatis comitiis, il *testamentum in procinctu* e, infine, il *testamentum per aes et libram*, il quale – stando alle Istituzioni di Gaio – si sviluppò, rispetto ai primi due²⁴, in epoca più tarda²⁵.

Le denominazioni aiutano a comprendere il *proprium* di ciascun modello. Il primo – il *testamentum calatis comitiis* – era effettuato, per l'appunto, in occasione dei *comitia calata*²⁶, ossia di solenni assemblee del

cit., pp. 1-4, il quale ricorda, ad es., come gli stessi «vecchio» e «nuovo testamento» si riferissero, in verità, ad un contratto.

²⁴ Gai 2, 101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*. Osserva in proposito A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 393, che i due *genera* sono presentati in modo rigorosamente alternativo (*aut, aut; alterum, alterum*), conseguendone che la *testamenti factio in proelio* non sembra rivestire carattere «eccezionale», dacché in epoca romana l'evenienza bellica non poteva certo dirsi «straordinaria» (nello stesso senso, già M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 116, che, lungi dall'intravedere fenomeni inusitati, parla di «condivisione diffusa» e di «conformità di comportamento» rispetto al ricorso alle armi, nel quale “[...] ognuno dei contendenti si proponeva di annientare la resistenza altrui e di accettare il rischio di vedere annientata la propria”). *Adde*, sull'interpretazione del passo, F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11, nt. 41, secondo la quale la locuzione *in pace et in otio* sarebbe una «endiadi», ove *otium* allude alla «quiete», alla «tranquillità» e alla «inazione» rispetto all'impegno militare, ma solo nel senso che testava *calatis comitiis* il cittadino non impegnato in guerra, ossia non – *stricto sensu* – sotto le armi al momento di fare testamento: impropria è, dunque, giudicata dall'A., la traduzione «in tempo di pace». Nel senso, invece, d'una generica «equivalenza» tra l'esercito in tempo di guerra e i comizi in quello di pace, v., con opinione risalente, F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 355.

²⁵ Gai 2, 102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur*. [...] Ma nello stesso senso, cfr. Tit. Ulp. 20, 2: *Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est* [...]; Inst. 2, 10, 1: *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelio exituri essent, quod procinctum dicebatur. accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram* [...]; Gell., *Noctes Atticae*, 15, 27: *Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libram adhiberetur*.

²⁶ Ed è perciò stato «strutturalmente» (per la partecipazione dei *comitia*) e «funzionalmente» (per lo scopo di garantire la continuità della famiglia, con la creazione

popolo romano, le quali si tenevano due volte l'anno²⁷ alla presenza del

del *suus* maschio) accostato ad un'arrogazione *mortis causa*, e cioè ad una vera e propria *adoptio mortis causa per populum*, secondo una tesi presso di noi avallata particolarmente da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 516, il quale addirittura sostiene che «invincibilmente» “[...] i due atti fossero la stessa cosa” e che “[...] chi si preoccupasse della diversità di denominazione potrebbe supporre che si usasse chiamare *adrogatio* quell'adozione di persona esente da potestà che era destinata a produrre i suoi effetti in vita dell'adottante e *test. calatis comitiis* quella i cui effetti si producevano solo dopo la morte (ma più probabile è che il nome del *testamentum sia tardivo* [...])”, e poi ripresa da altri autori: v., ad es., A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 48; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 23; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, loc. cit.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 678, 716; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 104, 181, *spec.* 187-192; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 390; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 26; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 630; M. D'ORTA, *Saggio*, cit., pp. 19, ove però una diversa interpretazione ritraibile, per l'A., dai passi di Modestino e Ulpiano (richiamati *supra*, nt. 10), 108; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 628, a detta del quale la differenza con la *adrogatio* risiedeva nel fatto che gli effetti non erano immediati, bensì differiti al momento della morte del suo autore; *spec.* P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 16, secondo il quale, in particolare, “poiché *calare* non significa altro che convocare; poiché *calatis comitiis* si svolgevano il testamento e la *detestatio sacrorum*; poiché la *detestatio sacrorum*, a quel che si suppone, attiene al procedimento della *adrogatio*, non sembra arrischiato concludere che la struttura esterna dell'*adrogatio* e del *testamentum calatis comitiis* sono le medesime”; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 112, i quali affermano significativamente che dalla «analogia formale» tra i due atti potrebbe desumersi una «analogia sostanziale», perché “[...] come con la *adrogatio* un soggetto *sui iuris* entrava quale *filius* nella famiglia di un altro, così col *testamentum calatis comitiis* un soggetto *sui iuris* assumeva ugualmente lo *status* di *filius* del testatore, ma con efficacia rinviata al momento della morte di questi e a condizione quindi di sopravvivergli”. *Contra*, P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 79: “quanto al richiamo dell'arrogazione e dei comizii curiati, non so perché questo argomento non venga addotto in senso contrario; ma la dialettica sottile è la negazione di ogni logica. Appunto perché testamento e adozione ci compaiono come due atti, io direi che sono due atti distinti. Voler vedere nel testamento un'arrogazione *post mortem* è un arbitrio [...]” (e cfr. *spec.*, *ivi*, p. 80 ss. per ulteriori obiezioni alle argomentazioni addotte dall'Arangio-Ruiz). Conformi a questa seconda impostazione E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 137 e, recentemente, P. ARCES, *Studi*, cit., p. 110, per il quale, parimenti, la circostanza che i due atti fossero simili non autorizza a dedurne un'originaria identità, anche in ragione del fatto che Gaio precisa che i comizi erano convocati due volte l'anno solo per i testamenti, mentre questa modalità non è riferita per la *adrogatio* (cfr. Gai 1, 99); e v. p. 130 ss. per ulteriori argomentazioni a suffragio.

²⁷ Circa i giorni precisi, non è dato sapere con esattezza (P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p.

Collegio dei pontefici²⁸; di esso, potevano avvalersi il solo *pater familias*²⁹,

15), sebbene si siano prospettate – seppure dubitativamente (v. sempre ID., *Diritto*, II, cit., p. 50, nt. 2) – le date del 24 marzo e del 24 maggio. Conformi al riguardo S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 191; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 74; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 692; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 634; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 171, 193; recentemente, ma sempre non in modo certo, P. ARCÉS, *Studi*, cit., p. 105. Ad ogni modo, si è rilevata un'inesattezza nella narrazione gaiana, là dove riferisce che i *comitia* erano «appositamente» convocati per consentire di testare: infatti, “[...] i comizi si radunavano due volte l'anno per tutte le questioni di loro competenza e, quindi, anche per fare testamento, ma non esclusivamente a questo fine” (G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 193, nt. 14).

²⁸ Gell., *Noctes Atticae*, 15, 27: «*pro collegio pontificum*». La documentazione pervenuta, peraltro, non consente d'individuare più in dettaglio l'iter procedimentale, ma è verosimile ritenere che, per lo meno nell'epoca più arcaica, la formulazione della volontà testamentaria richiedesse il consenso del popolo romano, espresso tacitamente oppure – in analogia con la modalità attraverso cui i *comitia curiata* autorizzavano l'*arrogatio* (v. nt. 13) – mediante un'apposita legge *ad personam*. V'è, tuttavia, da aggiungere che, dalla testimonianza dell'erudito Gellio – ben più esaustiva, anche se solo a tale riguardo (e cfr., infatti, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 64, nt. 97) di quella gaiana – si precisa che il rito si svolgeva *in populi contione*. Valorizzando la distinzione tra *comitiatus* (assemblea con diritto di voto) e *contio* (riunione nella quale, al contrario, esso era escluso), s'è allora desunto che, in questa forma testamentaria, il consesso svolgeva una funzione non già «approvativa», ma meramente «testimoniale». In quest'ultimo senso, A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 40; U. COLI, *Il testamento*, cit., pp. 631-633 (ove, peraltro, ci si domanda perché, nell'ipotesi in cui per una valida successione un voto fosse stato necessario, se ne sarebbe potuti prescindere per il *testamentum militis*; anche se sulla piena «eccezionalità» di tale figura cfr., *infra*, nt. 77); M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 643; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 43, la quale discorre di «testimone-garante»; P. ARCÉS, *Studi*, cit., p. 110; probabilmente, A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 692; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 706, i quali, peraltro, giustificano la partecipazione dei *comitia* sulla scorta della mancata diffusione, in quell'epoca, degli atti scritti. Nella prima direzione, cfr., invece, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 74 (ma v. p. 76 per l'evoluzione); V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 521, secondo cui il testamento era compiuto “[...] in presenza (in origine con l'assenso) dei comizi curiati” (così anche, in ancora più esplicita prospettiva evolutiva, E. COSTA, *Storia*, cit., p. 481); G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 35, 197, il quale discorre genericamente di «assenso» (ma v. p. 181 ove, invece, si ritiene necessaria “[...] quanto meno l'adesione (se non l'approvazione) del popolo tutto”); P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 16, il quale – oltre a non condividere la prospettata distinzione tra *comitiatus* e *contio*, ché trattasi di parole del solo Gellio, e “[...] può darsi che l'antiquario [...] abbia usato un termine improprio,

neutralizzato del resto dalla precedente menzione dei *comitia*' (dubbî analoghi in S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419, nt. 1) – individua l'opzione della «approvazione», anziché della mera «testimonianza», come la “[...] più probabile: in tal caso, avendosi una deliberazione, e questa non potendo esser presa senza la *rogatio* di chi presiede, il testamento dovrebbe essere configurato come una *lex*” (e orientato verso la piena equiparazione tra *testamentum* e *lex*, è anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 191). Per una posizione per così dire «mediana», cfr. invece B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 34 – testualmente richiamato fra l'altro, e recentemente, da G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 126, nt. 7 – il quale rileva come “[...] i nostri schemi ed i nostri concetti di testimonianza e di legge s[ia]no inadeguati a rispecchiare la realtà giuridica primitiva: come non è verosimile la testimonianza di tutto il *populus*, così è altrettanto inverosimile che la volontà del disponente si concretasse in una *lex publica*” e sostenendo, quindi, che l'atto aveva piuttosto la funzione di «solenne notificazione», in quanto “[...] si trattava della designazione di un *heres*, la cui figura esorbitava dagli atti di semplice disposizione del singolo, ed a cui il *populus* non poteva restare indifferente”, esercitando un controllo «sociale», più che «giuridico». A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 40, a suffragio della ricostruzione più recente, poc'anzi richiamata, ha proposto altresì d'identificare nel vocabolo *testamentum* un significato ulteriore rispetto a quello consegnatoci dalla tradizione, movendo, in particolare, dal già richiamato passo dei Tit. Ulp., 20, 1, ove si legge che «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*». Rispetto alla tautologica affermazione, parimenti già citata, che trovasi in Inst. 2, 10, pr. («*Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*»), alla quale, peraltro, autorevole dottrina aveva già negata dignità definitoria (P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 64; *contra*, D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 25, secondo cui “[...] vera o falsa che sia, questa etimologia rende bene l'idea del testamento [...]”), i *Tituli* ulpiani, infatti, certificherebbero non solo la conformità allo *ius* della *contestatio mentis*, ma anche la circostanza che quest'ultima doveva avvenire *sollemniter*, esaltando, dunque, una caratteristica formale del testamento, il quale – per pacifiche fonti (v., *infra*, nel testo e in nota) – doveva essere compiuto dinanzi ai testimoni. Su questo profilo «etimologico», v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 521, nt. 1, che pone in risalto la derivazione da «*testes*»; analogamente, U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 633, *spec.* nt. 72; P. ARCES, *Studi*, cit., p. 104; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 702, nt. 203; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 13, 18 (che richiama anche «*testatio*»); M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 643, il quale, in particolare, *ivi*, nt. 120, dà per «certamente falsa» l'etimologia giustiniana, unitamente a S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 417, nt. 2, che a p. 360 richiama anch'egli, in generale, la funzione dei testimoni, intesi non già quali semplici assistenti dell'atto, ma come «partecipî» ad esso; M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 459, secondo cui “[...] *testamentum* va ricondotto allo stesso radicale di *testari*, nel senso appunto di «chiamare a testimoni»” (nello stesso senso, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 4); G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 12, il quale sottolinea l'erroneità filologica di derivare *testamentum* da *contestatio mentis*, in quanto “[...] la terminazione – *mentum*

patrizio, maschio e pubere, il solo invero titolato a partecipare alle assemblee gentilizie³⁰, ed è da ritenere, altresì, che le disposizioni a titolo particolare³¹ non potessero trovarvi posto³². Il secondo – il *testamentum in*

(frequentissima nel latino: cfr. ad es. le parole *documentum, monumentum, sacramentum, supplementum* ecc.) non ha nulla a che vedere con *mens, mentis*, e serve a formare il sostantivo che indicazione l'azione espressa nel verbo da cui il sostantivo stesso dipende"; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 64, per il quale "[...] il testamento deriva il suo nome dall'intervento dei testimoni; una dichiarazione confermata da testimoni si dice *contestatio*; di qui l'uso di *contestatio* nel senso di affermazione solenne e importante"; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 716, che richiama il verbo «*testom*», inteso sia come «prestare», che come «chiedere» testimonianza (conf. F. TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., pp. 327-333; ID., *Ricerche*, cit., pp. 217-218); recentemente, v., infine, M. D'ORTA, *Saggio*, cit., pp. 165-170, il quale rievoca la corrente di pensiero del Goldmann, il quale sottolineava, quale derivazione, la «latinizzazione» di elementi tratti dalla lingua osca, nella quale vi sarebbe il corrispondente «*tristaamentud*», per poi valorizzare l'attendibilità dell'equazione «*tristi*» osco – «*testis*» latino, e ciò sebbene l'opzione fosse già giudicata incerta da B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 13.

²⁹ Si coglie l'occasione per sciogliere il problema dei *nomina iuris*, su cui v. V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 102, nt. 2, per il quale né la lingua latina, né quella italiana disporrebbero d'una parola tecnica per indicare, in successione legittima, chi «lascia» l'eredità. Quella più generica è certamente «defunto», che tuttavia designa – all'evidenza – chi muore, e non chi lascia un'eredità; di più recente conio è «ereditando», che, se racchiude il concetto omissso dalla prima locuzione, vi lascia pur fuori lo «evento-morte», potendo attenersi anche, astrattamente, a persona ancora in vita; vi è poi il termine *de cuius* [sottinteso: *hereditate agitur*], che in sé non indica alcunché, ma che è abbreviativo d'una frase «esatta e comprensiva» e che, quindi, "[...] non ostante la sua bruttezza", sarebbe preferibile alle altre due; vi è, infine, la dizione «testatore», che, *ça va sans dire*, si riferisce alla sola successione regolata dal testamento. Ciò detto, d'ora innanzi non si farà questione di denominazioni, e le locuzioni indicate saranno utilizzate indifferentemente, salvo a riferire l'ultima, com'è ovvio, al solo ambito tematico che le è proprio.

³⁰ M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 460; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 717; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 99-101; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., pp. 719-720; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 17, il quale precisa che da ciò "[...] si comprende [...] come le XII tavole siano mute sul testamento: sono un codice di leggi comune ai due ordini e, avendo la funzione di *aequare iura*, tacciono dove lasciano le cose come sono".

³¹ La prima di esse ad essere conosciuta dall'esperienza giuridica romana è stato indubbiamente il «legato»: v., ampiamente, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 178-180; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 115-125; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 267-474; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., pp. 405-411; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 77-97; G. PUGLIESE, F.

SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 395-398; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 544-553; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 809-816; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 709-714; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 105-107; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 747-770; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 155-156; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 734-743, nonché, *funditus*, G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2^a ed., Torino, 1962 e P. VOICI, voce *Legato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 707 ss. A livello definitorio nelle fonti, cfr. Tit. Ulp. 24, 1: «*legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur [...]*»; D. 30, 116 pr. (Flor.): «*legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*»; D. 31, 36 (mod.): «*legatum est donatio testamento relicta*»; Inst. 2, 20, 1: «*legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta*» (per un primo loro inquadramento critico, G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 39 ss.). Esso, comunque espresso mediante *verba solemnia*, avrebbe assunto, in modo consolidato a partire dall'età classica, e poi fino all'unificazione giustiniana, quattro configurazioni (v. già Gai 2, 192): *i) per vindicationem* (ordinato con la formula «*Titio fundum Cornelianum do lego*», oppure «*Titius fundum Cornelianum capito* oppure *sumito*» o ancora «*sibi habeto*»), mediante cui il beneficiario acquistava la proprietà, o altro diritto reale, su una cosa appartenente al testatore, con tutela rappresentata dall'azione reale di *vindicatio*, che, appunto, dava il nome al legato (la cosa legata doveva, poi, essere in *dominium ex iure Quiritium* del testatore tanto al momento della confezione del testamento, quanto a quello della morte, sebbene, in relazione alle cose fungibili, fosse sufficiente che la proprietà esistesse solo in tale ultimo momento); *ii) per damnationem* (ordinato con la formula «*Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas esto*»), dal quale sorgeva un diritto – non reale, ma – di credito in favore del legatario e verso l'erede (dove il nome di *damnas esto*, riferito all'erede), avente ad oggetto prestazioni di *dare* [nel qual caso, non solo di cose in proprietà del testatore, come nel caso *sub i)*, ma anche dell'erede o di un terzo], di *facere* o anche di *non facere*, e tutelato mediante un'*actio in personam*, e precisamente un'*actio ex testamento* analoga all'*actio ex stipulatu*; *iii) sinendi modo* (ordinato con la formula «*Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*»), parimenti obbligatorio come quello precedente, ma imponente il capo all'erede un obbligo di *sinere*, ossia di permettere che il legatario faccia qualcosa, sì che esso s'atteggiava a figura per così dire «intermedia» rispetto ai legati *per vindicationem* e *per damnationem*: come il primo, non poteva riferirsi a una cosa altrui, ma solo del testatore (o, al più, dell'erede), ma, in ciò analogamente al secondo, da esso sortivano obblighi (di qui, nuovamente, la formula *damnas esto*), parimenti tutelabili a mezzo di *actio ex testamento*; *iv) per praeceptionem* (ordinato con la formula «*Lucius Titius hominem Stichum sibi praecipito*»), ossia un legato di proprietà – come quello *per vindicationem* –, ma stabilito in favore di uno dei coeredi, a preferenza (*praecipere*) degli altri, e tutelabile mediante l'azione divisoria, cioè il *iudicium familiae erciscundae*, salvo a dover far uso della *rei vindicatio*, qualora il legatario fosse estraneo. A fronte di questa classificazione dei *genera legatorum* (su cui, ampiamente, G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 5 ss., *spec.* 74 ss.), v'è però da rilevare – con V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 83 – che, in verità, i giureconsulti

erano soliti riassumere le quattro tipologie in due sole, ch  quella *sub iii*) era riguardata come *species* della *sub ii*), e quella *sub iv*) della *sub i*); inoltre, alcune di esse – come il *legatum optionis* (su cui v., ad es., G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 272; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 831-832; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 757-758) – sembravano esorbitare da tale sistemazione, come rileva con la consueta puntualit  B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 269. Quanto alle differenze tra «eredit » e «legato», esse sono state individuate – v. ID., *op. ult. cit.*, pp. 186-188 – nel fatto che la *heredis institutio* importa *successio in locum et ius*, mentre il legato non sempre trae con s  il subentro in un diritto del defunto (sul punto, v. anche, *infra*, nt. 51) e, quand’anche lo fa, ci  accade esclusivamente in relazione a singoli rapporti. Ci  non toglie che la differenza non sia determinata dalla «quantit  di acquisto», bens  dalla «diversa situazione giuridica», giacch , come colui che subentra in una frazione dello *universum ius* non   men erede di chi succede *in totum*, cos  chi diviene titolare d’una somma di rapporti, anzich  d’un complesso unitario, resta pur sempre legatario. Sicch  l’essenza dell’acquisto ereditario risiederebbe, a ben vedere, nella sua «indeterminatezza» o «complessit », che viceversa non varrebbero per il legato (ragione, questa, per cui l’erede risponderebbe illimitatamente dei debiti ereditari ). Diversamente dal diritto moderno, in quello romano la base della distinzione era «formale», “[...] e, come tutto ci  che attiene alla forma, precisa ed inequivocabile”, in quanto “[...] *heres*   colui a cui il testatore abbia attribuito tale qualit ; legatario   invece colui al quale sia stata fatta una attribuzione patrimoniale a titolo particolare mediante apposita formula riconosciuta dalla legge” (cos  ancora B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 187, e conf. G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 65, salvo a tradursi in *quaestio voluntatis* con l’attenuazione delle formalit  testamentarie a partire dall’epoca post-classica). Conviene ora accennare, anche al fine di fissarne la nozione per gli sviluppi successivi, al «fedecompresso» (cfr. G. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.), il quale   d’origine ancor  pi  recente, e precisamente «augustea». Esso non divenne mai istituto del *ius civile*, trovando sanzione, per tutta l’et  classica, solo *extra ordinem*: e si  , infatti, scritto che esso “[...] da principio fu piuttosto nelle regioni della morale che in quelle del diritto” (E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 159). Una sua definizione pu  essere trovata nei Tit. Ulp. 25,1: «*fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativae relinquitur nec ex rigore iure civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*»; e, in dottrina, v. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 540, secondo cui esso   “la disposizione di ultima volont  con cui il defunto obbliga alcuno, il quale in forza della volont  del defunto stesso fa un acquisto *mortis causa*, a compiere una prestazione patrimoniale ad un terzo nei limiti dell’acquisto fatto”. Le ragioni della sua genesi sono state rintracciate nella scarsa duttilit  dei legati: poich  questi ultimi erano soggetti a regole rigorose non solo in relazione ai profili volontaristici, ma anche con riguardo alla capacit  di lasciare o ricevere, accadeva che molti testatori, i quali volevano ottenere uno scopo contrario ad un qualche divieto legale, attribuissero alla *fides* dell’erede il mandato di disporre in un certo modo dei beni ereditari . Questa «fede» era dapprincipio “[...] osservata dai buoni, tradita dai cattivi” (V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p.

84), ma ben presto – e, precisamente, come detto, con Augusto – alla coscienza sociale romana ripugnò la loro inosservanza, e si affidò ai consoli il compito di vigilare sul loro adempimento. L'onorato, in tal modo, era comunque privo di una *actio* specifica, come quelle che presidiavano l'esecuzione dei legati, ma poteva rivolgere ricorso (*persecutio*) al console, il quale agiva d'ufficio; l'istituto divenne, poi, così frequente, che si dovette nominare un apposito «pretore fedecommissario» (cfr., al riguardo, Gai 2, 278: «*praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit., persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*»; Inst. 2, 23, 1: «*sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. postea primum divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*»; D. 1, 2, 2, 32 (Pomp.): «*[...] divus Claudius duos praetores adiecit qui de fideicommissis ius dicerent, ex quibus unus divus Titus detraxit [...]*». Il «fedecommissario» differiva dal «legato» – v. P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 180-181 – con riguardo: *i*) alla «forma», libera anziché solenne, ed espressa secondo ritualità «precative» (cfr. Gai 2, 249: «*Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: “peto, rogo, volo, fideicommitto”; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint*»; Tit. Ulp. 25, 2: «*Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: “fideicommitto, peto, volo dari” et similia*»; Paul Sent. 4, 1, 6: «*Fideicommittere his verbis possumus “rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo”. “desidero” quoque et “impero” verba utile faciunt fideicommissum. “relinquo” vero et “commendo” nullam fideicommissi pariunt actionem*»); *ii*) al «contenuto», che, pur essendo anch'esso obbligatorio, non era «tipico», potendo, per il suo tramite, attuarsi disposizioni a titolo particolare, parallele al legato, o a titolo universale, affiancate alla *heredis institutio*, o infine manomissioni, equivalenti alla *manumissio* civile; *iii*) ai «principi ispiratori», perché mentre i legati si conformavano alle rigorose regole del *ius civile*, viceversa i fedecommissari s'ispiravano alla *fides*, e s'imperniavano altresì a tal punto sulla *voluntas* del disponente, che non si esigeva che questa fosse «formalmente» manifestata. Essi avevano però – v. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 541 – anche dei tratti comuni, in quanto “[...] non potevano essere due istituti destinati a vivere l'uno accanto all'altro senza comunicarsi reciprocamente i loro principii”, e infatti “[...] li accostava sia il comune carattere negativo: il non essere istituzione di erede; sia la funzione positiva comune di essere una disposizione d'indole meramente economica”. Entrambi, infine, esigevano la *testamenti factio* in capo al loro autore e, nel caso del fedecommissario, anche se un testamento non v'era: v. Gai 2, 270: «*Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit*»; Tit. Ulp. 25, 4: «*Fideicommissum relinquere possunt, qui*

procinctu – era, invece, riservato ai soldati in battaglia³³, per i quali tale

testamentum facere possunt, licet non fecerint. nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest».

³²Lo argomenta specialmente C. FADDA, *Concetti*, cit., I, pp. 49-50, sia in riferimento al legato *per vindicationem*, che a quello *per damnationem*: “il primo perché nella legge testamentaria, espressione della volontà generale, non vi può essere che la formula impersonale, mentre il *do lego* è la manifestazione caratteristica, energica della volontà individuale”; il secondo, non solo perché posteriore al primo, e dunque improbabile essendo che fosse conosciuto questo e non l’altro, ma anche perché “[...] il *damnas esto dare* a carico di una persona non può immaginarsi senza l’assenso dell’obbligato [...] [e] di assenso dato dall’*heres* nei comizi non troviamo traccia alcuna [...]”. Conformi P. BONFANTE, *L’origine*, cit., p. 46; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 390; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 748; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 479, nt. 1, 544; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 26; S. SOLAZZI, *Una data*, cit., p. 150; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 674; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 717, che, in particolare, esclude altresì la possibilità d’inserire disposizioni a titolo particolare di carattere «personale», come le manomissioni. *Contra*, in favore della possibilità d’inserire nel testamento comiziale legati *per vindicationem* e, solo in età, più recente, *per damnationem*, A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 85, 90; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419, nt. 1, il quale, pur ritenendo inammissibile l’inserzione dei legati, riteneva possibile, oltre ovviamente alla nomina dell’erede, anche quella del tutore e la *manumissio* del servo; seppure *incidenter tantum* in relazione al legato in generale, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 35 (ma v. anche, *ivi* la p. 275). Dubitativamente, infine, G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 12. Vieppiù – in consonanza con quanto, come visto, afferma la dottrina maggioritaria in relazione ai legati – dovrà sostenersi l’estraneità al *testamentum calatis comitiis* di disposizioni fedecommissarie, le quali, come accennato nella nt. precedente, si svilupparono, infatti, in epoche ancora più tarde.

³³V. P. VOCI, *Diritto*, I, cit., pp. 17-18, secondo cui anch’esso è atto dei *patres familias* puberi [*ivi*, nt. 37: “l’età militare comincia, anzi, con gli anni 17”]; inoltre, era consentito tanto ai patrizi, quanto ai plebei: i primi, se non avevano testato *calatis comitiis*, e si vedevano *morte urgueri*; i secondi, che così godevano di possibilità che altrimenti non avevano (per quest’ultima congettura, v. anche E. COSTA, *Storia*, cit., p. 481; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 635]. Inoltre, lo «oggetto» era circoscritto alle armi e agli altri oggetti più cari (di sole «disposizioni a titolo particolare soprattutto sui propri beni personali» parla M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 717), conseguendone, peraltro, che quella creazione artificiale dell’*heres*, che la giurisprudenza successiva avrebbe ritenuto elemento indefettibile del testamento (v. § 2), non era qui ritenuta essenziale (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 522). In punto di confronto con la forma testamentaria precedente, mentre parte della dottrina ha sostenuto che il *testamentum in procinctu* ne costituisca «una mera imitazione» (A.

periodicità biennale precludeva la formulazione in qualsiasi momento delle ultime volontà³⁴, sicché queste ultime, anziché essere espresse dinanzi alle assemblee popolari, venivano manifestate avanti all'esercito³⁵. Il terzo – il *testamentum per aes et libram* – da ultimo, era

BURDESE, *Manuale*, cit., p. 628), appare più scettica la posizione risalente, che, nel contestare tale sovrapposizione, ha osservato come tale forma non poté costituire un mero «adattamento» alle necessità della guerra del testamento comiziale: “né infatti l'esercito è il popolo intero, né è diviso per curie, né le centurie militari sono centurie votanti, né è possibile che i Romani pensassero fatte all'esercito dichiarazioni udibili dai soli vicini” (S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419, nt. 2). Per la negazione che il *testamentum in procinctu*, analogamente a quello «comiziale» (v. nt. precedente), potesse contenere legati, v. S. SOLAZZI, *Una data*, cit., p. 150 (dubitativamente, invece, M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 390, secondo cui “la contestualità storica con l'altro modello fa pensare ad una somiglianza piuttosto che ad una radicale diversità”). Per la tesi, minoritaria, secondo la quale tale forma si svolgeva innanzi ai comizi centuriati, cfr. G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 194-197 (*contra*, già L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 77, per il quale sarebbe “[...] ben difficile credere che, al momento di muovere alla battaglia, si perdesse il tempo ad esaminare uno per uno i testamenti di tutti i soldati, e votar pro o contro”, mentre G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 113 sostengono che l'esercito teneva le veci dei comizi curiati e rappresentava, probabilmente, la «prefigurazione» dei comizi centuriati, che erano appunto un'assemblea di cittadini-soldati).

³⁴ Così, *spec.*, G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 19 e G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 720, il quale, in particolare, deduce dalla necessità di attendere la riunione del comizio o il tempo di guerra la natura «eccezionale» dell'atto, cui si ricorreva “[...] di rado e per motivo importante”.

³⁵ Che si trattasse dell'esercito intero appare evidentemente una *factio*. E cfr., infatti, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419, nt. 2, secondo cui “[...] il soldato dichiarava la propria volontà ai commilitoni vicini, perché non tutto l'esercito, data la sua estensione sul campo, poteva udirne la dichiarazione, né i soldati faceano testamento successivamente, ma contemporaneamente”. Ne è testimonianza il racconto di Velleio Patercolo, il quale narra che nel 142 a.C., durante l'assedio della città spagnola di Contrebia ad opera di Quinto Cecilio Metello Macedonico, la dichiarazione di ultima volontà era stata compiuta dinanzi a solamente cinque coorti. Vell. *Pat. hist. Rom.* 2, 5, 2-3: «*Et ante eum paucis annis tam severum illius Q. Macedonici in his gentibus imperium fuit, ut, cum. Urbem Contrebiam nomine in Hispania oppugnaret, pulsas praecipiti loco quinque cohorts legionarias eodem protinus subire iuberet. facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret, non deterritus proposito, quem moriturum miserat militem victorem recepit: tantum effect mixtus timori pudor spesque desperation quaesita [...]*». In senso contrario, v., però, almeno apparentemente, Schol. Veron. *ad Aen.* 10, 241: «*Exercitu in aciem deducto*

circoscritto ai casi di morte improvvisa, ma ben presto surrogò i primi due³⁶, i quali – come ricorda sempre il giurista antoniniano³⁷ – «*in desuetudinem abierunt*», conseguendone che «*hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est*»³⁸.

iterum morabantur ut immolaretur. Interim ea mora utebantur qui testamenta in procinctu facere volebant».

³⁶ Gai 2, 102: «[...] *qui enim calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur* [...]». Sulla «reticenza» di Gaio in relazione alla fisionomia dei *vetera testamenta*, v. M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 109, secondo cui egli sarebbe “[...] censurabile: è inimmaginabile che egli nulla sapesse di una pratica, svolta avanti ai *comitia curiata*, affine per contenuto e funzione all’*adrogatio populi auctoritate*”, e ancóra, *ivi*, nt. 42, ove si soggiunge che “[...] sembra prevalere in Gaio un atteggiamento di distacco, come se il poco e il necessario dovesse bastare a soddisfare il dovere di informazione riguardo agli antichi testamenti”, mentre “[...] ogni sforzo è diretto all’illustrazione del *testamentum per aes et libram*: il suo progressivo costituirsi, la sua fisionomia tecnica”. D’altra parte, la stessa circostanza che l’ereditando dovesse testare in occasione d’una morte improvvisa appare, evidentemente, “[...] una maldestra descrizione di una supposta situazione storica antica”, essendo evidente che il pericolo di morte non poteva essere condizione di validità dell’atto (F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 23, nt. 128; ma sembrano per converso dare più credito alla spiegazione E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 192; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 634; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 86, 398 il quale, in particolare, sostiene che “[...] forse [...] non mancavan di quelli, che sdegnavano di ricorrere a queste forme, desiderosi di sottrarsi al sindacato del popolo ed a quello, molto più serio ed efficace, esercitato con la previa *causae cognitio* dei *pontifices*”, con congettura coerente alla già ricordata posizione dell’A – v., *supra*, nt. 2 – secondo cui i comizi sarebbero stati chiamati ad «approvare» il testamento).

³⁷ Gai 2, 103.

³⁸ Nel passo gaiano, si contrappongono sovente le locuzioni *nunc* (in relazione al *testamentum per aes et libram*) e *olim* (con riguardo al *testamentum calatis comitiis* e a quello *in procinctu*); senonché, la genericità di tali locuzioni avverbiali non consente una periodizzazione precisa (e v. A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 394, per la quale è invero dubbio “[...] se Gaio si riferisse all’età delle dodici Tavole, oppure si ricollegasse semplicemente ad una situazione precedente alle riforme pretorie, ma successiva all’età decemvirale”). Analogamente è a dirsi, d’altronde, per il già citato passo (v., *supra*, nt. 12) delle Inst., 2, 10, 1, in quanto delle forme testamentarie *calatis comitiis* e *in procinctu* «occorre sapere» – s’afferma – quasi a fini storici (*sciendum est*), mentre in relazione a quella *per aes et libram* si sostiene che essa sovvenne, semplicemente, *deinde*: passi, questi, che, quindi, trasmettono tutti “[...] un’idea di distanza, un senso di profondità

In base a quest'ultima tipologia testamentaria³⁹, il testatore effettuava, in primo luogo, una *mancipatio* complessiva⁴⁰ del proprio

temporale” (così M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 114 e v. anche F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 62, nt. 92, nonché P. ARCES, *Studi*, cit., p. 176, secondo cui è «ragionevole sospettare» una coesistenza, almeno per un certo periodo, delle prime due forme con quella librare).

³⁹Che rappresentava l'evoluzione di formalità più antiche, v. Gai 2, 103: *Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator; quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur; a quo etiam legata reliquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.* E poi, soprattutto, Gai 2, 104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO, EAQUE, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGE PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.* Per una visione d'insieme dei due passi, cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 12-17.

⁴⁰Come emerge dal passo riportato nella nt. precedente, diffusa nella prassi, fin dai primordi della Repubblica, e vero e proprio antecedente storico del *testamentum per aes et libram*, che ne conservò, per *fictio*, il meccanismo effettuale, era anche la c.d. *mancipatio familiae*, con cui si trasferivano – sempre fiduciarmente, ma *inter vivos* (v. M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 461; S. SOLAZZI, *Una data*, cit., p. 150; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 36, 108; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 87; G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 127; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 114; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 483; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 635, 708) – i beni, affidando l'incarico al «finto» compratore di distribuirli fra le persone, che il testatore avesse riservatamente indicate oralmente o per iscritto. Tale negozio, costituente non tanto un testamento, quanto un suo «surrogato» (G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 711), consentiva – per effetto della «ingegnosa applicazione» fattane dalla giurisprudenza pontificale (A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 394) – di porre rimedio agli inconvenienti delle due forme testamentarie più antiche: “[...] permetteva infatti di disporre dei propri beni per dopo la morte in qualsiasi momento; estendeva la possibilità di far ciò a tutti i cittadini, senza distinzione di classe, di età e di sesso; allargava la rosa dei possibili destinatari delle disposizioni” (così, riassuntivamente, S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 103).

patrimonio⁴¹ ad una persona di fiducia⁴² (*familiae emptor*⁴³), alla quale –

Eppure, esso recava con sé degli svantaggi, derivanti: *i*) dalla trasmissione effettiva – a prescindere dal momento, su cui v., *infra*, nt. 29-30 – dei beni allo *emptor*, e quindi *ii*) dal rischio di affidare la *voluntas testantis* alla (sola) sua *fides* (e dal «fiduciario», anziché dal *de cuius*, i «successori» avrebbero acquistato: v. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 36); *iii*) dalla possibilità di trasmettere solo le cose corporali, anziché tutti i rapporti (patrimoniali e non) facenti capo al disponente, e quindi *iv*) dalla mancata individuazione dell'erede, dacché un'istituzione espressa evidentemente non v'era. Su quest'ultimo profilo, v., chiaramente, P. ARCÉS, *Studi*, cit., p. 186; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 391; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 13; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 88; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 209-210; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 765, *spec.* M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 67, nt. 52, in fine, nonché, ID., *op. cit.*, p. 69, ov'è colta, per l'effetto, un'aporia nel passo gaiano citato alla nt. precedente, là dove, nel periodo più antico («*olim*»), si riferisce incoerentemente *testator* alla *mancipatio familiae*, per quanto, difettando quest'ultima della *heredis institutio*, “[...] si consuma anche la possibilità di un'assimilazione al testamento”. Ed è proprio per tale ragione, che “dopo vari ed incerti tentativi, la giurisprudenza pontificale arrivò alla conclusione che un erede dovesse esserci in ogni caso: perciò nel campo della successione intestata si chiamarono eredi anche i chiamati dalla legge, e in materia testamentaria si volle che il documento consegnato all'*emptor* della *mancipatio familiae* cominciasse con l'istituzione di uno o più eredi, fossero questi gli stessi che il costume o la legge avrebbe chiamati in mancanza di testamento o altre persone preferite dal testatore”: così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 516-517. Recentemente, però, per una «ri-qualificazione» in chiave testamentaria della *mancipatio familiae*, v. F. TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 301 ss. (e, in adesione, G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 128).

⁴¹ L'oggetto della successione era in verità più ampio: “l'erede, testamentario o *ab intestato*, familiare od estraneo, non raccoglie soltanto le cose corporali comprese nel patrimonio del defunto; anzi si sostituisce a lui in tutti i rapporti giuridici attivamente o passivamente trasmissibili, e non solo nei patrimoniali, ma anche in altri che col patrimonio non hanno niente a che fare, come lo *ius sepulchri* (se ereditario [...]) e la prosecuzione dei culti (*sacra*) familiari” (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 510-511). Sugli *iura sepulchrorum* e sui *sacra*, v. anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 131 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 380; C. FADDA, *Concetti*, II, cit., p. 230 ss. Movendo dai secondi, è chiaro come essi non possano certo essere «trasfigurati» patrimonialmente sotto forma di debiti del defunto verso gli Dei (in senso critico, v. anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 133, per il quale tale ricostruzione non faceva altro che “[...] dissimulare sotto una veste meschina e disadatta una delle più eminenti funzioni della famiglia e dello Stato antico, rinunciando volontariamente ad uno dei tanti mezzi per cui giungere alla concezione della famiglia, della società e dell'eredità primitiva”), né ricondotti ad una *obligatio* avente fonte «sacrale» (*rectius*, «pontificale»), anziché «legale» (v. ID., *Corso*, cit., pp. 133-134): più in generale, infatti, essi “[...] assumono rilievo sia riguardo al piano

‘descrittivo’ all’interno della comunità; che al piano ‘prescrittivo’, tutto intimo a ciascuna ‘familia’”, sicché “[...] gli oneri che ne conseguono legittimano l’investitura del *pater* nel ruolo di più alta rappresentanza del nucleo familiare”, in quanto “[...] sarà lui, il *civis-pater familias*, a ereditare i *sacra familiaria* e a trasmetterli; sarà lui il depositario dei riti e dei simboli del culto domestico, e il sacerdote delle cerimonie da cui dipende la prosperità e la salute della *familia*” [così, con equilibrio, M. D’ORTA, *Saggio*, cit., p. 52, il quale, *ivi*, nt. 32 ricorda come la venerazione fosse rivolta ai Lari (che proteggevano della casa e del fondo), ai Penati (che sovrintendevano alle provviste), al *Genius* del *pater familias* e ai Mani (che vigilavano sulle anime dei trapassati)]. Con riguardo ai primi, e cioè agli *iura sepulchrorum*, essi sono una *res religiosa* dichiarata espressamente *extra commercium* ed *extra patrimonium*. L’analisi della loro trasmissibilità agli eredi impone di distinguere – a partire dall’età imperiale, dacché pare che la differenza fosse ignota all’età repubblicana – tra i sepolcri «familiari» e quelli «ereditari»: gli uni spettavano ai membri d’una determinata famiglia come tali, e cioè in base al rapporto «agnatizio»; gli altri, invece, appartenevano agli eredi in questa loro qualità (*quia heredes*), anche se *extranei*. Ciò si evinceva anche da indicazioni esteriori: gli uni, infatti, recavano le iniziali H.M.H.S. («*hoc monumentum heredem sequitur*»); gli altri, viceversa, erano contrassegnati da varie formule, come H.M.H.N.S. («*hoc monumentum heredem non sequitur*»), «*huic monumento ... IUS abesto*», «*IUS CIVILE abesto*» e «*IURIS CONSULTUM abesto*».

⁴²Ma il trasferimento non era «fiduciario» in senso tecnico, come ben spiega C. FADDA, *Concetti*, I, cit., pp. 52-54. *Contra*, nel senso d’un inquadramento nella vasta categoria della «alienazione fiduciaria», seppure intesa “[...] nel senso di alienazione i cui effetti esorbitano da quelli normali della *mancipatio*”, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 43 e *spec.* pp. 202-203, secondo cui la fiducia ha avuto funzione «formativa» o «creativa» di nuovi istituti, come nel caso del *testamentum per aes et libram* (conforme G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 211, secondo cui si tratterebbe di un’applicazione della *fiducia cum amico*). In tema, v. anche, più ampiamente, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, *passim*, *spec.* p. 109 ss.; ID., *L’heres fiduciarius’ in una prospettiva storico-comparatistica*, in M.L. BICCARI (a cura di), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, Studi urbinati, 2015, p. 157 ss.

⁴³Per una recente ricostruzione del dibattito se questi dovesse ritenersi un *fiduciarius*, titolare di posizione assimilabile a quella di uno «esecutore testamentario» (o comunque di un suo archetipo: c.d. «*Vorläufer des Testamentsvollstreckers*», come’è stato ad esempio sostenuto, con opinione risalente, da L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 399), oppure uno «erede» vero e proprio, v. P. ARCES, *Studi*, cit., pp. 179-181, e in particolare ID., *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, in M.L. BICCARI (a cura di), *Fiducia*, cit., p. 133 ss., *spec.* p. 137, nonché F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., pp. 50-61, ove anche le sfumature di queste due posizioni opposte, e per es.: *i*) se il *familiae emptor* fosse un beneficiario dell’atto, potendo, così,

in presenza del *libripens*⁴⁴ e di *non minus quam quinque testes*⁴⁵ – conferiva il fittizio⁴⁶ incarico di destinare i cespiti ereditari⁴⁷; ma ciò, appunto,

trattenere per sé le cose di cui l'ereditando non avesse disposto espressamente (il che è sostenuto espressamente, peraltro, da U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 630); *ii*) se si qualificasse come vero e proprio «avente causa» del *mancipio dans*-testatore ovvero come suo «mandatario»; *iii*) se un siffatto acquisto si verificasse immediatamente, per effetto del compimento della *mancipatio familiae* [così, ad es., L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 87, 90; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 36; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 34, per il quale, in particolare, l'espedito si risolveva nel perfezionare l'atto quando il disponente era ormai rassegnato a non vivere a lungo; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 644, nt. 126, secondo cui, invece, si sarebbe potuto al più configurare uno «illecito», dubitativamente configurato nei termini del *furtum*, in caso di atti dispositivi (e così anche M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 394 e A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il diritto*, cit., p. 707)] o, piuttosto, alla morte del testatore, come infine sostengono S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 375 e B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 43.

⁴⁴ Tit. Ulp. 20, 2; Gai 2, 104; Inst. 2, 10, 1.

⁴⁵ Così i Tit. Ulp. 20, 2. Gai 2, 104, peraltro, soggiunge che i cinque testimoni dovevano essere cittadini romani puberi (e così anche Inst. 2, 10, 1). M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., p. 167; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 24; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 56; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 399; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 57-58 precisano che essi dovevano essere *rogati*, ossia convocati allo scopo; tuttavia, nella prassi la loro chiamata avveniva *ad testamentum signandum*, giacché il loro compito si risolveva, in sostanza, in quello di «sigillare» il testamento. Per i requisiti dei testimoni, nonché del *libripens* e del *familiae emptor*, v. – oltretutto Tit. Ulp. 20, 7 e Inst. 2, 10, 6 – comprensivamente, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 55, il quale ricorda che erano incapaci: *i*) il muto, il sordo, il pazzo, il prodigo, l'impubere, la donna, lo schiavo e il non cittadino; *ii*) chi fosse in potestà del testatore o del *familiae emptor*; *iii*) il *pater* di quest'ultimo, se *filius familias*; *iv*) il *frater* del medesimo, se entrambi sottoposti alla potestà del medesimo *pater* (viceversa, due fratelli, sottoposti alla medesima potestà, potevano essere entrambi testimoni, o l'uno teste e l'altro *libripens*). Erano altresì incapaci i cc.dd. *improbi et instabiles*, cioè coloro cui la testimonianza era vietata a titolo di pena accessoria (condannati per adulterio, *repetundae* o diffamazione). Potevano, invece, essere adibiti a testimoni l'erede (ma la fattispecie non è incontrovertita, in relazione anche al *pater* e al *filius* di lui), il legatario e le persone che erano in potestà di costoro, o le avevano in potestà: cfr., sul punto, ampiamente, F. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., p. 283 ss.

⁴⁶ Di *mancipatio imaginaria* si discorre in Tit. Ulp. 20, 2 (e v. anche Gai 1, 119 e Inst. 2, 10, 1, nonché, per un compiuto inquadramento degli atti liberali *imaginarii*, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 126, nt. 234 ed E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 134-135, il quale, in particolare, l'inquadra nel contesto della «simulazione», per segnalare che a mezzo di essi “[...] un rituale preesistente, foggato per certe circoscritte funzioni economiche e sociali,

viene messo a profitto in via normale per realizzare funzioni nuove, senza mutamento della sua struttura esteriore e in ossequio alla logica del suo congegno, mercé una segreta intesa delle parti in tal senso’). Sul punto, cfr. anche M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 645-646; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 208; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., p. 52, F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 355; P. ARCES, *Studi*, cit., p. 178; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 630; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 107-108; diffusamente, M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 166, per il quale, in particolare, la *mancipatio* “[...] nella sua monotona meccanicità come nell’abuso di abbreviazioni – la cui utilizzazione non era ammessa nei testamenti – [...] genera già di per sé l’impressione di dare solo fittiziamente e in via tralatizia per avvenuta una solennità che non si compie e di cui non si comprende né il significato né l’importanza. Naturalmente nessuno può pensare che Augusto, redatto per iscritto il suo testamento, non abbia adempiuto perfettamente ai vari atti riferiti da Gaio e che la stessa cosa non abbiano fatto al suo tempo gli autentici romani, completando magari il rito, ove preferissero ricorrere a un testamento puramente orale, con la parte dispositiva. Ma via via che si procede nel principato e ci si inoltra nelle province – le attestazioni della clausola rimontano al II secolo d. Cr. E all’inizio del III e provengono dall’Egitto – l’impressione diventa grave, convincente sospetto”.

⁴⁷ Gai 2, 103: [...] *amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet* [...]. In Gai 2, 104 si discorre di *familia* e di *pecunia* e v., sul punto, A. SPINA, *Il diritto*, cit., pp. 428-430, per la quale la prima locuzione sarebbe «bisensa» (alludendo, cioè, sia a una comunità di persone libere, che al patrimonio familiare), mentre la seconda – secondo l’etimologia (*pecus*) e l’utilizzo fattone in Tab. 10, 7 – designerebbe la parte di patrimonio destinata alla circolazione, sino ad includere la *res* ontologicamente preordinata allo scambio, ossia il «denaro» (così già P. VOGLI, *Diritto*, I, cit., p. 23). Ne dovrebbe conseguire, allora, che tra i due vocaboli non si darebbe un rapporto di contrapposizione, ma di continenza, perché la *pecunia* indicherebbe solo una porzione della *familia*, latamente, e nella seconda accezione, intesa. In età post-decemvirale, le due parole trovarono composizione in unico sintagma (*familia pecuniaque*) e, in un’epoca ancora successiva, si verificò un nuovo smembramento terminologico, al punto che Cicerone definì *hereditas* la «*pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*» (Cic. *top.* 6, 20). Sul punto, v. anche V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 42-48; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 675, nt. 1; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 187; P. ARCES, *Studi*, cit., pp. 95-102; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 105; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 72, 92-95; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 629; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 688, 694; A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 73-74; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 630-631; U. COLI, *Il testamento*, cit., pp. 629, nt. 61, 654-656; F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11, nt. 46. Tali notazioni – a parere di A. SPINA, *Il diritto*, locc. ult. citt. – metterebbero in risalto la matrice «religiosa» della formula di *mancipatio*, in quanto nel lessico giuridico la dizione *familia pecuniaque* sarebbe porsa imprecisa, là dove essa riecheggia, invece, quella di *domus familiaque*, presente nelle preghiere del tempo.

solo «*dicis gratia propter veteris iuris imitationem*»⁴⁸, ch  il fiduciario, il quale in origine «*heredis locum optinebat*»⁴⁹, non era destinatario d’alcunch , al contrario dell’erede vero, sul quale sarebbero gravati anche i legati⁵⁰.

⁴⁸ Gai 2, 103. E su tale locuzione v. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 68, secondo la quale si tratterebbe d’uno «arcaismo»: il che confermerebbe che, nella trattazione dei *genera testamentorum*, Gaio abbia attinto a modelli precedenti; ipotesi, questa, altres  avallata dal fatto che egli era fine conoscitore del diritto antico, specialmente d’et  decemvirale, avendo commentato l’opera civilistica di Quinto Mucio Scevola, nonch  delle XII tavole (v., *ivi*, p. 69). Da ultimo, e pi  in generale, v. ID., *Sul valore delle espressioni ‘dicis gratia’ e ‘dicis causa’ nel linguaggio dei giuristi*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXXXI, 2015, p. 263 ss.

⁴⁹ Gai 2, 103. Ma v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 522, il quale non dubita che il «fittizio compratore» (*familiae emptor*) “[...] non abbia mai avuto in fatto una posizione paragonabile a quella di un erede” (sul punto, pi  di recente, F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 12, nt. 51).

⁵⁰ Le conseguenze della transizione dalla *mancipatio familiae* al *testamentum per aes et libram* – verificatasi in un tempo non determinabile con precisione, ma probabilmente collocabile tra la seconda met  del IV e la prima met  del III secolo a.C. (v. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 719; F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 15; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 694; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 211; S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 107, nt. 100, il quale, in particolare, sostiene che il termine *ante quem* possa essere ravvisato nella *lex Voconia* del 169 a.C., in quanto essa presupponeva la vigenza del testamento librare) – sono state, dunque, cos  sintetizzate da P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 95, che qui testualmente riportiamo: *i)* “il *familiae emptor* non   pi  un protagonista del negozio, ma diventa un personaggio fittiziamente adibito per tenere in piedi la struttura esterna della *mancipatio*. Al suo posto sottentra l’erede: e questi, se sia un estraneo, ha bisogno di un atto di adizione per acquistare l’eredit ”; *ii)* “le formule pronunciate dal testatore e dal *familiae emptor*, sottolineano che l’atto compiuto   un testamento; sono quelle stesse che Gaio riferisce e che abbiamo gi  visto”; *iii)* “le acquisizioni, da parte dei destinatari delle varie disposizioni che non siano eredi, dipendono, nella loro efficacia, dall’acquisto da parte dell’erede: ma, avvenuto l’acquisto, producono effetti che si avverano *ipso iure*”. In tal modo – con S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 108 – non v’era pi  “[...] contraddizione tra struttura dell’atto e sua funzione di *atto mortis causa*, posto che esso, dato che la *mancipatio* era puramente «*imaginaria*» e l’atto veniva qualificato come testamento, era destinato a spiegare i suoi effetti giuridici solo dopo la morte del disponente”; sintetizza efficacemente il percorso evolutivo, discorrendo del *testamentum per aes et libram* quale esempio paradigmatico d’uno «adattamento funzionale», A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 346-347 (nello stesso senso, G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 38; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 35; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 24, la quale discorre in particolare d’una «incongruenza tra forma e causa»). Sottolinea, infine, l’originario

In un momento immediatamente susseguente⁵¹ – nell'ambito d'un procedimento bi-fasico⁵², seppur informato alla *unitas actus*⁵³, di cui è analitica traccia in Gaio⁵⁴ – l'ereditando pronunciava solennemente la *nuncupatio testamenti*⁵⁵, tenendo in mano e leggendo⁵⁶ delle *tabulae ceratae*,

carattere «ripugnante» alla struttura testamentaria della *mancipatio*, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 6, il quale addita la trasformazione ad applicazione del *favor testamenti* (v. anche *infra*, nt. 56).

⁵¹ Come si desume dal *deinde*. Durante questa fase, il *libripens* e il *familiae emptor* fungevano da testimoni in senso stretto, aggiungendosi, per così dire, a quei cinque, che già avevano preso parte alla fase «mancipativa» (A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 433; F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 15, nt. 72; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 397).

⁵² Chiaramente, sul rapporto tra i due momenti, F. TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 319, secondo la quale “[...] la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio testamenti* si venivano a trovare [...] in corrispondenza biunivoca tra loro, nel senso che non si può cogliere il significato complessivo dell'atto se non tenendo conto del rapporto funzionale che le lega volto a realizzare essenzialmente lo scopo finale di consentire a un soggetto di fare ‘testamento’ [...]”.

⁵³ V. A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 434; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 23; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 648-649; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 52, 56; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 7; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 54-55. In età severiana, è cristallino al riguardo il frammento D. 28.1.21.3. (Ulp. 2 *ad Sab.*): «*Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur.*».

⁵⁴ V. nt. 26.

⁵⁵ Anche denominata *suprema contestatio*, in ragione del fatto che essa veniva pronunciata a conclusione dell'intero negozio: così F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 226.

⁵⁶ In verità, nelle epoche più remote, il testamento era integralmente «orale» (c.d. *nuncupatio heredis*) e la *nuncupatio testamenti* rinviava alle dichiarazioni proferite verbalmente poco prima; nella formula gaiana, invece, il testatore non leggeva per intero il documento contenuto nelle *tabulae*, ma si limitava – e nuovamente di *relatio* si trattava – a confermarle a voce (di vera e propria «formula confirmatoria» parla M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 720). Cfr., al riguardo, A. SPINA, *Il diritto*, cit., p. 432; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 40-41; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 720; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 645; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 109; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 483-484; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 709; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 27; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 101-102; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 648; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 27; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 44-45; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 53, che, in particolare, ha perciò differenziata la *nuncupatio* «totale» da quella «di rinvio», la quale assicurava l'esigenza, già

preparate *ex ante*.

Riguardato sotto il profilo «esterno», il testamento librato aveva dunque conformazione «bilaterale»; visto da quello «interno», s'atteggiava, invece, e ovviamente, ad atto «unilaterale»⁵⁷⁻⁵⁸.

allora avvertita, di segretezza nella manifestazione delle ultime volontà. Sul punto, v. – oltre agli AA. già citati – *spec.* S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 108-111, che, in particolare, inquadra questo fenomeno nel contesto della diffusione d'ingenti patrimoni, rispetto ai quali – nota l'A. efficacemente – “[...] sarebbe stato illusorio affidare alla sola memoria dei testi, e tutti insieme, istituzioni di erede, diseredazioni, sostituzioni volgari e pupillari [...], legati aventi gli oggetti più disparati e le forme e gli effetti più differenti, condizioni, termini, modi, fedecommissi, manumissioni dirette o fidecommissarie di decine o centinaia di schiavi, fondazioni a scopo sociale o funerario, nomine di tutori o di persone con speciali funzioni e poteri, particolarmente di amministrazione, le cosiddette adozioni testamentarie, l'imposizione di divieti agli eredi rafforzati magari dalla comminazione di multe, le raccomandazioni e le disposizioni ulteriori di varia natura tra cui quelle di ordine funerario tanto in uso specie presso il ceto più abbiente” (*ivi*, p. 109): ragion per cui alla finzione della *mancipatio* s'aggiunse, appunto, quella della «oralità» del testamento.

⁵⁷ Così P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 51, cui *adde* M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 642, nt. 119; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 636; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 201-202; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 387, 389; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 381, nt. 1, secondo cui la «unilateralità» della vocazione testamentaria deriverebbe da quella dell'atto d'adozione del servo proprio (e v. anche *supra*, nt. 13) e B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 26, per il quale la conformazione «bilaterale» della *mancipatio* non attenuava la «unilateralità» del testamento, in quanto “[...] la volontà del disponente non ha bisogno dell'accettazione adesiva del *familiae emptor* o di altri, tanto che il testatore può limitarsi alla semplice presentazione delle *tabulae testamenti* senza neppure leggerne il contenuto od altri possa comunque prenderne visione”, sicché – chiosa l'A. – “la bilateralità riguarda la *mancipatio* ma non la volontà testamentaria”. In tema, è d'interesse anche la notazione di A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 50, nt. 3, secondo cui nei popoli primitivi si riscontrerebbe una difficoltà nel configurare disposizioni *mortis causa*, ragion per cui esse “[...] si costruiscono faticosamente attraverso espedienti: intervento di una terza persona, *familiae emptor*, *salmann*, ecc., attraverso riserve, formule delle riserve nel testamento greco, riserve nelle divisioni ereditarie egizie, greco-egizie e nelle disposizioni m.c. medioevali nei diritti germanici e volgari italiani”.

⁵⁸ Mentre non si dubita che il *testamentum calatis comitiis*, quello *in procinctu* e la *mancipatio familiae* costituissero atti esclusivamente «orali» (S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 40; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 710-711; limitatamente al primo, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 399), a fronte dell'impianto strutturale così sommariamente descritto, è, infine,

controverso se il testamento *per aes et libram* fosse un atto «orale» o «scritto». M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 461, dà per esatta la prima opinione: “la volontà testamentaria, anche se precisata nel suo contenuto materiale unicamente nel documento, si trasfonde nella *nuncupatio*, rispetto alla quale le *tabulae* hanno un valore probatorio. Pertanto, se il documento va smarrito o distrutto, il testamento continua formalmente ad esistere. Per lo stesso motivo, se un errore di formulazione si può considerare ristretto alla scrittura, si applica il principio «*plus nuncupatum minus scriptum*»” (v. anche, *amplius*, ID., *Il testamento*, cit., pp. 169-170; ID. e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., pp. 7-8; nonché, in senso conforme, P. VOICI, *Diritto*, II, cit., p. 54; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 234; G. IMPALLOMENE, voce *Successione*, cit., p. 720; G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 146; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 44; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 142-143; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 712; A. LOVATO, S. PULLATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 709). In una diversa direzione, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del «testamentum per aes et libram»*, in AA.VV., *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e storia del diritto*, a cura di G. Moschetti, III, Milano, 1951, p. 79 ss. L’A., constatando preliminarmente come l’opinione pressoché unanime della scienza romanistica si fosse orientata verso il valore «probatorio», e non «dispositivo», delle *tabulae*, ha contestato, quanto meno, che tale idea potesse essere attribuita direttamente alla «dottrina romana», dacché non risulterebbe che questa avesse operato un’espressa teorizzazione in ordine alla natura «probatoria» o «dispositiva» dei documenti in generale, e dei testamenti in particolare. Il quesito, in verità, è dunque se “[...] le *tabulae* documentino una manifestazione di volontà già per sé valida, o se quella dichiarazione di volontà che è il testamento si sostanzia proprio nella redazione di esse” (*ivi*, p. 82). L’A. – valorizzando, al riguardo, la classica distinzione carnelluttiana tra ciò che importa per la forma, ossia lo *scrivere* (atto), e ciò che invece rileva per la prova, ossia lo *scritto* (oggetto) – perviene, quindi, alla conclusione che “[...] nel caso del testamento segreto è chiaro che la volontà del testatore si manifesta scrivendo o facendo scrivere, mentre prima che le parole siano incise sulla cera si ha solo un *propositum in mente retentum*” e che, dunque, “[...] i romani testavano [...] scrivendo; e questa e non altra è la caratteristica del documento dispositivo” (*ivi*, p. 85; salvo a voler riconoscere una valenza probatoria a quella parte delle *tabulae*, ove si faceva riferimento all’espletamento delle formalità complementari, con la precisazione, tuttavia, che anche in tal caso “[...] l’esistenza e la validità del testamento non riposa per questa parte sulla scrittura, bensì sull’effettiva presenza dei sette personaggi e sulla precisa ripetizione delle parole e dei gesti rituali; perché, insomma, qui sono le dichiarazioni verbali che contano. Se ci riportiamo, invece, a quella più cospicua parte delle *tabulae* che il testatore mostra dal di fuori ma non legge né fa leggere, dov’è la dichiarazione di volontà, valida per sé stessa, di cui la scrittura farebbe prova?”). La ricostruzione dell’Arangio-Ruiz ha prontamente sollevato le obiezioni d’altri studiosi, e precisamente del Guarino e dell’Archi. In A. GUARINO, *La scrittura nel «testamentum per aes et libram»*, in AA.VV., *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, 1955, p. 377 ss., *spec.* 384, si dubita, in ordine alla possibile «coesistenza», come visto evocata con vigore dall’Arangio-Ruiz, d’una parte «dispositiva» e

d'una «probatoria». E in ciò, ad avviso di Guarino, starebbe, fra l'altro, l'errore: “dato che, nel rituale del *testamentum per aes et libram* si faceva dopo la eventuale redazione scritta delle volontà testamentarie; dato che dell'avvenuta esecuzione della *mancipatio familiae* si fa menzione nelle stesse *tabulae* testamentarie, anzi nella stessa presunta seconda scrittura contenente la parte presunta segreta del testamento; ne consegue che le *tabulae testamenti* erano tenute dal *testator* tuttora aperte durante la ritualità della *mancipatio* e che erano chiuse dopo la *mancipatio* stessa”; pervenendosi, dunque, alla conclusione secondo cui “[...] ciò significa che i testimoni della *mancipatio* avevano tutta la possibilità di leggere le *tabulae* prima che fossero chiuse: il che dimostra che il testamento non era segreto, che la volontà del testatore non si manifestava mediante la redazione scritta, che la scrittura non rivestiva, dunque, carattere dispositivo nel *testamentum per aes et libram*” (*ivi*, p. 384). Sempre in chiave critica, v. – come accennato – G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano, 1956, p. 286 ss., il quale – ponendosi, esplicitamente, sulla stessa linea di dissenso del Guarino (v. p. 288, nt. 6) – avanza, però, ulteriori e diverse obiezioni. In particolare, l'A., valorizzando il momento della *nuncupatio*, sostiene che essa rappresentava la risultante di due elementi: “[...] anzitutto colui che *legem dicit* e poi coloro che, intervenuti consapevolmente, dovranno testimoniare che la *lex* è stata detta e in ciò collaborano alla sua efficacia”, e la «saldatura» tra i due momenti si verificherebbe, allora, al momento della «invocazione», “[...] che per l'appunto viene così ad acquistare un significato concreto e pratico, e solo erroneamente potrebbe valutarsi come un rituale”. La notazione consente all'A. di rilevare – muovendo dall'ulteriore premessa, secondo cui “[...] è indubitato che il momento dichiarativo della *nuncupatio* comprende le disposizioni di ultime volontà, e particolarmente rientra in essa la *heredis institutio*” – che ad essere rilevante nei confronti dei *testes* non erano tanto “[...] le singole disposizioni, quanto piuttosto che, morto il rogante, la successione si deve aprire secondo quel testamento, alla cui valida creazione essi hanno partecipato”, mentre la conoscenza delle singole disposizioni, pur possibile, non sarebbe risultata essenziale (*ivi*, p. 296). I romani avrebbero, cioè, «genialmente» intuito che questa struttura consentiva al testatore di conferire segretezza a quanto disposto nel testamento, perché la struttura nuncupativa non vi si opponeva, in quanto il suo nucleo essenziale era comunque salvaguardato. Ciò impedirebbe, dunque, di configurare la dicotomia «scritto-orale» in relazione al *testamentum per aes et libram*, e sarebbe inoltre «irrilevante» una ricerca in ordine alla natura della dichiarazione contenuta nello scritto, dacché “una dichiarazione può essere dispositiva o costitutiva, ma il fatto che essa si è manifestata per scritto non significa per l'ordinamento romano che l'atto dello scrivere debba valutarsi *ad substantiam*” secondo le categorie moderne, anche se, servendocisi di queste ultime, si riscontrerebbe tanto una parte «probatoria» (inerente a qualsivoglia documento), quanto una «dispositivo-costitutiva» (comprovata dalla circostanza che quanto dichiarato nelle *tabulae* non aveva certo natura «narrativa»). In adesione, v. S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 43: “nessun dubbio mi sembra possa esser posto sulla maggiore fondatezza, alla stregua del più rigido *ius civile*, della tesi dell'Archi e del Guarino rispetto a quella dell'Arangio Ruiz”. La tesi di

2. *La heredis institutio come caput et fundamentum totius testamenti e i relativi corollari: inammissibilità di testamenti contenenti solo disposizioni «a titolo particolare»; impossibilità del concorso tra successione legittima e testamentaria (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest); estraneità «ontologica» al sistema delle istituzioni ex certis rebus*

Sin da tale momento⁵⁹, il contenuto «tipico»⁶⁰ e «indefettibile»⁶¹ del testamento, pena la sua radicale nullità⁶², era la *heredis institutio*⁶³, a titolo –

quest'ultimo, a parere di Serangeli, si ridurrebbe a una “[...] constatazione di fatto del tutto irrilevante sul piano dell’analisi giuridica del negozio e del valore del documento che vi inerisce”, ma cfr. ID., *op. cit.*, pp. 45-94 per ciò che avveniva nella prassi, alla stregua d’una puntuale indagine delle fonti non giuridiche, sibbene letterarie, dando quindi vita ad un’antitesi che “[...] non può certo destar meraviglia nello storico del diritto romano, ché tutta la storia degli istituti del diritto privato romano, specie nel periodo centrale della loro evoluzione – grosso modo e molto generalizzando, cioè, dalla metà del III sec. a.C. alla metà del III sec. d.C. – è storia dell’antitesi tra il flusso della realtà dei fatti, che mai si arresta e sempre si rinnova, e gli antichi schemi dello *ius civile*”: è, più precisamente, “[...] storia della composizione di tale antitesi, che si ebbe dapprima, e per quanto possibile, all’interno dello stesso *ius civile*, per via dell’*interpretatio prudentium*; poi, con l’affiancarsi alle norme dello *ius civile* di quelle dello *ius gentium* e dello *ius honorarium*, che proprio da antitesi siffatta traevano origine” (*ivi*, p. 94). Aderisce, invece, recentemente, alla tesi della natura «dispositivo-sostanziale», F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 26.

⁵⁹ Ma cfr., per alcune precisazioni, F. TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 306 ss., e poi ID., *Ricerche*, cit., p. 216 ss.

⁶⁰ In linea generale, alla regola della «tipicità», peraltro, s’informavano – specialmente al principio – tutte le disposizioni testamentarie (per una loro classificazione v., *infra*, nt. 61): ha rilevato esattamente P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 82 che “con ognuna di esse si può conseguire un risultato, e solo quello” (conf. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 179; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 21; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 721).

⁶¹ Cfr. *spec.* B. BIONDI, *op. cit.*, p. 183, secondo cui “la istituzione di erede, un tempo contenuto unico del testamento, diventa poi fondamento di ogni disposizione”: d’altronde, “[...] se l’antico testamento non avesse contenuto la *heredis institutio*, non si comprende perché si sia potuta considerare come la base giuridica indefettibile di qualsiasi disposizione”.

⁶² D. 28, 6, 1, 3 Mod. 2 pand.: «*sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*». E cfr. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 643; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 46; G.

diremmo oggi – universale⁶⁴⁻⁶⁵, ed espressa in lingua rigorosamente

IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 720; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 704; C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 223, con la precisazione che tale forma d'invalidità non è – ovviamente – da intendersi in senso moderno.

⁶³Sulla duplice declinazione del concetto di *hereditas* in diritto romano, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 508, per il quale “col nome di *hereditas* i romani designano, come sostanzialmente, anche noi, due cose diverse: da un canto, la somma dei beni appartenenti ad un defunto, nel momento in cui sono devoluti ad uno o più altri che ne prendono il posto e da loro acquistati; dall'altro la situazione giuridica di colui che alla morte del cittadino, in applicazione dei precedetti del *ius civile*, ne prende il posto nel complesso dei rapporti giuridici trasmissibili” (nello stesso senso, G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 705; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 12; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 625-626; G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 5-6; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 138). Quest'ultimo A., in particolare, ha rilevato che, nella prima variante di significato, l'*hereditas* rileva come *universitas*, sebbene tale qualifica non sia stata riservata dalle fonti alla sola eredità, in quanto essa poteva descrivere: *i*) un insieme di persone unite per funzione comune, come i *municipes* (c.d. *universitas personarum*); *ii*) cose corporali complesse, che constano di più cose semplici, parimenti corporali (c.d. *univeritas personarum*): trattasi dei *corpora ex coharentibus* (come lo *aedificium*, la *navis*, lo *armarium*) e dei *corpora ex distantibus* (come il *grex* o lo *equitium*); *iii*) complessi patrimoniali che, se non possono dirsi corporali, constano d'altra parte di cose corporali e non: il *peculio* e, per l'appunto, la *hereditas*. Ma per una critica in ordine alla riconduzione della «eredità» alla «universalità», v. P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 56-58.

⁶⁴E v., infatti, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 509, per il quale il *succedere* romanistico (la *successio in ius*) era propriamente riferito al solo subentrare in «tutti» i diritti e gli obblighi del dante causa, e non in rapporti giuridici predeterminati (esso, dunque, non aveva un preciso significato tecnico, bensì “[...] serv[iva] a descrivere una certa fenomenologia generale”, così G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 705, rispetto – qui con E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 12 – ad un'intera «sfera giuridica»). Fu solo in età bizantina, invece, che si sviluppò la *successio in singulas res* e, al fine di distinguerla dalla *successio* romanistica, si definì quest'ultima *successio in universum ius* o *in universitatem*, “[...] considerando la somma dei rapporti giuridici del defunto quasi unificata in un *corpus quod ex distantibus constat*” (in questi termini, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, loc. ult. cit. e conf. A. GUARINO, *Profilo*, cit., p. 196; ID., *Diritto*, cit., p. 386; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 22-23; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 354-355; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 670-671, secondo cui, in particolare, è da escludere che i *prudentes* avessero elaborato una nozione di *successio* lata al punto da ricomprendere sia la successione «universale» che quella «particolare»; P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 7, che parla di «vano e torbido miraggio» in relazione ad una così ampia costruzione, che “[...]”

non soccorre, ma confonde la reale comprensione dei rapporti”). D’altra parte, s’afferma tradizionalmente che tra eredità e legato vi sia lo stesso rapporto che corre tra successione a titolo universale e particolare; l’opinione – come ha rilevato puntualmente C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 58 – è, tuttavia, da accogliere solo parzialmente, perché “[...] sarebbe p. e. strano, o per lo meno poco naturale, il parlare di successione nel legato di rimessione o di debito o di liberazione da un diritto reale esistente su una cosa del legatario. Addirittura impossibile poi è il parlare di successione in un legato in cui viene imposto al gravato l’obbligo di *facere*, p. e. di costruire una casa per il legatario. [...] D’altra parte vi può essere successione nel legato, ma non successione al testatore. Se si lega cosa altrui – nei casi in cui tale legato è valido – o cosa dell’erede, il legatario né succede al testatore, né succede *mortis causa*. È l’erede che per atto tra vivi gli farà la trasmissione in esecuzione della volontà del testatore. Ciò che del resto succede sempre nel *legatum per damnationem* e, scomparsa questa figura, nel legato di semplice obbligazione a carico dell’erede” (*ivi*, pp. 58-59). Più in generale, P. VOCI, *Diritto*, I, cit., pp. 135-137, ha compendiate in cinque le caratteristiche fondamentali del *succedere* romanistico: *i*) il diritto, o i diritti, in cui si succede, rimangono identici pur transitando da un soggetto ad un altro; *ii*) di regola v’è identità tra le parti del negozio traslativo e i soggetti della successione, ma non necessariamente: si pensi all’ipotesi in cui l’autore dell’atto di disposizione sia legittimato a trasferire il diritto di un terzo (ad es. il creditore pignoratizio) o a quella in cui il destinatario dell’atto dispositivo sia legittimato ad acquistare un diritto che l’autore non gli ha trasferito (ad es. l’acquisto *a non domino*); *iii*) solo il diritto oggettivo può stabilire i casi in cui si ha successione; *iv*) l’estensione della *successio* è «relativa», perché, tecnicamente, “[...] per essa si può subentrare in rapporti d’ogni genere (reali e obbligatori)”, più che in tutti i rapporti, in senso estensivo; *v*) la successione – una volta ammessa – si attua «unitariamente» in tutti i rapporti che comprende, sicché l’erede diventa per così dire «in una volta» destinatario dei rapporti già aventi capo al defunto. Su quest’ultimo punto, v. anche le perspicue osservazioni di P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 15-18.

⁶⁵ Il testamento, dunque, non riguardava che la totalità dei beni (M. AMELOTTI, *voce* Testamento, cit., p. 459) e potevano essere istituite eredi una o anche più persone, secondo un sistema, ispirato alla logica monetaria (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 728), di tipo «duodecimale» – su cui, ampiamente, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 102 – in cui la quota era espressa, appunto, in dodicesimi, o *unciae* («*as*» alludeva, dunque, all’intera eredità, e poi: *uncia* 1/12; *sextans* 2/12; *quadrans* 3/12; *triens* 4/12; *quincunx* 5/12; *semis* 6/12; *septunx* 7/12; *bes* 8/12; *dodrans* 9/12; *dextans* 10/12; *deunx* 11/12). In proposito, “[...] mette appena conto sottolineare che l’erede *ex quota*, non diversamente che l’*heres ex asse*, sarebbe stato per definizione un successore universale (*in universum ius*): l’*heres ex asse* avrebbe avuto l’intera *hereditas*, l’*heres ex quota* ne avrebbe avuto una quota, sarebbe pertanto subentrato all’ereditando in una quota parte, indivisa e in sé non determinata, dell’attivo e del passivo ereditario”: così M. MARRONE, *Istituzioni*, cit.,

latina⁶⁶ (*Titius heres esto*⁶⁷). A tal punto era ritenuta *caput et fundamentum totius testamenti*⁶⁸, ch'essa doveva ritenersi invalida sia nel caso in cui

p. 654.

⁶⁶V. anche Gai 2, 281: «[...] *legata graece scripta non valent; fideicommissa uero ualent*»; Ulp. Reg. 25, 9: «[...] *Graece fideicommissum ualet, licet legatum Graece scriptum non ualet*». Cfr. – su ciò – F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 371 e C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., pp. 197, 226.

⁶⁷Cfr. G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 721; C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 197; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 653; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 273; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 218; M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 462; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 86; ID., voce *Legato*, cit., p. 707; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 719-720; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 80; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 386, 389, i quali, in particolare, discorrono d'un “[...] negozio formale contenuto nella cornice del complesso negozio formale”, costituito appunto dal testamento. I giuristi classici ammisero poi altre espressioni (v. anche, sul punto, ampiamente, *infra*, § 10), tutte espresse in forma «imperativa» e contenenti, quindi, un comando; infatti, poiché – come visto *supra*, nt. 18 – una successione universale poteva ottenersi anche mediante fedecommissum, e ad esso non si addiceva – s'è anche già detto – una forma solenne, se non «precativa» (*uolo, opto, peto, cupio* e simili; v., per le varie formule, G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 112 ss.), la «imperatività» segnava la linea di demarcazione tra la successione universale «diretta» e quella «indiretta» (P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 86; conf. B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 220-221). Si anticipa che solo con una costituzione di Costanzo del 339 d.C. (C. 6, 23, 15) si ritenne valida qualunque espressione in cui la designazione dell'*heres* fosse chiaramente espressa; inoltre, l'inesatta indicazione di qualifiche dell'erede o dei motivi dell'istituzione si aveva per non apposta, giacché *falsa demonstratio, falsa causa non nocet* (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 526 e v. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 430; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 32; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 33, 127-138; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 722-724).

⁶⁸Gai 2, 229 [v. anche Tit. Ulp. 24, 15; D. 28, 4, 3 pr. (Marcell.); D. 28, 6, 1, 3 (Mod.); D. 29, 7, 19 (Pap.)]. E cfr. G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 720; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 27-28, 182, 273, 284; G. VISMARA, *Appunti*, cit., pp. 39-42; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 693; C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 223; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 490; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 17; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 46; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 78; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 48; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 636, 722; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 27; F. FILOMUSI GUELFI, *Diritto*, II, cit., p. 1; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 7; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 652; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 144; M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 3; M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 459; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 353, il quale, in particolare, a tal punto ritiene l'istituzione co-essenziale al testamento da giudicare «difettosa» la definizione del «testamento» data da Modestino e già cit., *supra*,

avesse contenuto solo disposizioni a titolo particolare (*legata, fideicommissa* etc.), sia nell'ipotesi in cui non avesse esaurito l'asse, secondo il noto broccardo «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*»⁶⁹; in tale

alla nt. 10, che, appunto, non ne fa menzione [nello stesso senso, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 417, nt. 2, il quale tuttavia prospetta l'idea che nel *insta* (= conforme al diritto) s'intendesse compresa la nomina dell'erede; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 709, che discorre di «cervellotica etimologia»; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 13; *contra*, G. VISMARA, *Appunti*, cit., pp. 102-104]; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 653, il quale così scompone il broccardo: la *heredis institutio* era *caput*, perché posta all'inizio della scheda (la deroga subì qualche deroga in età classica e tramontò definitivamente in età giustiniana); *fundamentum*, in quanto il testamento era invalido sia se gli faceva difetto l'istituzione, sia se essa – pur presente – non andasse ad esito, per effetto del mancato acquisto, in ragione di qualsivoglia causa, da parte degli istituiti (nello stesso senso, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 83; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 188-189; F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 302, nt. 79; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 127, secondo cui *caput* designerebbe un requisito «formale» di precedenza dell'istituzione e *fundamentum*, invece, un presupposto «sostanziale», di subordinazione della validità delle altre disposizioni a quella principale, ossia, appunto alla *institutio*). Si noti, inoltre, come la presenza dell'*heres* difettasse nella figura – dai noi già esaminata (v., *supra*, nt. 27) – della c.d. *mancipatio familiae*.

⁶⁹ V. al riguardo, ad es., V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 509; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 29-30; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 653-654; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., pp. 9-10, i quali riferiscono che, nel caso di concorso tra successione «legittima» e «testamentaria» (per esempio, perché il testatore menzionava gli *heredes*, ma l'istituiva *ex re certa*), la volontà attributiva veniva estesa all'intero patrimonio, in ossequio al principio del *favor testamenti* [e v. D. 28, 5, 75 (74 (Licinn. Ruf.); D. 28, 5, 1, 4 (Ulp.); D. 28, 5, 9, 13 (Ulp.); D. 28, 5, 10 (Paul.)], cioè a quella “[...] tendenza continua e costante, per la giurisprudenza di cercare di salvare il testamento con i più sottili ragionamenti, con ardite ricostruzioni e talvolta con opportune finzioni; per la legislazione, di riconoscere norme e istituti che servano a dare attuazione alla volontà *mortis causa* del disponente, sempre allo scopo di evitare l'apertura della successione legittima”: così B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 6. E v. anche, in generale, D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 16, ov'essa è additata quale «principio di diritto, quasi religiosamente custodito», connesso alla «inconscia funzione di giustiziere» assolta dal testamento, in quanto esso conteneva “[...] una specie di regolamento di conti che il testatore faceva con le persone che più incisivamente avevano attraversato la sua esistenza: coniuge, figli, amici, amanti, servi, liberti, l'imperatore, la divinità”. Ma v. ancora V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 528, che soggiunge come “[...] per il caso in cui il testatore avesse istituito più eredi e tutti *ex re certa* (il che avveniva più di frequente per intere masse patrimoniali, distinte secondo la natura immobiliare o mobiliare dei beni o secondo la loro posizione geografica), già fra i classici si fece viva la

contesto, è facile intuire, altresì, come la *heredis institutio ex re certa*, nonché la meno frequente ipotesi della *heredis institutio detracta certa re*, costituissero una contraddizione⁷⁰ – «assurdo giuridico»⁷¹, s'è anche detto – interna al sistema ereditario⁷².

tendenza ad attuare nei limiti del possibile quella volontà; tanto più in quanto la pratica ellenistica, che era tutta in questa direzione, era stata accolta, come di consueto, nel regime del *test. militis*". M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 726 precisa, infine, che, nel caso in cui nello stesso testamento vi fossero più istituzioni d'erede, era sufficiente – anche affinché le altre eventuali disposizioni prendessero effetto – che uno soltanto dei chiamati divenisse *heres*.

⁷⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 441, secondo cui l'incongruenza sta appunto "[...] fra il nominare alcuno *heres*, che vuol dire successore nel patrimonio del defunto, ed esprimere insieme che non deva avere se non una cosa singola".

⁷¹ B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 228-229, il quale soggiunge che "forse noi moderni non riusciamo a percepire quel contrasto che ai Romani appariva molto stridente, giacché si aveva in sostanza quello stesso contrasto che intercede tra erede e legatario: come non è possibile che la stessa persona contemporaneamente sia qualificata come erede e come legatario, così per i Romani non era possibile che taluno fosse *heres ex certa re*". Nello stesso senso, v. C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 47, il quale tiene giustamente distinta da questa ipotesi quella della «co-eredità», in quanto in tal caso "[...] non è per nulla tocco il principio teorico della illimitatezza della istituzione, poiché ciascuna istituzione è, di per sé, potenzialmente illimitata", poiché "la limitazione del diritto di ciascun coerede ad una *quota* (frazione ideale) non è che il risultato concreto del concorso fra le varie istituzioni illimitate".

⁷² A rigore, le relative disposizioni (e, dunque, l'intero testamento) sarebbero state irrimediabilmente inficiata da nullità, in ragione della loro «ambiguità irriducibile». "Non si poteva dire – ha scritto B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 229 – che il testatore avesse voluto la *successioni in locum et ius*, giacché tale conseguenza era smentita dall'aggiunta della *certa res*"; né, d'altra parte, "[...] si poteva attribuire efficacia – proseguiva l'A. – alla disposizione solo circa la *certa res*, considerandola come legato, non solo perché del legato la disposizione non aveva la forma, ma soprattutto perché la esplicita attribuzione della qualità di *heres* la escludeva". Tuttavia – come accennato *supra*, nt. 56 – sin dalla prima età classica prevalse l'opposta soluzione di considerare valida l'istituzione ereditaria, e non apposta l'indicazione della *certa res*, *i.e.* reputandola efficace *detracta rei certae mentione* (e cfr. anche P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 104; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 115-125; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 54). Queste, dunque, le «tecniche» con le quali – come felicemente s'è osservato (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 729) – si cercava di superare la "[...] antinomia tra la funzione astratta del negozio e lo scopo concreto cui la voleva piegare il testatore".

Nell'ambito d'una variegata tipologia di disposizioni *mortis causa*⁷³⁻⁷⁴, quelle per così dire «acquisitive» erano, dunque, di gran lunga, le più rilevanti; varî, poi, potevano essere, almeno astrattamente, i loro destinatari⁷⁵, con i relativi corollari in punto di suddivisione dell'asse ereditario⁷⁶.

⁷³ Si precisa sin d'ora che la dizione è moderna, ch  essa era usata in diritto romano solo in relazione a taluni modi eccezionali di disposizione e d'acquisto (es. *m.c. donatio*; *m.c. capio*); non, invece, in relazione a disposizioni testamentarie fondamentali, come l'istituzione ereditaria o il legato (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 79; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 131, nt. 14; cfr. anche, specificamente sul punto, S. CUGIA, *L'espressione "mortis causa"*, Napoli, 1910, *passim, spec.* p. 115 ss., ove si documenta com'essa additasse, appunto, la condizione della morte di uno dei soggetti negli atti *inter vivos*).

⁷⁴ Per una classificazione efficace, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 81-82, il quale le ha suddivise in: *i*) «acquisitive», se importavano l'acquisto di diritti soggettivi, d'uno *status* o, comunque, d'una qualifica giuridica (la pi  importante, come detto, era l'istituzione ereditaria, ma a tale categoria, *lato sensu* intesa, potevano ascrivere anche le sostituzioni, i legati, i fedecommissi, le manomissioni e la *tutoris datio*); *ii*) «di revoca», che ponevano nel nulla una disposizione gi  presa; *iii*) «di conversione», con cui s'attribuiva un valore minore al testamento, o a una parte di esso, nell'ipotesi in cui non avesse potuto godere dell'efficacia attribuitagli dalla legge o dal testatore (l'esempio tipico, come si vedr  *infra*,   la c.d. *clausola codicillare*). Vi sono poi disposizioni di minor rilievo, e precisamente quelle: *iv*) «meramente distributive» (si pensi alla *divisio parentis inter liberos* o alla *adsignatio libertorum*); *v*) «impeditive», prese al fine di negare applicazione a norme dispositive [ad es., la dispensa dalla *cautio legatorum servandorum causa* (ossia la *stipulatio*, garantita da *sponsores*, con cui l'erede prometteva di adempiere il legato secondo le modalit  dovute dal testatore), dalla collazione, dall'inventario o il permesso di alienare beni del pupillo].

⁷⁵ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 99: in linea generale, tanto i liberi (*sui iuris* o *alieni iuris*), quanto gli schiavi (propri, altrui o comuni), ma sul punto si torner , *infra*,    8-10.

⁷⁶ Potevano, infatti, verificarsi plurime ipotesi, a seconda che il testatore – v. Inst. 2, 14, 4-8 e P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 102-103 – avesse: *i*) assegnato le quote, ed   l'ipotesi pi  semplice, ch  in tal caso i coeredi dividevano in parti eguali; *ii*) assegnato le quote stesse, e, in tal caso, se avesse esaurito l'asse, non v'era difficolt  di soluzione; se, invece, non lo avesse fatto, si aveva accrescimento in favore dei co-eredi, proporzionalmente alla quota a ciascuno attribuita; se, infine, fosse andato oltre il relativo ammontare, si aveva una riduzione, parimenti proporzionale delle quote [ad es., nell'istituzione in cui Tizio fosse erede per 12/12 e Caio per 8/12, Tizio sarebbe stato erede per 12/20 e Caio per 8/20, in quanto la cifra rappresentata dalla somma dei

3. *Il periodo «classico»: la transizione dal «testamento-rito» al «testamento-documento» e la progressiva de-formalizzazione del testamentum per aes et libram. L'avvento del ius honorarium e l'affiancamento della controversa figura del testamentum iure praetorio factum*

Nel periodo classico, dei *tria genera testamentorum* descritti nel § precedente sopravvisse solo quello *per aes et libram*⁷⁷, perfezionandosi per tal via una transizione efficacemente delineata, dalla dottrina moderna, nei termini del passaggio dal «testamento-rito» al «testamento-documento»⁷⁸.

numeratori nella distribuzione originaria diveniva il denominatore della nuova distribuzione, nella quale, invece, i numeratori restavano i medesimi; regola, questa, che, tuttavia, in età giustiniana subì una modifica, perché, anziché aversi riduzione proporzionale, s'intendeva che il testatore avesse voluto diminuire la disposizione precedente per mezzo della successiva, sicché, ammessa un'istituzione per 12/12, e l'altra per 3/12, il diritto classico avrebbe attribuito 12/15 al primo istituito e 3/15 al secondo (riducendo, cioè, 4/5 e 1/5), mentre, per Giustiniano, al primo sarebbero spettati 8/12 e al secondo 4/12 (riducendo, quindi, 2/3 e 1/3); *iii*) assegnato in parte le quote e in parte no e, in tale ipotesi, se aveva attribuito l'intero asse, in egual modo non v'era che da attenersi alle sue disposizioni; se non l'avesse viceversa esaurito con l'assegnazione di quote, gli eredi, ai quali non era stata attribuita una quota, prendevano la porzione non distribuita (ad es., se Tizio era erede per 1/4, Caio per 1/4 e Sempronio, Lucio e Mevio erano pure eredi, senza assegnazione di quota, questi ultimi dividevano in tre la parte rimasta); se, infine, si esauriva l'intero asse con le assegnazioni *ex quota*, esso si divideva per metà, e una metà spettava agli istituiti per quota, l'altra agli istituiti senza predeterminazione (ad es., se Tizio era erede per 6/12, Caio per 6/12 e Sempronio, Lucio e Mevio senza quote, Tizio e Caio, conseguendo la prima metà dell'asse, la dividevano in parti eguali, mentre gli altri tre dividevano la restante metà).

⁷⁷ Appare significativo notare che nel *De natura deorum* ciceroniano (Cic. *de nat. deor.* 2, 3, 9) il disuso del *testamentum in procinctu* viene ascritto all'inosservanza degli *auspicia* (v. anche Caes. *de bel. Gall.* 1, 39, nonché M. D'ORTA, *Saggio*, cit., pp. 111-112). Dal che si è desunta – cfr. A. SPINA, *Diritto*, cit., pp. 416-417 – la caratterizzazione «religiosa» di tale forma testamentaria.

⁷⁸ ID., *op. cit.*, p. 444. In linea generale, sul «documento» v. G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, I, Milano, 1952, p. 111 ss., il quale rileva che in questa fase non v'era una matura e coerente considerazione di esso, discorrendosi genericamente di *scriptum* o *scriptura*, ma senza indicazioni precise in ordine alle caratteristiche e ai requisiti formali dei diversi tipi documentali d'uso comune

I *testamenta calatis comitiis* e *in procinctu*, infatti, specialmente nelle loro versioni più arcaiche, erano intrisi d'una ritualità drammaturgica, che contribuiva, se non ad una vera e propria «spettacolarizzazione» del momento, quanto meno alla massima esaltazione della sua valenza «comunitaria», sociale o, come anche s'è detto, «religiosa»⁷⁹.

Viceversa, con l'affermazione del testamento librato, la «ritualità» degrada a «formalità», al punto che non di rado i passaggi procedurali un tempo più rilevanti si davano ormai per compiuti, e i testimoni si limitavano a sigillare le *tabulae* apponendovi le loro sottoscrizioni⁸⁰. Anche il *libripens* e il *familiae emptor* sopravvissero formalmente, ma in realtà essi fungevano ormai da testimoni, i quali divennero in tal modo di numero pari a sette⁸¹; insomma, le formalità del *testamentum per aes et libram* venivano rivelandosi – come ha scritto il Voci⁸² – “[...] complesse, antiquate, in contrasto con la natura unilaterale del testamento”.

Ma le potenzialità interpretative della *interpretatio prudentium*⁸³ non si

(*cautio, instrumentum, tabulae*, ecc.); circostanza, questa, posta dall'A. – p. 112 – in correlazione al fatto che non v'era, all'epoca, un'elaborazione teorica apprezzabile in materia di prova civile, ove osservarsi il principio di libera valutazione della stessa (v. anche ID., *I principî fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Ann. st. dir.*, 1957, p. 13 ss., ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. Diurni, II, Napoli, 1984, p. 1033 ss., da cui si cita, 1036).

⁷⁹ A. SPINA, *Diritto*, cit., p. 417 e G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 125. Sulla valenza «magico-religiosa» di tutti gli atti del periodo antico, cfr. anche le generali considerazioni di G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 16, 33.

⁸⁰ A. SPINA, *Diritto*, cit., p. 417; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 5; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 21; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 647. V'è, al riguardo, da notare come le fonti serbino un «ermetico silenzio» circa la sigillazione del testamento, ma – come s'è avuto modo di notare (S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 118) – ciò “[...] si spiega solo se si parte dal presupposto che la sigillazione del documento era atto consueto nella prassi mai però direttamente regolato, a nessun effetto, nell'ambito dello *ius civile*; non si spiega assolutamente in caso contrario”.

⁸¹ Già s'è detto, che essi – anche nella configurazione primitiva del *testamentum per aes et libram* – assumevano funzioni testimoniali nella fase «nuncupativa».

⁸² In *Diritto*, II, cit., p. 57.

⁸³ In termini generali, v. S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 84 ss., ove si circoscrive l'assunto per cui l'interprete romano era vero «creatore di diritto», enucleandosi altresì le differenze rispetto all'ermeneutica moderna, nonché V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit.,

sarebbero potute spingere oltre⁸⁴. Fu solo quando il *ius honorarium* dei pretori prese ad affiancare il tralaticio *ius civile*⁸⁵, che questa pulsione «deformalizzante» (o «de-ritualizzante») si accentuò ulteriormente⁸⁶, giacché i magistrati – «*supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*»⁸⁷ – reputarono valido il testamento, anche ove non constasse prova alcuna che la procedura mancipativa fosse stata osservata⁸⁸, al punto che non poteva scorgersi «differenza pratica» tra un testamento confezionato *per aes et libram* e un «semplice» documento, contrassegnato dai sette *signa*⁸⁹.

Almeno da un punto di vista storico, tuttavia, la differenza permaneva, ragion per cui nel periodo classico può registrarsi la co-

pp. 38-39; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 45-51; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., pp. 261-266; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 22-25.

⁸⁴ S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 113; su codesti limiti, cfr. già B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 10.

⁸⁵ Ma sulla «laicizzazione» che lo aveva interessato nella transizione dalla *civitas* al *regnum*, v. U. COLI, *Il testamento*, cit., pp. 620-622.

⁸⁶ Osserva al riguardo V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 518 che “[...] in nessun campo [come quello ereditario] [...] il pretore corresse e integrò il diritto civile, con procedimenti che rappresentano la massima estensione raggiunta dalla sua attività discrezionale: ma al solito, per quell’ossequio all’inderogabilità del *ius civile* che impediva al magistrato di creare rapporti propriamente giuridici, a coloro che dei suoi provvedimenti si avvantaggiarono non poté esser dato il nome di *heredes*, né il nome di *hereditas* alla situazione giuridica corrispondente, anzi la situazione venne sempre indicata con un nome espressivo del godimento che in fatto il beneficiario otteneva dei beni compresi nel patrimonio del defunto: *bonorum possessio*” (nello stesso senso, C. FADDA, *Concetti*, I, cit., pp. 38-40, per il quale “l’attività del pretore su questo campo si estende da per tutto, seguendo tutte le manifestazioni del diritto civile”, nonché A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 389, secondo cui “il *ius honorarium* vivificò e migliorò notevolmente il sistema ereditario civilistico, sopra tutto mediante l’istituto della *bonorum possessio*”).

⁸⁷ D. 1, 1, 7, 1. E cfr., ampiamente, E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 21 ss., nonché, in relazione alla «forma», G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 170.

⁸⁸ T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 7; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 525; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 21; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 57.

⁸⁹ T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., pp. 7-8, il quale ritiene che la *mancipatio* continuasse ad occorrere solo in caso d’ultime volontà manifestate oralmente, oppure nel caso in cui il documento non fosse stato sottoscritto dal numero di testimoni prescritto.

esistenza di due modelli⁹⁰, tramandata nella dicotomia fra *testamentum per*

⁹⁰ Ad essi debbono poi aggiungersi i *testamenta militaria* o *testamenta militis* [diffusisi in età cesariana, eppoi confermati da Tito, Domiziano e Nerva, e infine definitivamente avallati da Traiano: v. D. 29, 1, 1 pr. (Ulp.)], che tuttavia non sembrano avere alcun nesso diretto con i *testamenta in procinctu* del periodo arcaico (lo ha argomentato specialmente V. ARANGIO-RUIZ, *L'origine del «testamentum militis» e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *Boll. ist. dir. rom.*, XVIII, 1906, p. 157 ss., ma per alcune obiezioni v. A. GUARINO, *Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano*, in *Reale Istituto Lombardo*, Rendiconti, LXXII, 1938-39, p. 355 ss.). I *testamenta in procinctu*, infatti, come s'è visto, erano utilizzati dai cittadini romani in situazioni di pericolo, mentre i primi costituivano una prerogativa dei soldati d'origine non romana, come tali impossibilitati – ma non necessariamente a causa d'eventi bellici – a perfezionare un documento coerente con le regole formali e sostanziali del *ius civile* o *honorarium*. Per tali ragioni, siffatti testamenti – riservati ai militari in servizio [D. 29, 1, 42 (Ulp.)], nonché ai non militari al séguito dell'esercito che morissero in territorio nemico [D. 29, 1, 44 (Ulp.)] – erano dispensati da talune delle regole predette: non dovevano essere firmati dai sette testimoni; potevano essere redatti in idioma diverso dal latino; consentivano l'istituzione *ex re certa*; non erano soggetti alla *querella inofficiosi testamenti*; non si conformavano alla regola d'impossibilità del concorso tra successione testata e intestata, poiché *miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Sennonché, essi avrebbero perso efficacia decorso un anno dalla cessazione del servizio (cfr. Tit. Ulp. 23, 10), salva l'ipotesi della concessione dovuta ad espulsione dall'esercito per indegnità, nel qual caso la *missio* – *ignominiosa*, anziché *honestata* – avrebbe caducato subito il testamento. Cfr. – su ciò – ampiamente T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 14; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 524; G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 26-27; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 138-139; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 357; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 397; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 725-726; G. PUGLIESE, D.A. MANFREDINI, *op. cit.*, p. 14, 32-34; F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 391; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 131-132; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 53-56; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 74; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 648-649; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 400; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 494; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 650-651; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 696-697; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 714; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 249-253; V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 21, nt. 1; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 708, 718; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 71-79; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 425-427; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 121, 167. E v. anche M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 469 e ID., *Il testamento*, cit., pp. 84, 91, ove, in particolare, s'individuano le basi razionali di tali alleviazioni nella *simplicitas* e, sostanzialmente, nella *inperitia* dei militari (v. Inst. 2, 11 pr.), nella «provincializzazione» dell'esercito che ne costituiva la fonte e, infine, nel desiderio degli Imperatori di assicurarsi il favore e la fedeltà dei soldati. Nello stesso

aes et libram, nell'ambito dello *ius civile*, e *testamentum iure praetorio factum*, ossia un documento, proprio del diritto onorario, sigillato da sette testimoni⁹¹ e del tutto privo delle formalità mancipative⁹²⁻⁹³. In entrambi

senso, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 193, il quale, nel discorrere del rapporto tra i militari e il diritto, nota icasticamente che essi “avevano ben'altro da far che studiar questo!”.

⁹¹ Nulla è dato sapere – in questa fase di transizione – sulla qualificazione dei testimoni, ma “si può ritenere che le statuizioni di capacità e di incapacità, che sono conseguenza della forma del testamento civile, non valgano per il pretorio; ma, in generale, non si deve essere stati lontani dal regime del testamento civile”: così – autorevolmente – P. VOCI, *Diritto*, II, p. 58.

⁹² Inst. 2, 10, 2, ove, tuttavia, si precisa che i sigilli non erano, invece, necessari secondo il *ius civile*. E v., su questo periodo, T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 8; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 21; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 192; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 45-50; C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 40; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 631-632, 649; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 390-391; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 263-267; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 107; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 28; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 710; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 712-713; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., pp. 397-398; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 696; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., pp. 355-356; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 485; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 395; Sul punto, cfr. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 422; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 722; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 57; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 646; M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., pp. 8, 12; M. AMELOTTI, *Testamento*, cit., p. 192; ID., voce *Testamento*, cit., p. 463. Tale ultimo A., in particolare, ha messo in luce come il pretore desse comunque rilievo giuridico agli elementi costitutivi del *testamentum per aes et libram* (i.e., le *tabulae* e i sette sigilli), ma “[...] passando sopra agli altri elementi formali del testamento librato e concedendo pertanto la *bonorum possessio* anche se le *tabulae* sin dall'inizio non siano state fatte *iure*, in quanto non è avvenuta la *mancipatio familiae* o il testatore non ha pronunciato le parole solenni della *nuncupatio*”. A questa – più frequente – ipotesi, se ne affiancavano poi altre, ossia quando il testamento era parimenti *ab initio non iure factum*, ma per altro motivo (ad es., perché fatto *inutiliter* da donna *sui iuris* non tutore auctore), nonché quando, sebbene *iure factum ab initio*, fosse divenuto in séguito: *i) inritum* (e cioè quando il testatore, successivamente alla confezione, subiva una *capitis deminutio*, ma prima della morte recuperava la libertà, la cittadinanza o la *patria potestas*; *ii) ruptum* (in caso di sopravvenienza d'un *postumus*, nato dopo il testamento e in questo pretermesso, ma deceduto anteriormente al *de cuius*; *iii) iniustum* (quando il padre, testando, pretermetteva il figlio *in potestate*, il quale s'asteneva poi dal far valere il suo diritto). In tali ipotesi, la *bonorum possessio* assumeva una funzione «correttiva», rimediando

i casi, il documento non doveva essere scritto, né sottoscritto dal testatore personalmente⁹⁴, ben essendo possibile che egli s'avvallesse di soggetti terzi: dai parenti agli schiavi, fino a figure professionali *ad hoc* (il c.d. *testamentarius*⁹⁵); tuttavia, la scheda poteva riguardare solo la persona del *de cuius*, e non soggetti estranei, salve le ipotesi della *substitutio, vulgaris*⁹⁶ o *pupillaris*⁹⁷⁻⁹⁸.

all'invalidità *iure civili* del testamento. Vi erano, poi, dei casi in cui essa assolveva, invece, ad uno scopo «confermativo» rispetto ad un testamento pienamente valido secondo il *ius civile*: il vantaggio consisteva, allora, nella possibilità d'avvalersi dello *interdictum quorum bonorum*, associando così alla *hereditatis petitio* la tutela possessoria. Si dà qui per presupposta la nozione di *bonorum possessio*, ma v., comunque, in termini generali, V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 70-82, P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 511-520 e, più sinteticamente d'ogni altro, A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 389-390, che ricorda come i *praetores* l'utilizzarono ad un triplice scopo: “[...] per estendere la *successio*, in mancanza di testamento, anche ad altri soggetti oltre quelli indicati dalla legislazione decemvirale («*bonorum possessio sine tabulis*»); per favorire i successori indicati nei testamenti ai fini dell'acquisizione e della tutela dei *bona* loro assegnati («*bonorum possessio secundum tabulas*»); per ammettere alla *successio* anche soggetti che il *de cuius* avesse, nel suo testamento, tralasciato di nominare («*bonorum possessio contra tabulas*»)]. Sulle differenze tra *hereditas* e *bonorum possessio*, v. ancora G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 232-236 e, riassuntivamente, F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 351.

⁹³ In linea generale, sulla tendenza «deformalizzante» del *ius honorarium* rispetto a tutti i negozi, v. le precisazioni di G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 151-152.

⁹⁴ La sottoscrizione è infatti saltuaria anche nella documentazione; essa “[...] non riveste funzione di autenticazione, ma vuole solo assicurare la conformità dello scritto, quale lo scriba lo ha preparato, alle proprie volontà”: così M. AMELOTTI, voce *Successione*, cit., pp. 462-463 (e v. anche ID., *Il testamento*, cit., p. 172; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 57; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 722).

⁹⁵ Cfr. *spec.* M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 10, i quali riferiscono che in Cicerone (v. Cic., *pro Sestio*, 17, 39; Cic., *de officiis*, 3, 18, 73) il vocabolo allude ai fabbricatori di testamenti falsi, mentre solo in altre opere (v. Cic., *de oratore*, I, 57, 244-245 e II, 6, 24) sembra essere riferito a persone, che redigono professionalmente testamenti altrui. Successivamente, il termine evolve in senso positivo e, come tale, ricorre, ad es., nel Digesto [v. D. 28, 5, 9, 3 e 6 (*Ulpianus 5 ad Sabinum*); D. 29, 6, 1 pr. (*Ulpianus 48 ad edictum*); D. 36, 1, 3, 5 (*Ulpianus 3 fideicommissorum*); D. 48, 10, 15, 16 (*Callistratus I quaestionum*); D. 48, 10, 22, 10 (*Paulus sing. Ad senatus consultum Libonianum*)].

⁹⁶ Con chiarezza, e per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 530: “la

La data e il luogo non erano elementi essenziali, ma essi venivano, com'è intuibile, usualmente inseriti, perché “[...] troppo important[i] sotto diversi profili, pratici e giuridici”⁹⁹; quanto al materiale, s'è detto che le *tabulae* erano originariamente in cera, ed esse erano poi riunite, in relazione all'estensione del testo, in uno o più polittici, a loro volta rilegati e sigillati, sì da garantire l'autenticità del testo contro le falsificazioni. Un filo di chiusura, infine, girava intorno alle tavolette attraverso appositi fori e su di esso i sette figuranti del rito librare apponevano i loro sigilli, adempiendo, così, alla loro funzione di *signatores*¹⁰⁰.

sostituzione si dice volgare quando il secondo erede è chiamato per l'eventualità che il primo non possa o non voglia accettare l'eredità; ed è di solito accompagnata, negli esempi delle fonti, da un termine imposto al primo chiamato per l'accettazione solenne”, e cioè la c.d. *cretio*, su cui v. anche A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 684; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 791-793; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 377; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il diritto*, cit., p. 659. Ma – prosegue l'Arangio-Ruiz – “[...] si possono avere sostituzioni di grado ulteriore, nel senso che al secondo chiamato se ne sostituisca un terzo, e così di séguito. Non è necessario che il testatore menzioni esplicitamente tanto il caso che il primo chiamato non possa (*casus impotentiae* della dottrina medievale) quanto il caso ch'egli non voglia accettare (*casus noluntatis*): la disposizione presa per una delle due ipotesi vale anche per l'altra. L'accettazione dell'eredità da parte di un chiamato anteriore pone definitivamente nel nulla l'aspettativa del sostituito”.

⁹⁷ Nuovamente, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 530: “si ha la sostituzione pupillare quando il padre nomina un erede al *suis* impubere, per il caso che muoia prima della pubertà. E non già, si noti, come il nome di *substitutio* lascerebbe supporre, per dare a sé medesimo un altro erede in luogo del figlio mancato, ma per rimpiazzare nel tempo dopo la morte con la volontà propria quella del figlio incapace di testare: tant'è che il cosiddetto sostituito non eredita soltanto i beni che all'impubere siano pervenuti dal padre, ma anche quelli da lui acquistati per altra via, e che la sostituzione è possibile anche per un impubere diseredato”.

⁹⁸ ID., *op. ult. cit.*, p. 531, riferisce inoltre che Giustiniano ammise una terza modalità sostitutiva, quella c.d. *quasi-pupillare* o *esemplare*, che consentiva la nomina di un erede al discendente infermo di mente per il caso in cui morisse in tale stato, senza che sussistesse il requisito della potestà sul *furiosus*.

⁹⁹ M. AMELOTTI, *Testamento*, cit., p. 171; ID., voce *Testamento*, cit., p. 462.

¹⁰⁰ ID., *op. loc. ult. cit.* Il testamento di Antonio Silvano, a noi giunto in originale, offre riscontro puntuale: cfr. una sua puntuale interpretazione in G. SCHERILLO, *Corso*,

4. Dall'età «post-classica» a Giustiniano: la diffusione della lingua greca quale motore disgregativo di formalità anacronistiche. Valentiniano III e la «parentesi» del testamento olografo. Il sistema *tripertitum* della compilazione giustiniana. Il rifiuto del testamento *holographa manu*, la comparsa del *testamentum parentum inter liberos* e lo sviluppo di ulteriori forme speciali (*testamentum apud acta conditum*, *principi oblatum* e *ruri conditum*)

Nel lungo periodo, che va dalla fine dell'età classica (metà del III secolo d.C.) fino alla legislazione giustiniana (VI secolo d.C.), le formalità testamentarie subirono significative variazioni¹⁰¹. Anzitutto, la *mancipatio* cadde in completo disuso, e si considerò sufficiente che il testamento fosse sottoscritto da (cinque o sette) testimoni¹⁰². Tra le

cit., pp. 55-66.

¹⁰¹ Per un primo inquadramento, cfr. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 50 ss., 50, secondo cui “la legislazione di questo periodo, più che in altri campi, presenta non poca incertezza, determinata dal fatto che le precedenti forme sono cadute non senza lasciare tracce, e che si tende a separare il dualismo tra diritto civile e diritto pretorio, diventato ormai anacronistico”.

¹⁰² Cfr. M. AMELOTTI, voce *Successione*, cit., p. 466; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 723; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 199-200; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., p. 59; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 647; G. IMPALLOMINI, voce *Successione*, cit., p. 723. In questo periodo di transizione, peraltro, era dubbio se i testimoni dovessero essere cinque o sette. L'abolizione della *mancipatio*, invero, avrebbe dovuto comportare anche l'eliminazione dell'intervento del *libripens* e del *familiae emptor*, sicché di testimoni, a rigore, ne sarebbero occorsi solamente cinque. Tuttavia – a causa del fatto che queste due figure assumevano anche, nella fase finale (prima) e poi durante tutta la procedura (dopo) – il ruolo di *testes* e *signatores*, il loro numero era in verità pari a sette, e tanti, non casualmente, ne richiedeva il pretore ai fini della concessione della *bonorum possessio* (M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., p. 192 e M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 646). Venne così a crearsi l'antinomica situazione, in virtù della quale il testamento civile era valido con cinque testimoni, e quello pretorio con sette; paradossalità, questa, peraltro accentuata dal fatto che la validità maggiore – almeno astrattamente, dacché nel periodo in commento s'era ormai registrata una pressoché integrale fusione tra gli ordinamenti civile e pretorio – doveva essere annessa al testamento col minor numero di testi; ma v., ragionevolmente, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 192, per il quale “colpisce alle prime la maggiore solennità del testamento pretorio; ma erano d'altronde meno gravi i requisiti di fondo”. E cfr. anche M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 466, nt. 28, il quale destituisce di fondamento la tesi, secondo cui il testamento civile con cinque testimoni

cause della sua scomparsa¹⁰³, la diffusione di ulteriori idiomi: una costituzione dell'Imperatore Alessandro Severo – non conservata dalle fonti giuridiche, ma citata dal primo testamento che ne profitto (PER 1702 del 235 d.C.)¹⁰⁴ – consentì, almeno per l'Egitto, di poter testare in lingua greca.

Le conseguenze d'una tale apertura superarono gravemente ogni previsione¹⁰⁵, giacché l'esclusività dell'idioma latino aveva consentito alle formalità di perpetuarsi, salvo progressivi allentamenti, nella loro forma originaria; viceversa, con l'avvento del greco, si assistette a una mescolanza tra le formalità canoniche e le tradizioni locali, talvolta accompagnata, peraltro, da una reviviscenza delle antiche usanze ellenistiche¹⁰⁶. Si diffuse altresì l'uso del papiro e scomparvero i

sarebbe olografo, e quello pretorio con sette allografo, giacché l'allografia costituisce la regola generale nell'esperienza giuridica testamentaria romana: per un'ipotesi, per così dire «eccezionale», di testamento olografo, v. subito *infra* nel testo.

¹⁰³ M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., pp. 217-18 critica l'impostazione tradizionale, che adduce quale spiegazione «consueta» della caduta del *testamentum per aes et libram* la sua sopraffazione da parte del più semplice testamento c.d. «pretorio», nonché quella secondo cui il testamento militare e il codicillo avrebbero contribuito alla progressiva disgregazione del formalismo proprio del *ius civile*. Sotto il primo profilo, tale A. – *ivi*, p. 191 ss. – s'è invero premurato di dimostrare che quello del *ius honorarium* non costituiva un'autonoma tipologia testamentaria, rilevando solo ai fini della concessione della *bonorum possessio*; in relazione al secondo aspetto, si revoca in dubbio la pretesa ampia influenza del *testamentum militis* e dei *codicilli*, giacché essi rispondevano a funzioni limitate (in termini, e proprio richiamando il romanista di Genova, ma solo con riguardo alla seconda confutazione, S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 191, *spec. nt.* 154).

¹⁰⁴ Lo si può vedere trascritto nella Appendice di M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., pp. 271-272. È per tale ragione che S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 191 ritiene la costituzione emanata tra il 224 e il 235 d.C.

¹⁰⁵ M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 465.

¹⁰⁶ ID., *op. loc. ult. cit.* Ad esempio fa ritorno la clausola «κυρία» (diretta ad attribuire al documento un'efficacia probatoria assoluta) nonché la clausola stipulatoria «επερωτηθεις ωμολογησα» («interrogato promisi»), sì idonea a trasfondere nella *stipulatio* romana la formula della contrattazione provinciale, ma impropriamente applicata al testamento, che era ed è – com'è ovvio – atto unilaterale. Ma per alcune obiezioni alla tesi dell'Amelotti, si v. S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 192-193, il quale – facendo leva sulla circostanza che il rito librare era ormai «sostanzialmente» scomparso nella prassi, anche se (al più) *ivi* presente «formalmente», ben prima della costituzione

tradizionali politici, non disponibili, se non ignoti, ai nuovi testatori romani¹⁰⁷.

Inoltre, una costituzione imperiale di Valentiniano III, adottata nel V secolo d.C., istituì la figura del testamento olografo: la sua caratteristica principale stava in ciò, che i testimoni non partecipavano alla redazione dell'atto, ma la loro assenza era per così dire bilanciata dalla scrittura personale, ma non (necessariamente) dalla sottoscrizione del testatore, il quale vi provvedeva, appunto, *holographa manu*¹⁰⁸.

Le ragioni per le quali tale semplificazione fece la sua comparsa non sono ancora chiare: «personalizzando» la vicenda, s'è sostenuto che l'Imperatore introdusse la misura a fronte del caso d'un soggetto, che era stato nominato erede in un testamento privo delle sottoscrizioni dei testimoni, in quanto questi ultimi non erano stati trovati, in un numero

citata – così argomenta: “[...] delle due l'una: o ciò non è vero; e allora viene a cadere una delle tesi di fondo che l'Amelotti ritiene di poter costruire sui dati della prassi; o è vero, come l'Amelotti sostiene fermamente; e, allora, stando ciò a significare che il testamento librato è, quanto meno nella prassi, caduto già fin da allora, la ragione della sua scomparsa non può essere andata a cercare in avvenimenti intervenuti assai dopo che la caduta stessa si era verificata”, dacché questi “[...] tutt'al più possono essere intesi come quelli che provocarono non già il venir meno nella prassi (già prima verificatosi) del testamento librato, ma solo l'eliminazione nella prassi dell'uso di attestare fittiziamente come avvenuto il testamento librato”. Per tali ragioni, l'A. individua nel testamento «pretorio» (v. anche *supra*, nt. 89) il principale fattore propulsivo della desuetudine del *testamentum per aes et libram* (*ivi*, p. 194 ss.).

¹⁰⁷ M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 465.

¹⁰⁸ *Novellae Valentiniani* 21, 2: «mansura lege decernimus, ut quisquis per holographam scripturam maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur [...] Late viam supremis aperimur arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficet heredi adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipunt sanctiones». E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 19; M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 467; ID. e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 26; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 32; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., p. 60; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424, nt. 4; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 53; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 192; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 126; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 126; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 717, nt. 4; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 488; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 712.

sufficiente, nel momento in cui la testatrice aveva formulato le sue ultime volontà; tuttavia, anche in ragione di quanto s'è venuti sin qui dicendo circa la progressiva «de-formalizzazione» della procedura, appare assai più verosimile ritenere che la novella si ponesse nel solco d'una più ampia tendenza «volgarizzante»¹⁰⁹.

Ad ogni modo, l'editto – il quale consentiva altresì l'istituzione reciproca del marito e della moglie¹¹⁰ – dispiegava effetti nella sola parte occidentale dell'Impero, e non penetrò nella codificazione di Giustiniano¹¹¹; tale forma semplificata non ebbe, peraltro, almeno a quanto consta, capillare diffusione nella prassi¹¹².

Venendo allora alla compilazione giustiniana – informata ad un sistema *tripertitum*, perché risultante dal contributo del diritto civile, di quello pretorio e delle costituzioni imperiali¹¹³ – essa registrò due

¹⁰⁹ T. RÜFNER, *op. loc. cit.*

¹¹⁰ *Novellae Valentiniani* 21, 1, 1. E cfr. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 642, nt. 119; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 704, nt. 212; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 137-138, il quale, in particolare, intravede in questa novità uno dei primi indici di «corruzione» del testamento, nel senso, in particolare, d'una sua progressiva «contrattualizzazione».

¹¹¹ M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 467; ID. e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 27; G. IMPALLOMENI, voce *Succezione*, cit., p. 723; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 193; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 127; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 60; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424, nt. 4; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 717, nt. 4; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 488-489; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 712; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 127; B. BIONDI, *Succezione*, cit., p. 53, secondo il quale, nonostante ciò, fu proprio tale forma, che penetrò poi nelle moderne legislazioni.

¹¹² T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 19 e L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 127, il quale ricorda però l'esempio del testamento di S. Perpetuo, vescovo di Tours, del 475: «*testamentum hoc manu propria scriptum relegi et subscripsi ego Perpetuus Calendii Maias post consulatum Leonis Minoris*».

¹¹³ Inst. I, 2, 10, 3. E cfr. M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 467; F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 21; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 29; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 195; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 192; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 724; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424, nt. 4; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 650; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 648; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 126; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 486; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 712; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 61. In particolare, dal diritto civile derivavano i testimoni e la loro presenza contestuale, dalle sacre costituzioni le sottoscrizioni del testatore e dei testimoni, dall'edito

tendenze opposte: da una parte, l'idea di preservare alcune formalità proprie dell'epoca classica; dall'altra, la convinzione che molte delle ritualità ad esse sottese avevano ormai perso ogni ragionevole giustificazione¹¹⁴.

In ossequio a tale secondo indirizzo, perse anzitutto rilievo la distinzione tra il diritto civile e quello onorario, sicché coloro che avevano goduto della protezione delle misure del pretore potevano ormai considerarsi *heredes* in senso proprio: qualifica, questa, che, invece, il *ius civile* aveva costantemente negato loro¹¹⁵. Coerentemente, non trovò spazio nella compilazione la procedura «mancipativa», ormai svuotata di qualsivoglia significato; si ammise ufficialmente l'utilizzo della lingua greca¹¹⁶; fu altresì abolita la coesistenza tra testamenti con cinque o sette

del pretore i sigilli e il numero dei *testes*, cui si aggiungeva – cfr. Inst. 2, 10, 4 – a tutela dell'integrità dei testamenti e per evitare frodi, che fosse indicato esplicitamente di mano del testatore o dei testimoni il nome dell'erede.

¹¹⁴T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 19. Anche la testamentificazione militare subì alcune modifiche: già s'è detto (v. nt. 77) che in età cesariana si erano diffusi i *testamenta militaria* o *testamenta militis*, i quali, tuttavia, non presentavano similarità con l'antico *testamentum in procinctu*, in quanto erano riservati a soggetti non romani, e non necessariamente in tempo di guerra. Viceversa, nel periodo giustiniano, le tradizioni locali guerriere ebbero minore importanza rispetto al periodo classico, ragion per cui i testamenti militari erano riservati ad evenienze belliche straordinarie [cfr. C. 6, 21, 17 (a. 529)], secondo un modello che – per «funzione», ma non per «struttura» – tornava ad avvicinarsi all'arcaico *testamentum in procinctu*. Sulla «crisi» del testamento militare nell'età tardo-romana v. anche A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 697, B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 78-79, nonché *spec.* M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 101-110 e ID., *voce* Testamento, cit., pp. 469-470, il quale ben compendia l'evoluzione descritta rilevando che “da regime privilegiato il testamento militare diventa forma speciale del testamento ordinario, ma in questi limiti riacquista una nuova funzionalità” (*ivi*, p. 470), dettata probabilmente – con D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 33 – dalla “[...] volontà di sottrarre le dichiarazioni del milite a facili manipolazioni e falsificazioni”.

¹¹⁵C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 37; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 14; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 158. Ciò era, invece, recisamente affermato da Gaio III, 32 (I, 3, 9, 2: «*Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similiem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem*») e da Ulpiano Reg. XXVIII, 12 («*Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt*»).

¹¹⁶V., per l'evoluzione, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 56.

testimoni. Incorporando nel codice una costituzione promulgata dagli Imperatori Teodosio II e Valentiniano III nel 439 d.C.¹¹⁷, Giustiniano confermò, infatti, che i testimoni dovevano essere sette¹¹⁸ (con incompatibilità dei beneficiari dell'istituzione ereditaria, ma non dei *legata* e dei *fideicommissa*¹¹⁹) e che anche il testatore dovesse sottoscrivere il testamento¹²⁰; nel caso in cui egli fosse stato cieco o impossibilitato a sottoscrivere, un ottavo testimone era invece necessario¹²¹.

¹¹⁷ C. 6, 23, 21 pr. Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp.: «*Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficiendum testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero civibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamenti*». E cfr. G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 268-269.

¹¹⁸ Inst. I, 2, 10, 3. E cfr. S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 201; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 53; F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 21; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 126; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 29.

¹¹⁹ F. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., pp. 283-384.

¹²⁰ Inst. I, 2, 10, 3. E cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424 e F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 22.

¹²¹ C. 6, 22, 8 (a. 521), purché «*exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et iudicia, ne sola nominum commemoration quicquam ambiguitatis pairat, et ex quanta parte vel ex quotis unciis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa*». E cfr. M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 467; G. IMPALLOMENE, voce *Successione*, cit., p. 723; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 62; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 488; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 29; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 650; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 711, nt. 236, 713; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 424; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 714; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 54; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 697; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 119; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 35, il quale, in particolare, precisa che si trattava di testamento «nuncupativo», sicché “[...] quando il cieco si fosse presentato con degli appunti scritti perché non in grado di recitare a memoria, era fatto carico al notaio, estensore del testamento sulla base delle annotazioni scritte, di leggerlo, e il testatore doveva dire che il tutto era conforme alla sua volontà”. Tale costituzione fu dettata da Giustino, zio di Giustiniano; quest’ultimo si occupò in particolare [C. 6, 22, 10 (a. 531)] dei sordomuti, stabilendo che nulla v’era da fare per coloro che si trovassero in tale condizione fin dalla nascita; viceversa,

Nonostante, come già visto, la compilazione giustiniana non avesse recepito la possibilità, garantita dalla novella di Valentiniano III, di testare in forma olografa, una procedura non dissimile ebbe nondimeno a diffondersi in questo periodo, seppure con un ambito applicativo più circoscritto. Si allude al c.d. *testamentum parentum inter liberos*, il quale consentiva di derogare ai requisiti documentali del testamento tradizionale¹²², a condizione che il patrimonio fosse attribuito ai discendenti e, sotto il profilo strettamente formale, che questi, le quote loro attribuite e, infine, il nome del testatore, fossero scritti «olograficamente»¹²³.

Questa forma testamentaria – della quale le fonti, pur mettendone in stretto risalto la correlazione con la *divisio parentum inter liberos*¹²⁴, non offrono ricostruzione compiuta – tollerava anche l’inserzione di

qualora divenuti tali a causa d’una malattia, essi avrebbero potuto testare, purché letterati. I sordi – sia congeniti, che invece tali in ragione d’una patologia verificatasi successivamente – potevano liberamente far testamento, in quanto evidentemente dotati della favella; facoltà, quest’ultima, accordata tuttavia anche ai muti, purché alfabetizzati (v. E. COSTA, *Storia*, cit., p. 488). Osserva al riguardo D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 35 che si trattava di “[...] curiosa costituzione, per il parziale regime di favore accordato ai sordi, per gli accenni alle diagnosi sulla sordità fatte dai giuristi (sic!), e per l’insistenza con cui l’imperatore ribadiva l’applicabilità della disciplina tanto agli uomini quanto alle donne”.

¹²² M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 466; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 63; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 193; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 397; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 358; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 651; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 22; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 427-428; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 68; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 130-131; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 718; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 489; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 713.

¹²³ Cfr. Nov. 107, 1 (a. 541): «[...] *si quis litteras sciens inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescribere tempus, deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad haec unicas in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistent* [...]». Nota E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 193 che “[...] di tutte le forme ordinarie di testamento questa fu la più semplice: ma richiedeva un requisito che doveva essere piuttosto raro. Il saper scrivere”.

¹²⁴ E. COSTA, *Storia*, cit., p. 489 e, sulla *divisio*, per tutti, BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 129-131.

disposizioni a titolo particolare (*legata* e *fideicommissa*) in favore di soggetti diversi dai discendenti; in tal caso, tuttavia, erano prescritti requisiti formali ulteriori, come la sottoscrizione dei testimoni, dei quali, tuttavia, non è nelle fonti precisato il numero¹²⁵.

Ulteriori forme testamentarie si diffusero in questo periodo, come il *testamentum tempore pestis*¹²⁶ e quello c.d. pubblico, vale a dire *apud acta conditum* o *principi oblatum*¹²⁷. Queste ultime due modalità, in particolare, trovavano il loro antecedente in una costituzione di Onorio e Teodosio II del 413 d.C.¹²⁸, nonché in un'altra, di poco successiva (446 d.C.), di

¹²⁵ Cfr., al riguardo, T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 22.

¹²⁶ C. 6, 23, 8 pr.-1 (a. 290): «*casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*», nonché A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 651; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 718; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 697; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 488; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 130; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 713; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 34; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 67, *spec. nt. 2*, ove si specifica che l'ultima disposizione («*Testes enim [...]*») non sarebbe del tutto perspicua, in quanto parrebbe “[...] che occorra l’infermità del disponente, giacché la legge parla di *testes ... morbo oppresso*, cioè di coloro che siano testimoni per uno che sia *morbo oppresso*; ma il Cod. Cassinese e Berlinese hanno *oppressos* con riferimento ai testi; e poiché non è verosimile che la legge preveda il caso che infermi di malattie contagiose siano adibiti come testimoni, *morbo oprressos* potrebbe intendersi nel senso di atterriti, sotto l’incubo del male”.

¹²⁷ V. F. ARCARIA, *Per la storia dei testamenti pubblici romani: il «testamentum apud acta conditum» ed il «testamentum principii oblatum»*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, p. 163 ss., 167, il quale evidenzia che entrambe le locuzioni non ricorrono nelle fonti, essendo invece ascrivibili al pensiero giuridico moderno.

¹²⁸ C. 6, 23, 19 (a. 413): «*Omnium testamentorum sollemnitatem superare videatur, quod insertum mera fide precibus intertot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut igitur securus erit, qui actis cuiuscumque iudicis aut municipium aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium, ita nec de eius umquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto iure, quod nostris est scriniis constitutum, teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobatur nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur. Ne quid sane praetermisere credamur huiusmodi institutionis successoribus designates, omnia quae scriptis heredibus competunt iubemus eos habere nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, cum pro herede*

Teodosio II e Valentiniano III ¹²⁹, non accolta tuttavia da Giustiniano ¹³⁰. Essi venivano depositati negli archivi del governatore provinciale, del

*agere cuncta sufficiat et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblati possit precibus declarare et stabile sciat esse quod fecerit, nec institutus heres perimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis possit testibus approbare, si ei alia nocere non possunt». E cfr., per un'analitica interpretazione, del passo, F. ARCARIA, *Per la storia*, cit., p. 202 ss.*

¹²⁹ Nov. Val. 21, 1 (Impp. Theodosius et Valentinianus): «*Iam dudum quidem divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexus formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedent prius succedat superstes. Sed quoniam Leonius vir spectabilis munitus veteribus constitutes nostrum simplex maluit expectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur salubri definitione censes, ut, sive inter se coniugum seu quorumcumque consensus oblati serenitati nostrae precibus optaverit morte praeventi heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustis aestimetur, et in augustam notitiam pervenisse sufficiat, etiamsi nullum processerit ex hac parte responsum. Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione condetur, sit amen nullum defuncti posterius extabit arbitrium. Leonius vero et Iucunda uxor eius tanta vicissim caritatem certarunt, ut fuis simul precibus ius poscerent liberorum et propter incertum sortis humanae superstitem coniugem precarentur heredem: licet superfluo illud addentes, ut intestatae successionis ius ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces partier obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus. Praeterea, sicut supplicationi conexa monstrarunt, quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere iudicium septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis huius definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis adfectus et simplex religio testamenta condentum cunctisque iam liceat quomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statute declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudential vetusti iuris ambages. Idcirco, quia mintuiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere voluntatem, cui multum roboris erit si vel septem vel quinque testibus muniatur, et virum spectabilem Leonium praeter fiduciam precum pidem cum uxore communium voluntas quoque alia et subscriptionibus testium munita defendit, apud eundem solida successione Iucundae coniugis suae iugiter permanente, quisquis maluerit delata nobis supplicatione testari habeat liberam facultatem. Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus. Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto munisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querellam vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus, Albine parens karissime atque amantissime. Idcirco inlustris et praecelsa magnificentia tua saluberrimam sanctionem mox in omnium pervenire notitiam propositis iubebit edictis, ut possit facile cognosci condendarum servandarumque legum curam nobis esse praecipuam». E cfr., nuovamente, F. ARCARIA, *op. ult. cit.*, p. 215 ss.*

¹³⁰ Per tutti, ID., *op. ult. cit.*, p. 216.

municipio o dell'Imperatore stesso, il quale avrebbe poi trasmesso la scheda al *magister libellorum*¹³¹. Non particolarmente diffusi nella prassi¹³², essi erano sprovvisti della sottoscrizione testimoniale, in quanto l'autenticità del documento era garantita dalla pubblica autorità, che lo riceveva per conservarlo; dibattuto, se si trattasse di libere dichiarazioni raccolte direttamente dalle autorità competenti, ovvero, e più plausibilmente, d'insinuazione di testamenti privati, in sé formalmente perfetti¹³³.

L'attenuazione dei crismi poteva, inoltre, dipendere dall'identità del beneficiario, se questo era per così dire «qualificato»: ad esempio, una costituzione del 455 d.C. prevedeva che le disposizioni in favore dei poveri dovessero ritenersi valide *omnibus modis*¹³⁴, e un'altra del 470 d.C., che fu peraltro inclusa nella Codice giustiniano, sanciva analoga «liberalizzazione» in relazione alle attribuzioni in favore della Chiesa¹³⁵.

¹³¹ Cfr. anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 525; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 649; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 126; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 191; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 723; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 648; M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 27; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 60; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 31-32; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 23; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 712; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 719; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 487; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 697; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 66; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 425; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 126; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 269, il quale peraltro ritiene che esso sia il «progenitore» del nostro testamento pubblico, ricollegabile alle antiche forme comiziali.

¹³² Per tutti, F. ARCARIA, *Per la storia*, cit., pp. 168-169.

¹³³ D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 32 e *spec.* F. ARCARIA, *Per la storia*, cit., p. 204, il quale – nel commentare C. 6, 23, 19 (v., *supra*, nt. 115) – dà per esatta questa seconda opinione, rilevando che “[...] nella costituzione non è [...] rinvenibile alcun indizio che possa autorizzare l'interprete a ritenere che il testatore esponesse oralmente all'imperatore il contenuto delle sue ultime volontà e che queste fossero redatte in un documento pubblico confezionato dagli *scrinia* imperiali [...]” [per analoghe considerazioni in relazione al *testamentum apud acta*, v., *ivi*, pp. 211-212, nonché pp. 223-224, in commento a Nov. Val. 21, 1 (v., *supra*, nt. 116)].

¹³⁴ C. 1, 3, 24. E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 23.

¹³⁵ C. 1, 2, 14, 1. E cfr. ID., *op. loc. ult. cit.*, nonché B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 69 e A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 713-714.

Parimenti, poteva essere la stessa identità del testatore a giustificare una tale semplificazione, come nel caso del *testamentum ruri conditum*, il quale – riservato al ceto agreste¹³⁶ – poteva essere sottoscritto da cinque testimoni, anziché sette¹³⁷. Il testamento orale – in questo periodo – restava possibile, ma richiedeva la presenza inderogabile di sette testimoni¹³⁸.

5. *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum: l'evoluzione (delle formalità della) revoca dal periodo arcaico a*

¹³⁶ Ma v. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 427, nt. 3 e G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 28-29, i quali precisano che la disposizione fu introdotta non già in considerazione della persona del testatore, ma, più precisamente, del luogo in cui veniva eretto l'atto testamentario; nondimeno, il suo ambito applicativo veniva esteso, almeno secondo alcuni, a tutti i contadini (*rusticani*).

¹³⁷ C. 6, 23, 31, 2-4 (a. 534), ma essendo richiesto che «*ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant*». E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 23; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 526; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 193; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 34; G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 28-29; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 651; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 697; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 397; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 130; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 713; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 358; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 67; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 487; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 718; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 427; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., p. 63; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 467, nt. 34, il quale, in particolare, precisa che la riduzione al numero di cinque cessava d'essere derivazione dell'antinomia testamento «civile»-«pretorio», ma si collegava, più semplicemente, all'esigenza di ridurre il numero dei testimoni, in caso di loro non facile reperibilità.

¹³⁸ Inst. I, 2, 10, 14: «*[...] si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum iure civili firmiterque constitutum*». E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 23; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 649-650; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 423; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 487; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 715; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 722; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 712; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 240, il quale, in particolare, sottolinea come siffatta forma testamentaria nulla abbia a che vedere con il *testamentum per aes et libram* in forma «orale» (su cui v., *supra*, nt. 45).

quello classico, fino alla compilazione di Giustiniano

Quanto alla revoca¹³⁹, la struttura del *testamentum per aes et libram*, che si è precedentemente esaminata, se rigorosamente riguardata, avrebbe dovuto indiscutibilmente comportare un coinvolgimento del *familiae emptor*, al quale il patrimonio ereditario era stato «fiduciarmente» trasferito¹⁴⁰. Sennonché, come ha osservato la dottrina¹⁴¹, le fonti non

¹³⁹ Diverso e più ampio è il tema delle «invalidità» testamentarie, e il rischio d'una confusione tra i due profili è segnalato anche in S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 461, nt. 1. Esse sono state ricostruite con efficacia, tra gli altri, da M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 649-652: l'A. sistematizza il tema osservando che esse – di regola «totali», stante l'incompatibilità tra la delazione testamentaria e quella *ex lege* – potevano essere «immediate», in dipendenza d'un vizio del testamento in sé (ad es., per difetto formale di questo, o per incapacità dell'ereditando) oppure «mediate», se la patologia si riferiva all'istituzione d'erede (ad es., per carenze di forma della *heredis institutio*, o per incapacità degli eredi istituiti). In tali casi, l'invalidità era «originaria»; viceversa, essa poteva anche determinarsi in un momento «successivo», e ciò nelle ipotesi: *i*) di sopravvenuta incapacità (del testatore o degli eredi istituiti); *ii*) di sopravvenienza d'un *filius*; *iii*) infine, e per l'appunto, di «revoca» (su cui v. ora nel testo). In verità, questa classificazione è, almeno nei termini additati, estranea al diritto romano, il quale distingueva il *testamentum: i) non iure factum* (o anche *iniustum*), per indicare la nullità per vizi formali; *ii) inritum*, per designare l'invalidità conseguente a *capitis deminutio* del testatore; *iii) ancóra inritum* (e, in questa accezione, anche *destitutum* o *desertum*) per dire del testamento inefficace in ragione del mancato acquisto da parte degli *heredes* istituiti; *iv) ruptum*, per identificare quello revocato o invalidato *agnatione postumi*; *v) nullius momenti* o *inutiliter factum*, per individuare quello invalido a causa dell'inosservanza della regola, secondo cui i *sui* debbono essere istituiti eredi o diseredati. In tema, v. anche, sempre in chiave sistematica, G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 76-81, nonché, con riguardo al legato, P. VOGLI, voce *Legato*, cit., pp. 715-716; resta in ogni caso fermo – con A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 716 – che presso i giuristi romani non v'era un'elaborazione dottrinale unitaria in ordine alle invalidità testamentarie, né si faceva ricorso ad una terminologia costante per designare i vari vizi, che potessero inficiare l'atto.

¹⁴⁰ T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 16.

¹⁴¹ ID., *op. loc. ult. cit.* Quanto, invece, alla revoca del testamento comiziale e di quello *in procinctu*, è probabile che l'ereditando dovesse attendere la venuta dei giorni assegnati ai testamenti comiziali, nonché l'assenso del popolo per il primo caso (ma per la *querelle*, cfr., *supra*, nt. 15) o l'occasione d'una battaglia per il secondo: così, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 461, nt. 1. In termini più dubitativi, però, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 27, secondo cui, in relazione alle antiche forme, “[...] la scarsità degli elementi che

recano traccia di siffatta partecipazione¹⁴²; da esse, invero, emerge soltanto che le ultime volontà potevano essere revocate in ogni tempo¹⁴³ (*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*¹⁴⁴), e d'un chiaro invito ad «attualizzare» costantemente il testamento è traccia nelle lettere di Plinio¹⁴⁵.

La piena revocabilità è, inoltre, insita in quelle stesse denominazioni – *supremum* o *ultimum iudicium*, *suprema voluntas*, *supremae tabulae* – mercé le

possediamo non permette di accertare con sicurezza se e come l'atto fosse revocabile”.

¹⁴² E ciò, assai verosimilmente, in ragione del carattere «fittizio» della partecipazione dello *emptor* al rito librale, come nota S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 461, nt. 1. Nel senso della possibilità di revocare la *mancipatio familiae* a mezzo d'un *pactum fiduciae*, v. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 27 (ma cfr. anche p. 590). L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 87, invece, sviluppa la tesi dell'irrevocabilità dalla circostanza che il trasferimento in favore dello *emptor* doveva dirsi «attuale»: argomento, questo, comunque non incontrovertito (per i termini del dibattito, v., *supra*, nt. 27).

¹⁴³ Cfr. G. IMPALLOMENE, voce *Successione*, cit., p. 723; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 662; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 137; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 402; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 460; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 757; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 699-700; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 650; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 27, 590; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 534, il quale – premessa l'osservazione per cui la libera revocabilità delle volontà è principio osservato «con energia» nell'esperienza giuridica romana – fa ad esso conseguire: *i*) il divieto di testamento congiuntivo, che deriva in particolare dalla c.d. «unipersonalità» dell'atto; *ii*) la proibizione dei patti successorî (sui quali v. anche l'ampia e classica trattazione di G. VISMARA, *Storia dei patti successorî*, Milano, 1986); *iii*) la regola per cui la perdita della *testamenti factio* toglierebbe efficacia anche al testamento precedente, che altrimenti diverrebbe irrevocabile (al riguardo, cfr. anche M. AMELOTTI, voce *Successione*, cit., p. 459; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 348; P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 211-215; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 642, nt. 19; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 19-20; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 18; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 7, nt. 1; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 23-25, 27-29; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 636; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 66; C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 315 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 676; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 132-133; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 693; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 678; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 650, 704).

¹⁴⁴ D. 34, 4, 4 (Gai).

¹⁴⁵ Plin. *ep.* 5.5.: «*Decessit veteri testamento, omisit quos maxime diligebat, prosecutus est quibus offensior erat*».

quali s'addita la volontà *mortis causa*¹⁴⁶, con la precisazione che quest'ultima è detta per l'appunto «ultima» non già perché sia manifestata al limite estremo della vita, ma perché dopo di essa non ve n'è altra¹⁴⁷: «*id testamentum – sentenza Quintiliano – valeat post quod nullum testamentum est*»¹⁴⁸.

D'altronde, di là dalla terminologia, la regola della libera revocabilità poteva agevolmente essere dedotta dalla stessa «configurazione strutturale» del testamento: se quest'ultimo “[...] è un atto dispositivo imperniato sulla sola volontà del testatore, ed acquista consistenza giuridica solo alla sua morte, appare ben naturale come il testatore possa liberamente mutar volontà fino all'ultimo istante della sua vita”¹⁴⁹.

Ne conseguiva, *de plano*, oltre alla nullità della c.d. *clausola derogatoria*, a mezzo della quale il testatore mirava a spogliarsi della *facultas revocandi*¹⁵⁰, anche l'inammissibilità di modifiche parziali: la confezione d'un nuovo testamento, invero, avrebbe comportato la sua integrale surrogazione rispetto a quello precedentemente confezionato¹⁵¹, sicché, se il testatore avesse voluto conservare talune disposizioni, avrebbe dovuto ripeterle

¹⁴⁶ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718.

¹⁴⁷ Lo rimarca B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 590.

¹⁴⁸ Quintil., *Decl.*, 308.

¹⁴⁹ B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 27 e cfr. p. 590, ove si dubita che la «revocabilità» discenda dalla mera «unilateralità» dell'atto, ascrivendola piuttosto al suo carattere *mortis causa*. È significativa, in chiave assiologica, anche l'ampia spiegazione di C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29: “che [...] il testamento precedente si consideri automaticamente revocato da un testamento successivo di contenuto incompatibile con quello del primo si può agevolmente spiegare, anche dal punto di vista patrimoniale, rifacendosi al concetto che il testamento deve esprimere l'ultima e definitiva volontà del testatore”; invece, “[...] la regola che il testamento precedente deve considerarsi in tutto revocato da ogni testamento successivo, anche se, per avventura, le disposizioni contenute nei due testamenti siano perfettamente compatibili tra loro, mostra chiaramente che l'incompatibilità non corre già tra le due serie di disposizioni singole (che invece in questa seconda ipotesi prospettata sono tra loro complementari e integrative) bensì corre tra le due attribuzioni della qualità di *heres* a soggetti diversi, i quali non possono considerarsi compartecipi dello stesso titolo perché designati con atti diversi”.

¹⁵⁰ G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 750.

¹⁵¹ S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 32.

nella nuova scheda¹⁵², con nuovo atto «eguale e contrario»¹⁵³ a quello precedente: *hereditas adimi non potest*¹⁵⁴. D'altra parte, ciò comportava che chi avesse testato almeno una volta non aveva la possibilità di lasciare il passo alla successione *ab intestato*, valendo per lui – come con arguzia s'è scritto – il principio «*semel testator, semper testator*»¹⁵⁵.

¹⁵² Gai 2, 144: «*Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit. ideoque si quis ex posteriori testamento quod iure factum est aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione sub qua heres institutus est defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: quibus casibus pater familiae intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit*». E cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 112-113; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718; G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 55; T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., pp. 16-17; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 663; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., pp. 260-261, il quale discorre, in particolare, di revoca «qualificata», la sola ammessa dal diritto romano in relazione alla *heredis institutio*, per contrapporla a quella «pura», con cui – a mezzo d'un contegno meramente «negativo» – si poneva nel nulla la disposizione già presa. L'A. precisa inoltre – *ivi*, p. 263 – che, affinché si producesse l'effetto revocatorio, il successivo testamento doveva essere considerato valido *ab initio*, conseguendone l'insufficienza, a tali fini, del testamento nullo: - per difetto di forma o per *praeteritio* di un *suus*; ma, viceversa, la sufficienza di quello: - che disponesse una *heredis institutio sub condicione*, benché poi la condizione medesima non si fosse avverata; - che istituisse un erede, il quale poi non avesse accettato; - che fosse revocato da un terzo testamento.

¹⁵³ S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 204. Di *contrarius actus* discorrono A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718.

¹⁵⁴ D. 28, 2, 13, 1 (Iul.): «*Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse: propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilo minus et libertatem et hereditatem habebit*».

¹⁵⁵ A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 402. V. anche A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 700, il quale coerentemente osserva che, mentre “[...] la natura di *universitas* dell’*hereditas* non è di ostacolo ad una designazione plurima di eredi nello stesso testamento, quale è investito ciascun altro (in un concorso che ne permette una coerente disciplina), essa preclude invece la possibilità di una designazione successiva di più eredi con atti indipendenti, poiché già il primo sarebbe stato relativo necessariamente, sul piano patrimoniale, alla *universitas* costituita dai beni del testatore quale essa sarebbe stata in concreto al tempo della sua morte (e dunque senza alcuna possibile successiva identica, indipendente e autonoma disposizione dello stesso ‘oggetto’, se non quale superamento

Si è, così, avuto modo di osservare complessivamente che “la revoca del testamento non è, nel sistema romano, un negozio giuridico per sé stante: anzi un testamento è revocato solo da altro testamento, e la revoca si produce anche senza o contro la volontà del testatore, ogni volta che il nuovo testamento sopravvenga”¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. Per l’effetto, altri comportamenti, per così dire concludenti, almeno in origine, non avevano rilievo, come, ad esempio, la distruzione fisica della scheda¹⁵⁸;

della precedente determinazione”.

¹⁵⁶ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 534 e v. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 757; M. AMELOTTI, voce *Successione*, cit., p. 468; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 393. Si è inoltre avuto modo di distinguere – cfr. P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 261-262 – le manifestazioni di revoca *ante* e *post consummationem testamenti*: quanto alle prime, è evidente che nella fase per così dire «preparatoria» (*i.e.*, fino al compimento delle formalità prescritte) v’era un mero «progetto» di testamento, sicché il (futuro) ereditando avrebbe potuto modificare, cancellare o integrare le precedenti disposizioni, senza che potesse parlarsi di «revoca» in senso tecnico, bensì di vera e propria «inesistenza» del testamento; solo alle seconde, invece, si sarebbero riconnessi i delicati e complessi problemi giuridici, che circondano la «revoca», *stricto sensu* intesa, delle disposizioni di ultima volontà.

¹⁵⁷ Sul problema della revoca dei legati e delle altre disposizioni minori, v. analiticamente, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., rispettivamente, alle pp. 300 ss. e 322 ss., nonché – più in generale – G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 317 ss. e C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 48-49, per il quale è infatti “[...] più esatto parlare di revoca delle disposizioni testamentarie [...] anziché di revoca del testamento, perché, mentre la revoca della istituzione di erede porta con sé necessariamente quella di tutte le altre disposizioni contenute nel testamento revocato [...], non è vero l’inverso, in quanto è possibile revocare le altre singole disposizioni, senza che con ciò sia revocata la *institutio*, e quindi l’intero testamento”.

¹⁵⁸ Gai 2, 151: «*Potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmantur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius incidit, nihilo minus iure civili valeat. quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti nihilo minus non desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit*». E cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 123-124; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 751; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 504; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 204-205, nonché V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 534, il quale, in particolare, incisivamente sottolinea: “come una legge non perde di valore per la distruzione della tavola di legno o di bronzo sulla quale il testo è trascritto ed esposto al pubblico, ma solo per una nuova legge che l’abroghi, così il testamento che dissuggella, cancella, brucia le tavole testamentarie non toglie al testamento la sua efficacia, se si può provare ch’essa

d'altronde, secondo la tradizione arcaica già richiamata, essa si limitava a riportare per iscritto le volontà pronunziate oralmente dal *de cuius*¹⁵⁹.

La rigidità di tale regola fu tuttavia mitigata dalla giurisprudenza onoraria in quei casi, nei quali la *voluntas revocandi* fosse evidente, e ciò mediante l'attribuzione della *bonorum possessio* all'erede *ab intestato*¹⁶⁰: timidamente, la «base» della revoca veniva dunque scivolando dal testamento come «atto giuridico» alla pura «volontà di revocare»¹⁶¹.

In età giustiniana, sarebbe invece maturata l'idea che l'effetto

conteneva una valida istituzione di erede» (richiama il passo anche U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 642, per rafforzare la tesi secondo cui il testamento sarebbe una *lex vera e propria*, e in particolare una *lex privata*).

¹⁵⁹ Giustamente, A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 663; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 593; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 719, i quali ultimi rimarcano, invero, che “[...] la distruzione del documento che forniva la prova – tavolette cerate – non metteva [...] in discussione la validità dell’atto, ma rendeva solo più difficile all’erede la prova del contenuto”.

¹⁶⁰ D. 37, 11, 1, 10-11 (Ulp.): «*Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatori incidit, bonorum possessio peti potest: quod si ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo bonorum possessio peti non potest. Si rosae sint a muribus tabulae vel linum aliter ruptum vel vetustate putrefactum vel situ vel casu, et sic videntur tabulae signatae [...]*» (v. anche Gai, 2, 151 a). E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 17; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 402; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 751; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 535; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 651; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 663-664; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 504; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 150; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 48; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 463; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 720; P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., pp. 264-265; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 758; S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 33, 209-210, ove però si precisa che (solo) in un caso si sarebbe pervenuti ad un risultato incongruo rispetto a quello della volontà del testatore, e cioè quando le *tabulae signatae* alla morte *non extabant* per essere stato il *linum, incisum* o i *signa, turbata*, nonché in ogni altra ipotesi in cui le *tabulae* fossero state alterate nella materiale consistenza o da un terzo *contra voluntatem testatoris* oppure ancora per caso fortuito. Tuttavia, anche in tali circostanze, una corrente giurisprudenziale optò per un'interpretazione benevola della clausola edittale, sostenendo – per finzione – che le *tabulae*, sebbene in realtà ovviamente non lo fossero, *videbantur* sigillate, ai fini della *bonorum possessio secundum tabulas* (*ivi*, pp. 210-211).

¹⁶¹ Evolutivamente, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 592.

caducatorio potesse connettersi alla distruzione totale del testamento¹⁶² e si disciplinò, in particolare, la c.d. *incisio lini*, sceverando il caso in cui questa fosse stata operata dal testatore *utpote voluntate eius mutata* da quello in cui, invece, fosse stata provocata *ex alia quacumque causa*: nella prima ipotesi, *testamentum non valet* e, pertanto, si aveva delazione dell'eredità secondo le regole della successione intestata; nella seconda, viceversa, *durante testamento scripti ad hereditatem vocantur*¹⁶³.

Giustiniano, poi, non incorporò la «curiosa»¹⁶⁴ regola, additata dall'Imperatore Onorio nel 418 d.C.¹⁶⁵, secondo cui il testamento perdeva efficacia dieci anni dopo la confezione¹⁶⁶; recepì, invece, da Teodosio II¹⁶⁷ quella – comunque giudicata «non del tutto encomiabile»¹⁶⁸ – conservativa di valore revocante al testamento successivo invalido, che istituisca gli eredi legittimi, ove cinque testimoni, di quelli chiamati a perfezionarlo, lo confermino con giuramento, aprendosi, pertanto, la successione legittima e valendo l'atto, non già come testamento, bensì quale *voluntas intestati*¹⁶⁹. Soggiungeva, inoltre,

¹⁶² Cfr., al riguardo, M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 468; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 149; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 262; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 752. *Contra*, S. SERANGELI, *Studi*, cit., pp. 228-230.

¹⁶³ V. C. 6, 23, 30, nell'interpretazione che ne offre S. SERANGELI, *op. cit.*, p. 223 ss.

¹⁶⁴ G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723. La regola è giudicata «singolare» anche da F. ARCARIA, *Per la storia*, cit., p. 232, nt. 184.

¹⁶⁵ CTh. 4, 4, 6: «*Ne quis post diem mortis scriptis ante decennium testamentis praestetur adsensus nullisque penitus viribus scriptura huiusmodi tempore antiquata taxetur: praesertim cum, si voluntas continuata persistit, brevis mora si recentibus vetustatem innovare temporibus. Vix enim fieri potest, ut per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem testium conscientiam mors coniurata subripiat, et re vera nefas est, ut antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur*». E cfr. anche S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 462.

¹⁶⁶ Chiosa ID., *op. loc. cit.*, che “con più senno Giustiniano pensò che se il testatore non faceva un nuovo testamento, per quanto tempo fosse trascorso dall'antico, ciò significava che la sua volontà antica era ancora la sua volontà presente e che era inutile costringerlo a ripetere l'atto”.

¹⁶⁷ Nov. Theod. 16, 7 (a. 439).

¹⁶⁸ G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 723.

¹⁶⁹ C. 6, 23, 21, 5 (a. 439): «*Si quis autem testamento iure perfecto postea ad alium pervenerit testamentum, non alias quod ante factum est infirmari decernimus, quam id, quod secundum facere*

che dopo un decennio era sufficiente alla revoca la volontà contraria manifestata verbalmente dinanzi a tre testimoni o pubblicamente¹⁷⁰; non si spingeva, tuttavia, a prevedere la revoca *nuda voluntate*¹⁷¹.

Nell'ambito delle privazioni d'efficacia dell'atto, trovavano posto anche le «contestazioni», le quali assumevano la forma delle azioni civili tra l'erede/gli eredi nominati nel testamento e coloro ai quali il patrimonio sarebbe spettato secondo le regole della successione legittima, in particolare mediante la *hereditatis petitio*¹⁷² e la *querela inofficiosi*

*testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam eius voluntatem intestati valere sancimus». E cfr. M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 468; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 67; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 721.*

¹⁷⁰ C. 6, 23, 27 (a. 530): «*Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post eius confectionem decennium profluxit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuit, hoc esse firmum. quod enim non mutatus, quare stare prohibetur? quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? sin autem in medio tempore contraria voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum. sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis vacuandis latae fuerant, penitus antiquandis». Osserva giustamente G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 80, che – diversamente da quanto previsto nel diritto classico, il quale s'informava, come visto, al principio «*semel testator, semper testator*» – per effetto di tale novella si consentiva a chi avesse fatto testamento d'affidare la propria successione alle regole di legge. Circa l'interpretazione del passo, è significativa anche la precisazione di F. ARCARIA, *Per la storia*, cit., p. 232, lì ove osserva che il riferimento alla dichiarazione di revoca effettuata *inter acta* attestava (sia pure in relazione non al testamento, ma, appunto, alla sua revoca) la persistenza di formalità pubbliche, che – benché previste da costituzioni anteriori (v. *supra*) – non erano tuttavia penetrate nella compilazione giustiniana.*

¹⁷¹ M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 468, ma cfr. anche C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 214-216. Viceversa, i militari e i veterani potevano non solo effettuare testamenti successivi, tutti egualmente validi [v. D. 29, 1, 19 (Ulp.)], ma anche revocarli, in qualsiasi modo [v. D. 29, 1, 15, 1 (Ulp.); D. 29, 1, 17, 2; D. 29, 1, 34, 1-2 (Ulp.)]. Sul punto, A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 665 ss.

¹⁷² Ampiamente, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 560 ss.

*testamenti*¹⁷³. Inoltre, in età imperiale, venne prevista la possibilità di costringere un terzo, in possesso del testamento, di presentarsi dinanzi al pretore, affinché esso fosse confermato dai testimoni, che lo avevano sottoscritto.

6. *Le modalità di custodia e di apertura del testamento: scarsità delle fonti in relazione alla prime, e spiccata formalità delle seconde*

Una volta perfezionato, il testamento – del quale non s'è esclusa la redazione in più copie, dimodoché una restasse in possesso del testatore¹⁷⁴ – veniva affidato ai parenti più stretti o, in generale, ad altre persone di fiducia¹⁷⁵, oppure ancora veniva custodito presso templi o archivi¹⁷⁶, ma le fonti non testimoniano della presenza d'una speciale normativa in ordine alle modalità di custodia. Viceversa, esse denunciano una spiccata formalità del procedimento di «apertura» delle ultime volontà¹⁷⁷, in quanto il testamento doveva essere reso pubblico – entro confini temporali assai ristretti (di regola, si legge in una fonte, tre o cinque giorni)¹⁷⁸ – a Roma dinanzi al pretore¹⁷⁹, mentre nelle province avanti al

¹⁷³ Altrettanto diffusamente, M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 660 ss.

¹⁷⁴ P. VOGLI, *Diritto*, II, cit., p. 78. Si tratta del c.d. *exemplum*, anche se con tale denominazione può designarsi anche il «progetto» o «schema» di testamento: sul problema, B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 64-65.

¹⁷⁵ ID., *op. cit.*, p. 600. Cfr. anche M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 463 e ID., *Il testamento*, cit., p. 184, ove s'allude, peraltro, alla possibilità di sanzionare l'incarico con la previsione d'una «penale».

¹⁷⁶ A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 665.

¹⁷⁷ A. SPINA, *Diritto*, cit., p. 436. Nota esattamente A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 703, che tale esigenza si pose con il superamento della dimensione «solenne», «orale» e «pubblica» dei primi testamenti, in favore di quelli «privati», al fine “[...] di evitare possibili e interessate contraffazioni”.

¹⁷⁸ Paul Sent. 4.6.3.: «*Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit. Et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae: ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint: nec enim oportet tam heredibus et legatariis aut libertatibus quam necessario vectigali moram fieri*». Per l'interpretazione del passo, cfr. anche F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 408-409.

preside¹⁸⁰; solo successivamente all'introduzione, ad opera di Augusto, dell'imposta del cinque per cento sulle eredità e sulle manumissioni (*vicesima hereditatum et manumissionum*¹⁸¹), si prevede invece che l'apertura avvenisse nella relativa *statio*¹⁸², poiché il momento dell'apertura apparve evidentemente quello più propizio per la riscossione del tributo¹⁸³.

All'apertura – che si svolgeva *inter horam secundam et decimam diei* e, quanto al luogo, *in foro vel basilica*¹⁸⁴ – avevano «facoltà» d'intervenire, oltre ai congiunti più stretti, coloro che il depositario, all'atto della consegna, aveva indicati come probabili *heredes scripti*; uno «obbligo», invece, gravava in capo a tutti (o, comunque, alla *maior pars*) dei *signatores*¹⁸⁵, i quali erano chiamati a riconoscere i sigilli¹⁸⁶, mentre, in loro

¹⁷⁹ D. 43.5.3.9 (Ulp. 68 *ad ed.*): «*Exhibere autem apud praetorem oportet, ut ex auctoritate eius signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa: et si forte non optemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a praetore debere*».

¹⁸⁰ D. 29.3.7 (Gai 7 *ad ed. prov.*): «*Sed si quis signatoribus aberit, mitti debent tabulae testamenti ubi ipse sit, uti agnoscat: nam revocari eum adgnoscenti causa onerosum est. quippe saepe cum magna captione a rebus nostris revocamur et sit iniquum damnosum cuique esse officium suum. nec ad rem pertinet, unus absit an omnes. et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas urgeat, debet proconsul curare, ut intervenientibus optima opinionis viris aperiantur et post descriptum et recognitum factum ab isdem, quibus intervenientibus apertae sunt, obsignentur, tunc deinde eo mittantur, ubi ipsi signatores sint, ad inspicienda sigilla sua*».

¹⁸¹ Erano tuttavia escluse dall'imposizione le successioni a favore dei parenti più vicini (*domestici heredes*, anche se s'ignora chi fossero esattamente) e quelle di valore inferiore a 100.000 sesterzi. Cfr., al riguardo, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 465, nt. 1, nonché, più in generale, M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 379.

¹⁸² Cfr. M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 463; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 535; P. VOI, *Diritto*, II, cit., p. 78; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 404; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 665; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 204; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 465; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 599; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 399; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 753; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 505; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 715.

¹⁸³ Così M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 184. Ma anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 204, secondo cui alle ragioni fiscali s'affiancavano anche esigenze di certezza del diritto.

¹⁸⁴ M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 187.

¹⁸⁵ Paul Sent. 4, 6, 1: «*Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum: ita ut agnitis signis rupto lino aperiatur et recitetur*».

mancanza, al cerimoniale d'apertura avrebbero partecipato i *virii honesti*, ossia altre persone rispettabili, con funzioni pressoché eguali¹⁸⁷.

Del testamento aperto – in esito alla pubblica lettura (c.d. *recitatio*) e alla redazione d'apposito processo verbale, da cui constasse l'adempimento di tutte le formalità prescritte (c.d. *gestum de aperiendis tabulis*)¹⁸⁸ – si traeva una copia, la quale veniva conservata nella *statio vicesimarum*¹⁸⁹; l'inosservanza di tutte le formalità descritte, tuttavia, non avrebbe ostato alla validità del testamento come tale¹⁹⁰.

Le *tabulae ceratae* venivano quindi consegnate all'erede, il quale doveva renderle note ad eventuali coeredi; a garanzia dell'adempimento d'un tale onere, l'intervento del pretore¹⁹¹, esercitato mediante lo *interdictum de tabulis exhibendis*¹⁹².

atque ita describendi exempli fiat potestas ac deinde signo publico obsignato in archivum redigatur, ut, si quando exemplum eius interciderit, ait, unde peti possit». E cfr. M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 463; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 724; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 465; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 601; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 754; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 505-506; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 716.

¹⁸⁶ D. 29, 3, 4 (Ulp.): «*Cum ab initio aperiendae sint tabulae, praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere*».

¹⁸⁷ M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 187; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 535-536; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 79; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 724; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 465; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 601.

¹⁸⁸ M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 463; ID., *Il testamento*, cit., p. 187; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 79; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 665; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 601; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 754; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 505; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 716.

¹⁸⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 536.

¹⁹⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 466.

¹⁹¹ D. 29, 3, 1 pr. (Gai.): «*Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur [...]*».

¹⁹² D. 43, 5, 1 pr. (Ulp.): «*Praetor ait: "quas tabulas L. Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam"*». E cfr. M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., p. 463; ID., *Testamento*, cit., p. 184; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 665; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 466; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 715.

7. I codicilli e la categoria residuale dei cc.dd. «atti non formali»

Gran parte delle regole esaminate nei paragrafi precedenti subivano taluni temperamenti nel caso dei *codicilli*¹⁹³, ossia di quei documenti – riconosciuti a partire dall'età augustea, per impulso tanto della legislazione imperiale, quanto della interpretazione giurisprudenziale¹⁹⁴ – che potevano: i) integrare, limitatamente a disposizioni minori¹⁹⁵, un precedente

¹⁹³ Nella tradizione, il termine compare solo al plurale. E v. D. 50, 16, 148 (Gai.): «[...] *semper plurativo numero profertur (enuntiatio) [...] codicilli [...]*», nonché M. AMELOTI, *Testamento*, cit., p. 209, nt. 3; ID., voce *Testamento*, cit., p. 468; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 392; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 683; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 786, nt. 648. Nel prosieguo, tuttavia, lo si utilizzerà nella forma singolare – che comunque compare a partire da Diocleziano e si afferma nella tarda romanità – a soli fini espositivi. Analoga impostazione è adottata nel principale studio monografico sull'argomento: v. A. METRO, *Studi sui codicilli*, I, Milano, 1979, p. 1, nt. 1, e cfr. anche le pp. 9-15 per un dibattito sull'etimo della parola.

¹⁹⁴ Inst. 2, 25 pr.: «*Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus L. 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 impleret, 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*». Sull'omessa trattazione dei codicilli da parte di Gaio, cfr., invece, A. METRO, *Studi*, cit., pp. 15-18.

¹⁹⁵ Escluse, quindi, quelle che attribuiscono o tolgono l'eredità, come la *heredis institutio*, la *exheredatio* e le sostituzioni, tanto «volgari», quanto «pupillari»: cfr. Gai 2, 270 a; Gai 2, 273; Tit. Ulp. 25, 8; Id. 25, 11; Paul Sent. 4, 1, 10; Inst. 2, 25, 2; e v. anche Pap., D. 28, 5, 78 (77); Mod., D. 28, 7, 27, 1; Ulp. D. 28, 7, 10; Marcian., D. 29, 7, 6 pr.; Pap., D. 29, 7, 10. Inoltre – come chiariscono P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 73 e A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 704-705 – sotto l'aspetto «positivo» il codicillo non poteva mutare un'istituzione condizionata in una incondizionata; viceversa, in chiave «negativa», non si sarebbe potuta apporre una condizione a un'istituzione originariamente incondizionata.

testamentum, purché quest'ultimo ne facesse (pro¹⁹⁶ – o retro¹⁹⁷-spettivamente) espressa menzione, così «confermandolo»¹⁹⁸; *ii*) esistere indipendentemente da esso, nel qual caso avrebbero potuto contenere solo fedecommissi d'eredità o cose singole, manomissioni fedecommissarie e, infine, indicazioni per la nomina d'un tutore dativo¹⁹⁹.

¹⁹⁶ «Con la conferma *in futurum* il testatore, redigendo oggi il testamento, si riserva di arricchirlo in futuro con nuove disposizioni: questa specie di conferma è dunque molto utile, perché per essa, entro i limiti dovuti agli effetti dei codicilli, è come se il testamento fosse tenuto sempre aperto» (P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 70).

¹⁹⁷ «Con la conferma *in praeteritum* il testatore, redigendo oggi il testamento, chiama a far parte di esso le disposizioni da lui prese precedentemente: le disposizioni potrebbero essere ricopiate nel testamento, e quindi questa specie di conferma non ha altra utilità se non di risparmiare tempo e fatica al testatore» (ID., *op. loc. ult. cit.*). E cfr. Paul Sent. 4, 14, 2: «*Codicillis testamento confirmatis datae libertates cum his quae tabulis testamenti datae sunt concurrunt, et sive antecedant, sive sequantur testamentum, novissimo loco adhibentur, quia ex testamento utraeque confirmantur*»; D. 29, 7, 8 pr. (Paul.): «*Conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur aut in praeteritum aut per fideicommissum testamento facto aut sine testamento*».

¹⁹⁸ Solo il codicillo «confermato» poteva contenere disposizioni di *ius civile*: legati, manomissioni dirette, nomine di tutori, nonché le relative disposizioni di revoca. Il contenuto di quello «non confermato» era, invece, equiparato al codicillo *ab intestato* (P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 73).

¹⁹⁹ Sulla valenza «testamentaria» o *ab intestato* del codicillo, v. D. 29, 4, 6 pr. (Ulp.): «[...] *ut puta fratrem suum scripsit heredem et codicillos fecit ab intestato* [...]»; Inst. 2, 25, 1: «*Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. sed cum ante testamentum factum 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 praecedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse*». E cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 15; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 722; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 113-115; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 107-109; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 392; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 644, 724, *spec.* 786-789; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., pp. 417-418; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 719; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 199; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 386; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 724; A. METRO, *Studi*, cit., pp. 32-33; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 71-72; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 67; ID., voce *Legato*, cit., p. 707; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 576; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 614-619; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 703; G. VISMARA, *Appunti*, cit., pp. 83-86; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 683; M. AMELOTI, voce *Testamento*, cit., pp.

Per quanto esigessero la titolarità, in capo al loro autore, della *testamenti factio*²⁰⁰, i *codicilli* erano ispirati, nel diritto classico, alla «assoluta libertà formale»²⁰¹: pur dovendo recare le rituali formule, espresse in lingua latina, non dovevano essere sottoscritti dai testimoni, né abbisognavano di sigilli²⁰²; tuttavia, era possibile rinviare, nel testamento, ad una designazione dell'*heres* effettuata a mezzo d'un successivo *codicillo* (*Quem heredem codicillis fecero, heres esto*)²⁰³.

L'interferenza tra le due figure trovava conferma nella c.d. *clausola*

468-469; A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 403-404; ID., *La classificazione dei codicilli nel «liber singularis de iure codicillorum» di Paolo*, Napoli, 1940, *passim*, ov'è argomentata la tesi secondo cui a partire dal periodo classico sarebbe conosciuta la sola distinzione tra codicillo testamentario e confermato e non.

In entrambi i casi, i *codicilli* svolgevano, così, la loro funzione «complementare», tanto rispetto al testamento, quanto alla successione intestata; tale «accessorietà» – di cui è traccia in D. 29, 7, 3, 2: «*testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent vires tamen ex eo capient*» [e cfr. anche D. 29, 7, 16 i.f. (Paul.)] – comportava inoltre: *i*) che l'invalidità o l'inefficacia del testamento recavano con sé quelle del codicillo (così, ad es., in caso *testamentum ruptum* per *agnatio postumi* o di *testamentum desertum* per omessa accettazione dell'erede); *ii*) che il legato, disposto nel codicillo, aveva un *dies cedens* eguale a quello dei legati fatti per testamento; *iii*) che chi avesse impugnato di falso il testamento, e non avesse ottenuto sentenza favorevole, sarebbe stato respinto come indegno sia dal testamento, che dai *codicilli*. In questi termini, P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 71-72, il quale precisa che, viceversa, il testamento poteva mantenere validità anche senza il codicillo: invalido quest'ultimo per un motivo ad esso particolare, non ne sarebbe derivata, invero, l'invalidità del *testamentum*.

²⁰⁰ D. 29, 7, 6, 3 (Marcian.): «*Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest*». E cfr. A. BURDESE, *op. cit.*, p. 704.

²⁰¹ Così M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 469. E cfr. ancora ID., *Il testamento*, cit., p. 213; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 577; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 71; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 705; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 403; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 67; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 644, 788; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 619-621; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 416. Non di rado, i *codicilli* assumevano forma «epistolare», come attestato dalla prassi e da fonti giuridiche (D. 32, 37, 3; D. 34, 4, 30, 1).

²⁰² P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 68, non esclude che queste due garanzie di «autenticità» fossero comunque adoperate nella pratica.

²⁰³ D. 28, 7, 10 pr. (Ulp.). E cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 429 e P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 84, i quali discorrono al riguardo di *testamentum mysticum*, in cui l'istituzione è effettuata, per così dire, «in bianco».

*codicillare*²⁰⁴, con la quale – mediante un meccanismo di «conversione»²⁰⁵ – il testatore prevedeva che, nell'ipotesi in cui il *testamentum* fosse considerato invalido come tale, esso avrebbe dovuto essere riguardato come *codicillo* non confermato; in tal caso, invero, la *heredis institutio* contenuta nel testamento sarebbe venuta meno, ma i *fideicommissa* non avrebbero perso validità, e sarebbero venuti a gravare sugli eredi *ab intestato*²⁰⁶.

Diversa, invece, era la c.d. *finzione codicillare*²⁰⁷, in forza della quale il codicillo si aveva, in ogni caso, per redatto al momento stesso del testamento: «*codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberuntur, ac si testamento scripta essent*»²⁰⁸.

²⁰⁴ D. 29, 1, 3 (Ulp.): «*plerique pagani solent, cum testamenti faciunt per scripturam, praedicere velle hoc etiam vice codicillorum valere. nec quisquam dixerit si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse, nam secundum nostram sententiam etiam divus Marcus rescripserit*»; D. 29, 7, 1 (Ulp.): «*Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillo id valere, videri nec codicillos fecisse: ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur*».

²⁰⁵ G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 722; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718.

²⁰⁶ Tre, in particolare, i requisiti della clausola: *i*) la presenza d'un codicillo; *ii*) l'esistenza d'un testamento «convertibile»; *iii*) un'apposita dichiarazione, poiché non era ammessa la conversione *ope legis* o, come pur si dice, la clausola codicillare c.d. «tacita»: così P. VOICI, *Diritto*, II, cit., pp. 329-330. E cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 724; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 174; F. FILOMUSI GUELFI, *Diritto*, II, cit., p. 1; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 705; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 404; G. VISMARA, *Appunti*, cit., pp. 50-51; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 624-625; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 722; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 199; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 114; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 718.

²⁰⁷ D. 29, 7, 2, 2 (Iul.): «*Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*».

²⁰⁸ D. 29, 7, 2, 2. E cfr. P. VOICI, *Diritto*, II, cit., p. 72, il quale riferisce di due applicazioni della regola: *i*) se era disposto un legato in favore del proprio schiavo nel testamento, e gli si concedeva la libertà nel codicillo, il legato era valido, perché la manomissione si aveva come disposta insieme con il legato; *ii*) il legato, disposto nel testamento e revocato nel codicillo, si aveva per revocato nello stesso testamento, ossia come mai dato (l'esito effettuale, peraltro, sarebbe stato il medesimo ove il legato fosse stato disposto in favore dello schiavo insieme alla libertà, e nel codicillo fosse stata revocata solo quest'ultima). Cfr. anche B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 615-616 e, *funditus*,

Solo in età «post-classica», la progressiva parificazione del *testamentum* ai *codicilli* condusse, invece, ad un irrigidimento del regime formale di questi ultimi: già Costantino, invero, aveva prescritto l'intervento di cinque o sette testimoni²⁰⁹, elevati a sette da Teodosio II e nuovamente ridotti a cinque dal diritto giustiniano²¹⁰; equiparazione, questa, cui conseguiva tuttavia l'evidente contraddizione di reputare valide le disposizioni codicillari orali²¹¹.

A. METRO, *Studi*, cit., pp. 85-89.

²⁰⁹ C. Th. 4, 4, 1 (a. 326): «*In codicillis quos testamentum non praecedit, 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*».

²¹⁰ C. 6, 36, 9, 3 (a. 424): «*In omni autem ultima voluntate excepto testamento quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur. testibus videlicet, quando scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus*». In tal modo, perse gran parte del suo significato la distinzione tradizionale tra *codicilli* «confermati» e non; e cfr. T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 24; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 577; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 73; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 705; P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 68, 77; G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 87; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 115; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 775, 788; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 201-202; M. AMELOTTI, voce *Testamento*, cit., p. 469; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 577; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 722; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 684; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 199; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 621. Nel senso della possibilità di compiere addirittura una valida istituzione ereditaria a mezzo di *codicilli*, cfr. C. Th. 4, 4, 1. *Intepretatio*: «*Si quis non fecerit testamentum, sed vice testamenti fecerit codicillum, in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur, et hunc ipsum eodem numero testium, hoc est septem aut quinque, subscriptionibus faciat confirmari: si minus quam quinque, valere non poterit, sicut et ceterae voluntates. Nam secundum superiorem legem, si condito testamento post factus fuerit codicillus et in eo alium, quam in testamento fecerat, heredem voluerit nominare, in eo codicillo heredis institutio non valebit*», su cui v. G. VISMARA, *Appunti*, cit., pp. 88-91.

²¹¹ A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 706, in commento al passaggio «[...] *codicillis scriptis vel sine scriptis habitis* [...]» e, recentemente, A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 789. *Contra*, B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 619-620, secondo cui “[...] con ciò si confonde fedecommesso con codicillo: che il fedecommesso potesse farsi oralmente, anche *nutu* o tacitamente, non v’ha dubbio; ma il codicillo, che può anche contenere altre disposizioni all’infuori del fedecommesso, è sempre scritto” (conf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 577, nt. 1, per il quale si tratterebbe infatti più di un “paradosso teorico della giurisprudenza”, che d’un “[...] riconoscimento di una pratica in vigore”).

Non si è, infine, rinunciato ad individuare ulteriori disposizioni, certamente residuali, per designare le quali – non rientrando esse nell'alveo né del testamento, né del codicillo – s'è adoperata la dizione di «atti non formali»²¹², e trattasi appunto: *i*) delle dichiarazioni con cui s'interpreta o si chiarisce una precedente disposizione, di qualsiasi genere (*heredis institutio*, legato etc.); *ii*) della revoca c.d. «reale» del testamento, operata cioè mediante distruzione; *iii*) delle disposizioni di remissione della *cautio legatorum servandorum causa* e dalla *collatio*²¹³; *iv*) delle disposizioni c.dd. «confermative», disposte ad esempio in caso di perdita, e successivo riacquisto, della capacità²¹⁴.

8. *Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto romano: premessa*

Com'è stato segnalato in letteratura, esprimere considerazioni complessive sul formalismo testamentario nell'esperienza giuridica romana – per come sommariamente tratteggiato, in prospettiva dinamica, nelle pagine precedenti – non è operazione agevole. La «speciale attenzione» dei Romani per il testamento non s'è tradotta in un'impostazione «chiara» e «sistematica» di questa così rilevante porzione del diritto successorio, complicando l'attività «ordinante» degli'interpreti successivi²¹⁵: “in un territorio – ha ben scritto il

²¹² P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 76. Di «disposizioni libere», discorre allora G. IMPALLOMENEI, voce *Successione*, cit., p. 722.

²¹³ V., *supra*, nt. 61.

²¹⁴ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 75-76.

²¹⁵ Le parole virgolettate sono di T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 25, il quale ricorda, a suffragio, gli accesi dibattiti che avrebbero contrapposto i giuristi nel *ius commune*. Su tale difetto di «sistematicità», v. anche B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 14, per il quale “[...] i giuristi romani, e molto meno i legislatori, non attribuiscono ai problemi di sistematica quella importanza che vi annettono i moderni, tanto che talvolta, considerando le opere e i monumenti legislativi romani, si ha la impressione che la materia sia esposta quasi alla rinfusa, o in base a criteri che ci sfuggono o non sono apprezzabili”. È significativa anche la giustificazione offerta dall'A. circa lo «isolamento» del testamento rispetto agli altri istituti, rinvenuta nel fatto che il testamento, nell'esperienza giuridica romana, “[...] ha funzione così particolare e regime così diverso da quello degli altri atti giuridici, per quanto riguarda la forma, la capacità, il

Bonfante – dove parrebbe doversi riscontrare la massima semplicità e chiarezza, noi ci troviamo di fronte ad un’architettura imponente, di stile vario, che tradisce le epoche e le finalità diverse”²¹⁶.

Le difficoltà sembrano accentuarsi se si tengono in conto i «due rischi gravissimi», che l’Arangio-Ruiz ha riconosciuto essere sì insiti in qualsiasi studio sulle origini degli istituti, ma vieppiù «minacciosi» nella nostra materia. L’uno, di “[...] scambiare, nella valutazione delle regole proprie dell’istituto progredito, gli elementi che provengono dal costume originario con quelli che sono il risultato del lungo travaglio della giurisprudenza pontificale e laica, soprattutto nei primi secoli della Repubblica, se non addirittura con costumanze diffuse nella società elevata di Roma in epoca molto più recente”. L’altro, di “[...] dedurre l’originalità assoluta di questa o quella regola dalla comparazione fra il diritto romano classico ed altri sistemi giunti anch’essi a una fase molto avanzata della loro evoluzione, senza domandarsi se, risalendo alle origini dell’uno o degli altri regimi, non si possa riconoscere un’analogia di struttura fra norme che la dottrina e la pratica hanno poi nei vari paesi sviluppate in sensi sempre più divergenti”²¹⁷.

Eppure, come già visto, la tradizione giuridica romana ci offre una così «ricca documentazione» del testamento, tale da “[...] forn[ire] un’immagine viva dell’istituto, attraverso l’uso che ne fecero persone illustri e uomini comuni”²¹⁸, che l’analisi critica viene certamente a circondarsi delle insidie e delle cautele anzidette, e quindi a conservare, com’è stato detto, «una certa impenetrabilità»²¹⁹, ma non al punto da

contenuto, il trattamento delle clausole accessorie, la nullità, la interpretazione, che la ricomprensione in alcuna categoria avrebbe valore solo nominale”.

²¹⁶ Nel *Corso*, cit., p. 341.

²¹⁷ Nelle *Istituzioni*, cit., p. 512. L’A., a riprova della sottovalutazione dei rischi segnalati, adduce la diffusa idea che la successione testamentaria prevalessse – almeno originariamente – su quella legittima, sol per il fatto che, in epoca avanzata, nelle famiglie più agiate (le sole, peraltro, delle quali conosciamo le usanze) l’abitudine di redigere il testamento godette di maggiore diffusione rispetto alle epoche contemporanee.

²¹⁸ M. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 1.

²¹⁹ M. D’ORTA, *Saggio*, cit., p. 10.

poter essere del tutto obliterata²²⁰.

Nella nostra prospettiva, gli «antidoti» rispetto alla paventata visione «de-contestualizzata» e «a-storicizzante» del tema possono, allora, essere individuati, per un canto, nell'inquadramento delle prescrizioni formali concernenti gli atti *mortis causa* nel più ampio quadro del formalismo negoziale proprio del mondo giuridico romano²²¹ e, per l'altro, nella verifica d'un parallelismo tra l'evoluzione, indubbiamente di taglio «liberalizzante», delle prescrizioni medesime, e la progressiva dilatazione contenutistica del «testamento-atto»²²².

Sotto il primo profilo, per così dire «esterno», occorre, dunque, accertare se lo spiccato formalismo dell'atto a causa di morte presenti, o meno, dei tratti di specificità rispetto a quello degli altri negozi in generale²²³; sotto l'altro versante, per così dire «interno», v'è invece da

²²⁰ Sul ruolo «fortificante» metodologicamente assolto dai limiti e dai condizionamenti insiti in qualsiasi lavoro d'indagine, rispetto alla fruttuosità del procedimento conoscitivo, v. anche F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 47.

²²¹ Si v. A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino², 2006; A. ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 556 ss., spec. 558-559; R. ORESTANO, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, Appendice, III, Roma, 1961, p. 658 ss., ora in ID., *Scritti*, III, Napoli, 1998, p. 1531 ss., da cui si citerà; G. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Noviss dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 571 ss.; E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Macerata*, I, Napoli, 1966, p. 7 ss.; ID., *Istituzioni*, I, cit., p. 100 ss.; M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, p. 58 ss.

²²² A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 721, i quali osservano evolutivamente che “il contenuto del testamento ha conosciuto una progressiva modificazione che, muovendo da un nucleo ristretto, ha portato all'ampliamento del suo oggetto fino alla ammissione di numerose ed eterogenee disposizioni”.

²²³ La locuzione «negozio» è qui ovviamente usata in senso generico, e v. A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 1, per il quale “parlare di attività «negoziale», con riferimento all'esperienza romana, non è scientificamente improprio, ancorché in quell'esperienza non sia mai stata operata un'astrazione concettuale corrispondente. [...] La legittimità dell'uso di questa o di altre simili categorie per descrivere la realtà giuridica romana discende dalla circostanza che gli stessi giuristi romani operavano spesso attraverso generalizzazioni concettuali e collegamenti (sebbene senza l'uso della nostra terminologia), in maniera dunque sostanzialmente analoga a quanto noi facciamo usando espressioni come quella «negozio giuridico». In senso conforme, G.

SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 16, secondo cui addirittura il testamento “[...] nel sistema del *ius civile* si presenta [...] come il paradigma del negozio giuridico stesso”; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 32, i quali – pur avvertendo l’influenza del pensiero liberale sulla categoria – riconoscono che “[...] il fenomeno del negozio giuridico e della correlativa autonomia privata si riscontra praticamente in tutte le esperienze giuridiche, perché l’ordinamento dello Stato non può mai stabilire relazioni completamente programmate e rigidamente e automaticamente attuate fra i suoi cittadini e fra i gruppi da essi formati: lo Stato può solo – se ci riesce – guidare (o fornire il quadro di riferimento del)le autonome decisioni dei singoli soggetti”; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 77, che addirittura qualifica «indispensabile» il completamento del pensiero romano con quello della dottrina «posteriore, bizantina e medievale e moderna»; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 124, il quale sottolinea la «latenza» della nozione in tutte le fonti, particolarmente giustinianee, pur precisando – *ivi*, p. 126, nt. 6 – che il termine *negotium* ricorre in accezioni altre, e precisamente ora nel senso generico di «affare», ora per contrapporlo alla donazione; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 184; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 6 ss., *spec.* 8-10; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 194, anche se con accento lievemente più restrittivo, al fine di sollecitare “[...] la massima vigilanza ad evitare anacronismi e distorsioni”; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 219, secondo i quali la distanza tra la concezione moderna e quella antica si riduce, se si tiene in conto che i giuristi romani conoscevano il *negotia gerere*, ossia l’idea che i *negotia*, e cioè gli «affari», in tanto potessero concludersi, in quanto vi fossero degli strumenti giuridici idonei, sicché essi intuivano il “[...] forte nesso tra l’attività economica e l’uso di molteplici schemi negoziali predisposti dal diritto, per mezzo dei quali poteva trovare concreta attuazione il riconoscimento, in favore dei privati, di spazi più o meno ampi di libertà di agire ‘giuridicamente’ in varie direzioni, al fine di soddisfare i bisogni più vari”. *Contra*, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 40 e, in particolare, M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 45, per il quale “[...] se questo schema viene inteso come un equivalente della nozione di atto giuridico, sia pure limitatamente ai casi in cui gli effetti giuridici corrispondono ai fini voluti, allora si tratta per noi di un concetto superfluo; se invece lo si assume nel senso specifico che le concezioni moderne gli assegnano, allora si rivela estraneo ai modi di pensare dei giuristi romani”. Ma, più in generale, v. ancora A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 71, secondo cui sarebbe «spontaneo» e «imprescindibile» descrivere l’esperienza giuridica romana mediante un linguaggio ignoto ai Romani stessi e, pertanto, si rileva legittimo anche il ricorso ad “[...] una dogmatica e a una sistematica non romane”: “limitarsi rigorosamente a usare concetti e sistemi elaborati dai Romani significherebbe inibirsi ogni mezzo di espressione che già non fosse stato da essi adoperato, il che è evidentemente un assurdo, ancora a prescindere dal dilemma, praticamente insolubile, che si porrebbe, di dover scegliere tra i differenti concetti e sistemi, usati da giureconsulti diversi nelle varie fasi di evoluzione del diritto romano”; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. VII-IX, che con autorevolezza addita nell’atteggiamento di disfarsi degli strumenti della modernità

giuridica una «utopia gnoseologicamente assurda»; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 92-93, il quale ha sottolineato la «deficienza sistematica» della letteratura giuridica romana, almeno fino a Gaio [in questo senso, v. anche B. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno (Sistemazione – definizione – requisiti)*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, I, Milano, 1959, p. 21 ss., 27, ove si rileva che per i giuristi romani “[...] la sistematica presenta scarso interesse, ed i problemi di architettura giuridica sono quasi indifferenti, come risulta dalle leggi e dalle trattazioni giurisprudenziali”]. Nella civilistica, è coerente alla prospettiva qui propiziata G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 573 ss. Per l’A., infatti, la categoria del negozio giuridico dev’essere riguardata da un duplice punto di vista: da un lato, sotto il profilo «metodologico»; dall’altro, con visuale circoscritta al «diritto positivo». Di là da quanto affermato in relazione a tale ultimo aspetto, che, almeno in questa sede, non interessa (ma v., *ivi*, p. 580 ss.), è significativo notare che, con riguardo al primo, il negozio giuridico viene definito quale «forma metastorica», ossia come pura categoria logica, non storicamente condizionata, eppure esprime un «valore», consistente non già nella volontà quale elemento strutturale dell’atto negoziale, né nella libertà, che invece rilevarebbe quale suo sostrato etico-politico, bensì nella «autonomia», ossia un regolamento d’interessi proveniente da sé (e non dall’alto, né dagli altri). Con riferimento precipuo all’esperienza giuridica romana, l’A. ricorda poi una metafora – che ascrive al Betti – secondo cui “[...] escludere che nel ricostruire il diritto romano si possa utilizzare il concetto di negozio giuridico sarebbe come pretendere di recuperare le navi romane sommerse nel lago di Nemi con organi antichi, invece di modernissime gru” (p. 579). *Contra*, N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quad. fiorentini*, 1990, p. 557 ss., per il quale la teoria del negozio giuridico rispondeva ad una storicissima «funzione ideologica», ossia quella di “[...] schermo teorico, sotto il quale urgeva l’interesse de privati a restringere la presenza dello Stato ed a contenere l’espansione del diritto pubblico”, in quanto “[...] la borghesia agricola e mercantile ergeva il dogma della volontà di contro alla legge dello Stato: la volontà individuale, manifestata nel dominio statico delle cose (proprietà) o nel compimento degli atti di gestione (negoziio), appariva come un’energia di natura, capace, *di per sé sola*, di regolare interessi e di produrre effetti giuridici” (*ivi*, pp. 570-571). Viceversa, tramontata quell’ideologia, il negozio si sarebbe conservato quale (pura) «categoria storiografica», e cioè quale strumento utile alla ricostruzione d’una precisa fase della dottrina giuridica italiana; mero «strumento interpretativo» (come altri: “dall’economia curtense allo sviluppo industriale, dal moto delle codificazioni al parlamentarismo ottocentesco; e così via esemplificando”, p. 572) per «intendere il passato». Pervenendosi, per tal via, alla «assoluta separatezza» tra negozio giuridico ed autonomia privata, la quale “[...] non si affida più a forze extragiuridiche (d’indole sociale o psicologica), ma al regime del mercato. Essa si fa interna e solidale con l’ordinamento giuridico dell’economia. La parte del negozio assumendo l’astratta posizione di consumatore o di risparmiatore, si spiega con le regole del mercato siano le

regole stesse dell'autonomia privata" (così, conclusivamente, alla p. 575). Se tutto ciò è vero, non deve in ogni caso sottovalutarsi che l'autonomia privata nel periodo antico era quanto mai compressa, essendosi efficacemente portata la metafora della «tastiera», secondo cui il soggetto "[...] può scegliere se premere o no un certo tasto e può talvolta premere qualche tasto supplementare per aggiungere indicazioni indispensabili, ma né il numero e la forma dei tasti, né l'effetto prodotto premendoli risentono minimamente della volontà del soggetto" (G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 33).

D'altra parte, la «relativizzazione» storica dev'essere sottolineata anche in relazione al requisito della forma. Infatti, se è vero che il linguaggio giuridico l'ha mutuata – nel filtro della retorica stoica – dalla filosofia aristotelica, unitamente ad altri «topoi» dialettici (come *causa efficiens* e *finalis*; *genus* e *species*; *definitio*), s'appalesa, per contro, più tarda la sua adozione per designare "[...] una precisa categoria dogmatica, fornita di caratteri propri e di requisiti determinati, tale che consentisse di identificare certi aspetti strutturali dell'atto giuridico (contratto o negozio)": così A. ORMANNI, voce *Forma*, cit., p. 557, il quale individua nella Pandettistica l'epoca più risalente alla quale far risalire le riflessioni – in senso moderno – in ordine alla forma del negozio. Con riguardo all'esperienza giuridica romana, l'A. sottolinea altresì che le utilizzazioni di tale lemma erano così vaste ed eterogenee – da estensione superficiale, ad appezzamento di terreno, a formula processuale, da regola di diritto applicabile al caso concreto (*forma iuris*) a istituto singolarmente considerato (*forma mandati, locationis, possessionis, compromissi* etc.) fino ancora ad un complesso normativo unitario (*forma iurisdictionis* o *provinciae*, e cioè in un'accezione non dissimile da quella dello «ordinamento» attuale) – che esso non si presta ad essere individuato quale «matrice» degli sviluppi successivi: "[...] quella matrice – osserva infatti l'A. alla p. 559 – resta in definitiva, nella esperienza giuridica romana, come un mero dato linguistico". E cfr. anche R. ORESTANO, voce *Formalismo*, cit., p. 1533, secondo cui da questa stessa miscellanea di significati, conservati nella giurisprudenza medievale e moderna, sarebbe poi venuta sviluppandosi, ma solo nel secolo XIX, l'espressione «formalismo giuridico». Sulla «forma» quale *causa essendi*, mutuata dalla tradizione filosofica aristotelico-scolastica, anche G. TARELLO, voce *Formalismo*, cit., p. 573, il quale vi riconduce entrambe le accezioni proprie delle moderne lingue europee, e segnatamente romanze, e cioè: *i*) "qualcosa che prescinde dal contenuto: es., «questione di forma ma non questione di sostanza», vale a dire il significato "[...] più diffus[o] nell'uso comune"; *ii*) "qualcosa che costituisce la caratteristica essenziale di un oggetto ovvero di un concetto: es., «Con qual forma è avvenuto il trapasso? Compravendita o donazione?» ovvero «Che forma ha assunto la sua reazione? Ha fatto ricorso», cioè quello che si riscontra "[...] in usi speciali o tecnici". A differire sarebbe, in particolare, lo «accento», dacché l'ipotesi *sub i*) "[...] richiama l'idea di ciò di cui la classificazione *non* tiene conto – anche se importante –, ed accetta rafforzativi come «pura», «mera», ed es., nella locuzione «mera forma». In quella *sub ii*), invece, "[...] nulla di ciò che è estraneo alla classificazione viene richiamato o suggerito", il che – prosegue l'A. – giustificerebbe la maggior diffusione

domandarsi se la simultaneità di quei processi evolutivi sia meramente casuale o se, al contrario, denoti un aspetto «qualificato» di sviluppo, come tale meritevole di approfondimento.

9. Segue. *Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non mortis causa*

Movendo dalla prima prospettiva, è convinzione diffusa che l'esperienza giuridica romana sia contrassegnata da una significativa importanza delle forme: “benché sia possibile osservare la rilevanza già in età antichissima di comportamenti negoziali non legati a modalità espressive rigorosamente vincolate, sono tuttavia certamente prevalenti (almeno per importanza) le attività dispositive che richiedono, per assumere giuridica rilevanza, modalità specifiche di estrinsecazione”²²⁴.

Ad un'indagine appena più approfondita, si coglie subito come tali modalità di «tipizzazione»²²⁵ possano assumere una duplice declinazione.

della prima declinazione, in quanto il linguaggio comune sarebbe «meno rigido» e «più allusivo» di quello tecnico-scientifico.

²²⁴ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 2. L'A. distingue poi – *ivi*, p. 4 – tra le «forme negoziali» (ossia quelle modalità, che la manifestazione volitiva deve osservare per avere rilievo, configurandosi per tale via quali «limiti» all'attività soggettiva) e «formalizzazione dei fatti» (consistente, invece, nella determinazione normativa degli elementi che li connotano, e che ne consentono l'identificazione), sicché, ad es., mentre all'una categoria apparterebbe la *mancipatio*, all'altra si ricondurrebbero per converso le forme, con cui può dirsi attuata la *traditio*; all'una – indi – la *datio rei* che attua un mutuo o il *consensus* sugli elementi dell'affare (cosa, *pretium* e così via) che perfezionano la *emptio-venditio*, all'altra la *numeratio* della somma e le parole, le scritture o i gesti scambiati (conforme M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 201 e *spec.* E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 117, il quale – nel contrapporre i negozi «formali» o «solenni» a quelli «non formali» – osserva che “[...] l'antitesi non significa che in taluni negozi si possa fare a meno di qualsiasi forma: giacché nessun atto giuridico sussiste senza segni in cui si esterni e si renda conoscibile nel mondo sociale”, ma il suo criterio “[...] sta in ciò: che il diritto o può prescrivere all'autonomia privata il modo della manifestazione e legare ad esso l'esistenza del negozio considerando irrilevante ogni modo diverso, ovvero può lasciarla libera di scegliersi i segni espressivi più adatti, limitandosi ad imporre l'onere di adibire mezzi idonei a renderla esteriormente riconoscibile”).

²²⁵ Per fissare subito il concetto, v. E. BETTI, *La tipicità*, cit., pp. 9-10, secondo cui essa è il problema “[...] della costruzione e della differenziazione dei diversi tipi

Da un lato, l'autonomia dei soggetti potrebbe essere vincolata da comportamenti rigidamente vincolati non solo in relazione ai moduli verbali richiesti, ma anche alla gestualità, che deve accompagnarli; dall'altro, si constata l'esistenza d'ipotesi nelle quali l'effetto perseguito dagli autori del negozio è legato a contegni che, pur rilevando solo in quanto integrativi d'una delle modalità ammesse nell'ambito d'una più o meno ampia varietà tipologica, sono tuttavia sottratti ad uno specifico rigore gestuale²²⁶.

A quest'ultima categoria appartengono, ad esempio, la *stipulatio*²²⁷ e la *traditio*²²⁸; alla prima, viceversa, la *adrogatio*²²⁹, la *confarreatio*²³⁰, la *manumissio*²³¹, il *nexum*²³², la *solutio*²³³, la *mancipatio*²³⁴, la *in iure cessio*²³⁵ e,

negoziali, dell'invenzione e formulazione di regole giuridiche conformi a natura per i singoli tipi di negozio”.

²²⁶ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., pp. 6, 8.

²²⁷ Come confermato dalla possibilità di ricorrere a lingue diverse: «*Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest, proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguase, dubitari potest. ex scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem*» (D. 45, 1, 1, 6; e cfr. anche Inst. 3, 15, 1).

²²⁸ I comportamenti fisici possono variare (ad es., lo spostamento fisico della cosa dal *tradens* allo *accipiens*; la consegna delle chiavi *apud horreum*; la *numeratio* del denaro), ma nessuno di essi appare caratterizzato da un rigore gestuale «tipico».

²²⁹ Essa, atto politico-sacrale, si svolgeva mediante due solenni *rogationes* formulate da un *pontifex* e rivolte alle parti e si concludeva con l'ultima *rogatio* con cui si chiedeva ai comizi di approvare il proposito degli autori del negozio, ossia quello di sottomettere ad un *pater familias* un altro, insieme al complesso di persone e di beni facentigli capo (F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 15).

²³⁰ Non diversamente dalla *adrogatio*, essa era una sorta di matrimonio religioso, che determinava l'acquisto della *manus* sulla sposa e che parimenti prevedeva la pronunzia di parole solenni e il compimento di gesti rituali, alla presenza di dieci testimoni e con la partecipazione del *flamen Dialis* (F. BERTOLDI, *op. loc. cit.*).

²³¹ Nella forma arcaica della *manumissio vindicta*, essa prevedeva una dichiarazione solenne del manomissore, svolta dinanzi al re o al magistrato, funzionale all'attribuzione della libertà allo schiavo che ne formava oggetto; e all'affermazione si accompagnava un gesto, in quanto il sottoposto veniva toccato con una verga o con un fuscello, mentre, con la *addictio* magistratuale, s'attribuiva infine al servo la libertà (F. BERTOLDI, *op. cit.*, p.

infine, per ciò che più in questa sede interessa, il *testamentum*²³⁶: atti, questi, invero tutti caratterizzati da un «esasperato rigore di forme»²³⁷.

16).

²³² Si trattava d'un negozio librare, che realizzava un prestito di denaro e importava l'assoggettamento del debitore al potere del creditore d'esercitare la *manus iniectio*, con applicazione estesa a tutti i rapporti obbligatori allora in uso; anche in tal caso, erano necessaria la pronunzia di *verba solemnia* dalla parte che consegnava il metallo (F. BERTOLDI, *op. cit.*, pp. 16-17).

²³³ Si sostanziava in atto contrario rispetto al *nexum*, che implicava la liberazione dalla soggezione alla *manus iniectio*. La *solutio*, anch'esso a forma librare, esigeva la presenza in pubblico di ch'intendeva effettuare il pagamento liberatorio (*solvens*), di colui che doveva riceverlo (*accipiens*) e, infine, del *libripens*, e cioè d'un cittadino romano di età pubere. Consegnando il relativo denaro allo *accipiens*, il *solvens* risultava liberato (F. BERTOLDI, *op. cit.*, p. 17).

²³⁴ Anche tale atto implicava un pagamento librare, ed esso fu configurato dalla giurisprudenza pontificale proprio al fine di conferire certezza e pubblicità al trasferimento, per il quale erano previsti tanto parole, quanto gesti, al fine di realizzare lo scambio tra *cives* di una *res mancipi* con un prezzo consistente in una quantità di bronzo. Analogamente agli altri atti librari, doveva essere compiuto in pubblico, di fronte ad almeno cinque testimoni e al *libripens* (F. BERTOLDI, *op. cit.*, pp. 18-19).

²³⁵ Essa fu escogitata dall'ultima giurisprudenza pontificale, dopo le XII tavole, e si sostanziava nella cessione d'un diritto fatta davanti al magistrato, con metodo più moderno rispetto alla *mancipatio*; non si trattava d'un contratto, bensì d'un atto di procedura, in quanto risultava da un impiego fittizio dell'antica *legis actio sacramenti in rem*: in particolare, la forma comportava che le parti si presentassero davanti al magistrato, instaurando la fase *in iure* di un processo di rivendica della cosa. Ciò alla presenza di tre persone: colui che cedeva la cosa, l'acquirente e, infine, il magistrato, il quale dichiarava la proprietà (F. BERTOLDI, *op. cit.*, p. 33).

²³⁶ Sono illuminanti al riguardo anche le pagine di E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 112-113, per il quale la «caratterizzazione del tipo» in diritto romano può derivare: *i*) dalla forma solenne, per i negozi astratti; *ii*) dalla «funzione economico-sociale», per quelli causali; *iii*) tanto dalla forma, quanto dalla causa per taluni atti solenni, “[...] la cui forma è, a norma del *ius civile*, mezzo necessario e, in pari tempo, esclusivo, per l'adempimento di una funzione non attuabile in altro modo”, e tali sono “[...] l'istituzione di erede (che non può farsi se non nella forma del testamento), l'assoggettamento alla *patria potestas* o alla *manus*, la manomissione, il legato”.

²³⁷ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 8. Si v. anche A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 328-329, in nt., secondo cui sarebbe alquanto mistificante ascrivere lo «esclusivismo arcaico» della forma – il quale è fondato non solo sull'esperienza diretta, ma anche sulla c.d. «induzione evolucionistica» – a una sorta di «semplicismo» degli ordinamenti primitivi: a

Per incidens, in relazione a quest'ultima categoria negoziale, s'è parlato di «formalismo interno»²³⁸, per indicare una sua caratteristica ulteriore, ossia il fatto che la scrupolosa osservanza dei crismi richiesti avrebbe consentito la produzione degli effetti «indipendentemente» dalla sussistenza della (e da un'indagine sulla) volontà della/e parte/i in tal senso²³⁹; notazione, questa, che, pur nella sua esattezza, merita tuttavia d'essere precisata nel senso che le prescrizioni formali si rivelavano, per tali atti, così fisse e immutevoli da non poter, in alcun caso, denunziare il perseguimento d'intenti ulteriori²⁴⁰, in quanto essi – come osservato –

riprova, l'A. adduce gli esempi della *traditio* di *res non familiaris* e della *mancipatio*, non spiegandosi altrimenti il perché la prima implicasse quale univoca conseguenza il trasferimento della *possessio*, mentre la seconda si svolgesse secondo un procedimento vieppiù complesso. Quindi, assai probabilmente, quest'ultimo derivava da un progressivo irrigidimento di forme usate precedentemente, per effetto d'una tradizione severa e inderogabile consolidata dai *mores maiorum* e dai *pontifices* e, quindi, mediamente, e in senso lato, da influssi «religiosi» (sul punto cfr. anche il cenno di U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 620).

²³⁸ V., ad es., V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 79; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 133; E. BETTI, *La tipicità*, cit., p. 11, il quale, in particolare, sottolinea – togliendo ad esempio proprio i *gesta per aes et libram* – come “non solo la varietà di tipi del negozio si estrinseca in una corrispondente varietà di forme: anche la peculiarità *interna* dei negozi giuridici forniti di una particolare forma giuridica viene rispecchiata ed espressa chiaramente nel momento della forma”. Si noti che l'aggettivo «interno» ha, qui, evidentemente, significato diverso rispetto a quei profili «interno» ed «esterno» del formalismo, che abbiamo tracciati nel paragrafo precedente.

²³⁹ Ma v., in una prima direzione critica rispetto a questa impostazione, A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 11, per il quale l'eventuale perfezione della forma non impediva di tacciare di nullità l'atto per altre cause, come il difetto di capacità o legittimazione dei soggetti, o l'inidoneità dell'oggetto, portando, al riguardo, l'esempio per noi evidentemente utile, del *legatum* pur confezionato nella forma del *do, lego* (ossia, direttamente attributivo della proprietà), ma avente ad oggetto una cosa non in titolarità del testatore.

²⁴⁰ E v. ancora A. CORBINO, *op. cit.*, p. 15, secondo cui, in relazione ai negozi testamentari, “[...] è una volta di più evidente il coinvolgimento della loro *causa* [corsivo nostro] nella forma della disposizione. L'affermazione che Tizio «*heres esto*» o che un bene dell'asse è attribuito o destinato ad una persona diversa dall'*heres*, o ancora che Tizio sia tutore di Caio, etc. contiene tutti gli elementi necessari e sufficienti alla diretta e specifica realizzazione degli effetti voluti”. Sulla «causa» del testamento, v. anche G.

erano “[...] scolpit[i] nei *verba* pronunciati, determina[ndo] e dimensiona[ndo] gli effetti del negozio”²⁴¹.

SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 18, secondo cui esso è «negozio causale tipico», in quanto “[...] soltanto a mezzo di esso è possibile per un soggetto conferire veste giuridica alla causa, o scopo pratico, di disporre dei propri beni per il tempo successivo alla propria morte” [in senso analogo, A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 702-703, il quale prospetta la distinzione moderna tra causalità del negozio, da un lato, e delle disposizioni che lo compongono, dall’altro; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 113, come visto *supra*, nt. 225, e *adde ora*, più in generale, ID., *La tipicità*, cit., p. 13, per il quale in diritto romano “il negozio giuridico non è riconosciuto come giuridicamente efficace nel suo contenuto causale-individuale, ma solo in quanto corrisponda a strutture obiettive e ben delineate che vanno oltre il casuale-individuale (e, per così dire, sono ferme a metà strada tra generalità e individualità)”, in guisa che “[...] queste strutture rispecchiano in sé le uniche «cause» ammesse, cioè quegli scopi economico-sociali dell’autonomia privata che sono giuridicamente riconosciuti come causa di acquisto o di obbligazione [...]”]. In diversa direzione, v., invece, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 213, il quale dubita della possibilità/utilità d’individuare una «causa testamentaria», in quanto in tal caso “[...] l’aspetto statico del contenuto del negozio e quello della sua causa coincid[ono]: e la considerazione del contenuto stesso sotto l’aspetto funzionale non aggiunge alcunché di rilevante ai fini dell’individuazione della disciplina giuridica dell’atto”. Sulla «causa» in generale, v. anche le notazioni di G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 35 ss.

²⁴¹ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 16. Nello stesso senso, anche F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 13; A. GUARINO, *L’ordinamento*, cit., pp. 259-260; ID., *Diritto*, cit., p. 329, secondo cui, nei tempi più antichi, gli effetti degli atti “[...] furono fatti dipendere esclusivamente dai modi d’essere estrinseci di quegli atti, quindi dalla loro «forma», senza che assumesse alcuna rilevanza la causa e la volontà intrinseche nel comportamento dell’autore”, sicché “[...] il soggetto era libero di compierli o di non compierli, esercitando una scelta tra essi per il reperimento di quello che meglio si adattasse ai suoi fini e alla sua volontà: ma, operata la scelta e posto in essere l’atto, quel che rilevava era l’esteriorità dello stesso, la sua manifestazione fatta generalmente di formule orali e mimiche gestuali”. Con la consueta efficacia, anche G. TARELLO, voce *Formalismo*, cit., p. 573, osserva che nel diritto romano arcaico il termine «formalismo» “[...] si riferisce al fatto che in quegli ordinamenti la produzione di effetti giuridici viene collegata al compimento di pratiche o riti in maniera esattamente conforme ad un modello, alla esatta pronuncia di determinate parole, in tempi e luoghi ed alla presenza di persone pure esattamente prestabilite, e senza che riferimento alcuno si faccia sia ad elementi psicologici od intenzionali (*animus*) sia a valutazioni di situazioni obiettive diverse dal susseguirsi delle pratiche rituali stesse”. Cfr. altresì M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 133, secondo cui le forme in età arcaica non erano uno «involucro esterno» “[...] che si aggiungeva o si accompagnava all’atto [...] ma esprimevano di per sé in modi stilizzati i contenuti dei negozi che con esse si realizzavano”; A. BURDESE, *Manuale*, cit.,

In altri termini, in questa fase – nella quale il «formalismo» coincideva, in sostanza, col «ritualismo»²⁴² – l'adempimento delle formalità era condizione «necessaria» e «sufficiente»; sufficienza, questa, che precludeva, appunto, qualsivoglia indagine svolta in termini di «volontarietà»²⁴³.

Tornando, invece, alla duplice impostazione, che si è poco sopra indicata, se si tenta d'individuare la ragione, per la quale alcuni atti venivano ricondotti alla prima categoria ed altri alla seconda, la risposta torna agevole, e per noi d'assoluta rilevanza: quanto più gli effetti del negozio erano destinati ad incidere su situazioni che «trascendevano» (o potevano trascendere) l'interesse del singolo, tanto più si esigeva che la volontà negoziale fosse riconoscibile in modo manifesto.

Questa, dunque, la «direttrice fondamentale»²⁴⁴ in base alla quale l'espe-

p. 185, che opportunamente collega «tipicità» e «formalismo» (e in senso analogo, G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 34; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 220-222; E. BETTI, *La tipicità*, cit., p. 12, secondo cui in età arcaica le forme negoziali sono costruite «in modo determinato e tipico»); S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 104, a detta del quale, infine, “[...] il diritto, dov'erano usate le formule verbali, non ammetteva che potesse esistere una *voluntas* diversa da quella che esse esprimevano”.

²⁴² M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 8. Di «espressivo e vivace simbolismo», discorre E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 108.

²⁴³ Esattamente, M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 8. E v. anche, in generale, G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 16: “se la validità e l'efficacia degli atti erano assicurate dall'osservanza di un rituale magico, l'ovvia conseguenza era la prescrizione di una rigida forma (verbale e gestuale) per il compimento degli atti stessi: rigida nel senso che era assolutamente indispensabile (qualsiasi errore od omissione causava l'invalidità dell'atto), ma anche nel senso che essa era sufficiente (non contando per la validità dell'atto lo scopo effettivamente perseguito dell'autore ed essendo talvolta irrilevante la sua stessa consapevolezza del significato dei gesti compiuti e delle parole pronunziate)”. Nello stesso senso, G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 33, il quale in generale rileva che “il rigoroso *ius strictum* astrae da ogni considerazione dell'elemento intenzionale o subbietivo, come della realtà del rapporto sostanziale, costituente la causa (materiale) del negozio”.

²⁴⁴ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 77. Parallelo, e più ampio, rispetto a codesto criterio ordinante, appare il tema degli «scopi» delle forme, complessivamente riguardate, e così sintetizzati da S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., p. 104: “richiamare l'attenzione di chi manifesta la volontà sulla gravità dell'atto che fa; mettere fuori di contestazione l'esistenza e il contenuto della manifestazione; darvi pubblicità;

rienza giuridica romana discriminava la diversità delle forme negoziali che veniva imponendo, e prova ne appaiono tanto l'*adrogatio*, quanto, successivamente, il *testamentum*. In particolare, le disposizioni di quest'ultimo erano invero prese, almeno in origine, in quella forma(-procedimento²⁴⁵) più solenne che abbiamo sopra ricordata – cioè, *calatis comitiis*, davanti ad assemblee –, proprio perché esse potevano interessare anche soggetti terzi (come in alcune attribuzioni di tipo reale) o finanche l'intera *civitas* (come per le manumissioni).

Solennità, questa, che, al contrario, sussisteva in misura assai inferiore in materia di negozi (puramente) patrimoniali, sebbene anche qui in modo più (*mancipatio*, per gli effetti *in rem*, *nexum*, per quelli *in personam*) o meno (*traditio*, per gli effetti *in rem*, *sponsio*, per quelli *in personam*) rigoroso²⁴⁶.

Nell'età del Principato, lo scenario descritto giunse peraltro alla sua piena maturazione: le forme conservano la loro antica rilevanza solo fuori dai rapporti patrimoniali, mentre per questi ultimi la giurisprudenza (direttamente, ove possibile; mediante il pretore, finché l'Editto conservò il suo ruolo; infine, attraverso il Senato e il *princeps*, in concomitanza con l'affermarsi del potere normativo di tali organi) veniva ormai privilegiando l'aspetto «sostanziale» del negozio, la cui efficacia veniva

mantenerle importanza sociale; persino cingere l'atto in che consiste o di cui è parte di bellezza e conciliargli favore". In particolare, sulla «certezza del diritto» insiste A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 331, in nt., il quale – in ID., *L'ordinamento*, cit., p. 260 – delinea la forma come “[...] mezzo efficacissimo di garanzia della libertà dei cittadini, di protezione di essi (e in particolare dei plebei) dall'arbitrio degli interpreti del diritto, i *pontifices*”. Un'altra giustificazione «alta» del formalismo (romano, ma non solo) è in E. BETTI, *La tipicità*, cit., pp. 18-19, il quale sottolinea che la l'astrazione dei giuristi “[...] deve porre all'autonomia privata, con rigide prescrizioni di forma e con un pedante tenersi alla lettera (interpretazione letterale), barriere insormontabili nei confronti della scelta del mezzo di espressione (formalismo del negozio)”, sì da facilitare e garantire “[...] la diagnosi delle fattispecie giuridicamente rilevanti e da «risvegliare» nelle parti “[...] la saggia valutazione della forza vincolante del negozio e delle conseguenze che da ciò derivano”. Delle forme testamentarie quali «barriera» a protezione della *voluntas ultra mortem* discorre anche D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 17, il quale in particolare – p. 36 – esalta il loro ruolo contro la «cupidigia» e le «frodi».

²⁴⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 202.

²⁴⁶ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 77.

sempre più ancorata alla «volontà», purché chiaramente manifestata²⁴⁷. Ma anche in relazione agli atti formali per così dire non patrimoniali, si assisteva ora alla sostituzione con forme alternative²⁴⁸, ora all'aggiramento *tout court* delle formalità stesse²⁴⁹.

Il passaggio ulteriore veniva poi compiuto in età tardo-antica, prima, e giustiniana²⁵⁰, poi, ove si assistette in particolare al completo superamento – per effetto di desuetudine o d'espressa abolizione – di tutte le forme «orali-gestuali», in favore di quelle o libere (*sine scriptis*) o scritte (*in scriptis*)²⁵¹; con l'importante rilievo che, anche in quest'ultimo caso, non era essenziale il ricorso a particolari espressioni, ma solamente che il consenso, inequivoco, fosse, appunto, manifestato *scriptura*²⁵²;

²⁴⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 207. Cfr. anche F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 67 ss.

²⁴⁸ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., pp. 102-103, cita, quale esempio, l'evoluzione della revoca del testamento (e v., infatti, *supra*, § 5).

²⁴⁹ Sempre ID., *op. cit.*, p. 103, porta l'esempio dei fedecommissi (e v., ancora, *supra*, nt. 18).

²⁵⁰ Per entrambe, un primo inquadramento in F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 105 ss.

²⁵¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 208, il quale tuttavia esprime scetticismo circa la possibilità che tale dicotomia avesse aperto spiragli – quanto meno nella prassi – a un pieno formalismo «convenzionale»; A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 107, secondo cui “[...] ora, l'*emancipatio* si compi[va] attraverso un *rescriptum principis* o una dichiarazione resa *apud iudicem competentem* e registrata tra i suoi atti; e, analogamente, *apud iudicem competentem*, si compi[va] l'*adoptio*. A loro volta, la *mancipatio*, la *stipulatio* orale e gli altri negozi obbligatori verbali non esist[eva]no più o se ne conserva[va] soltanto la teorica possibilità”. Cfr. anche ID., *Diritto*, cit., p. 452 e G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 123.

²⁵² Basti vedere C. 4, 21, 17, secondo cui i «*contractus venditionum, vel permutationum, vel donationum [...] vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*» non avessero efficacia se non col perfezionamento della forma scritta, prima del quale non sarebbero sorti diritti od obblighi. E cfr. A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 109; A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 332-334; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 422, per i quali, in particolare, nel periodo «post-classico», e poi in quello giustiniano, “[...] non vi è più per la parte o le parti la necessità di esternare il regolamento o assetto di interessi da esse voluto con date parole o dati gesti; viene, invece, determinato il mezzo con cui le parole, liberamente scelte, devono essere comunicate ufficialmente dall'una all'altra parte e rese

come sappiamo, le formalità testamentarie, pur frattempo significativamente ridottesi, permanevano in misura più accentuata rispetto agli altri negozi²⁵³.

Da questa prima direzione d'indagine, che abbiamo detta «esterna», possiamo ricavare la provvisoria conclusione, che solo un'analisi degli «interessi»²⁵⁴ sottesi ai diversi meccanismi negoziali consente d'individuare le *rationes*, d'un loro più o meno intenso formalismo. In diritto romano, il rapporto è, si potrebbe dire sinteticamente, di «proporzionalità diretta»: maggiore (in senso quanti- e quali-tativo) l'incidenza del negozio su sfere esorbitanti la dimensione individuale, e dunque, di regola, fuoriuscenti da una logica (puramente) «patrimoniale», più rigorosa la relativa forma; minore quell'efficacia, come nell'atto privo di rilevanza «extra-patrimoniale», più attenuata la forma medesima.

Ma il nesso ora additato mantiene quella «esternalità» coerente alla prospettiva adottata dapprincipio per individuarlo, ché solo l'analisi del contenuto dell'atto può portare alla luce la sua ricchezza effettuale,

inoltre stabilmente conoscibili anche dai privati estranei al negozio, dal fisco, da giudici e da altri eventuali organi pubblici»; e tale mezzo era lo scritto, “[...] per la cui redazione poteva essere richiesta l’opera di un *tabellio* (l’antecedente storico del notaio) e che talvolta doveva essere custodito presso uffici pubblici o registrato in libri da essi tenuti”. Sul punto, cfr. anche G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 107-108, secondo cui il fatto che Costantino e i suoi successori, nelle loro costituzioni di riforma, “[...] siano portati quasi naturalmente a postulare la redazione scritta, e quindi a dettare norme intorno ad essa, è senza dubbio una testimonianza preziosa e sicura sull’uso normale dell’età postclassica”, e *spec. ID.*, voce *Contratto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 759 ss., 761-762 e *ID.*, *I principi*, cit., p. 1036, ove, tuttavia, si rileva come non si trattasse, semplicemente, della sostituzione della forma scritta a quella orale, ma “[...] di un più complesso sviluppo, da quella che è stata sinteticamente definita una «forma modulo», caratterizzata da un rigoroso rituale, ad una «forma veste», qual è appunto la documentazione «*quibuscumque verbis composita*»”.

²⁵³ E v. A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 189, secondo cui, in età «post-classica», “cade, con l’antico formalismo, la tipicità, ancora conservata, pur con maggiore elasticità, solo nell’ambito delle disposizioni testamentarie”. Sulla tendenza «semplificante» di tale età, v. anche C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 12 ss.

²⁵⁴ In ordine alla «naturale complementarità» tra il profilo strutturale della «dichiarazione – o manifestazione – di volontà» e quello funzionale del «regolamento d’interessi» v., peraltro in questi esatti termini, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 193.

ipostatizzando il riferito criterio generale: il che ci conduce diritti verso quella direzione «interna» d'analisi del formalismo testamentario, che abbiamo accennata in premessa.

10. Segue. *Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e l'ampliamento del contenuto del «testamento-atto»*

Pregiudiziale rispetto a qualsiasi linea di ricerca sul contenuto del testamento(-atto) è senz'altro il quesito: “quando l'uomo scompare dalla scena del mondo, qual è la sorte de' diritti che si riannodano alla sua persona?”²⁵⁵.

Il problema non può certo esser risolto *a priori*, in base “[...] a' soliti principî ideali eterni, che per fortuna non hanno mai esistito”²⁵⁶, bensì deve variare “[...] co' popoli e co' tempi”²⁵⁷, perché le “condizioni sociali e politiche di un popolo, ma in ispecie l'ordinamento della famiglia e della proprietà, determinano qui come sempre la formazione del diritto e disciplinano la sorte de' diritti spettanti al defunto”²⁵⁸.

²⁵⁵ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 1. Analoga domanda «originale» si pongono V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 4; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 669; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 90; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 119; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 671; G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 105; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 87; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 626, 645; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 346, il quale efficacemente osserva che – di regola – allorché un uomo dotato di capacità giuridica viene a morire, “[...] tutti i suoi diritti cessano *per lui*, essendo fisicamente impossibile che seguitino nella sua persona; ma non cessano tutti *per lui*, perocché altre persone sono chiamate a succedere nel suo patrimonio”.

²⁵⁶ C. FADDA, *Concetti*, I, cit. p. 1.

²⁵⁷ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 4.

²⁵⁸ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 1. “I presupposti del diritto di successione sono il diritto di proprietà e il diritto di famiglia” anche per F. FILOMUSI GUELFU, *Diritto*, I, cit., p. 1 e per G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 5. Cfr. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 3; G. VISMARA, *L'unità*, cit., p. 16; G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 5; più in generale, C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 10, secondo cui “l'antico *ius civile* si svolge nei secoli per via di un processo di continua evoluzione interna, che procede di pari passo con l'evoluzione delle condizioni etiche, sociali, politiche, ed economiche del popolo romano”.

La stessa trasmissibilità ereditaria d'un diritto – ha ben chiarito a' termini generali il Fadda – non può essere ammessa, o negata, in modo aprioristico, bensì esclusivamente tenendo conto della natura a quello attribuita dal sistema giuridico²⁵⁹. E, svolgendo una tale analisi in diritto romano, appare evidente come la successione, almeno in origine, non ebbe «né carattere», «né scopo» patrimoniale²⁶⁰, e come, invece, la stessa ricomprendesse, a ben vedere, l'intera sfera giuridica del defunto²⁶¹.

²⁵⁹ In questi termini nei suoi *Concetti*, I, cit., pp. 2-3, ove, peraltro, si sconfessa, condivisibilmente, l'opposta tesi secondo cui la «immortalità» sarebbe co-essenziale ai diritti «patrimoniali», ma non a quelli a carattere pubblico o familiare. Così non è – ha argomentato l'illustre giurista cagliaritano – perché ciò presuppone che i diritti pubblici e di famiglia siano attribuiti non già al titolare, ma nell'interesse della comunione rispettivamente politica e familiare; il che, d'accapo, non è, sol che si ponga mente a epoche in cui i diritti avevano eguale natura (come nell'antichissima Roma, ove la *manus* del capo gruppo comprendeva in sé indistinte varie specie di potestà: sulla moglie, sui figli, sugli schiavi, sui clienti e, appunto, sulle cose comuni; o come, all'opposto, sarebbe accaduto nel sistema feudale, ove la sovranità aveva carattere di proprietà e patrimonialità, e i rapporti pubblicistici si modellavano conseguentemente).

²⁶⁰ In questo senso è invece orientato S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 350, secondo cui “è erede chi succede nel «patrimonio» del defunto cioè sia nelle attività che nelle passività, e tanto se quelle superino queste che inversamente. Nel secondo caso l'eredità sarà *damnosa*, ma v'ha eredità. Senza patrimonio affatto non v'ha eredità. Il nome di erede non indica che il successore nel patrimonio”; e cfr. p. 351 ss. sulla pretesa ininfluenza degli elementi di carattere «non patrimoniale».

²⁶¹ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 3, il quale richiama le due, pressoché coincidenti, definizioni di *hereditas* che trovansi in Iulianus l. VI *digestorum* (fr. 50, 17, 62) e in Gaius l. VI *ad edictum provinciale* (fr. 50, 16, 24), ossia: «*Hereditas*» *nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* e *Nihil aliud est «hereditas» quam successio in universum ius quod defunctus habuit*. V. anche A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 626 e V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 5, per il quale, in particolare, le risposte possibili al quesito, accennato *supra*, possono essere le più varie, ma quella prospettata dal diritto romano – additata come «la più singolare», «artificiosa» e «anche la più meravigliosa» – è così indicata: “«Alla morte del titolare di un patrimonio vengono meno i rapporti legati intimamente alla fisica individualità del defunto (es. diritti di usufrutto, di uso, diritti derivanti dalla qualità di marito e simili), ma tutto il patrimonio, con tutti gli elementi che lo compongono, permane e passa in blocco (*per universitatem*) a una o più persone che si dicono eredi (*heredes*). E tanto si prescinde dalla considerazione degli elementi formatori, che passa non solo l'attivo ma anche il passivo e questo anzi passa all'erede anche quando è superiore a quello ed anche quando l'attivo manchi addirittura». Per una

Le ragioni addotte per giustificare una tale *successio* universale sono state varie. Originariamente, si riteneva che l'erede «continuasse»²⁶² la personalità del defunto, oppure ancora che questo fosse «rappresentato»²⁶³ da quello *post mortem*. Sennonché, l'una²⁶⁴ e l'altra²⁶⁵

prima informazione sulle situazioni giuridiche trasmissibili, v., peraltro recentemente, A. BURDESE, *op. cit.*, p. 686 ss.

²⁶² V. P. VOCI, *Diritto*, I, cit., pp. 18-19; G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 19; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 87; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 14, 225; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 672; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 467. Da non confondere è la «continuazione» riferita non già al *pater familias*, ma alla *familia* stessa, col che si traduce – ricorrendo alla «terminologia» di un'altra teoria – la concezione della successione di cui nel testo: e v., infatti, oltreché A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 60 e A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 626-627, specialmente G. LA PIRA, *La successione*, cit., p. 115, il quale, pur aderendo espressamente a tale ricostruzione (v., *infra*, nt. 263), afferma che lo *heres* “[...] è il vero *continuatore* della *familia*, nel reggimento della quale succede al *pater familias*”.

²⁶³ Così, ad es., F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 346, secondo cui “l'erede rappresenta il defunto, ne sostiene e ne continua la personalità, in guisa da formare con lui una persona sola”, dal che deriverebbero due conseguenze: “1. l'erede succede indistintamente in tutti i rapporti patrimoniali tanto attivi che passivi del defunto; 2. l'erede deve essere chiamato ad almeno una quota parte dell'eredità; chi non ne raccoglie che beni determinati è un semplice legatario, dappoiché egli non rappresenta il defunto nell'insieme della sua attività giuridica”. Come può constatarsi, tale A. richiama certo, nominalmente, la tesi della «continuazione», ma sembra prediligere quella della «rappresentanza» dell'ereditando.

²⁶⁴ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 18: “ma al di là di questa *universitas* [...] non si può andare. La teoria della continuazione della personalità è del tutto antiggiuridica, né può essere giustificata da qualche espressione figurata vuoi di scrittori non giuridici, vuoi delle novelle giustiniane, che non sono certo un modello di precisione nemmeno dal punto di vista della terminologia. La personalità è qualche cosa di intrasmissibile: può ammettersi solo che si trasferiscano i diritti, che sono l'estrinsecazione della personalità, e ciò [...] nella misura corrispondente al carattere che si attribuisce alle singole categorie di diritti in un determinato sistema positivo”.

²⁶⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 19: “non è meno fallace il concetto per cui dell'erede si fa un rappresentante del defunto. Poiché la rappresentanza vera e propria importa la coesistenza del rappresentante e del rappresentato, è chiaro che non si può qui intendere quella parola se non in senso improprio, approssimativo, figurato”, come, d'altronde, testimoniato dal fatto che l'erede – nel fare valere le azioni reali e personali appartenenti all'eredità – agiva in nome proprio, e non come rappresentante del defunto. In senso critico rispetto a entrambe le concezioni, v. anche P. BONFANTE,

tesi sono state sottoposte a persuasiva critica, e il loro superamento ha in particolare indotto gli studiosi a virare verso tesi «riduzionistiche».

Tra queste ultime, particolare séguito ha avuto quella, secondo cui la riferita «universalizzazione» del fenomeno successorio si giustificava in virtù dell'esigenza, per così dire tecnica, d'assicurare il miglior soddisfacimento del ceto creditorio²⁶⁶. Daccapo, anche questa ricostruzione non appare sostenibile, giacché una simile istanza «protettiva» avrebbe dovuto determinare una progressiva affermazione della successione così intesa in chiara concomitanza con l'evoluzione dell'economia e dei rapporti obbligatori. Al contrario, questo modo d'intendere la *successio* appare fortemente radicato nei primi tempi dell'esperienza giuridica romana, ov'è ragionevole supporre che le istanze del credito fossero ben più tenui rispetto alle epoche successive²⁶⁷; ed

Corso, cit., pp. 52-56, secondo il quale si tratta “[...] di formule immaginose, efficaci, se si vuole, per esprimere e imprimere, in una forma peraltro gonfia e inesatta, l'identità della posizione giuridica del defunto e dell'erede nei rapporti in cui questi succede, cioè per esprimere il fenomeno del subentrare, del succedere, ma non servono a darne alcuna spiegazione né a riassumere gli altri principii fondamentali della successione ereditaria” (*ivi*, p. 52). E, più in dettaglio, “[...] le formule della continuità e della rappresentanza sono poi errate quando ad esse si voglia attribuire un senso reale e concreto, cioè se si volesse dare alle parole il senso positivo e giuridico ch'esse hanno”. Per un canto, infatti, personalità “[...] significa capacità; ora l'erede non deriva la sua capacità dal defunto, non sopprime né duplica la sua personalità”; mentre, per l'altro, rappresentanza “[...] significa non già essere investito dei diritti, ma esercitarli nell'interesse di altri, agire in altrui nome: ora l'erede è titolare senz'altro dei diritti e rapporti ereditari, agisce non in nome del defunto, ma in nome proprio” (*ivi*, p. 53). Sempre in prospettiva critica, v. E. COSTA, *Storia*, cit., p. 471, nt. 3 e S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 354, secondo cui, in particolare, la «continuazione» e la «rappresentanza» da parte dell'erede della «personalità patrimoniale» del defunto integrerebbero una «figura rettorica» e non “[...] un concetto giuridico, figura il cui uso, tenuto nei dovuti confini, non è dannoso, ma non è neppure mai vantaggioso”.

²⁶⁶ La tesi è richiamata evolutivamente, ad es., da F. FILOMUSI GUELFU, *Diritto*, II, cit., p. 11, secondo cui “l'esigenza del credito, che storicamente è stata l'impulso per la formazione del concetto dell'eredità, come successione universale, ora è la maggior forza per conservarne l'esistenza”.

²⁶⁷ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 108. Cfr. anche V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 36, nt. 2, il quale rimarca che “i primi tempi di Roma eran tempi di economia familiare, in cui ciascun gruppo, bastevole a se stesso, poco contatto aveva con gli altri. Perciò i rapporti

esso appare, d'altronde, contraddetto dall'evoluzione posteriore, che vede in particolare nell'età giustiniana la possibilità di non subentrare nei rapporti giuridici del defunto, in particolare mediante “[...] quella creazione tanto equa e tanto nobile”²⁶⁸, qual è il «beneficio d’inventario»²⁶⁹: “bella inimicizia – ha scritto con sagacia il Bonfante²⁷⁰ – per il credito o per il commercio dal tempo degli antichi pastori del Lazio ai nostri giorni!”.

Assai più credibile appare, allora, la tesi, secondo cui la successione ereditaria romana, almeno nel suo stadio primitivo, altro non era se non il residuo dell'antica successione nella sovranità del gruppo agnatizio²⁷¹, e quindi della *familia* in quanto tale²⁷², come dimostrerebbero, in ispecie,

di obbligazione non dovevano essere frequenti e infatti troviamo solo qualche tipo di contratto (forse la vendita e il mutuo) e ben poco sviluppato. Inoltre il diritto ereditario era delle classi abbienti, che non avevano molti debiti, i quali erano invece frequenti in quella parte della cittadinanza estranea alla organizzazione familiare agnatizia”. E v. altresì ID., *op. cit.*, p. 37, secondo cui la circostanza che i debiti *ex delicto* si estinguessero con la morte del loro autore, senza passare in capo agli eredi, escluderebbe – a questo punto, indebitamente – i creditori *ex delicto*, “[...] i quali anzi dovrebbero avere un diritto forse superiore a’ creditori contrattuali”.

²⁶⁸ P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 28.

²⁶⁹ Sul quale cfr. V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 6; P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 28; ID., *Corso*, cit., p. 108; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 228; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 99-103, 207-208; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 136-151; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 71-72; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 726-728; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 662-663.

²⁷⁰ Nel *Corso*, cit., p. 109.

²⁷¹ Appare significativo notare che anche gli assertori della tesi «patrimonialistica» della successione finiscono per negare tale qualità allo stadio primitivo del diritto ereditario: e v., ad es., S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 357, il quale – riferendosi ai *sui iuris* – afferma che “costoro come figli, che divengono sovrani di altrettante famiglie, in cui si divide, ma anche si perpetua la paterna, succedono al padre in tutti i suoi diritti e doveri di *sovranità domestica* [corsivo aggiunto] in quanto riflettono le relazioni esteriori dell'unità familiare, e cioè nel diritto e dovere di coltivare i *sacra*, nel patronato sui clienti, nell'*hospitium*, nel diritto di sepolcro familiare, nella proprietà delle cose”, sebbene poi l'A. abbia a precisare come la qualifica di *heredes* in senso stretto sia loro riservata solo come successori nella proprietà delle cose medesime (*ivi*, pp. 358-359).

²⁷² Chiaramente, A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 626, secondo cui “il regime dell'eredità in età arcaica si presenta indissolubilmente collegato con l'istituto familiare,

l'inclusione dei diritti «non patrimoniali»²⁷³, la possibilità d'essere *heres* senza che vi sia attivo²⁷⁴ e, infine, la responsabilità illimitata dell'erede per i debiti ereditari²⁷⁵⁻²⁷⁶.

ove “la famiglia è comunità, oltreché unitaria e solidale, perpetua, destinata, cioè, a continuare di generazione in generazione: il patrimonio familiare, più che non dei singoli individui che attualmente possono detenere in essa il potere, è della comunità, e deve pertanto essere preservato per le future generazioni [...]”. Una panoramica sull'evoluzione dell'ordinamento familiare in diritto romano può essere trovata nelle due voci enciclopediche di F. DE MARTINO, voce *Famiglia (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 42 ss. e di E. VOLTERRA, voce *Famiglia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 723 ss.

²⁷³ A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 63; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 24-25; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 13. *Contra*, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 514; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 3 e già ID., *Obbietto dell'antica «hereditas»*, in *IURA*, 1950, p. 150 ss., 154, 159, secondo il quale “[...] quando si dice che i *sacra* passano all'erede come facenti parte dell'*hereditas* non si dice cosa esatta, in quanto si mettono assieme entità disperate, quali sono il divino e il profano, il *fas* ed il *ius*”, in quanto “i *sacra* riguardano esclusivamente il *ius pontificium* e la sanzione è sempre sacrale, mentre la *hereditas* è regolata dal *ius civile*, il quale, a differenza del *votum* [...] ignora l'istituto dei *sacra*, se non come motivo per riconoscere qualche istituto come l'*usucapio pro herede*”; e v. anche, *ivi*, p. 162 ss., per considerazioni di tenore analogo in relazione ai sepolcri, i quali, come i *sacra*, apparterrebbero allo *ius sacrum* e sarebbero, quindi, di competenza pontificale.

²⁷⁴ A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 102, nt. 2, il quale porta l'esempio dell'ereditando che abbia disposto di tutti i beni mediante legati, deducendone quindi che “la *familia*, pur essendo un'entità prevalentemente patrimoniale, non ha carattere esclusivamente patrimoniale”, evocando in proposito anche la definizione di *hereditas* data Cic. *top.* 6, 20, che si è già cit., *supra*, alla nt. 34. A ciò aggiungasi che la *hereditas* ben poteva essere *damnosa* – D. 50, 16, 119 (Comp.) – e cfr., al riguardo, A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 625-626; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 59; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 672.

²⁷⁵ E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 13, 14, 225; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 58-59; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 25; C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 21 ss., il quale, in particolare, fa leva sulla circostanza che in altre forme di successione a titolo – sempre o eventualmente – «universale» (*adrogatio, conventio in manum, venditio bonorum, addictio bonorum libertatis causa*, su cui v. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 671; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 356-357; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 10) non si verifica il necessario passaggio delle passività in capo al successore, e ciò – per V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 18 – si giustificerebbe per il fatto che nella successione ereditaria non si acquista la potestà familiare sopra un'altra persona conservando la propria posizione di capo della famiglia, bensì si dà conservazione del medesimo ente familiare e conseguente sottentrare d'una persona nel posto di suo capo. La diversità di

effetti si giustificerebbe, allora, per l'eterogeneità di funzioni, perché non si ha un fenomeno di subentro, assistendosi piuttosto all'annullamento d'una persona come titolare di rapporti giuridici e al conseguente recepimento in una superiore potestà, che, per l'appunto, non è oggetto di «successione», ma di mero «assorbimento» (sul punto v. anche, con significativo esempio concernente l'ipotesi di morte del *pater familias*, che, morendo, abbia in potestà solo una *sua*, G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 115-117). *Contra*, B. BIONDI, *Obbietto*, cit., p. 153, secondo cui l'analogia con le *successiones inter vivos* non potrebbe correre, in quanto “[...] in queste si acquista una *potestas* sulla persona e, come conseguenza, si verifica il fenomeno della *successio*; nella successione ereditaria invece si estingue la *potestas*, mentre la *hereditas* prende altra via” (e v. anche p. 166 ss. su ulteriori dubbî sulla trasmissibilità dei rapporti obbligatori passivi). Ma, più in generale, v. anche V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 10-11, per il quale, se l'eredità avesse davvero avuto riguardo al solo patrimonio, non si sarebbe potuto avere *heres* senza un qualche oggetto patrimoniale; viceversa, tale qualità si acquistava indipendentemente da ogni contenuto patrimoniale (attivo), poiché l'erede “[...] non solo poteva non avere nulla, ma anche men che nulla, subentrando solamente né debiti del defunto”.

²⁷⁶ Questa tesi è stata sostenuta con particolare vigore da P. BONFANTE in ID., *Corso*, cit., p. 100 ss., ma già in ID., *L'origine*, cit., p. 5 ss. [e si alluderà ora a questo secondo scritto in quanto qui queste idee hanno per prima trovata illustrazione, tanto da essere richiamate in ID., *Corso*, cit., p. 5, nt. 1, e da essere poi ulteriormente precisate, con repliche agli oppositori, in ID., *L'eredità*, cit., p. 151 ss.; anche se è da dire che tutte queste notazioni si riconnettevano a costruzioni già profilate in ambito non successorio in ID., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*, Roma, 1888-89, *passim*, ora in ID., *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, p. 1 ss.; ID., *La gens e la familia*, in *Boll. ist. dir. rom.*, I, 1888, p. 236 ss., ora in ID., *Scritti*, I, Torino, 1916, p. 1 ss.]; e ancora è da vedersi però O. DILIBERTO, *Una sconosciuta monografia ottocentesca sulle leges regiae. Il Diritto Papisiano di Domenico Cassini*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, p. 1466 ss., il quale ha individuato nel Cassini un assertore *ante litteram* della concezione «politica» della famiglia (così anche P. ARCES, *Studi*, cit., p. 109). Ora, Secondo il Bonfante – allievo, come noto, dello Scialoja – nello stato sociale primitivo vi sarebbero state due «istituzioni», che potrebbero entrambe rappresentare il germe del diritto successorio, ossia: *i*) il trapasso dei beni individuali in favore di estranei, a condizione che non appartenessero alla proprietà sociale del gruppo; *ii*) il subentro della sovranità da un signore ad un altro (o, in caso di estinzione del gruppo) con assorbimento di ciò che ne rimane in altro gruppo. Esaminando dapprima le forme di successione concernenti la figura indicata *sub ii*), l'A. – ne *L'origine*, cit., p. 8 – individua tre forme di «designazione»: quella «naturale», in cui è sovrano colui che è in rapporto di parentela con il predecessore (ad es. l'ascendente maggiore o il primogenito); quella «elettiva»; quella, infine, del «predecessore» (che nei popoli orientali assume la forma della c.d. «benedizione solenne»). Esse possono combinarsi tra loro, e questo è il caso del diritto romano primitivo (*ivi*, p. 9), ove tuttavia è sempre prevalente

– nel campo del diritto pubblico, e cioè della *civitas* latamente intesa – la designazione da parte del predecessore. Per il Bonfante, analogo criterio varrebbe per i gruppi minori, i quali avevano la stessa natura della *civitas*, dacché il relativo sovrano s’identificava certamente nel *pater familias* (*ivi*, p. 11). E il successore nella *manus* o *potestas* non era, almeno nell’età primitiva, il *suus* (v. anche *infra*, nt. 275), bensì lo *heres*. Ciò troverebbe conferma: *a*) nella configurazione della *hereditas*, in quanto “l’acquisto del patrimonio è una conseguenza dell’acquisto di questa potestà sovrana; ma mentre esso è una mera conseguenza, né l’atto è diretto a quello scopo, esso è d’altra parte una conseguenza necessaria né il patrimonio si può acquistare altrimenti che, per così dire, in blocco” (*ivi*, p. 24); *b*) nel subentro nei debiti ereditari (v. anche *supra* nel testo), perché – non essendo la sovranità “[...] un rapporto temporaneo e individuale, ma un rapporto perpetuo e un rapporto sociale, vale a dire destinato – quando non si corrompa – a scopi estranei al subbietto che n’è investito, il quale non n’è che il momentaneo depositario” – è conseguente che “[...] il successore, poiché non avviene che derivi il diritto dal suo predecessore e lo converta in diritto suo, ma subentra nel posto del suo predecessore, continua la carica o la missione pubblica, è naturale che sia pienamente obbligato alla pari del suo predecessore all’osservanza dei patti stretti da costui come rappresentante del corpo sociale” (*ivi*, p. 29); *c*) nella possibilità (v. anche nt. precedente) di avere una «*hereditas sine ullo corpore*» (*ivi*, pp. 29-30); *d*) nella circostanza, che la designazione dello *heres* sia *caput et fundamentum totius testamenti* (*ivi*, pp. 30-32; e cfr., ampiamente, *supra*, § 2); *v*) nel fatto che il *suus* divenga, immediatamente e necessariamente, erede, mentre lo *extraneus* debba adirla (*ivi*, pp. 32-33): principi, questi, appunto “[...] consoni alla trasmissione della sovranità” (*ivi*, p. 33); *e*) nella constatazione che un testamento anteriore sia revocato *ipso facto* da un testamento posteriore valido (v., *supra*, § 5); *f*) nel diritto d’accrescimento, in forza del quale se più eredi sono designati e l’uno o l’altro viene a mancare, la porzione «vacante» del patrimonio ereditario si devolve *ipso iure* ai coeredi, anche quando si tratti di eredi testamentari istituiti per parti determinate (*ivi*, pp. 35-36); *g*) nella regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (*ivi*, pp. 36-40), in quanto “[...] l’incompatibilità deriva dalle tante ragioni che richieggono un spirito concorde e uguale nell’organismo del governo, concordia e uguaglianza ch’è per troppo evidenti motivi, a lungo andare, impossibile, quando due autorità, che dovrebbero esercitare la stessa somma di poteri, hanno origine e titolo diverso”, come se “[...] nello Stato vi fossero contemporaneamente a governarlo con pari autorità un monarca ereditario e un presidente elettivo” (*ivi*, p. 37). In questo contesto, il profilo patrimoniale già evocato *sub ii*) era venuto germogliando progressivamente “nel terreno fecondo del diritto romano”, ma “[...] il genio pratico e armonico de’ Romani ne dovette innestare la pianta fiorita coll’istituzione del testamento (*ivi*, p. 44). Ciò avvenne per il tramite dei legati, e sulla concezione bonfantiana di essi v., *infra*, nt. 347.

In adesione alla riportata tesi del Bonfante, v. anche G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 7 (ma cfr. anche, *ivi*, nt. 4 per alcune variazioni) e *spec.* 114-115, ove si legge che

“L’idea dalla quale bisogna partire è quella, fondamentale, intuita dal Bonfante: che la successione al *pater familias* defunto, – come lascia argomentare l’analisi della struttura della *successio* tipica – sia essenzialmente acquisto di un titolo (quello di *heres*) che legittimi a succedere nella posizione giuridica del *pater familias*, in quanto preposto al reggimento della *familia*, ed abbia per scopo la perpetuazione di essa” (e v., *ivi*, nt. 1-2, ove si accetta “[...] integralmente la tesi del Bonfante relativa al metodo di studio degli istituti giuridici”); F. DE MARTINO, voce *Famiglia*, cit., p. 43, ove ne è attestata la «sostanziale esattezza»; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 5, per il quale “la facoltà di testare si collegava alla *potestas* del *paterfamilias*, che era il piccolo monarca del gruppo che in lui si impersonava, rendendo eventualmente *ex heredes* coloro che potenzialmente vi sarebbero stati chiamati per ragioni di sangue”; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 674, per il quale essa ha consentito l’apertura di “[...] nuovi spiragli attraverso ai quali la ricerca storica ha potuto chiarire ed illustrare varie regole e principii della successione romana che, considerati, come venivano fin qui, dal solo punto di vista dogmatico, e con esclusivo riguardo alla funzione attuale del regime successorio, riuscivano singolarmente inesplicabili”. *Contra*, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 513-517; ID., *Le genti e le città*, in AA.VV., *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, p. 109 ss., *spec.* 149 ss., secondo cui “la formula che la famiglia romana sia un organismo politico sembra [...] più adatta a confonderne che a riassumerne la nozione”, in quanto essa può essere meglio definita – a parere dell’A. – come «organismo economico» (p. 151), poiché la sentenza secondo cui «la famiglia romana è un organismo politico» può anche continuare ad essere usata, ma “se si vuole chiamare politico ogni gruppo di persone che si propone non un fine determinato, ma tutti i fini della vita nel loro complesso; oppure ogni gruppo autarchico; oppure ogni gruppo di persone la cui coesione è ritenuta essenziale per la società – si potrà dire gruppo politico anche la famiglia, e non solo la romana ma anche la nostra” (p. 118). Viceversa, “[...] se alla parola *politico* si vuole dare il suo significato etimologico, che è dallo stato, non si potrà dire politico il gruppo familiare”, in quanto sarebbe “[...] notorio che nel campo del diritto pubblico i romani conoscono solo l’individuo e non la famiglia, che il *filius familias*, incapace per diritto privato, è capace per diritto pubblico”. Tale ricostruzione ha significative ricadute in ambito successorio, in quanto la *familia* cesserebbe di esistere con la morte del *pater stesso*, per «rompersi» in altrettante famiglie quanti sono i suoi discendenti immediati” (p. 151). Allora, “soltanto la fallace analogia tra la famiglia e stato” avrebbe “[...] fatto estendere dal diritto statale al familiare la regola della designazione del sovrano da parte del predecessore, e ha fatto riconoscere in una simile designazione il primitivo testamento”, mentre “il fatto è che il diritto romano non ha mai conosciuto gruppi familiari fissi, i cui capi possano mutare, ma gruppi che si compongono e si scompongono secondo la vicenda delle generazioni; e che i rapporti di potestà non sono mai stati considerati come oggetto di successione, ma sempre come esplicazioni immediate della capacità giuridica del cittadino *sui iuris*”. *Contra*, è orientato anche B. BIONDI, *Obbietto*, cit., p. 150 ss. Per l’A., un ostacolo insormontabile rispetto al

preteso carattere «sovrano» dell'antica *hereditas* risiederebbe nel fatto che essa non importava successione nella *potestas* sulle persone, in quanto, alla morte del *pater familias*, tutti i sottoposti divenivano *sui iuris*, ossia indipendenti, salvo che non cadano sotto la *potestas* del rispettivo *pater* o marito: “[...] se si vuole, diventano sovrani, e per nulla sono sottoposti alla *potestas* dell’erede, sia familiare che estraneo” (p. 152). La *patria potestas* e la *manus* si acquisterebbero, infatti, non in quanto *heres*, ma in quanto *pater* o marito, e la successione, quindi, potrebbe essere intesa “[...] solo in senso cronologico, nel senso cioè che il *suus* acquista sui discendenti quella *potestas* o *manus* che competeva prima al defunto; ma non si tratta di successione ereditaria, giacché il potere si acquista in modo autonomo e indipendente da questa, tanto vero che ha luogo anche in ordine al *suus* diseredato, come la tutela legittima si deferisce e si trasmette non *hereditario iure* ma compete *ad liberos virilis sexus*” (p. 154; e v. p. 154 ss. per ulteriori obiezioni, talune delle quali già segnalate, o oggetto di successiva menzione, nelle note del presente testo). Il S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 380, nt. 1, pur non condividendo una tesi comunque giudicata di «mirabile, seduttrice bellezza», riconosce “[...] quanto il Bonfante coi numerosi scritti destinati a sostenere l’insostenibile abbia tuttavia giovato a dar rilievo ad alcuni aspetti importanti e caratteristici dell’eredità romana”. In P. VOICI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 101 ss., l’A. – dopo aver sintetizzato in dieci gli argomenti addotti dal Bonfante (*ivi*, pp. 102-104) – ha sottolineato l’influenza esercitata dalla cultura positivista sull’impianto teorico del B., che avrebbe proceduto ad una sua «acutizzazione» (p. 110), e ha poi rivolte talune critiche al metodo «evoluzionistico» (p. 111 ss.), per poi muovere ulteriori addebiti (p. 120 ss.) agli argomenti di «funzione» e di «struttura» addotti dal B. Tuttavia, l’A. enuncia una serie di proposizioni, che ritiene esatte, e che sarebbero state «esagerate» dal B., rendendole perciò «inaccettabili», e cioè, tra le altre, e quelle che in questa sede più interessano, che “A) a) la *familia* è una sintesi di funzioni, perché in essa l’uomo vive esplicando la propria umanità: si riproduce, lavora, educa, onora gli dei”; “B) a¹) la *familia* ha varietà di funzioni, perché è simile allo Stato: ciò vale, ad es., per la religione”; “b¹) la *familia* ha struttura e funzioni politiche”; “c¹) la *familia* si fonda su la mera soggezione”; “d¹) la *familia* è sovrana, ma ha i propri *mores* che limitano l’autorità del *pater*”; “e¹) i gravi poteri paterni sono espressione di un’autorità politica”; “f¹) il *pfas* è sovrano assoluto”. Rimangono certo, i profondi dubbi sul metodo bonfantiano, compendiate dal Voci nel fatto che il procedimento seguito dal B. “[...] è classificatorio, non già propriamente storico”, là dove “la classificazione è per sua natura antistorica, perché conduce a trascurare l’individualità, per tener conto delle caratteristiche comuni a dati enti, cioè per astrarre” e che poi “[...] il frutto dell’astrazione si torni a considerare come elemento vivo e vero, turbando così il processo della conoscenza storica, è il pericolo appunto delle classificazioni”. Ma in espressa replica al citato saggio del Voci, e dunque in avallo della tesi del Bonfante, E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla ‘familia’ romana arcaica*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XVIII, 1952, p. 241 ss., il quale ha sostenuto il carattere

«tendenzioso» e «preconcetto» della critica, il quale si manifesterebbe già nel fatto di qualificare come «tesi» una congettura storica, che invece “[...] il B. desume da un’analisi profonda e completa degli elementi strutturali della *familia* romana” (p. 241), là dove sarebbe del tutto improprio – e, precisamente, frutto di un’erronea applicazione del metodo crociano – “[...] seguitare a propugnare uno storicismo atomistico, che stabilisce un’antitesi insuperabile fra l’interpretazione storica e l’uso di concetti rappresentativi”. Il Betti addebita quindi al Voci l’adesione ad un «curioso relativismo agnostico», il quale starebbe in ciò: “[...] nell’isolare il diritto della vita sociale alla cui disciplina esso deve servire, e nel perdere di vista l’elementare verità che ogni disciplina o istituto giuridico costituisce la soluzione, storicamente condizionata, di un problema pratico di convivenza (organizzazione, composizione di conflitti etc.) nascente appunto dalla vita sociale” (p. 244; ma cfr. anche E. VOLTERRA, voce *Famiglia*, cit., p. 735, per il quale quelli adottati dal Betti sarebbero argomenti «prevalentemente dogmatici»). Insomma, la teoria del Bonfante “[...] ha servito di base a molte ricerche, permettendo non solo di spiegare in una visione unitaria l’evoluzione storica degli istituti famigliari romani, ma anche di affrontare in altri campi del diritto problemi rimasti fino allora insoluti e di avanzare su essi ipotesi logicamente plausibili”: così ID., *op. cit.*, p. 732 (e cfr., *ivi*, le p. 735 ss., ove la tesi di tale ultimo A., secondo il quale il fondamento della *familia* risiederebbe nel matrimonio legittimo, vale a dire “[...] nell’unione coniugale avente i requisiti richiesti dall’ordinamento della *civitas* ed al quale il medesimo ordinamento ricollega determinati effetti giuridici”).

Contra, anche G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 169-170 e *spec.* pp. 184-187, con argomenti di «priorità logica» e di «priorità storica», in particolare appuntati sull’impossibilità di desumere indici certi dalla regola «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*» (v., *ivi*, pp. 32 e 180), in quanto essa è per l’A. *regula iuris* funzionale unicamente a risolvere un problema pratico, e cioè l’istituzione ereditaria non esaurente l’intero asse (e v. anche p. 181, ove l’A. preferisce alla tesi del Bonfante quella del «testamento-adozione», sul quale v., *supra*, nt. 13). *Contra*, recentemente, anche G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 107, i quali osservano che “[...] alla morte del *pater familias* il gruppo familiare non rimaneva unito sotto un nuovo capo, bensì si scindeva in tante distinte *familiae* quanti erano i *fili* *familias* viventi in quel momento”. Ma “[...] il patrimonio familiare poteva bensì continuare a essere goduto in comune; il *pater*, in una data fase dello sviluppo storico, potè anche concentrare questo patrimonio in capo a uno dei *fili*, escludendone gli altri; ma non fu mai possibile (almeno nel diritto romano, anziché risalendo a ipotetiche civiltà giuridiche anteriori) che il *pater* sottoponesse un *filius* alla *patria potestas* di un altro soggetto”, sicché pare loro “[...] potersi escludere che il testamento avesse la funzione di scegliere il nuovo capo della famiglia”.

Ora, non è certo questa la sede per prendere posizione su una tematica così controversa, ma a noi non pare in ogni caso di poter dissentire da B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 9-10, li dove rileva che – anche a voler prescindere dalla concezione «forte» del

Senz'altro la successione poteva rispondere a finalità plurime²⁷⁷, ma non si può negare come la stessa si aprisse – diversamente, peraltro, da come ci si sarebbe astrattamente potuti aspettare²⁷⁸ – in morte non d'un cittadino qualsiasi, ma del solo *pater familias*²⁷⁹⁻²⁸⁰, e cioè di colui

Bonfante sulla successione testamentaria «sovrana» – appare indubitabile che “[...] il testamento arcaico presenta impostazione pubblicistica”.

²⁷⁷ Per questa visione più moderna, cfr., ad es., A. GUARINO, *Diritto*, cit., pp. 382-383, secondo cui l'idea che alla scomparsa del soggetto giuridico sarebbero – astrattamente – venute meno “[...] le sue *potestates* familiari, i suoi diritti assoluti e relativi si sarebbero dovuti dissolvere, i suoi debiti si sarebbero dovuti estinguere, i culti familiari (i c.d. «*sacra familiaria*») sarebbero dovuti restare senza chi li accudisse e così via” si sarebbero opposte “[...] conseguenze pratiche rovinose per i familiari dello scomparso, dannose per i suoi creditori, pregiudizievoli per l'ordine sociale”.

²⁷⁸ Alla «non lieve sorpresa» che dovrebbe suscitare la «vastissima e intricatissima» disciplina della capacità dell'ereditando (e dell'erede) fa riferimento proprio P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 340: “al nostro spirito nulla dovrebbe sembrare più naturale che applicare in questa materia i principi della capacità giuridica in generale, in specie della capacità di contrattare di alienare e di acquistare. Nulla invece di men naturale allo spirito dei Romani”: «*verba 'contraxerunt' gesserunt non pertinent ad testandi ius*». Per ragguagli sulle nozioni di capacità di diritto e d'agire in diritto romano, v. E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 38 ss.

²⁷⁹ Egli è l'unico soggetto di diritto, “[...] in relazione al quale le altre persone facenti parte della *familia* stessa sono soltanto oggetto di un diritto assoluto di natura personale, che giungeva sino al *ius vitae ac necis*, astrattamente ancora in vigore nell'epoca classica [...]: ed a ciò corrisponde il fatto che le persone soggette alla *patria potestas* sono sprovviste, in linea di massima, di capacità giuridica, per quanto attiene ai rapporti privatistici, soprattutto di carattere patrimoniale” (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 117), al punto che si è potuta argomentare, più a monte, l'inesistenza di un rapporto giuridico tra i sottoposti e il *pater familias*, in quanto la loro posizione non era quella di «soggetti passivi», bensì di «oggetto del potere» (G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 28). Più in generale, sulle origini storiche della figura del *pater familias*, v. A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 87 ss.

²⁸⁰ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 125, per il quale ciò esige la sussistenza, in capo all'ereditando – conf. F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 354; A. BURDESE, *Manuale*, cit., pp. 637, 659; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 402-403; V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 102; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 709; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 377; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 37; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 137, 181; F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 174; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 497; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 677-678; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 400; A. CORBINO,

Diritto, cit., p. 676; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 601; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 721; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 23, 83; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 364; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 653 – dei c.dd. *tria status*: 1) libertà; 2) cittadinanza; 3) qualità di *sui iuris*. Requisiti, questi, che, in ragione della loro importanza, conviene qui indagare partitamente. Sotto il primo aspetto, *servos successores habere non potest* in quanto essi non avevano patrimonio, né in genere erano titolari di diritti, salvo in un momento successivo a poter disporre del c.d. «peculio» (su cui cfr., i termini generali, tra i molti, S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 158-161). L'assunto è comprovato da Plinio il giovane (*Epist.* VIII, 16) in un noto passo: «*permitto servis quoque quasi testamentum facere, eaque ut legitima custodio. Mandant, rogantque quod visum; pareo ut iussus. dividunt, donant, relinquunt dumtaxat intra domum. nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est*», anche se C. FADDA, *Concetti*, I, cit., pp. 126-127, ritiene che non fosse circostanza fondata sui *mores*, il che spiegherebbe l'intonazione del passo quale speciale *favor* di Plinio. Nello stesso senso, V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 104, secondo cui “[...] l'autore, che alle lettere dà molta intonazione rettorica e filosofica, le scrive per pubblicarle e non solamente per comunicare con amici; e perciò fa sfoggio di sentimenti umanitari e morali (che del resto poneva in pratica), per posare dinanzi al pubblico” e P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 372, il quale parla di “concessioni di padroni filantropi” prive di valore giuridico. Una vera eccezione, invece, era rappresentata dai c.dd. *servi publici*, ossia quelli appartenenti al popolo romano o alle città: riferisce, infatti, Ulpiano (Tit. Ulp. 20, 16) che *servus publicus populi romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius* e, ovviamente (C. FADDA, *Concetti*, I, cit., pp. 127-128), trattandosi di *testamentum*, vi doveva essere istituzione di erede, non risultando bastevole la distribuzione di quella metà a titolo di legato (v. – su ciò – anche V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 105-106 e P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 372). In relazione al secondo profilo, solo il *civis* poteva testare secondo le forme del *ius civile*, sebbene i *latini veteres* o *latini prisci* (ossia gli antichi abitanti del *Latium*) godessero di *testamenti factio* secondo il diritto civile, potendo dunque partecipare al testamento come disponenti, onorati o testimoni; i *peregrini*, per converso, ai quali non poteva applicarsi lo *ius gentium*, in quanto estraneo ai rapporti ereditari, erano soggetti alla legge della loro *civitas* (Tit. Ulp. 20, 14; e cfr. – sempre al riguardo – V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 106 e P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 372). Con riguardo al terzo profilo, solo il *pater familias*, ossia colui che è *sui iuris*, poteva avere eredi. Illuminante, e suggestiva, sul tema – oltre al chiarissimo Ulp. *Regul.* XX, 10 («*Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit*») – è la vicenda descritta dal fr. 46, 1, 11 (*Iulianus l. 12 digestorum*): «*qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorarium adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent*». V'era cioè, in codesta vicenda, chi aveva dato a mutuo una somma di denaro ad un *filius familias* in violazione del S.C. Macedoniano e, per tale obbligazione viziata, dopo la morte del figlio, il padre aveva offerto fideiussione. Ora, se quest'ultima fosse stata prestata *vivo filio*, l'obbligazione si sarebbe riaffermata, perché l'assenso paterno avrebbe

che *in domo dominium habet*; inteso, peraltro, non certo come «genitore»,

rimosso il vizio. Tuttavia, *post mortem filii* l'obbligo fideiussorio non sarebbe potuto sorgere, dacché non v'era obbligo principale civile, pretorio né naturale, e dunque essa era affetta da nullità in virtù del rapporto di accessorietà: ma obbligo del padre non sussisteva, e obbligo del figlio neppure, ché egli non appunto non lasciava eredità. L'episodio descritto dimostra, ai nostri fini, che l'obbligo naturale del figlio cessa perché non v'è erede sul quale incomba, e poiché *non est hereditas*, se ne deduce che il *filius familias* non può fare testamento. E siffatto divieto – *melius*, codesta «incapacità» – è riaffermato anche nel diritto giustiniano: «*hi, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eius permiserint, nibilo magis iure testari possint*» (Inst. 2, 11, pr.).

Quanto, invece, alla posizione della donna, ella, superate le esclusioni proprie dell'antichissimo diritto, poteva fare testamento *tutore auctore* (v. Gai II, 118 e M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., p. 117; A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 63-72; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 39; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 721-722; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., pp. 380-381; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 226; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 660; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 604; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 56, 182; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., p. 720; G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 117-121, 172-175; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 654; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 401; V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 116-118; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 498; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 66, nt. 7; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 404; B. BIONDI, *Diritto*, cit., pp. 44 e *spec.* 92-94; P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 376-377; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 369; E. VOLTERRA, voce *Famiglia*, cit., p. 741, il quale, peraltro, utilizza l'argomento per sconfessare la teoresi bonfantiana).

Il figlio, come visto, invece, non poteva fare testamento, neppure con l'assistenza del padre (con il suo assenso, invece, avrebbe potuto perfezionare donazioni a causa di morte). Circa il fondamento di tale ultima esclusione, si è sostenuto che ciò si spiegherebbe storicamente, in quanto l'istituzione di erede non era in origine atto meramente «patrimoniale», bensì rappresentava la nomina del successore nel potere sovrano nella famiglia, e il *filius* – appunto – non sarebbe stato sovrano, ma all'opposto suddito della *familia* stessa: così, P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 106, 357-358, 373-374; ID., *L'origine*, cit., p. 40, nt. 1, il quale tuttavia non aggiunge tale motivazione alle sette che si sono esaminate *supra*, nt. 263, in quanto essa apparterrebbe – assieme ad altre, come l'intrasmissibilità dell'eredità deferita – a quegli “[...] argomenti più minuti e tali che potrebbero avere spiegazioni diverse”. Per C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 135, invece, tale motivazione – pur in sé esatta – non sarebbe sufficiente, perché, se davvero così fosse, anche la donna *sui iuris* avrebbe dovuto essere incapace di testare, e invece – come abbiamo anche noi visto – ella poteva avere eredi, sicché v'è probabile correlazione biunivoca tra essere *sui iuris* (donna o uomo) e *testamenti factio* c.d. *activa*. Viceversa, nella *familia* qualunque acquisto si accentrava nel capo, e solo egli aveva facoltà di disporre delle cose, per il tempo in cui avesse cessato di vivere.

sibbene come capo del gruppo familiare²⁸¹. Perché – appunto – lo *heres* è lo *herus*²⁸²: ed è a questa precipua posizione giuridica sovrana nel gruppo, riguardato come organismo politico «naturale»²⁸³, o ancora più

²⁸¹ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 6. V. anche F. DE MARTINO, voce *Famiglia*, cit., p. 43, per il quale “la famiglia romana ci appare fin dall’età più remota come una forte unità giuridica religioso-economica ordinata su un saldo potere centrale, la *potestas* del *pater*, esclusivo sovrano”. Sulla «arbitrarietà» d’ogni tentativo di definirla preferendo l’una funzione all’altra, P. VOICI, *Esame*, cit., p. 130, ma *contra* E. BETTI, *Ancora in difesa*, cit., p. 247, secondo cui quest’ultimo A. avrebbe disconosciuto “[...] che proprio l’esigenza di una sintesi impone allo storico e al sociologo la necessità di un criterio d’orientamento, sotto il quale raccogliere gli elementi fra loro coerenti, e mediante il quale scegliere e stringere alcuni di essi in una determinata categoria ermeneutica idonea a caratterizzarli”, là dove occorre, invece, “[...] identificare il profilo veramente caratteristico” di un istituto, senza ricorrere alla locuzione di comodo «sintesi di funzioni», che rappresenterebbe una formula «incolore» e «anodina». E cfr., infatti, ID., *Istituzioni*, I, cit., p. 48, ove coerentemente s’afferma che “la *familia* romana – nel suo tipo genuino, che appare tanto meglio scolpito quanto più si risale nel tempo – è un organismo sociale radicalmente diverso da quello che oggi si designa col nome di «famiglia», giacché “[...] il vincolo organico, che determina l’appartenenza dei singoli al gruppo familiare, non consiste nella comune discendenza ma nella comune soggezione alla potestà di un capo, il quale si chiama *pater familias* (sovrano della *familia*; capofamiglia; non padre di famiglia nel significato odierno)”. Tuttavia, nella dottrina più moderna, l’impostazione «pluralistica» sembra prevalere: v., ad es., A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 224, secondo cui nell’età arcaica la *familia* si presenta come “[...] una comunità unitaria e solidale, in relazione alle credenze religiose, alle esigenze economiche, alla mentalità del tempo”.

²⁸² C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 29; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 57; B. BIONDI, *Obbietto*, cit., pp. 172-173; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 5; V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 26 (che tuttavia, *ivi*, nt. 3, ricorda anche la tesi filologica più moderna secondo cui – essendo la *e* radicale in *heres* lunga e in *herus* breve – le due parole non avrebbero origine e significato comune; *heres* deriverebbe, dunque, da un radicale *har*, ossia «apprendere» o «impadronirsi», e così anche A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 26 e U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 659, nt. 179; ma *contra*, nuovamente, P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 122, nt. 1, secondo cui la diversa quantità “[...] non è linguisticamente argomento sufficiente per rigettare la connessione di *heres* con *herus*”). Di «etimologia ignota» parla, infine, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 350.

²⁸³ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 7; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 52-53; *spec.* E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 51, ove il rilievo per cui “[...] la qualifica che più felicemente si addice ad esprimere con formola sintetica certi caratteri ed elementi fondamentali che la primitiva *familia communi iure* dovette aver simili a quelli della *civitas* e che, al suo

semplicemente «giuridico»²⁸⁴, che si riannoda ogni ulteriore effetto, patrimoniale e non, quand'anche il *nomen heredis* abbia a risolversi in un *nudum nomen*²⁸⁵.

disgregarsi, si rifletterono e concentrarono nella *familia proprio iure dicta*, da essa storicamente derivata, è quella di comunità politica: politica in senso largo e ideale, non certo da intendere come equivalente a «pubblica», perché la *civitas* – unità politica del *populus* – non è la sola figura possibile di comunità pubblica”. Comunità, in ogni caso, rispetto alla quale, evidentemente, l'evento-morte non rilevava, essendosi icasticamente osservato – A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 5 – che esso è «immortale», “[...] come qualunque aggregato che abbia un ciclo di esistenza assai esteso in confronto dei singoli individui che lo compongono”.

²⁸⁴ Modernamente, G. VISMARA, *L'unità*, cit., pp. 27-28, secondo cui “la famiglia romana si era presentata come un organismo essenzialmente giuridico, nel quale era altrettanto irrilevante il vincolo di sangue che l'elemento affettivo” e “[...] la *patria potestas*, intesa come diritto assoluto sulle persone e sulle cose, ne era il fondamento e il fulcro, tanto che si è potuta asserire l'identificazione tra l'antico e tradizionale diritto familiare e il diritto del *pater* come parallelo della identificazione tra l'antico diritto pubblico e il potere del magistrato; lo *ius vitae ac necis* ne costituiva la manifestazione più evidente”.

²⁸⁵ È l'ipotesi che consegue a Gai 2, 224: «*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis*». E cfr. C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 48; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 31, 156; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 765; P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 101. È interessante l'aggiunta di quest'ultimo A., ove nota che “avuto riguardo alla esclusiva e prevalente funzione patrimoniale gli scrittori giudicano l'istituzione di eredità mero formalismo, poiché il requisito ha carattere sostanziale, si suole parlare di forma interna” (e sulle aporie del «formalismo interno» v. anche il § precedente) “[...] generando una vera contraddizione in termini, in cui l'epiteto fa a pugni con il sostantivo” (*ivi*, p. 102). Recentemente, A. GUARINO, *Profilo*, cit., p. 203, il quale – con riferimento alla pratica di distribuire testamentariamente tutto il patrimonio mediante legati, così lasciando, appunto, all'erede, solo tale nome – ricorda l'emanazione, tra il II e il I secolo a.C., di alcune leggi (la *Lex Furia*, la *Lex Voconia* e, da ultimo, la *Lex Falcidia*), con cui si disponeva che allo *heres* dovesse restare almeno una parte del patrimonio ereditario, sicché i lasciti esuberanti rispetto a questo esuberanti si sarebbero ridotti proporzionalmente. In particolare, con la *Lex Furia*, risalente agli inizi del II secolo a.C., si prevede che nessuno – ad eccezione dei cognati fino al sesto grado – potesse ricevere per legato più di mille assi; ma ciò non impediva, evidentemente, di distribuire tutto l'asse in legati, ciascuno dei quali di valore non superiore a mille, ragion per cui lo stesso Gai 2, 225 aveva a puntualizzare che questa legge «*non perfecit quod voluit*», anche se non si è escluso – C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 146 – che essa volesse in

In altri termini, ne' gruppi familiari in cui questa componente «politica» è ancora prevalente, il «capo» successivo non subentra a quello precedente come persona, ma, appunto come vertice della comunione²⁸⁶, e ciò “[...] spiega a meraviglia non solo la responsabilità pei debiti, ma anche il diritto e l'obbligo di provvedere a' *sacra*, che altro non sono se non un elemento della podestà politica”²⁸⁷.

Di là dal complesso tema del rapporto tra successione testamentaria e legittima²⁸⁸, nonché dai *testamenta militis*, ai quali, in virtù del loro carattere

verità perseguire uno scopo diverso, e precisamente quello d'evitare che i legatari estranei ricevessero più di mille assi ciascuno. E del pari inadeguata, a tale scopo, fu la successiva *Lex Voconia* del 169 a.C., la quale disponeva – probabilmente per i patrimoni ereditari di valore superiore ai centomila assi – che nessun legatario potesse conseguire più di quanto spettasse all'erede cui era stato riservato il trattamento deteriore; sennonché, ancora una volta, la finalità per così dire «anti-elusiva» non era realizzata, perché – con Gai 2, 226 – poteva accadere che il testatore distribuisse il patrimonio in legati fra molte persone, sì da lasciare all'erede il minimo, cosicché, a fronte di un lucro a tal punto limitato, non sarebbe convenuto all'erede assumere gli oneri dell'intera eredità. E fu così che venne emanata, nel 40 a.C., la celebre *Lex Falcidia*, in forza della quale i legati non potevano superare i tre quarti dell'eredità, dovendosi in ogni caso riservare all'erede almeno un quarto netto (c.d. *quarta Falcidia*) dell'asse: Gai 2, 227, e v., per un commento a Gai 2, 224-227, F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 291-295. La legge fu così efficace da essere poi estesa al fedecommesso, e a tanto provide il Senato con il senatoconsulto Pegasiano (c.d. *quarta Pegasiana*: v. Gai 2, 254, su cui F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 343-347), esteso poi da Antonio Pio ai fedecommessi *ab intestato* (D. 25, 2, 18 pr.) e dai Severi alle *donationes mortis causa* (C. 6, 50, 5). Cfr. – al riguardo – C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 147; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 95-97; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 714; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 404; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 641, 765-767; E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 551-553; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 843-847; G. GROSSO, *I legati*, cit., p. 337 ss.

²⁸⁶ Nel senso che la successione importi un «problema di organizzazione», E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 87.

²⁸⁷ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 30.

²⁸⁸ Il punto di partenza è la disposizione – già richiamata alla nt. 7 – della Tab 5.4 («*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit., adgnatus proximus familiam habeto*»). Dal versetto, sembrerebbe che l'erede testamentario e lo *heres suus* si configurino quali mere «condizioni negative» (V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 22) per la vocazione degli agnati, e dunque non emerge chiaramente il rapporto tra l'uno e l'altro, in quanto il testo potrebbe intendersi o – in forza di lettura per così dire «successiva» – nel senso che l'erede testamentario escluda il *suius*, questi l'agnato prossimo e così via; o – in virtù di

un'esegesi «complessiva» – che i rapporti tra le due specie di eredi non siano regolati, e che essi siano presi in considerazione solo quale «presupposto» per la chiamata degli agnati (così, ad es., G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 109-110). Tuttavia, tale controversia è stata condivisibilmente detta “[...] vuota di significato, perché la proposizione legislativa può essere intesa sia in un senso come nell’altro” e “[...] quindi la questione della prevalenza deve essere risolta con argomenti che siano diversi da quelli ricavati dall’ordine delle parole, che nel caso non muta il significato della frase” (P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 10, e così anche G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 704; *contra*, nel senso invece di poterne ricavare elementi ricostruttivi, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 362, secondo cui, ad es., all’agnato e ai gentili si attribuirebbero le cose (*familia*), ma si negherebbe la qualità di *heres*, in quanto “[...] il nome di *heres* esprimeva non solo il fatto della successione, ma anche la qualità di figlio, che sino allora ne era il titolo esclusivo”, nonché G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 103, che condivide un tale rilievo, pur premettendo come “[...] sia estremamente malsicuro argomentare dalla terminologia delle XII tavole”). Né, d’altro canto, possono essere tratti validi – o, quanto meno, inconfutabili – argomenti, dalle speculazioni sul significato di *suus heres*, muovendo dalla premessa per cui – poiché nel latino antico il nome si premette all’aggettivo – tale locuzione non significherebbe «l’erede che ha la qualità di suo», ma «il suo che ha la qualità di erede», essendosi così sostenuto: *i*) che *suus heres* significhi l’erede del defunto, poiché *suus* farebbe le veci del genitivo *defuncti*, *i.e.* *heres defuncti* (S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 359); *ii*) che il *suus heres* sia l’erede di se stesso, in quanto erede domestico (ossia appartenente alla casa), anche prima della morte del *pater*, appellandocisi a Gai II, 157, secondo cui «*Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*» (E. COSTA, *Storia*, cit., p. 467, nt. 2; recentemente, A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 688); *iii*) che *suus* significhi «proprio», ma non del testatore, come *sub i*), né di se stesso, come *sub ii*), bensì nel senso di «appropriato» e cioè l’erede «per eccellenza», che ha le migliori qualità per essere tale (C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 357; B. BIONDI, *Obbietto*, cit., p. 173; G. LA PIRA, *La successione*, cit., p. 4, nt. 1; e anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 228 giudica l’opzione «ragionevole», salvo poi a contrapporre più semplicemente – *ivi*, p. 229 – il *suus* allo *extraneus*); *iv*) che il *filius* sia definito *suus heres* per contrapporlo allo *extraneus heres* (U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 660); *v*) che l’erede sia *suus* in quanto sottoposto alla potestà del testatore e, dunque, con la morte del testatore diventi – come altrove si legge – *sui iuris* e, quindi, erede (*v.* V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 28 e, sostanzialmente, P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 376).

Considerando, poi, che il predetto rapporto potrebbe non essere stato regolato dalla legge decemvirale perché, in quanto «notorio» e incontrovertito, non meritava d’essere fissato in diritto positivo, e che, d’altra parte, della regolamentazione di tale relazione non è traccia nelle altre fonti, è evidente che ci si sposta nel campo delle ipotesi, le quali – *v.* V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 23 ss. – sono essenzialmente tre: *i*) il *suus* – come nel diritto greco – prevale sull’erede testamentario, sicché se vi sono *sui heredes* cade del

tutto la possibilità di testare, in quanto v'è già un successore «naturale» [e, dunque, il testo delle XII tavole verrebbe interpretato nel senso dell'assenza di un testamento fatto da chi non ha *sui* [in questo senso, A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 61-62; G. IMPALLOMENI, voce *Successione*, cit., pp. 719, 720; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 8; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 113; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 515; ID., *Le genti*, cit., p. 151; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp. 104, 176; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 390; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 635; dubitativamente, E. COSTA, *Storia*, cit., p. 471; U COLI, *Il testamento*, cit., p. 650, ma v. anche p. 651 sull'ampliamento consentito dalla giurisprudenza post-decemvirale; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 19, che parla invero di funzione «sussidiaria» e «correttiva» del testamento, ma v., *ivi*, p. 96 per l'evoluzione successiva con l'avvento del *testamentum per aes et libram* (ma *contra*, O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., p. 1299 e *spec.* B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 215, secondo cui non consterebbe affatto che “[...] il *paterfamilias* avesse facoltà di nominare un *heres* solo in mancanza di *sui*, o che non potesse nominare un erede fuori l'ambito della famiglia”, ma v. ID., *Obbietto*, cit., p. 156)]; *ii*) l'erede testamentario – all'esatto opposto della tesi *sub i*) – prevale sul *suus* [P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 12 (e conf. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 5), ma limitatamente all'età primitiva, perché per il periodo classico l'A. aderisce all'opzione successiva)]; *iii*) l'erede naturale – opzione per così dire «intermedia» – è il *suus*, ma il *paterfamilias* può chiamare erede uno dei *sui* (o anche, eventualmente, un estraneo, in difetto di *sui*). Quest'ultima opinione a noi pare probabilmente la più plausibile: v. anche V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 29; A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 90, per l'evoluzione diacronica complessiva; A. GUARINO, *Diritto*, cit., p. 389; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 26, 33, che inoltre espressamente esclude l'istituzione dello *extraneus* (*contra*, G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 773); S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 371-372, salvo quanto si dice in ordine alla prevalenza del *suus* nelle XII Tavole; A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 630; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 215; F. SERAFINI, *Istituzioni*, cit., p. 369; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 678, ad eccezione – *ivi*, p. 717 – che per il *testamentum calatis comitiis*, e v., infatti, p. 765 per le due ipotesi.

Invero, mentre nel diritto greco la presenza dei figli escludeva di per sé la possibilità di testare, viceversa a Roma essa era sempre garantita, ma – esistendo dei *sui* – il testatore aveva lo «obbligo» (*rectius*, l'onere: v. G. LA PIRA, *La successione*, cit., pp. 5-6) di nominarli eredi o di diseredarli esplicitamente: «*Titius heres meus ex-heres esto*» (formula con la quale, appunto, si privava il *suus* d'una qualità – l'esser *heres* – altrimenti sua propria: v. G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 387, 393, ove si mette in luce che la *exhereditatio* “[...] presupponeva il maturare di una spinta etico-sociale verso la libertà di testare, che fosse tanto forte da indurre la giurisprudenza pontificale o laica a escogitare un mezzo tecnico per vincere il ‘tabù’ del *suus heres*, e presupponeva inoltre il maturare di un grado di razionalismo, che permettesse di giudicare sufficiente all'uopo una semplice clausola testamentaria, sia pure solenne”). Sul punto, cfr. anche G. LA PIRA, *op. cit.*, p. 5, secondo cui “la preterizione di un *suus* rende nullo il testamento non già perché faccia mancare un requisito formale necessario alla sua validità” (evidentemente in polemica

«eccezionale», s'è negata “[...] una particolare influenza nella formazione di tutta questa materia”²⁸⁹, quel che è certo è che, in questo contesto valoriale, il testamento non poteva essere concepito come oggi lo è, perché esso non designava qualsivoglia disposizione del patrimonio dopo la morte²⁹⁰, bensì il solo atto con cui – secondo una regola che, come un «filo conduttore»²⁹¹, dal diritto arcaico²⁹² ebbe a tramandarsi sino a

con la nozione della «successione necessaria formale», su cui v., ad es., S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 485 e, recentemente, D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 40), “[...] ma perché una vocazione testamentaria viziata dalla preterizione non impedisce al *suus* di venire alla successione ad altro titolo, e cioè *ab intestato*”, in applicazione della regola *nemo pro parte testatus* [...], nonché, evolutivamente, G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 58, per il quale “il diritto decemvirale, per il quale il *pater familias* era un sovrano che reggeva la sua famiglia con poteri pressoché assoluti, non aveva pensato a limitare con disposizioni restrittive la di lui libertà di testare [...]. Cosicché affatto libera era la scelta dell’erede fra le persone dotate della *testamenti factio*, e chiunque non era contemplato nel testamento, era per ciò stesso escluso dalla eredità del testatore. Ma una libertà così sconfinata non è da concedersi avvegnaché sianvi persone siffattamente congiunte al testatore che apparisce iniquo lo escluderle dalla successione. E a ragione quindi fu essa temperata mediante l’obbligo imposto al testatore: – a) di istituire o diseredare certe persone superstiti; [su cui, *ivi*, p. 58 ss.] – b) di lasciare la porzione legittima [su cui, *ivi*, p. 65 ss.]”.

²⁸⁹ Così E. BUSSI, *Evoluzione*, cit., p. 489. Cfr. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 139; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 696; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 419, nt. 2, ove invero si discorre di «testamento eccezionale», e *spec.* p. 426, precisandosi che “[...] non tanto si dovrebbe parlare di un testamento straordinario dei soldati, quanto di un diritto successorio straordinario per loro, del quale la dispensa dalle forme ordinarie dei testamenti non è che parte” (conf. B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 66, 71). *Contra*, recentemente, A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 715, i quali, invece, sostengono che questa forma costituì “[...] un importante fattore di trasformazione e di mutamento dei precetti tradizionali”. Ad ogni modo, per approfondimenti – rispetto a quanto già riferito *supra*, nt. 77 e 101 – cfr., ampiamente, M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., p. 81 ss.

²⁹⁰ In questo senso, specialmente G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 673-674, per il quale “[...] il sistema successorio romano ha basi massimamente storiche, le quali rispecchiano la necessità di un’epoca assai remota in cui la successione aveva funzioni più complesse di quelle cui oggi provvede colla trasmissione del patrimonio di una persona morta ai superstiti”.

²⁹¹ B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 185.

²⁹² Assai convincente l’argomentazione di ID., *op. cit.*, p. 183, secondo cui la «indefettibilità» della *institutio* “[...] non si potrebbe spiegare, se non come portato

quello giustiniano²⁹³ – si nominava un *heres*²⁹⁴, per evitare appunto che il gruppo familiare restasse, come con aggettivo efficace s'è detto, «acefalo»²⁹⁵: “dire *heredis institutio* – ha scritto recentemente il d’Orta –

storico di una arcaica situazione, per cui la istituzione di erede costituiva tutto il testamento”, ché “altrimenti dovremmo supporre una ben strana storia dell’istituto ed una singolare attività dei giuristi, i quali, senza una ragione di cui possiamo renderci conto, avrebbero fissato il principio della necessità della *heredis institutio*, per poi sgretolarlo sotto la spinta delle necessità pratiche [...]”. In analoga direzione, è preziosa la distinzione che traspare in E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 56, secondo cui l’istituzione di erede è, insieme alla manomissione dello schiavo, alla mancipazione dei *fili familias* e alla loro successiva manomissione ai fini dell’adozione e dell’emancipazione, e agli altri atti testamentari quali la nomina di tutori a discendenti impuberi superstiti, alla sostituzione pupillare e alla diseredazione dei *sui*, un «atto di sovranità familiare»; categoria, questa, che viene tenuta distinta dagli «atti di disposizione sul patrimonio familiare», sia *inter vivos*, che *mortis causa*, come l’alienare beni, il contrarre obbligazioni o, infine, il disporre legati.

²⁹³ M. D’ORTA, *Saggio*, cit., p. 9, secondo cui “ai maestri di diritto di Giustiniano il binomio *heredis institutio-testamentum* sarebbe apparso assolutamente ovvio”. È conforme – tra i molti – B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 17, cui si deve però la precisazione che questa enunciazione “[...] se permette di distinguere il testamento da quella serie di atti *mortis causa* che ad esso si affiancano (*donatio mortis causa*, codicillo, *divisio inter liberos*), i quali appunto non contengono la *heredis institutio*, non esaurisce il contenuto giuridico del testamento, giacché da quella formulazione parrebbe che il testamento non potesse contenere altre disposizioni”.

²⁹⁴ Su questa «certezza» cfr. ID., *op. cit.*, p. 16, secondo cui “se per l’epoca primitiva ciò [il contenuto giuridico e la funzione dell’atto] è fortemente discusso [...], come è oscuro l’antico regime successorio, è certo che in epoca storica il contenuto e la funzione essenziale del testamento consiste nella designazione dell’*heres*”, al punto che l’A. definisce il testamento, per questo periodo, come «l’atto col quale il *pater familias* designa uno o più *heredes*».

²⁹⁵ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 9. Di qui anche il divieto di rinuncia degli *heredes necessarii*, sul quale v. P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 18 ss., secondo cui “[...] questa impossibilità di ripudio ha uno scopo assai chiaro: assicurare la continuità della famiglia”. Per la loro individuazione, v. – fra i vari – cfr. ID., *op. ult. cit.*, pp. 376-377, ove si precisa che essi sono: *i*) i *sui heredes*, ossia i figli (maschi o femmine) dell’ereditando, che si trovano in sua potestà al momento della morte; al posto di figli (maschi) premorti possono esservi (per diritto di rappresentazione: *successio in locum*) i loro figli (o ulteriori discendenti); la medesima posizione dei figli ha la *uxor in manu*, quella dei nipoti, la *nurus in manu* (ossia la moglie del figlio premorto); *ii*) gli schiavi – i quali non sono contemplati tra i *sui* –, quando vengano insieme liberati e istituiti eredi dal loro padrone

avrebbe significato dire *testamentum*”²⁹⁶.

Ora, disconoscere una correlazione tra la successione così intesa e le formalità del testamento appare davvero arduo²⁹⁷. Premesso il

(v. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 31 e P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 227-228, che quindi distingue coerentemente tra *heredes sui et necessarii* ed *heredes necessarii* puramente e semplicemente). Viceversa, sono *heredes voluntarii* tutti gli altri; non facendo parte della *familia*, sono anche detti *extranei*, e vengono all'eredità mediante *aditio*. Frattanto, la fase della giacenza ereditaria, per un quadro generale sulla quale, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 679-680.

²⁹⁶ M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 3. Nello stesso senso, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 417, secondo cui, quando alla nomina dell'erede poterono unirsi altre disposizioni a causa di morte, “[...] il nome di testamento passò a tutto l'atto, contenente la nomina dell'erede e possibilmente codeste altre disposizioni, atto la cui unità concettuale fu data o dalla *forma* prestabilita dal diritto [corsivo aggiunto] ad accogliere colla nomina dell'erede anche le disposizioni accennate o dalla continuità della dichiarazione”.

²⁹⁷ Se è senz'altro nel vero G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 151, nt. 74, lì dove rileva che la dottrina romanistica non ha dedicato la dovuta attenzione a questo aspetto di «forma-contenuto», concentrandosi piuttosto su altri profili – come la valenza *ad substantiam* o *ad probationem* dell'atto – caratterizzati non di rado da «una certa rigidità dogmatica» e da un «sottodimensionamento del tenore sostanziale di alcune fonti», non è men vero che alcuni spunti forse non esaustivi, ma comunque inequivoci sono al riguardo rinvenibili in parte della nostra letteratura. Ad es., chiaramente nel senso del testo, v. G. LA PIRA, *La successione*, cit., p. 85, secondo cui “sulla necessaria conformità del testamento con l'organismo familiare ha fondamento la dottrina dei requisiti formali (intrinseci), necessari all'esistenza del testamento”; dottrina che, altrimenti, non potrebbe appunto cogliersi “[...] in tutta la pienezza del suo significato”. Infatti – prosegue l'A. – “il testamento non è un qualsiasi negozio giuridico lasciato all'arbitrio del testatore. Esso non è un *atto patrimoniale* che interessi unicamente colui che lo compie. Il testatore non agisce per un suo interesse privato, ma in vista di un interesse pubblico, e nella sua qualità di *pater familias* [...]”. D'interesse è poi il rilievo secondo cui il testamento c.d. «militare» offrirebbe riprova della circostanza che, se organismo familiare e testamento sono indissolubilmente legati, quando tale nesso si recide non vi ha più testamento in senso proprio. Recentemente, nella stessa direzione può collocarsi l'affermazione di A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 634: “[...] quanto all'ampliamento dei poteri di disposizione del *pater* nell'ambito della successione testamentaria, questi trovano fondamento proprio nelle nuove forme di testamento che andarono affermandosi in età postdecemvirale”. Meno esplicitamente, ma sempre sulla correlazione tra le formalità e l'evoluzione della *hereditas*, v. anche B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 31-33 e L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 398, secondo cui, in particolare, “[...] come cambiò la *funzione* del testamento, così cambiò pure la sua *forma*”

condivisibile e acuto rilievo secondo cui la trattazione gaiana dei *genera testamentorum* inerisce propriamente “[...] alla descrizione non della forma di un atto (che funge da modello giuridico) suscettibile di variazioni”, bensì “[...] alla descrizione di atti differenti, non omogenei per struttura e funzione”²⁹⁸, nel periodo arcaico, la connotazione marcatamente «politica», se non «politico-religiosa»²⁹⁹, della successione giustificava, anzitutto, la partecipazione delle assemblee gentilizie al *testamentum calatis comitiis*³⁰⁰; ma anche quando questa tipologia di forma, insieme a quella

(corsivi nostri).

²⁹⁸ M. D’ORTA, *Saggio*, cit., p. 102 e così anche B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 31.

²⁹⁹ Per quest’impostazione v. ID., *op. cit.*, p. 33, secondo cui tale carattere sarebbe l’unica certezza degl’interpreti in relazione alle formalità testamentarie più arcaiche, e ciò anche rispetto al *testamentum in procinctu* (v. p. 35).

³⁰⁰ V., *supra*, § 1. Adde ora G. RONGA, *Elementi*, cit., pp. 19, ove si discorre di veri e propri «atti legislativi», 33, ove si afferma che “il testamento era nei primi tempi una vera legge privata, siccome quello che doveva farsi coll’intervento del popolo nel quale risiedeva la potestà legislativa; di qui il Diritto antico avea derivata la necessità d’una forma solenne che richiedeva per la validità della istituzione, l’uso di parole sacramentali ed imperative”; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 74-75, 397, secondo cui la “[...] designazione conservò la forma [corsivo nostro], che in origine aveva avuta nel gruppo agnaticio, e che continuava ad avere generalmente nello Stato romano”; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 30, a detta del quale, indipendentemente dalla funzione assoluta dai comizi nella confezione del testamento (sul punto, v. *supra*, nt. 20) “[...] è certo che il loro intervento è pienamente giustificato dal fatto che la designazione del successore nel potere politico sul gruppo familiare è un atto che esorbita dai confini di un semplice interesse familiare e tocca l’interesse collettivo di tutta la *civitas* organizzata su basi patriarcali”; U. COLI, *Il testamento*, cit., pp. 641-642, che sottolinea la differenza rispetto alle altre *leges mancipii*; B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 10; ID., *Obbietto*, cit., p. 156; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 172, secondo cui tale notazione contribuisce, peraltro, a mettere in risalto l’originaria prevalenza della successione legittima su quella testata: “il testamento aveva luogo con quella solennità di forma, aveva cioè [...] carattere pubblico davanti al popolo perché l’atto costituiva una *deroga al sistema abituale* (evidentemente quello della successione intestata), provocando una situazione eccezionale che abbisognava della approvazione di tutto il popolo”, e v. anche p. 182, ove si giudica rettamente “[...] facile l’illazione che la sproporzione fra la solennità del negozio di diritto pubblico ed il suo limitato contenuto sia, di per sé solo, argomento idoneo a mostrare come ben più importante dovesse essere il contenuto dell’atto”, rispetto ad una «mera» attribuzione patrimoniale; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., pp. 43, 175; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 191, secondo cui i testamenti fatti *coram populo* non

procinctu, tramontò, contenuto irrinunciabile del *testamentum per aes et libram*³⁰¹⁻³⁰² (e, a dire il vero, di tutti quelli successivi) restava³⁰³ la *heredis*

potevano che essere «pubblici»; P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 19, per il quale “[...] il modo come la tradizione familiare sarebbe stata continuata (dal punto di vista religioso, e da altri ancora) era questione che interessava la comunità: di qui il ricorso alle curie e il controllo dei pontefici”. Recentemente, nello stesso senso, A. SPINA, *Diritto*, cit., p. 399, a detta della quale nelle forme più arcaiche di testamento “[...] spicca l’elemento politico, nel senso che la collocazione del testatore rispetto alla comunità di riferimento e la presenza della comunità medesima rappresentano una condizione imprescindibile per la realizzazione del rito medesimo”. A questa dimensione, tale ultima A. ha poi aggiunto quella «religiosa», sottolineando – *ivi*, p. 419 – che il testamento era compiuto per mezzo d’un rito connotato da una rigida e ripetitiva collocazione spazio-temporale, ove i pontefici erano depositari del calendario contenente la previsione dei *dies fasti*. D’altronde – già soggiungeva con persuasivo argomento *a contrario* A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 48 – mal si spiegherebbe altrimenti “[...] la presenza dei comizi calati per un atto di natura puramente patrimoniale, mentre è noto che i comizi calati erano convocati per atti che, come l’arrogazione, modificano la struttura della famiglia e, soprattutto, importano gravi obblighi di carattere sacro”; e v. anche, conclusivamente, p. 63, ove si legge che il testamento comiziale “[...] rimane sempre nettamente distinto dai negozi di semplice carattere patrimoniale per i quali si ricorre al negozio per *aes et libram*. Così mentre per ottenere effetti che modificano il diritto di famiglia e quindi si riconnettono al diritto dei *sacra* si dovè andare davanti ai comizi, come per l’arrogazione, per raggiungere gli effetti di un testamento semplice attribuzione del patrimonio ci si servì della *mancipatio familiae*”. A fronte di quanto riferito, se è indubitabile che queste forme testamentarie più arcaiche assicurassero, mediante la loro «estrema pubblicità», il «rispetto assoluto» della volontà dell’ereditando (così D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 27), è al contempo vero che tale rilievo appare (solo) conseguente rispetto a una finalità «politica» di più ampia portata.

³⁰¹ L’affermazione del quale risentiva certamente – sotto il profilo della ricostruzione storico-sociale – d’un primo mutamento della struttura familiare, in una direzione valorizzatrice dell’individuo, e precisamente nel senso della prevalenza della *familia proprio iure* rispetto a quella *communi iure* di età arcaica: su questo primo «allentamento», in età post-decemvirale, della solidarietà familiare, v. A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 630. È pertinente anche la notazione di A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 707, per i quali, con il passare del tempo, i testamenti arcaici “[...] rendevano difficilmente conciliabili le forme pubblicistiche adottate con il carattere sempre più marcatamente privato e patrimoniale dell’*hereditas*”.

³⁰² Ma sulla persistente connotazione pubblicistica del testamento librato v. A. SPINA, *Diritto*, cit., p. 435, la quale ha richiamato D. 29, 3, 2 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): «*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus*

*institutio*³⁰⁴, e tanto secondo quelle due proposizioni fondamentali, per le quali “non può esistere testamento senza *heredis institutio*” e “[...] non può esistere *heredis institutio* se non in un testamento (mai in un codicillo)”³⁰⁵: il formalismo arcaico «si riversa[va]»³⁰⁶, così, sulle singole disposizioni.

Com'è stato efficacemente osservato dal Voci, alla «tipicità del contenuto» corrispondeva dunque «la tipicità della forma», perché “[...] una formula solenne è espressione necessaria del contenuto: *Titius heres esto*”³⁰⁷. Esprimendo, dunque, un'assoluta identità, colta, forse, con minore efficacia dal Bonfante, là dove, dalla esatta premessa per cui il “[...] contenuto essenziale del testamento è l'istituzione di erede”, aveva tolto la conclusione per cui “[...] il testamento è la *forma*, l'istituzione d'erede la *sostanza* dell'istituto”³⁰⁸. E ancora nel giusto ci pare, invece, il Biondi, cui si deve il rilievo per cui “le forme più antiche, non escogitate

quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum». *Contra*, nel senso che tale qualificazione abbia esclusivo rilievo fiscale, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 599, richiamato anche da F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 402.

³⁰³ M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 110, per il quale “già al *testamentum calatis comitiis* [...] ascendeva l'*heredis institutio*, sorta di nucleo vero e intangibile del *testamentum*”. In termini più generali, v. anche S. SERANGELI, *Studi*, cit., p. 95, nt. 88, secondo cui “tali problemi [relativi all'origine e alla funzione del *testamentum calatis comitiis* e del *testamentum in procinctu*] sono com'è ovvio strettamente connessi con quelli di fondo circa struttura e caratteri originari dell'*hereditas*; da ciò dipende che la soluzione dei primi viene a trovarsi in posizione di stretta dipendenza rispetto a quella dei secondi”.

³⁰⁴ V., *supra*, § 2.

³⁰⁵ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 83.

³⁰⁶ L'efficace formula è tolta da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 81.

³⁰⁷ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 82.

³⁰⁸ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 494 (corsivo aggiunto). Cfr. anche G. RONGA, *Elementi*, cit., p. 30, che ha parlato di «forma intrinseca» del testamento, intendendo, con tale locuzione, le disposizioni che esso deve contenere a pena di nullità (con la precisazione che qui l'aggettivo è usato in senso ancora differente rispetto a quello enucleato nel § precedente); nonché G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 202, per il quale nei testamenti *calatis comitiis* e *in procinctu* non sarebbe dato di distinguere tra «documento», «negozio testamento» e «negozi contenuti nel testamento», “[...] posto che il testamento comiziale consiste nella solenne istituzione di erede davanti ai comizi” (nello stesso senso, da ultimo, G. GUIDA, *Alcune notazioni*, cit., p. 125).

da alcun legislatore per rivestire di formalità la volontà del disponente, sorgono in pratica così aderenti all'essenza dell'atto che ne determinano anche il regime”, in guisa che “la sostanza è così compenetrata nella forma che non è possibile mutare l'una senza mutare l'altra”³⁰⁹. Alla pura «mancanza di senso storico» – avrebbe poi soggiunto egregiamente il Tarello – sarebbe da ascrivere qualsivoglia impiego spregiativo, in un contesto come questo, del termine «formalismo»³¹⁰.

Nel periodo successivo, invece, quando la concezione della famiglia quale comunione familiare viene sfaldandosi³¹¹, anche a causa del

³⁰⁹ B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 31, il quale soggiunge che “[...] quella successione storica di forme testamentarie, che riscontriamo nell'ambito del *ius civile*, non importa soltanto mutamento di formalità, sostituzione cioè di forma più moderna e agevole ad una arcaica o scomoda, ma soprattutto trasformazione della *sostanza*, resa possibile dal mutamento della *forma*” (corsivi aggiunti). Analogamente, e in termini più generali, cfr. E. BETTI, *La tipicità*, cit., p. 12, secondo cui “[...] le forme negoziali romane non sono modelli generali indifferenti che – come per esempio le attuali forme negoziali (si pensi alla forma scritta) – si possono applicare a negozi di qualsiasi genere, ma sono costruiti *in modo differente* e secondo il *contenuto* tipico del negozio, sono cioè valutati su un tipo negoziale unitario in sé concluso e sono cresciuti organicamente insieme con questo” (e v. anche ID., *Istituzioni*, I, cit., p. 113, ove si discorre, per questi negozi solenni, d'una «unità organica inscindibile» tra forma e contenuto precettivo). Significativa, infine, è la precisazione di C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 47, a detta del quale – in caso d'utilizzo di forme diverse da quelle prescritte – “[...] i Romani non pensano che vi sia una situazione nulla per difetto di forma, ma pensano addirittura che manchi l'attribuzione del titolo di *heres* (e quindi il testamento) e che si tratti, se del caso, di un atto diverso”.

³¹⁰ G. TARELLO, voce *Formalismo*, cit., p. 574, dacché “[...] tale impiego infatti non terrebbe conto che ciò che a noi pare *esteriore (nomen)* era in realtà *sostanza* di un mondo culturale in cui determinati mutamenti di rapporti giuridici erano considerati come mutamenti di *fatti*, ed i *fatti* erano letteralmente «chiamati» in esistenza mediante la pronuncia del loro nome, dato che la differenza tra un fatto ed il nome che gli veniva dato non era realizzata e dato che per mutare un fatto era sufficiente mutargli nome”.

³¹¹ Il processo è ben descritto da U. COLI, *Il testamento*, cit., pp. 656-657: “il concetto di *familia* quale complesso delle *personae* e delle *res* soggette al *paterf*. Fu certamente il concetto originario, ma va relegato all'epoca più antica, quella che io considero anteriore alla *civitas*. Nel regime del *ius civile* il *dominium* cessava di essere la generica *potestas* del *paterf*. Sulle *personae* e le *res* della *domus* e diveniva quel diritto assoluto sulle *res*, che tutti conosciamo; le *personae*, intendendo per tali le persone libere (i servi [...] si allineavano con le *res*), non erano suscettibili di *dominium*, perché è *liber* soltanto colui

maggior valore annesso dal pretore al vincolo di sangue (c.d. *cognatio*)³¹², e quando lo scetticismo getta un'ombra sulle antiche credenze ultraterrene³¹³, si assiste, in concomitanza con il passaggio da

che non è *in dominio* di altri [...]. Ne conseguiva che la *familia* doveva dividersi in due parti: la prima costituita dalle *personae* che si trovavano o che si erano trovate sotto la *potestas* di un *pater*; la seconda costituita dalle *res* formanti oggetto di *dominium*. La prima faceva capo al *paterf*. Come tale; la seconda al *paterf*. Come *dominus*. Alla *familia* in senso reale (*familia id est patrimonium*) è inscindibilmente legata l'eredità. L'*heres* è rispetto al *filius* quello che è il *dominus* rispetto al *paterf*”. V. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 137 e L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 398, secondo cui quando “[...] l’idea politica, che informava la *familia* romana, comincia a poco a poco ad essere battuta in breccia dall’idea il naturale, [...] il testamento, più che un modo di designare il rappresentante della famiglia, diviene soprattutto un mezzo di lasciare una parte dei beni a coloro, che il *jus civile* considerava come stranieri alla famiglia, ma che ne erano nondimeno i veri membri, secondo il concetto moderno”.

³¹² C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 157; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 371; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 633-634, 644; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 760; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 11; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., pp. 138-140; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 82, secondo cui, in particolare, “[...] la libertà di testare permise al cittadino di consacrare i legami più cari di sangue e di affetto”, sicché “il desiderio di provvedere a coloro, che, reietti dalla famiglia romana, erano tuttavia i veri membri della famiglia, secondo il concetto moderno, divenne il caso normale del testamento romano, ed è la migliore spiegazione del ribrezzo del cittadino romano di morire intestato”. Per lungo tempo – poiché “[...] la solidarietà familiare persiste nella società, spontaneamente e come regola morale, anche quando gli istituti giuridici, che l’attuavano in pratica, sono uno ad uno caduti” (così P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 19) – la successione *ex lege* era fondata sui criteri additati dalle XII tavole, e già da noi richiamati alla nt. 7 (*adde ora per ulteriori informazioni G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, Istituzioni*, cit., p. 383). Invece, la successione intestata della *bonorum possessio* comprendeva – almeno nel suo ultimo sviluppo (v. V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., pp. 70-71) – quattro classi di chiamati: *i*) i *liberi*, vale a dire tutti i figli del defunto, senza distinzione tra *sui* ed *emancipati*; *ii*) i *legitimi*, ossia coloro che la legge chiamava alla successione, ma, poiché i *sui* erano chiamati nella prima classe come *liberi* e i *gentiles* erano *medio tempore* scomparsi, si trattava, nel periodo classico, dei soli agnati; *iii*) i *cognati*, ossia i parenti di sangue fino al sesto grado e del settimo i figli nati *a sobrino vel sobrina*; *iv*) il coniuge superstite (*vir et uxor*). Per una disamina analitica di codesta classificazione, O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., pp. 1304-1306.

³¹³ Sul punto, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 6.

un'economia rurale³¹⁴ ad una «proto-capitalistica»³¹⁵, ad una «patrimonializzazione»³¹⁶ della vicenda successoria e, quindi, ad un ampliamento, con i connessi problemi d'interpretazione³¹⁷ e di

³¹⁴ Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 8-9, il quale rileva che la più antica collettività romana era prevalentemente costituita da pastori e da agricoltori e, in una tale società, attenta agl'interessi rurali, e nella quale non si erano ancora sviluppati il commercio e l'artigianato, non dovrebbero certamente sorprendere talune caratteristiche risalenti del diritto, e precisamente: “[...] carattere tendenzialmente assoluto della proprietà privata, anche immobiliare; individuazione dei beni di maggiore rilievo (*res mancipi*) sulla base di criteri di valutazione prettamente agricoli; struttura rigida e patriarcale della famiglia; in particolare durezza verso i debitori insolventi”. V. anche G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 14 e, più specificamente sul versante economico, l'ampia trattazione di F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma Antica*, I, Firenze, 1979, *passim, spec.*, ai nostri fini, pp. 1-12.

³¹⁵ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 42. V. anche M. D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 7, ove si segnala l'avvenimento di «qualcosa di molto singolare» nel profondo della società romana medio-repubblicana: “[...] al graduale ‘occultamento’ dei valori antichi, di identità nazionale, si oppone la tendenza a favorire le aspirazioni individuali e la corsa alla ricchezza”. Ma per talune perplessità sul ricorso alla locuzione «capitalismo» in questo contesto, F. DE MARTINO, *Storia*, cit., II, Firenze, 1979, p. 498, secondo cui è senz'altro vero che nelle epoche più avanzate dell'esperienza romana vi fu un massiccio investimento di capitali e un più o meno ampio mercato per la vendita di prodotti, ma “[...] parlare di capitalismo nel mondo antico è senza dubbio alcuno semplicistico e induce a quella modernizzazione della storia, che è fonte di grandi errori”, dacché sussisterebbero “differenze di struttura profonde ed inconfondibili”, rappresentate anzitutto dalla stretta correlazione tra i sistemi capitalistici e lo sviluppo delle macchine, dacché “[...] senza la macchina, che sostituisce la fatica dell'uomo, il sistema capitalistico e il modo capitalistico di produzione non sarebbero stati possibili”.

³¹⁶ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 42: “a poco a poco il *pater familias*, pur restando nominalmente depositario degli antichi poteri, ne perde sostanzialmente il contenuto. E allora è naturale che la parte più interessante dell'istituto della successione ereditaria cessi di essere la successione nella sovranità del *pater familias*, e si riduca a quello che prima era una semplice conseguenza, cioè all'acquisto del patrimonio diventato vacante per la morte del defunto. La successione ereditaria, da istituto per essenza familiare, si viene quindi trasformando in istituto per essenza patrimoniale”. Negli stessi sensi, P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 45 e, recentemente, A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 632.

³¹⁷ In questa esatta direzione, P. VOCI, voce *Interpretazione del negozio (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 252 ss., 269, il quale osserva che – nelle forme testamentarie più arcaiche – v'era “[...] una corrispondenza necessaria tra contenuto e forma, per cui, essendo tipica la forma, non può che essere tipico anche il contenuto, con

semplificazione assoluta del problema interpretativo”. E lo stesso A. – movendo dall’articolazione dell’ermeneutica in «ricognitiva», «integrativa» (mediante il ricorso a quattro criteri: «linguistico», «logico», «giuridico» e di «ragionevolezza») e «correttiva», la quale ultima, in particolare, “[...] unisce in sé le due istanze, che sono proprie dell’interpretazione ricognitiva e dell’interpretazione integrativa: da un lato tende ad adeguarsi alla volontà del dichiarante; dall’altro tende ad assicurare la validità dell’atto, o il migliore effetto di esso” – segnala (pp. 266-267) come, in ambito *mortis causa*, si delinei una transizione: *i*) dalla ricerca («ricognizione», appunto) della *voluntas testantium*; *ii*) al criterio di «integrazione» proprio del *favor testamenti* (che invece riguarderebbe il testamento come tale, nonché le disposizioni che lo compongono, ad eccezione d’una, «*exheredationes [...] non sunt adiuvandae*»: D. 28, 2, 19); *iii*) fino ad approdi interpretativi ispirati a logiche di «etero-integrazione», come nel caso della *heredis institutio ex re certa* attuata come se non vi fosse la menzione della *certa re* (sul punto, v., *supra*, § 2, *spec. nt.* 57-59). Tuttavia, solo l’istituzione ereditaria tollerava l’applicazione diffusa del criterio del *favor testamenti*, perché, per le disposizioni a titolo particolare, come i legati, era invece più frequente l’appello al canone della *voluntas testantis*: così, ad es., se il testatore avesse scritto prima la *heredis institutio*, e poi l’avesse sottoposta a condizione, tale istituzione sarebbe valsa come incondizionata, in applicazione del *favor* per il testamento, e in deroga al criterio cronologico; viceversa, si sarebbe applicato quest’ultimo nel caso in cui, invece, si fosse scritto un legato e se ne fosse poi disposta la *ademptio*, giacché *novissima scriptura valet*, anche se la *scriptura* ha valore revocante (p. 268). In tema, si v. anche G. GANDOLFI, *Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, il quale, dopo essersi premurato di colmare talune lacune, e specialmente di revocare in dubbio categorie dogmatiche tratte, ascrivibili agli eccessi filologici della ricerca interpolazionistica, tutta imperniata sulla contrapposizione insita nella retorica dicotomia *verba-voluntas* (p. 17 ss.), con specifico riguardo al *testamentum calatis comitiis* ha affermato che questo, in ragione della sua marcata «tipicità», “in caso di controversia dell’atto, non era concepibile altra considerazione che un controllo di conformità allo schema tipico” (p. 163), e che, quindi, le questioni interpretative vere e proprie potevano riguardare, al più, la persona dell’erede, nel caso in cui la sua designazione fosse risultata *prima facie* incerta. Nello stesso senso, B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 574-584, il quale ha coerentemente notato che negli atti a causa di morte primitivi non si davano problemi d’interpretazione: “qualunque sia stato il contenuto dell’antico testamento, i formulari tradizionali dovevano dare adito a ben pochi dubbi di interpretazione, anzi erano redatti in guisa da evitarli”, proprio perché “i *verba* aveva significato preciso e invariabile” (p. 574). Viceversa, “[...] quando si allarga la cerchia dei *verba* che non sono più sacramentali, si moltiplicano le disposizioni testamentarie che possono avere il più svariato oggetto, ed incominciano a decadere i formulari, affiora il concetto che i *verba* siano manifestazione di volontà espressa nella forma legale”: insomma, l’interpretazione diventa il «problema centrale» di tutto il diritto testamentario (p. 575). In questi stessi termini evolutivi, v. anche G. CHIODI,

rilevanza dello «errore»³¹⁸, delle facoltà di disposizione dell'individuo³¹⁹:

L'interpretazione, cit., p. 19 ss.; A. CORBINO, *Diritto*, cit., pp. 701-702; E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 140-141, il quale delinea il passaggio da un'interpretazione «tipica» ad una «individuale» (la distinzione, propria del B., che aspirava a surrogare la contrapposizione tra *verba* e *voluntas*, è espressamente sottoposta ad un'analitica revisione da G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 85 ss., *spec.* 135-137 in sede di conclusioni); M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 145-148, il quale tuttavia soggiunge condivisibilmente che, nelle ipotesi in cui i formulari avessero avuto spazi c.dd. «in bianco», anche nelle forme più arcaiche, potevano profilarsi questioni d'interpretazione, ad es. in relazione al nome dell'erede nella *heredis institutio*, come già da noi poc'anzi ricordato, ma anche all'oggetto della disposizione, o ancora al suo destinatario, nel legato; ipotesi, queste, alle quali può aggiungersi quella – evocata da P. VOCI, voce *Interpretazione*, cit., p. 269 – della «sostituzione tacita», in cui è espressa una specie sostitutiva (ad es., pupillare), ma non un'altra (ad es., volgare), e ove dunque “[...] la relazione necessaria tra contenuto e forma viene a mancare, pur rimanendosi nell'ambito del contenuto tipico e dell'interpretazione tipica”; sinteticamente, C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 11, per il quale, con l'attenuazione delle forme solenni, si diede maggior rilievo alla *mens* del testatore, anziché ai *verba*; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., pp. 761-764, il quale ricorda il celebre passo di Celso (D., 33, 10, 7; per un commento puntuale, v. anche F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 663-666), nel quale si contrappongono le opinioni di Servio e Tuberone sull'interpretazione di un «legato di suppellettile». Per il primo, invero, si sarebbe dovuta privilegiare la volontà del testatore, ma, se questi fosse stato solito ascrivere alla «suppellettile» cose delle quali nessuno dubita che appartengano ad un genere diverso (come l'argenteria da tavola, i mantelli o le toghe), non si sarebbe dovuto perciò ritenere che anche queste fossero incluse nella disposizione a titolo particolare; il secondo, invece, replicava con l'interrogativo: «*nam quorsum nomina [...] nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis?*». Celso adottava allora una posizione «mediana», ma senz'altro più aderente alla prima soluzione: riteneva, cioè, che la parola sia «strumento di pensiero» («*nam vocis ministerio utimur*»), avvicinandosi così alla tesi di Tuberone; eppure non dissentiva da Servio nell'affermare come nessuno possa aver detto qualcosa senza usare il nome che le è proprio: «*nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis; tamen nemo sine voce dixisse existimatum*», salvoché, d'accapo, non si voglia sostenere che anche coloro che non possono parlare lo facciano egualmente, magari mediante lo sforzo d'emettere suoni con voce inarticolata. Ma sulla «arbitrarietà» di sottintendere un'equivalenza fra l'uso dei *verba* in modo difforme dal significato comune e la totale mancanza d'una dichiarazione fatta a mezzo di parole, cfr., nuovamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 763.

³¹⁸ V., sul punto, E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 162 e, *ivi*, nt. 18, il quale riconosce che, nel periodo classico, pur conservandosi il principio d'irrilevanza dell'errore, vi si apportano numerose attenuazioni in via di eccezione, e ciò non solo in senso «negativo» (considerando, cioè, nulla l'istituzione basata sull'errore), ma anche «positivo», mediante

la «autonomia privata»³²⁰ veniva, per tal via, «profittando» dell'esistenza d'un negozio, che aveva originariamente finalità altre³²¹.

Tuttavia – poiché può accadere che “[...] in un popolo l'idea antica

un'attività «ricostruttiva» d'una volontà, puramente virtuale, che si sarebbe ragionevolmente formata nel disponente, se essa non si fosse imbattuta, appunto, nell'ostacolo dell'errore. Così, ad es., è dichiarata nulla l'istituzione inofficiosa e attribuita l'eredità al figlio, nel caso in cui la madre lo avesse creduto morto, disponendo perciò testamentariamente a favore d'altri (D. 5, 2, 28); parimenti, nell'ipotesi in cui taluno, reputando morta la persona designata erede, revochi per tale ragione il testamento in cui la chiamava, è dichiarata nulla la seconda istituzione, e tenuta ferma la prima (D. 28, 5, 93); così ancora, designata quale erede una persona ritenuta per errore di condizione libera e, per il caso di sua mancanza, un'altra, l'eredità – una volta dimostrato l'errore – è deferita direttamente a quest'ultima, ora per intero e ad esclusione di quella prioritariamente istituita (C. 6, 24, 3) ora in concorso con essa (D. 28, 5, 41-42; J. 2, 15, 4; e v. Gai 2, 177). Sul regime romanistico dello «errore», cfr. anche P. VOCI, voce *Interpretazione*, cit., pp. 271-272.

³¹⁹ Con chiarezza, A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 5-6: “a mano a mano che i popoli si allontanano da uno stadio primitivo di organizzazione familiare e che gli individui costituenti il gruppo si differenziano la famiglia si sgretola, gli individui acquistano sempre maggior libertà di disporre dei beni sia tra vivi, sia con atti *mortis causa*”. E v. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 7, che parla di trionfo dello «arbitrio individuale» rispetto al primitivo «principio collettivistico».

³²⁰ Cfr. U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 639, *spec. nt.* 100 per alcuni chiarimenti sui suoi confini nel diritto romano arcaico. Significativa anche la notazione di B. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 29, secondo cui lo «*ita ius esto*» delle XII tavole (v., *supra*, nt. 7) è già “[...] espressione di autonomia privata relativa all'atto di disposizione, che importa creazione di *ius*, cioè di norma obbiettivamente vincolante”.

³²¹ Su questo «arricchimento» del contenuto del testamento, v. ancora A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 62; E. COSTA, *Storia*, cit., p. 507; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 398; significativamente, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 7, per il quale “a misura che il contenuto del testamento si allarga e ogni disposizione è subordinata alla *heredis institutio*, il *favor testamenti* assume portata più generale. Poiché salvare la *heredis institutio* importa salvare ogni altra disposizione non colpita da particolare nullità, la quale cadrebbe con la istituzione di erede, il *favor* per la *heredis institutio* investe tutto il testamento. Quello che prima era favore per la istituzione di erede, diventa favore per la volontà testamentaria. La tendenza progressiva a disimpegnare la efficacia delle disposizioni testamentarie dalla *heredis institutio*, la introduzione del codicillo e del fedecommesso, come disposizioni parallele al testamento, si ispirano all'intento di far trionfare la volontà del disponente in tutte le sue manifestazioni”. Nello stesso senso, G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 43.

scompaia più facilmente, in un altro invece lasci di sé larga traccia”³²² – anche quando la successione è sostanzialmente limitata ai rapporti patrimoniali, l’acquisto del patrimonio continua a configurarsi quale «conseguenza» dell’acquisto del nome d’erede, ché se non v’è erede non s’intende successione ereditaria³²³.

E ciò non deve sorprendere, dacché quella *testamenti factio*, che i medievali avrebbero detta *activa*³²⁴, continuava ad essere *iuris publici*³²⁵, né poteva essere accordata per volontà privata³²⁶; d’altra parte, in relazione a

³²² C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 30.

³²³ Così ID., *op. ult. cit.*, p. 31 e G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 675. *Contra*, U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 661, per il quale non sarebbe affatto vero “[...] almeno per l’epoca più antica, che l’acquisto del patrimonio del defunto fosse conseguenza del titolo di *heres*. Il titolo di *heres*, che spettava anche a chi acquistava la *familia* del defunto mediante l’*usus*, sorgeva nella persona designata dal testamento o dalla legge al momento stesso dell’acquisto, che avveniva per effetto dell’apprensione: assunzione del titolo e acquisto del patrimonio costituivano due aspetti – soggettivo e oggettivo – dello stesso fenomeno giuridico: separarli è impossibile, come è impossibile separare le due facce di un cristallo”.

³²⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 680 e A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 676. Cfr. anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 371, il quale significativamente aggiunge che “il principio, conforme al concetto più vasto del *ius publicum*, significa che la volontà delle parti non può derogare ai principii giuridici né in materia di capacità di testare e di succedere, né riguardo alle forme”, ragion per cui – sotto questo ultimo profilo – vi sarebbe divieto di patti successori.

³²⁵ D. 28, 1, 3: «*testamenti factio non privati sed publici iuris est*». E v. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 402, nonché B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 82, ove significativo ci appare il rilievo, secondo cui ciò valeva anche per il *testamentum per aes et libram*, il quale “[...] nacque bensì come atto privato, ma quando, divenuto scritto, potè fare eredi, li fece solo soggiacendo, circa alla *tf.*, alle norme relative al testamento comiziale”, sicché le relative norme “[...] restarono perciò sempre diritto del popolo”. Sulla partizione interna al diritto positivo romano tra *ius privatum* e *ius publicum*, v. – in termini generali – E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 29-30; per la qualificazione dell’intero testamento come istituto di «diritto pubblico», L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 397.

³²⁶ C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 134. S’è dunque osservato che il tutore, nell’interporre l’*auctoritas* al testamento della donna (v., *supra*, nt. 267) non le conferiva – propriamente – la *testamenti factio*, ma semplicemente poneva in essere quel fatto, senza il quale la *testamenti factio* medesima non si sarebbe potuta validamente esplicare. Nel senso che la tutela della donna, diversamente da quella del pupillo, sia rivolta non all’interesse

quella *passiva*³²⁷, “se l’erede d[oveva] occupare il posto lasciato dal defunto nei riguardi del diritto – sia che si dia alla successione l’antico carattere politico, sia che la si riduca sostanzialmente al patrimonio come nel periodo ultimo – è indiscutibile che egli d[oveva] avere in genere la stessa capacità giuridica del defunto: ossia, d[oveva] essere libero, cittadino e *sui iuris*”³²⁸.

dell’incapace, sibbene a quello dello stesso tutore, v. però E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 69.

³²⁷ O, più correttamente, si sarebbe detto «*testamenti factionem cum defuncto habere*». V. P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 341, il quale in questi termini ricorda la concezione assai ampia che – di là dalla distinzione «attiva-passiva», la quale si sviluppò in epoca più tarda – i Romani avevano della *t.f.*: essa “[...] non è soltanto la capacità di testare e di succedere per testamento, cioè di esservi nominati come eredi, ma altresì la capacità di essere in qualunque modo contemplati nel testamento, di essere onorati di legati, di fedecommessi, chiamati all’ufficio della tutela, nonché la capacità di prender parte in un testamento come testimonii, e nell’antica forma del testamento *per mancipationem* anche in qualità di *libripens*” (nello stesso senso, v. S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 401 e B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 81).

³²⁸ Così C. FADDA, *Concetti*, I, cit., p. 178 (e v. anche E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 45). Questa regola generale subiva, tuttavia, rilevanti eccezioni. Quanto al requisito della «libertà», se era indubbio che lo schiavo non potesse mai succedere in forza della delazione legittima (poiché questa si dipana sulla scorta dei vincoli familiari, mentre lo schiavo non può avere famiglia né d’agnati né di cognati), ciò non è vero in relazione alla successione testamentaria: lo testimonia, a tacer d’altro, Gai II, 185, affermando «*sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt*». Al riguardo, occorre, però, distinguere tra lo schiavo proprio e quello altrui. Il primo, invero, poteva essere istituito solo quando nel medesimo contesto lo si manomettesse, e l’effetto dell’istituzione era diverso a seconda che lo schiavo restasse, o meno, in potere del testatore fino alla morte di costui: se, a tale momento, era ancora *servus testatoris*, diveniva *heres necessarius*, senza che occorresse alcuna dichiarazione, ed anche contrariamente alla sua volontà; se il padrone, viceversa, lo avesse manomesso prima della morte, poteva accettare l’eredità, ormai deferitagli come ad un estraneo; se, infine, il padrone lo avesse alienato e al momento della morte lo schiavo si trovasse in podestà d’un terzo, l’eredità poteva essere accettata solo per ordine del nuovo proprietario, che in tal modo diventava erede. Quanto allo schiavo altrui, anch’egli poteva essere istituito erede, ma a condizione che il relativo padrone fosse capace di succedere al testatore. In relazione, poi, al requisito della «cittadinanza», essa non escludeva ovviamente che il *peregrinus* potesse far valere i suoi diritti di successione, legittima e testamentaria, *secundum legem suae civitatis*, mentre la *testamenti factio passiva* spettava sicuramente ai *latini*, se non altro perché, essendo titolari del *commercium*, costoro potevano partecipare ai

Ecco che in questo scenario, nel quale addirittura quei *sacra*, che per lungo tempo avevano rappresentato plasticamente il sentimento unitario del gruppo familiare, erano ormai divenuti un «peso fastidioso» al quale gli eredi volevano sottrarsi³²⁹, la stessa *heredis institutio* – ormai depurata dalla sua originaria caratterizzazione «mistico-religiosa»³³⁰ – viene attenuandosi sotto il profilo formale (seppure «ben tardi e passo

testamenti *per mancipationem*. In relazione, infine, alla qualità di *sui iuris*, essa non era in verità indispensabile per la capacità di succedere, poiché l'acquisto fatto dal *filius* sarebbe comunque tornato a vantaggio del *pater familias*, in capo al quale – come visto – si riannodavano tutti i rapporti giuridici familiari. Per più ampi svolgimenti, V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 131 ss. e P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 378 ss.

³²⁹ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 42, il quale soggiunge che furono i pontefici a dover escogitare taluni rimedi per «addossarli» ad altri soggetti. Nello stesso senso, A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., pp. 111-112; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 616-617; P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 13, che, in particolare, parla di “[...] *caput mortuum* d'un antichissimo passato”. Più in generale, sulla perdita di centralità degli elementi «extra-patrimoniali», v. ID., *Corso*, cit., p. 110: “[...] via via che si procede nella storia questo vasto contenuto si smarrisce, l'amicizia e l'*hospitium* perdono il loro significato, la tutela si attenua e si stacca dall'*hereditas*, la stessa successione nei sepolcri è oscurata dalla distinzione tra sepolcri familiari e sepolcri ereditari: ma dobbiamo giungere fino a Giustiniano per veder soffocato interamente il carattere estrapatrimoniale dell'eredità, spariti i *sacra* con la religione cristiana, ridotti i sepolcri e le opere dei liberti ad elementi patrimoniali nel concetto astruso dell'*universitas* ereditaria”.

³³⁰ Di perdita del carattere «sacramentale» discorre G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 42. Nella medesima direzione, G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 165, secondo cui “alla ‘formula’ si può ricollegare una funzione ‘costitutiva’ e non ‘strumentale’ quando essa viene osservata in ossequio ad una presunta rilevanza ‘sociale’ del formalismo, in quanto tale”, ma “[...] un simile modo di pensare può essere derivato dalla primitiva credenza pagana che esso, concepito come simbolismo, avesse una sua propria forza intrinseca, una propria virtù magica insostituibile e incondizionabile dall'interno volere; e può, per forza di inerzia, essersi trascinato per qualche secolo nell'ambito della vita giuridica di una comunità nazionale ristretta”. In termini più generali, anche M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 8, per il quale “[...] i rapporti tra la sfera del sacro (*fas*) e quella del giuridico (*ius*) erano nella Roma arcaica assai più stretti di quanto non saranno in età meno remota: spesso addirittura le due sfere si confondevano”. Per questo periodo v., invece, icasticamente, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 14, secondo cui gli sviluppi giustinianeî si giustificarono “[...] perché da un pezzo nella *hereditas* non si vedevano più che *corpora* e *iura*. Avevano perso ogni significato i *sacra* e le *clientelae*, l'*amicitia* e lo *hospitium!*”.

passo»³³¹), in quanto essa non riflette più un assetto d'interessi univoco³³².

Così, accanto alla *sollemnis institutio*, se ne affiancano altre, e si annette validità dapprima alla formula c.d. «atipica»³³³, e poi anche a quella c.d. «incompiuta»³³⁴, salvo a negare validità, probabilmente, a locuzioni quali

³³¹ P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 30. D'altronde, si è con efficacia osservato – B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 218 – che “la solennità della *heredis institutio* resiste più tenacemente rispetto allo sfacelo delle arcaiche forme solenni, giacché non è pura forma, ma ha una sostanziale ragion d'essere”. Nel senso del testo, anche C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 30, secondo cui le formalità originarie vengono “[...] sostituite da altre molto meno gravi nell'esteriorità e di diversa natura, adeguate al ben più modesto scopo di realizzare la certezza del negozio giuridico testamentario e di provocare l'attenta riflessione del testatore sulle rilevanti conseguenze dell'atto” (così anche G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 164, il quale indi contrappone un formalismo «astratto» ad uno che, invece, “[...] rispondesse ad una esigenza di 'certezza', anzitutto del contenuto della disposizione a titolo universale [...] nonché della volontà, di cui si pretendeva la prova di una risoluta determinazione”); G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 42, per il quale “la volontà si libera [...] dalla sacramentalità delle forme, pur essendo richieste determinate forme per la manifestazione della volontà testamentaria; né a tale necessità alcun ordinamento giuridico potrebbe evidentemente sottrarsi”.

³³² In questo senso, specialmente G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 163, per il quale l'istituzione d'erede richiedeva, in origine, una “[...] formula legale tassativa, con «causa» univoca, e con contenuto tipico, monodromo essendo l'assetto d'interessi che da esso scaturiva, costituito dalla *successio in locum et ius defuncti*”.

³³³ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 86: “formula atipica è quella che rende compiutamente la volontà del testatore, ma non si serve delle parole solenni”. Atipica è già una delle formule menzionate da Gai 2, 115-117: «*Titium heredem esse iubeo*»; ed essa è riconosciuta come valida, poiché non le manca sostanzialmente nulla di ciò che una *heredis institutio* doveva contenere, ossia la «imperatività» e la menzione della qualifica di *heres* (v. anche, al riguardo, P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 31). Osserva, peraltro, C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 198, che Gaio presenta la formula come non perfettamente regolare, ma ammessa da tempo (*iam conprobata*), così testimoniando che il requisito dell'imperatività aveva in verità già subito un'attenuazione nell'ambito della *interpretatio prudentium*.

³³⁴ P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 86: “formula incompiuta è la formula solenne, cui manca una delle parole di rito”. Ad esempio, formule come «*Titium heredem instituo*» (o «*facio*») erano disapprovate dalla maggior parte dei giuristi: così riferisce Gaio, e così ripete l'*Epitome Ulpiani*, 28, I. Tuttavia – come notano ragionevolmente C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 105 e C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., pp. 198-199 – se queste formule non erano accolte dalla maggioranza, ciò vuol dire, pur sempre, che v'era una minoranza più

«*Titium heredem esse volo*», che invero si prestavano ad essere confuse con quelle praticate in sede fedecommissaria³³⁵; ancóra, si passò ad ammettere forme «ellittiche»³³⁶; infine, superando l'impostazione tradizionale³³⁷, l'istituzione, per effetto di successive ammissioni³³⁸, non

liberale; e l'esistenza stessa di una controversia fa breccia nell'antico formalismo quiritario. Marciano – v. D. (28, 5) 49 pr. – avrebbe riconosciuto, poi, la validità d'una formula così concepita: «*Titius hereditas mae dominus esto*».

³³⁵ Infatti, il fedecommissario si distingueva dalle disposizioni *iure civili* per il fatto che «*precativè reliquitur*» (Ulp. 25, 1). E cfr. P. VOCI, *Diritto*, II, cit., p. 87; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 727; C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 199; G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 164; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 723.

³³⁶ V. D. 28, 5, 1, 3, 5-7 Ulp. 1 ad Sab.: «*Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: 'Lucius Titius mihi heres esto': haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur. Qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: 'Lucius heres esto': nam et 'mihi' et 'Titius' abundat. [...] Si autem sic scribat: 'Lucius heres', licet non adiecerit 'esto', credimus plus nuncupatum, minus scriptum: et si ita: 'Lucius esto', tantundem dicimus: ergo et si ita: 'Lucius' solummodo. Marcellus non insuptiliter non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita: 'Ille ex parte tota, ille ex tota' nec adieciisset 'heres esto', rescripsit valere institutionem: quod et Iulianus scripsit. [...] Item divus Pius rescripsit 'illa uxor mea esto' institutionem valere, licet deesset 'heres'. [...] Idem Iulianus 'illum heredem esse', non putavit valere, quoniam deest aliquid: sed et ipsa valebit subaudito 'iubeo'». E cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 530-533, nonché C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 106-107.*

³³⁷ Gai 2, 229-230: «*Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutione dari potest*» (su cui cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 302-303). V. anche Tit. Ulp. 24, 15: «*Ante heredis institutionem legari non potest quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit*» e C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 223.

³³⁸ In particolare: i) già Labeone – e la tesi è poi accolta da Ulpiano – riteneva che, d'uno schiavo istituito *cum libertate*, prima si potesse disporre la manomissione e, successivamente, la *heredis institutio*, perché *simul ei et libertatem et hereditatem competere* (D. 28, 5, 9, 14 Ulp. 5 ad Sab.; «*Si quis ita scripserit: 'Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto', Labeo, Neratius et Aristo opinantur detracto verbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditatem competere: quae sententia mihi quoque vera videtur*», e cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 534); ii) ancóra Labeone, seguito da Proculo, stabilì che la *tutoris datio* potesse precedere l'istituzione ereditaria (Gai 2, 231: «*Nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant: sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris dationes*», e v. C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 223 e F. SCOTTI, *op. cit.*, pp. 302-303); iii)

doveva più figurare al principio del testamento e, cioè – a voler parafrasare Gaio – restava quale suo *fundamentum*, ma non più a mo' di suo *caput*³³⁹.

Ciò valse, a maggior ragione, per il testamento «pretorio»³⁴⁰, e la

per Traiano, la *exhereditatio nominatim* poteva precedere la *institutio*, e così anche il fedecommesso (D. 28, 5, 1 pr. Ulp. 1 ad Sab.: «*Qui testatur ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti. licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit: nam divus Traianus rescripsit posse nominatim ante heredis institutionem filium exheredare*»); iv) per legati e manomissioni (di schiavi non istituiti insieme eredi), il diritto classico lasciò in vigore l'antica regola (ma v. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 191); con Giustiniano, invece, caddero anche queste due riserve, sicché gli uni e le altre possono precedere la *heredis institutio* [cfr., prima C. 6, 23, 24 Imp. Iustinianus A. Menae pp.: «*Ambiguitates, quae vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus et, sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit vel alia praetermissa sit observatio non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis vel alterius qui testamentum scribit, nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere*» (e v. C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 225) e, poi, Inst. 2, 20, 34: «*Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter media heredum institutiones legatum relinquere et multo magis libertatem cuius usus favorabilior est*» (e cfr. F. SCOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 304-305, nonché P. VOCI, *Diritto*, II, cit., pp. 68, 77; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 726; E. BESTA, *Successione*, cit., p. 145; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 69-70; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 46)].

³³⁹ V., *supra*, nt. 55. Adde ora C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 29: “quando il testamento, perduta la sua originaria funzione politica, si ridusse ad un mero atto di disposizione patrimoniale, la regola per cui «*institutio est caput et fundamentum totius testamenti*» pur sopravvivendo nel costume giudiziario per forza di tradizione, divenne una vuota e tirannica formula razionalmente giustificabile e praticamente dannosa”.

³⁴⁰ Cfr., chiaramente, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 218, per il quale, poiché, ai fini della concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* altro non si richiedeva, che la presentazione delle *tabulae obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet*, “[...] sarebbe stato ben singolare che il pretore avesse richiesto formalmente la qualifica di *heredis* quando egli attribuisce non l'*hereditas* ma la *bonorum possessio*”; d'altra parte, “[...] se il pretore arriva ad accordare la *bonorum possessio* ancorché non si presentano le *tabulae*, qualora sia certo della loro esistenza e contenuto, non è possibile supporre tanto rigore circa la formula della disposizione, molto più che già nell'ambito del testamento civile la giurisprudenza aveva riconosciuto la efficacia di una istituzione senza la parola

tendenza proseguì, nel 290, con Diocleziano³⁴¹; con una costituzione di Costanzo del 339, la quale trovò «la via ampiamente spianata»³⁴², sarebbe poi definitivamente caduto ogni requisito di forma³⁴³, sicché la qualità

heres». Nello stesso senso, C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 216.

³⁴¹ C. 6, 23, 7 Impp. Diocletianus e Maximianus AA. Rufinae: «*Errore scribentis testamentum iuris sollemnitas mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum plus nuncupatum videtur. et ideo recte testamento facto, quamquam desit 'heres esto', consequens est existente herede legata sive fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dari*». Si v. anche, prima, C. 6, 23, 3 Imp. Alexander A. Antigono: «*Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus viveret*», in cui l'imperatore Alessandro già dava risalto all'indipendenza del potere imperiale rispetto alla *sollemnitas iuris*. E cfr. C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., pp. 219-221.

³⁴² C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 110. Discorre della costituzione come «momento di arrivo», e non «di partenza», di un'evoluzione già in atto, anche G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 166.

³⁴³ Come accennato *supra*, nt. 54, si tratta di C. 6, 23, 15, 1-2: «*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarium usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur "heredem facio" vel "instituo" vel "volo" vel "mando" vel "cupio" vel "esto" vel "erit" sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutientis lingua profudit. Et in postremis iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut qui facultates propria cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*». I riferimenti alla «volontà» attestavano il pieno superamento di quella dimensione (impropriamente) definita di «formalismo interno» propria dell'età arcaica: si v., al riguardo, il § precedente. Scrive, invero, C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 208, che, per effetto di tale novella, «[...] il requisito della solennità per la *her. institutio*, conservata ancora per tradizione in non pochi testi del C.I., abbia il solo valore di un ricordo archeologico», attestando il superamento della regola «*plus nuncupatum, minus scriptum*» adottata da Diocleziano (v., *supra*, nt. 328), perché «[...] con la legge di Costanzo la solennità cade in pieno, anche formalmente, e ormai è la volontà come tale che produce effetti giuridici» (C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 222). E cfr. anche C. 6, 24, 13 Imp. Iustinianus A. Menae pp.: «*Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri*», su cui G. SCHERILLO, *Corso*, cit., pp.

ereditaria si desumeva ora non già dal nominalismo, bensì dalla sostanza della disposizione³⁴⁴: era – ha scritto, non senza una qualche esagerazione, il Besta – «il simbolo della rovina incipiente dell’istituto»³⁴⁵. E un’analogia evoluzione può registrarsi in relazione alla revoca del testamento, che – come visto³⁴⁶ – transita, per mezzo delle aperture pretorie, dalla formalistica confezione del *contrarius actus*, ad una valorizzazione della «volontà» del testatore-revocante³⁴⁷.

Ma anche altre distinzioni canoniche, proprie d’altri segmenti del diritto successorio, erano pronte a sfaldarsi: emblematica, sotto questo profilo, oltre all’evoluzione dei sepolcri³⁴⁸, più in generale, la

280-281; ma poi – nel senso di un’impostazione maggiormente «formale» – cfr. C. 6, 23, 29 pr. Iust. A. Iuliano pp. («*Iubemus omnimodo testatorem, si vires ad scribendum habeat, nomen heredis vel heredum in sua subscriptione vel in quacumque parte testamenti ponere, ut sit manifestum secundum illius voluntatem hereditatem esse transmissam*») e C. 6, 23, 29, 1 Iust. A. Iuliano («*Sin autem forsitam ex morbi acerbitate vel litterarum imperitia hoc facere minime poterit, testibus testamenti praesentibus nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnimodo sciant testes, si non ipse subscribere potest, qui sunt scripti heredes, et ita certo heredis nomine successio procedat*») e v., al riguardo, sempre G. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 282. In relazione ai legati, cfr. la correlativa C. 6, 37, 21, su cui P. VOCI, voce *Legato*, cit., p. 717 e G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 169.

³⁴⁴ Esattamente, B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 220 e A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 724. Ma cfr. anche G. GANDOLFI, *Studi*, cit., pp. 43-44, il quale – sulla scorta di un’ampia rassegna «revisionistica», e in dissenso rispetto ad un’opinione largamente condivisa – nega che nella compilazione, specialmente in materia testamentaria, si desse prevalenza assoluta alla *voluntas*, ché anzi Giustiniano in taluni casi “[...] risolve questioni di ambiguità in modo tipico o addirittura salomonico, prescindendo del tutto dalla volontà individuale e senza porre alcuna riserva esplicita circa la possibilità di desumere l’intendimento concreto del disponente da dichiarazioni extratestamentarie”.

³⁴⁵ E. BESTA, *Successione*, cit., p. 144. Più moderata ed esatta l’opinione di D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 47, secondo cui la *regula* costituiva uno “[...] obbiettivo intralcio al *favor testamenti*”.

³⁴⁶ Cfr., ampiamente, *supra*, § 5.

³⁴⁷ Ben colgono quest’aspetto evolutivo, A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 720.

³⁴⁸ S’è già visto (*supra*, nt. 28) come solo a partire dall’età imperiale ebbe a svilupparsi la distinzione tra quelli «familiari» ed «ereditari». Per P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 139, tale duplice categoria sarebbe allora espressione di un “[...] fenomeno della crisi

compilazione giustiniana, che abolì le distinzioni dei quattro tipi di legati³⁴⁹ e quella tra questi e il fedecommesso³⁵⁰, sicché permanevano

dell'eredità, e ci rappresenta [...] una di quelle fasi intermedie per cui la crisi è passata prima di staccare totalmente un ramo dell'*hereditas*. La distinzione non è originaria, anzi essa è nelle origini inconcepibile, perché i sepolcri non uscivano dalla famiglia e dalla *gens*. [...] Senonché ad un certo momento, probabilmente allorché il celibato e l'orbità presero a minare le fondamenta della società romana (né valsero a porvi rimedio le leggi di Augusto), l'istituzione di *heredes extranei* (che erano tuttavia, di regola, pur sempre *cognati* cioè congiunti di sangue) divenne un fenomeno talmente frequente che i cittadini stessi usarono di escludere con le predette formule gli eredi estranei di una categoria di sepolcri, riservandola ai membri della famiglia. Si può anche pensare, malgrado i testi del *Corpus iuris*, che in difetto d'istituzione di qualunque membro della famiglia, il titolo familiare, se non v'è diseredazione, o esclusione espressa, conferisse il diritto ai sepolcri familiari". Nella compilazione giustiniana la citata distinzione tende a sfumare, ma ciò non dev'essere visto come un illogico ritorno al diritto arcaico, potendo essere motivato dalla concomitante transizione dell'oggetto: da *ius sepulchri*, che, indubbiamente privo del connotato della «extra-patrimonialità», si componeva, nella tradizione pagana, d'un complesso di doveri (di tutela, di cerimonie simboliche e di altri riti), anziché di veri e propri diritti, a *ius inferendi* o *sepeliendi*, il quale, invece, insistendo su un *locus purus*, aveva un contenuto latamente «patrimoniale» (v. ID., *op. cit.*, p. 141).

³⁴⁹ Inst., 2, 20, 2: «*Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus locubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam: cuius constitutiones perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est*». E cfr. A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 710; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 34, 129; P. VOCI, voce *Legato*, cit., pp. 718-719; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., pp. 821-822; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 713; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 754; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 83; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 156; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 668. Peraltro, già il senatoconsulto Neroniano, emanato in anno incerto, aveva affermato il principio per il quale il legato disposto con la formula propria d'un «tipo», anche in mancanza dei requisiti che gli erano propri, potesse produrre non già gli effetti relativi (ad es. legato *per vindicationem* di cosa altrui; *sinendi modo* di cosa che non sia né del testatore né dell'erede; *per praeceptionem* di cosa altrui o propria, ma a favore di persona non erede), bensì quelli del legato *per damnationem*, del quale – alla luce della sua amplissima sfera operativa – sussistevano pur sempre i requisiti d'efficacia. Si dava quindi vita – con A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 709

– ad un vero e proprio «fenomeno di conversione», operante *ipso iure*, da un «tipo» negoziale in un altro (conf. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 667). E cfr., al riguardo, Gai 2, 197: «*sed sane hoc ita est iure civili. postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est ut, si eam rem quisque legaverit (per vindicationem) quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset: optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit*»; Gai 2, 212: «[...] *quid ergo est? licet aliquis eam rem legaverit (sinendi modo), quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset*»; Gai 2, 218: «*ideoque si extraneo legatum fuerit (per praeceptionem), inutile est legatum; adeo ut Sabinus extimaverit ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse convalescere: “nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur”. sed Iuliano et Sexto placuit accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, veluti peregrino, cum quo testamenti factio non sit: quo plane casu senatusconsulto locus non est*»; Tit. Ulp. 24, 11 a: «*si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est*», nonché B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 280-284; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 644, 753; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 410; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pp. 567-568; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 814; G. GANDOLFI, *Studi*, cit., pp. 168-169; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 93-112.

³⁵⁰ Inst. 2, 20, 3: «[...] *necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura [...]*». E cfr. A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 723; E. BESTA, *Successione*, cit., p. 159; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 115, nt. 3; A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 719; G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 34, 134; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., p. 122; A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., pp. 775-776; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., pp. 197-200; B. BIONDI, *Successione*, cit., pp. 302-304; G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 820, per il quale l'avvicinamento fu “reciproco”, in quanto “da una parte il legato andò perdendo della sua solennità; dall’altro il fedecommesso venne assumendo forma più precisa”; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., pp. 542-543, secondo cui “[...] nel diritto giustiniano non v’ha che un istituto unico, a cui le fonti non danno un nome, ma che gli interpreti chiamano col nome del più antico fra i due donde risulta, cioè col nome di legato”; D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 83, a detta del quale, infine, “legati e fedecommesso, sostanzialmente identici nel loro essere disposizioni a titolo particolare a carico di un onorato di beni ereditari, nello stesso tempo così diversi nella forma [...], erano fatalmente destinati a incontrarsi a séguito della progressiva caduta delle forme solenni e del prevalere su di esse della volontà del testatore”.

disposizioni a titolo particolare di varia natura, ma il criterio che ora le distingueva non era dato dal «tipo», bensì dallo «oggetto»³⁵¹; e così anche l'abbandono della distinzione tra *hereditas* e *bonorum possessio*, nel più ampio contesto d'una razionalizzazione della successione «intestata», ormai esclusivamente ispirata al vincolo «cognatizio», anziché «agnatizio», con equiparazione del lato materno a quello paterno³⁵².

Si apriva la strada, quindi, ad una «polifunzionalità» dello strumento testamentario, piegato, ad esempio, al perseguimento di finalità «gratulatorie» (ossia a quelle di saldare debiti di gratitudine nei confronti

³⁵¹ Così V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 86 e A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 753. V. anche B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 285, secondo cui «il legislatore intese unificare formalmente i tradizionali *genera legatorum*, in guisa che ora esistono non più tipi di legato ma piuttosto il legato, ma non volle, sarebbe assurdo pensarlo, annullare la differenza tra legato obbligatorio e legato reale, né attribuire in ogni caso l'azione reale, né accordare indifferentemente l'azione reale e l'azione personale», sicché – appunto – “non si tratta oramai di diversi tipi, ma piuttosto di diversi effetti del legato”.

³⁵² Cfr. la celebre Nov. 118 del 543, la quale – per come integrata pochi anni dopo dalla Nov. 127.1 – distingue quattro «classi» di successibili: *i*) discendenti legittimi, sia dal lato paterno che da quello materno, ove la divisione avviene *per stirpes* e si applica il diritto di rappresentazione; *ii*) ascendenti paterni e materni, nonché i fratelli e le sorelle che abbiano in comune entrambi i genitori (germani), ove tra gli ascendenti quello di grado più vicino esclude quelli di grado più lontano; in caso di parità di grado l'asse ereditario veniva diviso a metà tra gli ascendenti dal lato paterno e quelli dal lato materno; all'interno della stessa linea (materna o paterna) la divisione avveniva per capi e parimenti nell'ipotesi di concorso di fratelli e sorelle (caso in cui si ammetteva il diritto di rappresentazione, ma solo a favore dei figli, ossia dei nipoti *ex fratre* o *ex sorore* del *de cuius*, ma non degli ulteriori discendenti), nonché in quella di concorso di fratelli e sorelle con i genitori (in questa fattispecie, con diritto di rappresentazione dei nipoti *ex fratre* o *ex sorore* dapprima escluso dalla Nov. 118 e poi ammesso dalla Nov. 127.1); *iii*) fratelli e sorelle figli dello stesso padre (consanguinei) o della stessa madre (uterini), ove la divisione avveniva *per capita* e si ammetteva il diritto di rappresentazione in favore dei figli; *iv*) tutti gli altri *cognati*, per i quali il parente più prossimo escludeva il remoto e, in caso di parità di grado, la divisione avveniva per capi. Sul punto, v., O. DILIBERTO, voce *Successione*, cit., pp. 1313-1314 e G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., pp. 487-488, le utili rappresentazioni grafiche che trovansi in D.A. MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 140 ss., nonché, infine, R. ZIMMERMANN, *Il diritto*, cit., p. 22, il quale, in particolare, ritiene che quella giustiniana sia la più «antica» disciplina a prefigurare la concezione «moderna» della successione *ab intestato*.

di parenti, amici, alleati politici, nonché schiavi per il leale servizio prestato)³⁵³, corroborando insomma la correlazione tra la «liberalizzazione»³⁵⁴ delle forme testamentarie (con un ruolo decisivo assolto dai *codicilli*³⁵⁵) e la riferita «trasformazione sostanziale»³⁵⁶, che ha interessato il diritto successorio³⁵⁷.

³⁵³ È l'opinione di T. RÜFNER, *Testamentary formalities*, cit., p. 2, che comunque antepone condivisibilmente a questa finalità quella di “[...] appoint a worthy heir who would continue the family and – in a way – the personality of the decedent” (ma sul concetto di «continuazione» v. anche, *supra*, nt. 249 e 251). Cfr. ancora M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., pp. 120-121, secondo cui “[...] i Romani istituiscono eredi possibilmente i figli o almeno i parenti più stretti, ma amano distribuire i legati in una cerchia assai ampia di persone, il che giustifica il continuo ricorso al testamento anche quando il suo risultato, rispetto alla *heredis institutio*, coincide con la successione intestata” (e v. anche ID. e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 10); S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 418, nt. 4, per il quale “[...] più di tutto a diffondere l’uso dei testamenti contribuì la passione di mostrare alla morte che si possedeva molti amici, facendo legati ad una quantità di persone e quella di avere ai funerali molti servi manomessi nel testamento”.

³⁵⁴ Discorre significativamente di «privatizzazione», A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 694.

³⁵⁵ In questo senso, v. B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 613, secondo il quale essi – al pari del fedecommesso – “[...] ebbe[ro] la funzione di rimuovere taluni principi arcaici del testamento”. Non si trattava di “[...] una forma più spedita di disporre *mortis causa*, giacché la forma testamentaria, specie pretoria, è tutt’altro che impacciante, né la larga diffusione dell’istituto si può giustificare coll’intento di frodare la legge”: era, invece, una «frode storica al vetusto sistema», in forza della quale “[...] attraverso svariati mezzi ed espedienti, il diritto si sviluppa, travolgendo arcaici principi ed istituti” (nello stesso senso, recentemente, A. LOVATO, S. PULIATTI e L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto*, cit., p. 786). Sul ruolo «propulsivo» assolto tanto dai legati, quanto dai fedecommessi, v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 81; sulla correlazione tra questi ultimi e i codicilli, invece, G. GROSSO, *I legati*, cit., pp. 71, 112 e M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., p. 416.

³⁵⁶ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 36, ossia “[...] dalla eredità come successione nel governo del gruppo familiare, che porta solo come conseguenza all’acquisto del patrimonio della famiglia, si passa poco a poco a concepire la successione ereditaria come acquisto del patrimonio”; ancora più netto L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 81, secondo cui il testamento romano, “[...] introdotto dapprima per conservare la successione familiare, diventò più tardi il mezzo, per cui s’infiltrarono nella successione tutti i principii della libertà individuale”. Sul problema del «mutamento della funzione sociale», anche P. BONFANTE, *L’origine*, cit., p. 45.

³⁵⁷ Intuiscono la correlazione C.A. MASCHI, *La solennità*, cit., p. 231 e *spec.* G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 43, il quale inquadra l’abbandono della regola di priorità

L'accentuazione del suo carattere «patrimoniale»³⁵⁸ – che ha altresì recato con sé lo sviluppo di quella disposizione, non casualmente definita «schiettamente patrimoniale»³⁵⁹, che è il legato³⁶⁰, (anche) a beneficio

dell'istituzione ereditaria in questo clima culturale: “il riconoscimento della validità delle disposizioni che nel testamento precedessero l'istituzione d'erede presuppone e attesta evidentemente la progressiva trasformazione del testamento in un atto di disposizione patrimoniale, la conseguente diminuzione di importanza della *heredis institutio*, avendo essa perduto la sua originaria funzione, e per conseguenza l'affermarsi delle altre disposizioni testamentarie”, sulle quali v. subito di séguito nel testo. Di rilievo è anche l'indagine dell'A. circa la «progressiva assimilazione» degli atti a causa di morte, asseverata da un mutamento terminologico, in quanto nuove locuzioni, a guisa di sinonimi, si usano a designare il testamento, come *iudicium*, *iudicium postremum*, *iudicium supremum*, *iudicium novissimum*, *elogium*, *elogium ultimum* (v., *ivi*, p. 92 ss.).

³⁵⁸ Così compendia l'evoluzione G. VISMARA, *Appunti*, cit., p. 79: “nel diritto giustiniano, punto terminale dello svolgimento storico delle istituzioni testamentarie romane, la *heredis institutio* ha ormai assunto il valore di un atto di distribuzione patrimoniale”.

³⁵⁹ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 494.

³⁶⁰ Cenno in V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 82 e v., soprattutto, P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 44, secondo cui – come accennato *supra*, nt. 263 – l'innesto del legato “[...] servì straordinariamente ad esaltare il principio patrimoniale e mutare la natura del diritto successorio”. In tal modo, lo *heres ex testamento* “[...] a poco a poco s'impregnò [...] del succo patrimoniale del legatario: processo visibilissimo dai primi albori storici di questa complessa istituzione, quando le leggi *Furia*, *Voconia* e *Falcidia*, mirando ad assicurare all'erede i benefizi patrimoniali del legatario, oscurarono la primitiva figura dell'eredità, sino a' tempi a noi più vicini, allorché, distrutti gli ultimi vestigi della primitiva funzione, ch'erano spesso, per modo di dire, sopravvissuti anche nel diritto giustiniano, finalmente nel Codice tipo delle moderne razze latine anche il nome di erede testamentario disparve per cedere il luogo a quello di legatario universale”. V. anche ID., *L'eredità*, cit., p. 191, ove si legge – in un parallelo tra il diritto romano e quello attuale – che “la *volontà del defunto* nel diritto romano si esercitava soltanto con la istituzione dell'erede; gli effetti patrimoniali sono inerenti al titolo ed è il diritto che li vuole. Nel diritto moderno invece la stessa volontà del defunto dispone direttamente del patrimonio e regola quindi gli effetti patrimoniali a suo piacimento”. Sulla «funzione etico-sociale» del legato, nonché sulle sue possibili e molteplici applicazioni, anche P. VOICI, voce *Legato*, cit., pp. 709-710, il quale ricorda, ad es., che esso poteva essere espressione non solo della mera ostentazione di ricchezza, ma anche d'un alto spirito civico, come nella disposizione finalizzata a fornire i mezzi per costruire opere pubbliche o per fondare istituzioni benefiche, o ancora come strumento per realizzare

delle donne³⁶¹; nonché di quell'istituto «amorfo», «fluido» e «adattabile alle più svariate finalità»³⁶², che è il fedecommesso³⁶³ – non ha determinato, “[...] a furia di stenti e di sforzi dalle strettoie dell’antico diritto”³⁶⁴, una totale perdita di solennità del formalismo testamentario; ma ciò, nuovamente, può porsi in correlazione con la circostanza che la rinnovata concezione successoria non aveva determinato, in ogni caso, una totale obliterazione della – pur mutata³⁶⁵ – componente «familiare».

In ciò, d'altronde, lo Scialoja ha ravvisata l'originalità del diritto romano, che “[...] il diritto di successione ha un fondamento familiare (tanto che lo si potrebbe ritenere, sotto un certo aspetto, come una parte del diritto di famiglia), ma l'oggetto dell'eredità è sempre il patrimonio”³⁶⁶; ma, d'altra parte, che “[...] la struttura, così originale, della famiglia, nonostante le correnti che tendevano a rallentarla, si conservò tenace sino a Giustiniano, mentre i rapporti patrimoniali assumevano via via tale mobilità, tale scioltezza quale forse poi non

finalità di tipo «alimentare» in favore di parenti, liberti o clienti del testatore.

³⁶¹ A. SEGRÈ, *Ricerche*, cit., p. 86.

³⁶² Sono qualificazioni di B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 288, il quale v'intravede “[...] uno dei più potenti fattori di riduzione dell'arcaismo, investendo come una ventata di modernità tutto l'ordinamento testamentario”, al punto che “quanto di più progredito presenta il regime delle disposizioni testamentarie nel diritto giustiniano e moderno proviene in gran parte appunto dal fedecommesso (*ivi*, pp. 292-293).

³⁶³ A. CORBINO, *Diritto*, cit., p. 713, nonché A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 188, il quale annovera tanto il legato, quanto il fedecommesso, tra le «deroghe alla tipicità negoziale».

³⁶⁴ P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 32.

³⁶⁵ Le cause di siffatta «trasformazione radicale» sono individuate da A. BURDESE, *Manuale*, cit., p. 226, “[...] nel progressivo estendersi dell'ingerenza statale, che avoca a sé il potere punitivo; nell'accoglimento della dottrina cristiana, che elimina la deificazione della figura paterna; nell'influenza di ambienti ellenistici, che conoscono la capacità patrimoniale dei figli”, sicché “la famiglia giustiniana è ormai un complesso di persone aventi una loro individualità giuridica pure nel campo patrimoniale”. In questa direzione, v. anche E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., p. 59, per il quale “[...] della *familia* romana nel diritto giustiniano non restano che i nomi: in sua vece esiste e opera ormai la famiglia naturale o società domestica, imperniata sul vincolo del matrimonio e della discendenza”.

³⁶⁶ V. SCIALOJA, *Diritto*, cit., p. 1.

hanno più avuto in alcun'altra legislazione”³⁶⁷.

Le superiori considerazioni – vòlte, in sostanza, a giustificare assiologicamente la transizione dal formalismo della «dichiarazione» a quello della «cornice»³⁶⁸ del sempre più variopinto quadro d'interessi

³⁶⁷ ID., *op. loc. cit.* E sull'andamento per certi versi «anti-lineare» della successione in diritto romano, si segnalano anche le eloquenti parole di P. BONFANTE, *L'origine*, cit., p. 5, secondo cui “la successione nel diritto privato romano è [...] un esempio, e il più meraviglioso forse, di tutto un organismo di diritti che ha la sua genesi in una costituzione sociale, in uno stato di cose anteriore e col tramontare di quella costituzione sociale non si cancella, ma impara a servire a tutt'altro scopo, a soddisfare nuovi bisogni, pur mantenendo lungamente intatta la sua costruzione originaria, e lungamente intatti per conseguenza tutti i suoi principî, finché a poco a poco la nuova funzione li inaridisce, li consuma, li distrugge e coll'andare del tempo trasforma completamente la natura dell'istituto; legge e fenomeno sociale che trova il suo perfetto riscontro nel campo della biologia”. V. anche ID., *Corso*, cit., p. 341, ove si fa riferimento al “[...] nuovo spirito [che] entra in conflitto con l'antico, generando contrasti e oscurità non lievi: istituti profondamente diversi cozzano gli uni con gli altri”, nonché G. PACCHIONI, *Corso*, cit., p. 674, il quale – in adesione – rimarca che “[...] la storia della eredità romana è la storia di una serie di successivi espedienti rivolti a togliere di mezzo, o a ridurre, le conseguenze logiche del primitivo concetto dell'eredità, ed a porne l'organismo in armonia colla sua nuova funzione di successione nel patrimonio del defunto”, sicché – p. 675 – anche nel campo successorio si assiste, come in altri, ad un “[...] sopravvivere delle strutture giuridiche al venir meno delle funzioni per le quali le medesime erano state in origine create” (v. anche E. COSTA, *Storia*, cit., pp. 470-471, nt. 3, il quale invece ritiene che la «resistenza tenace» di alcuni istituti primitivi si spieghi in ragione di taluni elementi c.dd. non patrimoniali, come il culto domestico e dei sepolcri). Con più specifico riferimento alla compilazione giustiniana, sottolinea questa «stratificazione» B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 11, per il quale in essa “[...] accanto a principî arcaici, formalmente non abrogati, coesistono nuovi precetti ed orientamenti, che risultano non da formulazioni generali, ma da singole eccezioni o addirittura decisioni di casi concreti”.

³⁶⁸ Osserva condivisibilmente G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 301 che, quando la forma attiene alla «dichiarazione», ossia ai *verba* coi quali essa viene emessa, “[...] il prescritto impiego di una «formula» implica necessariamente che essa debba essere intesa nel significato ufficiale per il quale il diritto l'ha coniata [...]”, mentre, là dove la forma riguarda la «cornice», “[...] l'autonomia privata può esplicitarsi ed esprimersi liberamente, purché l'atto venga posto in essere mediante l'impiego di testimoni o di funzionari incaricati di raccogliere la dichiarazione, o mediante la scrittura, ed eventualmente col suo deposito in uffici pubblici [...]”, sicché il suo scopo è “[...] essenzialmente quello di garantire la fedele conservazione della dichiarazione negoziale ed eventualmente la

riflesso dalla scheda testamentaria – inducono a ritenere non condivisibile la prospettiva di chi ha ritenuto che in questa materia, “[...] per farsi una idea precisa sul modo col quale si sono venuti costruendo i dogmi principali”³⁶⁹, sia “[...] assolutamente necessario tenere separata la *forma* dalla *sostanza*; o, se diversamente così vuoi, lo studio del *mezzo* da quello del *fine*”³⁷⁰. Ove lo studio del «fine» importerebbe “[...] la ricerca di quale sia stata la evoluzione delle idee giuridiche in ordine alla volontà dell’individuo di disporre dei propri beni per il tempo successivo alla propria volontà, ed in ordine altresì alle manifestazioni di tale volontà”³⁷¹; mentre quello sul «mezzo» significherebbe “[...] studiare lo *strumento* materiale al quale veniva affidata la volontà testamentaria nonché le varie specie di esso, ed il loro modo di pratico funzionamento”³⁷².

Anche a voler superare le perplessità riguardo all’idea di circoscrivere la rilevanza del testamento alle volontà «dispositive di beni», nonché a quelle, forse ancora più gravi, che circondano il dichiarato proposito di costringere lo studio del «mezzo» al suo profilo «materiale», a dover essere revocata in più ampio e comprensivo dubbio, e ciò anche a voler rettificare in senso ampliativo i concetti di «mezzo» e «fine», è la stessa dicotomia evocata³⁷³.

È senz’altro vero – come altri ha scritto – che in epoca più evoluta la «forma» e la «sostanza» del testamento “[...] sono così indipendenti che possono seguire separato sviluppo e diverso regime”³⁷⁴, e ciò

necessaria pubblicità”.

³⁶⁹ E. BUSSI, *Evoluzione*, cit., p. 487.

³⁷⁰ ID., *op. cit.*, p. 488 (corsivi dell’A.).

³⁷¹ ID., *op. loc. cit.*

³⁷² ID., *op. loc. cit.*

³⁷³ E non è un caso che lo stesso A. l’abbia di lì a poche righe ritrattata, affermando che “[...] la storia del testamento – inteso come *documento* – è strettamente connessa alla storia del testamento inteso come *atto giuridico*, sicché, sino ad un certo punto, la conoscenza di questa è condizionata alla scienza di quella” (ID., *op. loc. cit.*).

³⁷⁴ B. BIONDI, *SucceSSIONE*, cit., p. 31; e v. p. 32, ove s’individua il testamento «pretorio» quale momento d’iniziale “[...] distacco della sostanza dalla forma che consente ad esse sviluppo distinto”.

diversamente rispetto all'epoca arcaica, ove esse invece importavano una «entità giuridica inscindibile»³⁷⁵; ma ciò non può e non deve giustificare nell'interprete un loro totale scollamento. E codesta dissociazione non è il frutto di un'astratta istanza epistemologica, riferendosi piuttosto ad una dicotomia che merita d'essere «storicizzata», e precisamente addebitata a quella concezione «post-classica» e «giustiniana» del negozio giuridico, che arriva, per così dire, a scindere l'inscindibile, sceverando il contenuto dalla sua esteriore espressione, e concretando insomma quelle due conseguenze – interdipendenti, e già intravvedute dal Betti –, vale a dire: *i)* di svalutare la dichiarazione, «degradandola»³⁷⁶ alla funzione «strumentale» di manifestare e provare la volontà, che ne esce esaltata perché costruita come retrostante la dichiarazione³⁷⁷; *ii)* di svalutare³⁷⁸ la

³⁷⁵ Efficacemente, ID., *op. cit.*, p. 31. D'altronde, ciò era comune agli altri atti del periodo antico, se è vero che in essi “[...] la forma non rappresenta ancora l'involucro esteriore, richiesto dall'ordinamento per controllare e dare efficacia e pubblicità a situazioni giuridiche individuabili o individuate nella loro struttura fondamentale anche indipendentemente da essa, ma costituisce la traduzione in schemi tecnico-giuridici dell'essenza dell'atto nel suo porsi concreto” (G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 19).

³⁷⁶ O «nobilitandola», con G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 165.

³⁷⁷ Così anche P. VOCI, voce *Interpretazione*, cit., p. 276, il quale – pur in una prospettiva ridimensionatrice delle novità recate dall'imperatore bizantino in quest'ambito – rimarca che “[...] Giustiniano, stabilendo o riconfermando l'abolizione delle forme solenni di origine antica, dice che il negozio [...] si fonda sulla volontà e non sui *verba*”; B. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 36, il quale incisivamente sottolinea che “prima gli effetti si ricollegavano automaticamente al compimento dell'atto, il quale aveva efficacia per il solo fatto che era stato compiuto; ma successivamente, quando la giurisprudenza considera che coloro che compiono atti giuridici non sono automi o fantocci, ma esseri coscienti e pensanti, che intendono conseguire volutamente effetti nell'orbita del diritto, la base giuridica dell'atto si sposta dal compimento dell'atto alla volontà che lo pone in essere”.

³⁷⁸ Ma non annientare: si v. M. TALAMANCA, voce *Contratto*, cit., p. 72, secondo cui non è “[...] superata al livello della compilazione la «tipicità» delle figure contrattuali: anche nelle fonti giustiniane, del resto, i referenti della tipicità stessi possono essere diversi: o sostanziali (e comportare, cioè, l'individuazione delle singole funzioni economico-sociali rispetto alle quali l'accordo delle parti assume carattere vincolante) o formali”.

tipicità negoziale, dando spazio ad effetti che – se sorretti da un *animus*, anche presunto³⁷⁹ – possono divergere da quelli pre-individuati³⁸⁰. E, aggiungiamo noi ora, di: *iii*) mutare radicalmente la «funzione» della forma, in quanto la predilezione per il mezzo dello scritto³⁸¹ attesta che l'intento è ora quello di conservare l'efficacia del negozio, predisponendone una prova duratura³⁸², talvolta autentica³⁸³, e munendolo di un'adeguata pubblicità, anche ai fini dell'imposizione tributaria³⁸⁴.

³⁷⁹ *Contra*, G. GANDOLFI, *Studi*, cit., pp. 237-239.

³⁸⁰ Decisive le considerazioni di E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 114-115.

³⁸¹ Cfr. il § precedente.

³⁸² V., chiaramente, P. VOCI, voce *Interpretazione*, cit., pp. 275-276, il quale ricorda che “[...] Giustiniano afferma spesso, o direttamente nelle costituzioni, o indirettamente con le interpolazioni, che la volontà, per avere séguito, deve essere *evidens* o *evidentissima*: ciò significa che deve essere provata bene, e con la prova principe del tempo, cioè con lo scritto”. Sul punto, cfr. anche G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 88-89, il quale riconduce il fenomeno all'influenza «elleno-orientale»: “«Roma parla, l'Oriente scrive»: ogni testimonianza della prassi delle province ellenistiche ci rivela infatti il tenace attaccamento all'uso delle forme scritte, e la resistenza alla adozione delle forme verbali, proprie del diritto romano”.

³⁸³ V. *spec. ID., op. ult. cit.*, pp. 114-115, il quale pone in luce il crescente diffondersi del fenomeno della «falsificazione documentale», che contribuì in misura decisiva a determinare “[...] gli interventi della cancelleria imperiale, dettati dalla evidente e imprescindibile esigenza di stabilire una maggiore certezza di rapporti, e di circondare la forma documentale, di là dalle stesse esigenze della prassi, di ulteriori requisiti atti a garantirne meglio la autenticità” (nello stesso senso, in riferimento ai testamenti, G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 230).

³⁸⁴ M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 34, nonché G. ASTUTI, voce *Contratto*, cit., p. 762 e G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 422.

CAPITOLO SECONDO

DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA

SOMMARIO: 1. L'infelice «trapianto giuridico» dall'esperienza romana al contesto basso-medievale: la «scomparsa» del testamento e la prevalenza della successione legale di matrice germanistica. – 2. Il criterio della «consanguineità» nell'Editto di Rotari del 643; lo spiraglio dispositivo delle donazioni *pro anima* da parte di persone gravemente malate, aperto dall'Editto di Liutprando del 713 ed il suo chiaro «movente» ecclesiastico; l'ulteriore ampliamento propiziato nel 755 da Astolfo, con estensione della legittimazione attiva agl'individui sani. La limitata legislazione successoria in età «carolingia» e «post-carolingia». – 3. La diffusione delle *donationes post obitum*, quali figure negoziali idonee a contemperare gl'interessi «spirituali» e «mondani». Loro qualificazione in termini di «patti successori» e conseguente affiancamento, alla delazione «legale», di quella «contrattuale». Identificazione dell'oggetto e delle modalità di esecuzione: l'interesse ecclesiastico verso la pronta esecuzione dei lasciti pii. – 4. La «rinascita» del testamento nell'età basso-medievale. Il mutato contesto antropologico, tanatologico, socio-parentale ed economico: la riapparizione della successione volontaria. L'apporto del ceto notarile e la diffusione del diritto romano nella scuola bolognese d'Irnerio. Il limitato ruolo del «legislatore», a fronte dell'autonomia privata, filtrata dalla *ars notaria*. Capacità di quest'ultima di coniugare l'impostazione romanistico-giustiniana con le istanze «ultra-terrene» medievali e non estraneità di tale ambivalenza agli statuti comunali e alle leggi provinciali del tempo. – 5. Corollari di tale connubio sul contenuto del testamento: primi rilievi sulla perdita di centralità dell'istituzione ereditaria e proliferazione di disposizioni *pro salute animae* a titolo particolare. Introduzione, per loro mezzo, d'una dimensione «trascendente» nell'atto *mortis causa*, inedita rispetto al *testamentum* di diritto romano. Il diritto canonico e la liberalizzazione delle forme testamentarie in funzione incentivativa dei lasciti *ad pias causas*: le regole introdotte dai pontefici Alessandro III e Innocenzo III. Ulteriori forme testamentarie e la (ri)emersione del canone *in dubio pro testamento*. La ricomparsa dei *codicilli* e note conclusive sull'incidenza del «particolarismo» rispetto all'istituzione ereditaria; acquisizione di una sua sicura svalutazione. – 6. L'evoluzione delle modalità di

conservazione del testamento. Revoca dello stesso e tendenza delle autorità ecclesiastiche a privare il disponente della relativa facoltà, con finalità «stabilizzatrice» delle liberalità benefiche. Disamina degli espedienti utilizzati a tal fine. – 7. Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto medievale: premessa. – 8. *Segue*. Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non *mortis causa*. – 9. *Segue*. Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e il mutato contenuto del testamento-atto.

1. *L'infelice «trapianto giuridico» dall'esperienza romana al contesto basso-medievale: la «scomparsa» del testamento e la prevalenza della successione legale di matrice germanistica*

Il testamento d'età medievale, e poi moderna, denuncia una chiara «ascendenza romanistica»³⁸⁵: l'istituto – s'è scritto – “[...] nasce a Roma e

³⁸⁵ Così G. ROSSI, *Il testamento nel medioevo fra dottrina giuridica e prassi*, in M.C. ROSSI (a cura di), *Margini di libertà: testamenti femminili nel medioevo*, Atti del Convegno internazionale (Verona, 23-25 ottobre 2008), Caselle di Sommacampagna, 2010, p. 45 ss., 47. Tra le fonti istituzionali, abbiamo consultato: F. CICCAGLIONE, voce *Successione (diritto intermedio)*, in *Dig. it.*, XXII, Torino, 1889, p. 268 ss.; F. BRANDILEONE, *I lasciti per l'anima e la loro trasformazione. Saggio di ricerche storico-giuridiche*, Venezia, 1911; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell'alto medioevo con speciale riguardo all'Italia*, Padova, 1914, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 1 ss., da cui si citerà; N. TAMASSIA, *La “melioratio” dei figli nell'antico diritto ereditario germanico*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1921, p. 91 ss.; E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, II, *Contratti, successioni, diritto di famiglia*, Padova, 1939, p. 113 ss.; G. VISMARA, *La successione volontaria nelle leggi barbariche*, in AA.VV., *Studi in onore di Arrigo Solmi*, II, Milano, 1940, p. 183 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 107 ss., da cui si citerà; G. VISMARA, *Hereditatem instituere' nelle fonti medievali*, Milano, 1940, ora in ID., *Scritti*, cit., 145 ss., da cui parimenti si citerà; G. VISMARA, *La revocabilità del testamento giurato nella dottrina da Guglielmo Durante a Bartolo da Sassoferrato*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, II, Parigi, 1965, p. 1007 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 211 ss., da cui parimenti si citerà; ID., voce *Codicillo*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1966, p. 290 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 435 ss., da cui sempre si citerà; P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, *Diritti reali e di successione. Lezioni*, Milano, 1960, p. 167 ss.; M. BELLOMO, voce *Erede (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 184 ss.; P.L. FALASCHI, *La successione volontaria nella legislazione longobarda*, in *Studi in memoria di Pietro Rasi Caldogno*, I, Milano, 1969, p. 197 ss.; C. GIARDINA, voce *Successioni (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*,

XVIII, 1971, p. 727 ss.; D.O. HUGHES, *Struttura familiare e sistemi di successione ereditaria nei testamenti dell'Europa medievale*, in *Quad. storici*, 1976, p. 929 ss.; C. BONANNO, M. BONANNO e L. PELLEGRINI, *I legati pro anima ed il problema della salvezza nei testamenti fiorentini della seconda metà del Trecento*, in *Ricerche storiche*, 1985, p. 183 ss.; A. BARTOLI LANGELI, *Nota introduttiva*, in AA.VV., *Nolens intestatus decedere. Il testamento come onte della storia religiosa e sociale*, Perugia, 1985, p. IX ss.; R. BRENTANO, *Considerazioni di un lettore di testamenti*, *ivi*, p. 3 ss.; A. PETRUCCI, *Note sul testamento come documento*, *ivi*, p. 11 ss.; G. GATTI, *Autonomia privata e volontà di testare nei secoli XIII e XIV*, *ivi*, p. 17 ss.; M. RONCETTI, *Testamenti al computer*, *ivi*, p. 35 ss.; J. LE GOFF, *L'uomo medievale*, in ID. (a cura di), *L'uomo medievale*, Bari-Roma, 1987; ID., *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, trad. it. di G.F. degli Uberti, Bari-Roma, 1996; A. PADOVANI, voce *Successione legittima* (diritto intermedio), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1317 ss.; ID., *Le fondamenta giuridiche del testamento nella dottrina medioevale*, in *Actes à cause de mort – Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, LXI, Bruxelles, 1993, p. 173 ss.; A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, 1994, *passim*, ma *spec.* pp. 9-85; F. IACOMELLI, *Dalle donazioni pro anima del secolo VIII ai testamenti del secolo XIII*, in *Bullettino storico pistoiese*, 1997, p. 79 ss.; G. CHIODI, *L'interpretazione*, *cit.*, *passim*; S.H. BRUNSCH, *Genesis, diffusione ed evoluzione dei documenti di ultima volontà nell'alto Medioevo italiano*, in F. BOUGARD, C. LA ROCCA, R. LE JAN (a cura di), *Sauver son âme et se perpétuer. Transmission du patrimoine et mémoire au haut Moyen-Âge*, Roma, 2005, p. 81 ss.; N. JANSEN, *Testamentary formalities in Early Modern Europe*, in K.G. CREID, M.J. DEWAAL, R. ZIMMERMANN, *Comparative succession law*, *cit.*, p. 27 ss.; L. SINISI, *Una presenza costante: il testamento nei formulari notarili fra Medioevo ed età dei codici*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarili*, Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016; Genova, 27 maggio 2016; Vicenza, 1° luglio 2016, Milano, 2016, p. 161 ss.; E. RAVA, «Volens in testamento vivere». *Testamenti a Pisa, 1240-1320*, Roma, 2016, pp. XV-XXII.

In linea generale, sul periodo, v. N. TAMASSIA, *L'elemento germanico nella storia del diritto italiano*, Prolusione al corso di storia del diritto italiano, letta a Parma il 7 dicembre 1886, Bologna, 1887; A. PERTILE, *Storia del diritto privato italiano: dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, 2^a ed., IV, 1893, p. 2 ss.; A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, 3^a ed., Milano, 1930, p. 27 ss.; E. BUSSI, *La formazione*, *cit.*, I, *Diritti reali e diritti di obbligazione*, Padova, 1937; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, Milano, 1954; P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, 1967, p. 255 ss.; ID., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968; ID., *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2017; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, trad. it. di E. Bollati, I-III, Roma, 1972, rist.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, 2^a ed., Bologna, 2016, p. 7 ss.

Sulla «diplomática» medievale, utile la consultazione di A. PRATESI, *Genesis e forme del documento medievale*, 3^a ed., Roma, 1999; sulla «forma» in generale, R. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, 1990; sulla «negozialità», M. BELLOMO, voce *Negoziio giuridico* (*dir. interm.*), in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 922 ss.

nella sua struttura portante è rimasto sostanzialmente uguale a sé stesso attraverso i secoli, dimostrando una straordinaria longevità ed insieme una rimarchevole stabilità nei suoi elementi connotativi basilari”³⁸⁶.

Tuttavia, la stretta correlazione tra l’atto testamentario e l’assetto sociale e politico dell’esperienza giuridica romana – pur evolutivamente mutato, come visto nel capitolo precedente – ha comportato la qualificazione del passaggio di consegne all’alto medioevo nei termini d’un vero e proprio «trapianto giuridico»³⁸⁷, dall’esito tutt’altro che felice. Invero, nonostante una prima fase di coesistenza tra il diritto romano e i costumi germanici³⁸⁸, la «dirompente alternatività al mondo antico»³⁸⁹

Sulla «tanatologia» in generale, l’ormai tradizionale volume di P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente*, Milano, 2018, nonché V. MESSORI, *Scommessa sulla morte. La proposta cristiana: illusione o speranza?*, Torino, 2001.

³⁸⁶ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 47.

³⁸⁷ ID., *op. cit.*, p. 49. D’altronde, è convinzione diffusa in dottrina quella secondo cui, tra il sistema giuridico romano e quello germanico, v’era non già un mero contatto, ma un vero e proprio «contrasto profondo», giustificato dal fatto che essi erano distanti non solo per la diversità dei loro caratteri identificativi, ma anche per il grado di maturazione, al punto che s’è ritenuto di poter parlare di «incontro di civiltà», anziché di vero e proprio «duello», ché quest’ultimo “[...] farebbe pensare istintivamente a contendenti di forze paragonabili, come certamente non erano il diritto romano e il germanico nel momento storico del loro incontro: il primo, quando aveva già percorso tutta la parabola della sua evoluzione ma era ormai divelto dal suo ordinamento, che la barbarie aveva infranto; il secondo, in uno stadio ancora primitivo del suo sviluppo, ma strumento della classe politica dominatrice”: così F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 119. V. anche G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 23, il quale a corredo rimarca che “il *testamentum* romano quale lo concepirono i classici ha una vita che, per necessità, dovette finire allorché la cultura decadente scosse quel mirabile sistema di diritto, stupendo per le linee severe ed armoniche dell’architettura”.

³⁸⁸ In particolare, quando l’Impero cadde sotto la forza dei Barbari, i *gesta* non subirono, in linea generale, significative variazioni, ché anzi “[...] la successione testamentaria, salvo qualche lieve differenza, ne si mostra con tutta l’importanza e tutta l’estensione che nel romano diritto” (F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 287). Così, ad esempio, un’ampia libertà di testare, in forme tipicamente romane (v., *supra*, cap. I, § 4), fu riconosciuta da Teodorico: sulla sua figura e sul suo «Editto», cfr. A. SOLMI, *Storia*, cit., rispettivamente p. 36 ss. e 51 ss., nonché F.C. DE’ SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 377 ss. e *spec.*, nel nostro ambito, G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., pp. 32-33, 36, per il quale “[...] l’Editto altro non è che una sommaria esposizione delle più comuni norme romane” (nello stesso senso, N. TAMASSIA, *La “melioratio”*, cit., p. 95). E

v., infatti, *Edict. Theodor.*, 28: «*Faciendorum testamentorum omnibus, quos testari leges permittunt, damus late licentiam*», peraltro con forme della tradizione romana, perché «[...] ita ut septem aut quinque testes ingenui ac puberes in conspectus testatoris, uno tempore, eodem rogante subscribants» [circa il riferimento ai cinque o sette testimoni, v. G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 41, il quale esclude che la bipartizione rifletta la distinzione tra testamento civile e pretorio (v., *supra*, cap. I, §§ 4-5), in quanto essa aveva – in codesto tempo – perduto ogni rilevanza, sicché l’A., in particolare alla p. 42, finisce per ritenere che “[...] il canone concernente il numero di 5 o 7 testi si trascina solo per via tralatzia, per forza d’inerzia, ma non intercede nessun divario fra un testamento sottoscritto da 7 e un testamento sottoscritto da 5 testimoni”]. Con eco romanistica ancora più evidente lì dove si richiede la presenza di un ottavo testimone, e v. *Edict. Theodor.*, 29: «*Quod si testator aut literas ignorando aut per necessitatem vicinae mortis propriam subscriptionem non potuerit commodare, tunc octavus testis pro testatore adhibeatur huiusmodi, de cuius fide dubitari omnino non possit: scituris testibus et scriptore praecipue testamenti, quod si quis falsitatis extiterit, sub cognitione decursa se supplicium evadere non posse, quod circa falsarios legum dictat auctoritas*». O come quando si deroga ai requisiti formali per i «militari», e v. *Edict. Theodor.* 32: «*Barbaris, quos certum est reipublicae militare, quomodo voluerint et potuerint, faciendi damus licentiam testamenti, sive domi sive in castris fuerint constituti*». Ma con impostazioni talvolta più restrittive, come quella di Eurico, che distingueva fermamente tra testamento, riservato a chi è in punto di morte, e donazione, cui viceversa dovevano ricorrere i sani, e v. *Edict. Eur.*, 9: «*Si non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos; et habuerit naturales; quartam partem hereditatis suae habeat licentiam relinquere naturalibus; si voluerit, dum sanus est, per donationis chartulam, aut moriens per testamentum*». Nelle leggi visigotiche successive – a partire dalla *Lex Romana Visigothorum* di Alarico II (485-507), re dei Visigoti, il quale occupò anche le attuali Spagna e Francia meridionale, detta anche *Breviarium Alaricianum* e risalente all’anno 506 (v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 126 ss. e F.C. DE’ SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 307 ss.) – si mantenne l’ispirazione al diritto romano, sebbene “[...] tra le due legislazioni si not[ò]no alcune differenze dipendenti dal fatto che il legislatore ostrogoto riproduce le disposizioni del diritto romano vigenti ai suoi tempi; il legislatore visigoto invece mira a fare un diritto che rispondesse alle sue abitudini, alla civiltà ed all’indole del popolo venuto fuori dai Visigoti e dai Romani”, perché in *Lex Wis.*, 4, 2, 20 già trovasi limitata la *facultas testandi* in presenza di discendenti, e – come si è notato (F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 289) – “[...] qui si scorge la influenza delle antiche consuetudini germaniche, per le quali quella specie di comunione di famiglia [...] faceva escludere il testamento” (cfr. ancora *supra* nel testo). Quanto alle forme del testamento, la legge ne riconosceva quattro, due «ordinarie» e due «straordinarie». In relazione alle prime, l’ereditando poteva sottoscrivere con i testimoni il testamento, oppure l’uno e gli altri vi apponevano i loro segni, e v. *Lex Wis.*, 2, 5, 12: «*Morientium extrema voluntas, sive sit auctoris et testium manu subscripta, sive utrarumque partium signis extiterit roborata [...]*». In relazione alle seconde, esse ricorrevano quando il testatore non poteva firmare, né fare il segno, nel qual caso ai *testes legitimi* si sarebbe aggiunto un *testis subscriptor*, oppure

quando – ma solo *instante quocunque periculo* – il testamento era fatto «oralmente», e v. *Lex Wis.* 2, 5, 12: «*Seu etiam et si auctor subscribere vel signum facere non praeveleat, alium tamen cum legitimis testibus subscriptorem vel signatorem ordinationis suae instituat*». I testamenti delle prime due forme dovevano essere comunicati entro sei mesi al vescovo competente, e cfr. *Lex Wis.*, *ibid.*: «*Id tantum magnopere procurandum est, ut scripturae illae, quae secundum primi et secundi ordinis confectionem sunt alligatae: id est, sive quae auctoris et testium manu subscriptae, seu quae utrarumque partium signis extiterint roboratae, infra sex menses iuxta legem aliam sacerdoti pateant publicandae*». Nel caso della terza, il sottoscrittore e i testi dovevano, nello stesso termine, giurare dinanzi al giudice ch'essi furono invitati dal testatore, e altresì che la sua ultima volontà era stata espressa senza frode, e cfr. *Lex Wis.*, *ibid.*: «*Illae vero scripturae, quae sub tertii ordinis alligatione sunt editae: id est, in quibus advocatus a conditore legitimus testis*» (per F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 290, peraltro, quest'ultima dizione alluderebbe al numero e ai requisiti del diritto romano giustiniano) «*[...] subscripsit, tunc omni habeantur stabiles firmitate, quando infra sex menses, et ille qui in eadem scriptura, a se subscripta, nulla sit fraus impressa, sed secundum voluntatem ipsius conditoris habeatur conscripta, et quod ab eo, qui eam condere voluit, rogati extitissent, ut in eadem scriptura subscriptores accederent, et ad vicem conditoris eam legitime roborarent*». E la stessa procedura era da seguirsi nel caso del testamento «verbale», con la differenza che i testimoni avevano a scrivere e firmare la dichiarazione avanti al giudice, affinché ne constasse una traccia scritta, benché posteriore, e cfr. *Lex Wis.*, *ibid.*: «*Illae vero voluntas defuncti, quae iuxta quarti ordinis modum verbis tantummodo coram probatione promulgata patuerit, quae instante quocunque periculo conscribi nequiverit, et tamen ab eo qui moritur iussa fuerit alligari, tunc robur premissimum obtinebit, si testes ipsi, qui hoc audierint et rogati a conditore extiterint, infra sex mensium spatium, hoc quod iniunctum habuerint, sua coram iudice iuratione confirment eiusdemque iuramenti conditionem tam sua quam testium manu corroborent*». In quest'ultimo caso, col diritto dei testimoni di trattenere la trentesima parte in denaro dei beni del defunto, e cfr. *Lex Wis.*, *ibid.*: «*Dumque haec res plenum venerit in effectum, pro instantia sui laboris, iidem testes ex defuncti bonis trigesimae precium portionis prosequantur in solis tantummodo nummis*». Il testamento penetrò anche fra i Burgundi (in linea generale, sul regno borgognone, v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 128 ss. e F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 285 ss.): Gundobaldo, in particolare, consentì loro di testare o secondo la consuetudine romana, oppure in base a quella barbarica. E cfr. *Lex Burg.*, LX, 1: «*Si quis [...] Barbarus [...] testari voluerit [...] aut Romanam consuetudinem, aut Barbaricam esse servandam sciat, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, id est, aut scripturis legitimis, quod largiri cuicunque voluerit, teneatur: aut certe quinque ingenuorum testimonio, quod dimittere voluerit [...] robur accipiat, et in eius, cui res deputata fuerit, iura commigret*». Cenni anche nella legge dei Bavari, e v. *Lex Baiuv.*, 14, 9, 3: «*Aut donatione aut testamento sive parte sive omnes contulerit facultates*». Su questo periodo, cfr., ampiamente, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 306 ss.; F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 129; G. VISMARA, *La successione*, cit., pp. 112-130; ID., 'Heredità istituire', cit., pp. 147-153, nonché, più in generale, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 42; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 72; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 49; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 377, ove in particolare la

propugnata dall'ordinamento giuridico altomedievale ha fatto sì che non vi fosse più quello *humus* di valori credenze idee³⁹⁰, ma anche di elementi strutturali socio-economici³⁹¹, sui quali era venuta consolidandosi la

sottolineatura delle radici romane «post-classiche» della codificazione visigotica.

³⁸⁹ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 49; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 15; A. SOLMI, *o.c.*, p. 27 ss.; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 19 ss.; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 5. E cfr. G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, p. 36, il quale osserva che – nell'esigenza di recuperare la «fattualità» della dimensione giuridica – occorre “leggere la modernità con gli occhi del passato” e “leggere il passato con gli occhi della modernità”, registrando i processi di (dis)continuità delle varie epoche storiche, sicché “al crollo dell'impero romano occidentale consegue il crollo del sistema del diritto romano, che sopravvive invece nel sistema bizantino; il Medioevo giuridico nasce dal crollo di una civiltà che nel diritto aveva trovato una delle più alte espressioni”. Sulla «fattualità» medievale, cfr. anche P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 58, per il quale essa “[...] vuol dire tentativo disperato di trovar saldezze al di là del convenzionale e dell'artificiale, in un mondo semplice di fatti che l'operatore rispetta con assoluta umiltà”, ove “senza presunzioni ci si china sulle cose – realtà misteriosa e indomita ma forte – per tentar di leggere il messaggio che ne proviene, la regola che vi è scritta dal principio dei secoli”, mentre sulle «tipicità» e «storicità» di quest'esperienza, così irripudabile da farne una vera «insularità», ID., *op. ult. cit.*, pp. 9-10.

³⁹⁰ Ha scritto efficacemente P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 279 che l'Alto Medioevo fu “[...] né crisi, né acme di civiltà, non romano e non germanico, né momento di luce né di tenebra, ma un enorme sovvertimento dell'ordine dei valori d'una società, un'esperienza permeata di un genuino, vitale naturalismo” (e v. anche ID., *L'ordine*, cit., p. 59). Compendia l'evoluzione nel senso che l'Impero Romano non sopravvisse alla “[...] destrutturazione di un'economia monetaria a lungo raggio d'azione, alla crisi urbana, alla pauperizzazione delle masse, e infine alla crisi di valori e di civiltà che accompagna il declino della cultura antica e la diffusione del cristianesimo”, J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., p. 7.

³⁹¹ Rileva opportunamente E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 114, che la sostanziale diversità dei due sistemi successivi “[...] attingeva la sua esistenza dalla più profonda delle ragioni, la differente costituzione familiare e la opposta organizzazione sociale dei due popoli”. Su questi cambiamenti, cfr. anche N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 31; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 39 ss., 100 ss.; M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 922; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 736, per il quale, in particolare, tra le cause della parabola decrescente del testamento vi furono anche: *i*) la scomparsa delle alte e ricche classi romane; *ii*) la formazione della comunione domestica, nel contesto d'un generale impoverimento dei ceti romani, specialmente i più modesti; *iii*) la scarsità di terre libere, in quanto le concessioni a lungo termine allora diffuse precludevano la facoltà di testare.

figura del testamento³⁹², nel quale non si vedeva più, quindi, uno strumento appropriato per la regolazione della vicende legate alla successione *mortis causa*, rendendolo insomma vittima d'una vera e propria (sia pur temporanea) «scomparsa»³⁹³.

S'è visto che – in diritto romano – la «de-solennizzazione» delle forme

³⁹² Ma ciò vale, a ben vedere, per ogni «istituto», come insegna P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 4, là dove nota che esso, “[...] questa forma costante di rapporti intersubiettivi assunta a valore d'una certa cultura e d'un certo assetto sociale, questo cristallo della vita sociale, acquista un senso solo se rapporto alla esperienza da cui scaturisce e nella quale pienamente si giustifica, come – per continuare nell'immagine naturalistica – appunto il cristallo rispetto alla soluzione liquida di cui è la consolidazione”.

³⁹³ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 49. Di «tramonto» del testamento tardo-romano parla anche S.H. BRUNSCH, *Genesis*, cit., p. 82; di «eclissi», L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 161 e G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 21; di «sparizione», A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 337. L'ultimo testamento redatto nella forma classica è attribuito al *Patricius Abbo*, in favore del monastero della Novalesa, e risale al 739 d.C., ma sul punto v. anche le precisazioni di C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 735-736 e di G. VISMARA, 'Herodem instituere', cit., pp. 167-169, il quale ricorda che la formula iniziale dell'atto era quella perfetta d'un testamento romano: «*In nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, sub die tercio nonas maias, anno vigesimo primo gubernante inlustrissimo nostro Karolo regna Francorum, in inditione. VII. feliciter. ego in Dei nomine Abbo filius Felici et Rusticae nomine quondam, sana mente atque consilio, cogitans casus humani fragilitatis, testamentum condidi, quem venerabili Hytberto clerico scribendo rogavi, quod testamentum meum si quo casum et iure pretorio, vel quale cuius lege adinventionis quae quomodo valere nequiverit, ac si ab intestato ad vicem codicellorum eum valere volo ac iubeo, quos quas liberas liberosve esse decrevero, liberi libereve sint omnes, et quaeque per hoc testamentum meum dederò, legavero, dare iussero, id ut fiat detur, prestetur fidei heredes mei committo. ego in Dei nomine Abbo, cum me dispensatio divina de hac luce migrare preceperit, deditove natorum complevero, tunc tu sacrosancta aecclesia in honore beatri Petri apostoli, seu et caeterorum sanctorum Novalicis monasterii in valle Sigusina, quem ex opere nostro in rem proprietatis nostrae construximus, ubi norma monachorum sub religionis ordine spiritale et regula sancti Benedecti custodiendis, Deo adiuvente, conlocavimus, ubi a presens venerabilis vir Abbo presse videtur, heres michi es tu, heredem meam te esse volo ac iubeo, caeteri, caeterae exheredis sin tote: te vero sancta aecclesia beati Petri apostoli superscripte monasterii [...] ut habeas, volo ac iubeo*». Sennonché, esso conteneva anche delle liberalità, in favore l'una della Chiesa di Gap, l'altra della Chiesa di S. Jean de Maurienne; e trattavasi di due donazioni comuni e irrevocabili, che dunque avrebbero non solo potuto, ma dovuto formare oggetto di negozi *inter vivos*, sicché «questi elementi dell'atto di Abbone confermano già un [...] progressivo deformarsi e snaturarsi del testamento di diritto romano»: così G. VISMARA, 'Herodem instituere', cit., p. 169 (cfr. anche, sul punto, G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 95).

testamentarie era stata pienamente concomitante rispetto ad un'esaltazione dell'autonomia degli individui, occasionata a propria volta dal tramonto della *familia*, intesa nel suo senso «potestativo» più arcaico. Nei primi secoli dell'età di mezzo, si assiste, invece e di contrappunto, ad una progressiva svalutazione della volontà dei soggetti privati³⁹⁴, sopraffatti dalle esigenze obiettive della *natura*³⁹⁵ e, quindi, in termini più ristretti, del gruppo familiare³⁹⁶, annettendosi insomma prevalenza alla

³⁹⁴ Nel contesto d'una «sfiducia profonda» del singolo come «costruttore della realtà sociale», improvvisamente “[...] il soggetto si sentì e fu sguarnito delle molte difese che l'ordinamento aveva eretto in sua tutela, e forze ad esso contrarie o almeno da esso diverse si sbrigliarono, presero il sopravvento, ebbero una loro parola da dire”: così P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 277 (e cfr. anche ID., *L'ordine*, cit., p. 75, ove si fa parola d'una «certezza fondamentale», e cioè della «imperfezione del singolo» a fronte della «perfezione della comunità»).

³⁹⁵ P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 279: “tanto l'esperienza classica aveva tenuto a non consentire la contaminazione dell'ordinamento delle forze grezze e primordiali della *rerum natura*; tanto essa aveva tessuto l'elogio dell'umano rispetto ai dati della realtà esterna, quanto l'Alto Medioevo fa di questi dati gli elementi condizionanti di ogni costruzione giuridica”.

³⁹⁶ L'evoluzione è ben tracciata da G. VISMARA, *L'unità*, cit., p. 29, secondo cui “la caduta dell'Impero occidentale, il regno ostrogoto in Italia, la restaurazione bizantina con le relative guerre, il progressivo impoverimento delle terre italiche, il disordine amministrativo e la decadenza dell'autorità politica dovettero necessariamente portare, di fatto, a un richiudersi della famiglia su se stessa, a un rafforzamento dei vincoli familiari e parentali, a un accrescimento dell'autorità paterna”. In tema, si v., più approfonditamente, M. BELLOMO, voce *Famiglia (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 744 ss., 744-745, il quale invero segnala come “nelle zone d'Italia invase dai Longobardi si trovarono a convivere famiglie romane accanto a famiglie longobarde: queste e quelle sotto il peso di differenti tradizioni, cultura, civiltà [...] e da principio furono differenti anche i problemi che le famiglie erano chiamate ad affrontare e a risolvere nell'alveo di un nascente organismo di tipo statale: ché da una parte per i Longobardi si ponevano i problemi di un'efficiente organizzazione militare, della partecipazione dei membri della famiglia alle cariche pubbliche; dall'altra per i Romani, s'imponevano i problemi della sopravvivenza politica ed economica, della difesa di proprietà che per un terzo erano occupate dagli invasori, della difesa di tipiche e antiche attività artigiane e contadine, della difesa delle città pur cadenti e in larga misura destinate alla rovina”. Nella stessa direzione, A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 317 ss.; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 306; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 17, per il quale, in particolare, “in un ambito in cui il potere statale era debole e, comunque, non era in grado di garantire i

comunità *an sich*, piucché ai singoli componenti di essa³⁹⁷.

S'afferma, cioè, una visione dell'uomo improntata non più alla concezione «armoniosa» e «geometrica» del diritto formale³⁹⁸, bensì ad un radicale «naturalismo»³⁹⁹, se non «primitivismo»⁴⁰⁰: dall'economia⁴⁰¹,

diritti dell'individuo *uti singulus*, questi fondava la sua sicurezza nella solidarietà familiare”, nonché F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 127-128, A. il quale traccia un parallelo con la tradizione romanistica: “nell'ultimo stadio della sua evoluzione, il diritto romano regola la famiglia naturale, come noi oggi la intendiamo, basta cioè sul vincolo del sangue: l'antica famiglia *iure proprio*, imperniata sulla sovranità del capo (*pater* = signore) e trascendente l'ordine domestico per finalità di natura (in senso largo) politica, è stato ormai in gran parte dissolta dallo Stato” (sul punto, v., ampiamente, *supra*, cap. I, § 10); viceversa, “[...] i barbari [...] portano tra noi la famiglia di tipo agnatizio, costituita cioè da un vasto gruppo di persone che si considerano discendenti di un capostipite comune, e sono legati tra loro da interessi patrimoniali comuni, sono tutte le responsabili del delitto commesso da un membro, così come hanno tutte l'obbligo di partecipare alla vendetta dell'offesa patita da un membro”. Così anche – in vario senso – A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 317; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 283; N. TAMASSIA, *La “melioratio”*, cit., p. 96.

³⁹⁷ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 49. Infatti, la dottrina ha visto nel «capo della casa», tipico delle genti germaniche, non tanto un proprietario, quanto un amministratore a vita delle *res* per conto della comunità familiare e negli eredi, anche durante la vita del *de cuius*, i condòmini dei beni medesimi; in tal modo, la successione germanica assicurava, infatti, “[...] la perpetuità dei consorzi e comunioni familiari – allora estremamente necessarie perché, in quel tempo, più che mai il benessere di ognuno dipendeva dal lavoro collettivo della famiglia – [...]”, senza, dunque, farsi distinzione tra eredi e successori a titolo particolare. Più in generale, su questa tendenza alla «dis-individualizzazione», indugia P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 54; sui connessi problemi in tema di de-limitazione della «volontà individuale», si veda M. BELLOMO, voce *Famiglia*, cit., pp. 759-761.

³⁹⁸ Sono aggettivi tratti da G. ALPA, *Diritto*, cit., p. 37. E v. anche P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 36, per il quale la «volgarizzazione», che ha interessato il diritto occidentale dal quarto secolo in poi, risente della “[...] esigenza di strutturare un diritto non tanto come articolazione logica, come sistema razionalmente e astrattamente configurato, quanto come realtà empirica strettamente aderente alla mobile realtà economico-sociale e da questa condizionata, inidoneo a presentarsi come sistema ma piuttosto come coacervo di dati e di istituti con soluzioni dettate dal buon senso, storicamente e contingentemente necessitate”. Sullo «imbarbarimento» della cultura, v. anche J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., p. 103; sull'assenza d'una «autonomia» della scienza giuridica, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 74.

³⁹⁹ P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 42, per il quale “qualificare come naturalistica una

alle fonti giuridiche di produzione⁴⁰², fino al sentimento della morte⁴⁰³.

certa esperienza significa assumere quale carattere saliente di quella una netta impostazione dei rapporti tra azione umana e realtà fenomenica, nel senso che in quella si afferma decisamente una preminenza della realtà fenomenica rispetto alle capacità creative della *voluntas hominis*". E v. anche ID., *L'ordine*, cit., pp. 61-67.

⁴⁰⁰ Di riscoperta della «venatura primitiva» da parte del soggetto, discorre P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 278, il quale precisa che egli ora "partecipa senza riserve alla vita delle cose, e lascia che le cose partecipino della sua, ascoltando le istanze che provengono dal reale in tutta la loro incombenza". V. anche ID., *L'ordine*, cit., pp. 67-72 e ID., *Le situazioni*, cit., p. 43, ove, in particolare, si precisa che "ogni società primitiva non può non essere naturalisticamente impostata; è cioè inevitabilmente condizionata dalla realtà fenomenica".

⁴⁰¹ P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 47, lì dove si mette in luce che "[...] nel paesaggio agrario prevalgono il bosco, il sodo, la palude, l'incolto; rudimentale l'agricoltura, e con risultati insoddisfacenti sia per la quantità che per la qualità dei prodotti; scarse le braccia coltivatrici; decadenti gli assembramenti urbani, e per di più, epidemie, guerre, incursioni, banditismo ad accentuare certe forme di impotenza economica e sociale". V. anche ID., *L'ordine*, cit., pp. 69-70.

⁴⁰² Con un ruolo dirimente assolto dalla «consuetudine», al punto che A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 69, ha definito l'esperienza del diritto medievale stessa come «l'età delle consuetudini». Essa appariva, invero, la "[...] fonte più congeniale al regime giuridico d'una terra, capace cioè di costituire un ordine agrario che sia adesione alle istanze concrete che provengono dalla cosa, e non già soffocazione di quelle"; *consuetudo regionis, consuetudo loci, consuetudo terrae, consuetudo fundi, consuetudo casae*, espressioni, queste, di una "[...] norma estremamente plastica, cui ripugna ogni idea di sclerosi della realtà sociale sottostante: alla sua mobilità nel tempo corrisponde una altrettanta mobilità, per così dire, spaziale", che "[...] reca in sé una possibilità totale di aderire a quella realtà particolarizzandosi a seconda delle varie situazioni e ponendosi sempre in sottordine ad esse" (P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., pp. 68-69 e v. anche ID., *L'ordine*, cit., pp. 87-98; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 247-250; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 88, il quale parimenti sottolinea come la consuetudine sia "[...] fenomeno che si riproduce fatalmente in tutte le epoche in cui il potere pubblico non è forte e vigile, o la legislazione non risponde in tutto alle esigenze dei tempi" e, ampiamente, *ivi*, p. 181 ss., 410 ss.). È utile, al riguardo, anche la lettura di N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, con introduzione di P. Grossi, Torino, 2010.

⁴⁰³ Decisive, in tal senso, le osservazioni di P. ARIÈS, *Storia*, cit., pp. 34-35, secondo cui – anteriormente al secondo medioevo – la "[...] familiarità tradizionale implicava una concezione collettiva del destino. L'uomo di quei tempi era profondamente e immediatamente socializzato. La famiglia non interveniva per ritardare la socializzazione del bambino. D'altra parte, la socializzazione non separava l'uomo dalla natura, sulla

Concezione, questa appena delineata, d'altronde grandemente debitrice dell'esperienza germanica, la quale, non certo casualmente, ignorava il testamento, affidando invece la successione alle regole della delazione legale⁴⁰⁴ e, dunque, alla «cogenza auto-evidente dei vincoli di sangue»⁴⁰⁵: non v'era indi posto per qualsivoglia volontarismo⁴⁰⁶, perché

quale egli non poteva influire, se non attraverso il miracolo”. E, dunque, “la familiarità con la morte è una forma di accettazione dell'ordine naturale, accettazione insieme ingenua nella vita quotidiana, e dotta nelle speculazioni astrologiche”. Sicché “l'uomo subiva, con la morte, una delle grandi leggi della specie e non pensava né a sottrarvisi, né ad esaltarla. L'accettava semplicemente, appena con quel tanto di solennità che bastava a contrassegnare l'importanza delle grandi tappe, che ogni vita doveva sempre superare”. Sul sentimento «apocalittico» dell'uomo medievale, cfr. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 348 e specialmente J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., p. 106.

⁴⁰⁴ Significativamente, F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 283, secondo cui il morituro “[...] non poteva violare né il vincolo di sangue, né il politico, né l'economico: la sua individualità persona veniva assorbita nell'unità familiare; egli non poteva quindi affermarla a discapito di questa, tanto più che tale affermazione avrebbe riguardata un'epoca in cui la sua individualità sarebbe scomparsa”. Cfr. – nello stesso senso – L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 159 ss.; D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., pp. 931-932; A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 1317; F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 81; N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 21; ID., *La “melioratio”*, cit., p. 93; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 729; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 7; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 39; G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 21; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 2; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 129; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 337.

⁴⁰⁵ Così G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 50. V. anche A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 11, nonché E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 7, secondo cui, in particolare, “[...] nel diritto tedesco il diritto successorio era proprio considerato come un capitolo del diritto di famiglia: la struttura familiare indicava essa stessa il successore”.

⁴⁰⁶ D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., p. 932, ove appunto si mette in luce la conseguente negazione agl'individui d'ogni reale iniziativa nel disporre del proprio patrimonio; A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 1317, per il quale “la mancanza del testamento appare [...] correlata alle forme della comunione familiare che vincolava necessariamente tutti i suoi membri”, sicché “[...] l'eredità, lungi dall'essere designato dalla volontà dell'ereditando, acquisiva già da vivo un diritto certo o, quanto meno, una legittima aspettativa su quei medesimi beni di cui fruiva come condomino e consanguineo”; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 358, secondo cui “[...] la regola era pur sempre, che nessuno, tranne Dio, può fare un erede”; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 283, per il quale “[...] il testamento nell'originario diritto successorio germanico né esisteva, né poteva esistere”; F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 81; C. GIARDINA,

*Deus solus heredes facere potest*⁴⁰⁷. Come s'è avuto modo di osservare compendiosamente, il principio cardine delle successioni appare ora «diametralmente opposto» rispetto al diritto romano: “qui è legge della successione la volontà del defunto; là il diritto della famiglia e la parentela”⁴⁰⁸.

2. *Il criterio della «consanguineità» nell'Editto di Rotari del 643; lo spiraglio dispositivo delle donazioni pro anima da parte di persone gravemente malate, aperto dall'Editto di Liutprando del 713 ed il suo chiaro «movente» ecclesiastico; l'ulteriore ampliamento propiziato nel 755 da Astolfo, con estensione della legittimazione attiva agl'individui sani. La limitata legislazione successoria in età «carolingia» e «post-carolingia»*

Ciò che Tacito scriveva nella *Germania*, ossia che «*heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum*»⁴⁰⁹ si perpetuò per i primi secoli del Medioevo⁴¹⁰; la comunione familiare (*Hausgemeinschaft*), salda al

voce *Successioni*, cit., p. 729; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 7; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 23; G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 21; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 2; N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 21; ID., *La “melioratio”*, cit., p. 93; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 129; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 337, 344; P.L. FALASCHI, *La successione*, cit., p. 197.

⁴⁰⁷ Per tutti, M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184.

⁴⁰⁸ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 2. Nello stesso senso, N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 21, che parla di principi «fieramente avversi», e F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 280, per il quale “uno dei punti, che offre maggiori e più forti argomenti, per combattere l'opinione di coloro, i quali vorrebbero scorgere tra l'antico diritto romano e l'originario diritto dei Germani una grande rassomiglianza e una quasi identità, si è il diritto successorio, il quale si manifesta e si sviluppa in modo che potrebbesi quasi dire opposto presso l'uno e l'altro popolo”.

⁴⁰⁹ P.C. TACITO, *La Germania*, Firenze, 1943, cap. XX, p. 36.

⁴¹⁰ Così P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 168, il quale collega la circostanza al fatto che i Germani non conoscevano l'istituto della «patria potestà», perché “[...] manca ad essi, come manca oggi nel nostro diritto, la concezione d'un potere unitario concentrato nelle mani del padre di famiglia, che, in vita ed in morte, regolava la sorte dei membri di essa sottoposti alla sua ferrea potestà”. D'altronde, è stato rilevato – A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 38 – che molto di quanto scritto dallo storiografo romano alla

punto da non riconoscere al padre (*Hausvater*) alcuna facoltà di disporre, neppure a titolo liberale, dei beni costituenti il patrimonio familiare (*Hausgut*)⁴¹¹.

L'Editto di Rotari del 643, ossia la prima «codificazione»⁴¹²

fine del I secolo d.C. si mantenne inalterato fino alla vigilia delle migrazioni in Occidente, avvenuta tre secoli più tardi. Per una diversa impostazione, P.L. FALASCHI, *La successione*, cit., pp. 244-245, secondo cui “è certo difficile sottrarsi al fascino delle definizioni stringate ed efficacissime di uno dei più grandi scrittori latini, ma ciò non deve impedirci di rammentare che Tacito compose la sua *Germania* all'incirca cinque secoli prima che i Longobardi si stanziassero in Italia, che egli scriveva a tesi, volendo far riflettere sul pericolo germanico e nello stesso tempo esaltare i semplici costumi delle popolazioni germaniche così profondamente diversi da quelli ormai corrotti del popolo romano, che probabilmente l'autore non ebbe mai modo di conoscere direttamente le popolazioni e i luoghi da lui così vivacemente descritti”.

⁴¹¹ G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 109, *spec. nt. 2*, ove si evidenzia che lo *Hausvater* (o *Hausherr*) non era infatti proprietario, ma amministratore a vita dello *Hausgut*, e titolare d'ogni diritto su di esso era, appunto, la *Hausgemeinschaft*. V. anche A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 1-2, il quale ricorda, invero, che le alienazioni «tra vivi» erano soggette a vistose limitazioni, specialmente quando poste in essere a titolo gratuito, sebbene vi fosse la garanzia da parte del gruppo familiare “[...] del naturale ritegno che sentiva il donante di non abusarne, per la sottrazione che veniva a fare eziandio, e primieramente, a se stesso”, là dove, invece, nessuna tutela v'era nel caso della disposizione *mortis causa*, ché “[...] l'individuo non ha nell'interesse suo personale alcun freno che lo rattenga, non potendo temerne alcun danno suo proprio” (così anche F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., pp. 310-311 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 404).

⁴¹² V. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 134; G. MERKEL, *Appunti per la storia del diritto longobardo*, in F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, III, cit., Appendice, pp. 17-18; *spec. C. GIARDINA*, voce *Successioni*, cit., p. 729, secondo il quale in materia successoria sarebbe necessario esaminare tale Editto in modo distinto da quelli posteriori, in quanto esso inaugurava – dopo settantacinque anni dall'invasione longobarda della penisola (568) – la loro attività legislativa, e “[...] presenta gl'istituti di diritto privato più rispondenti allo spirito e alla civiltà germaniche”. Ma per la segnalazione di un'assenza di organicità dell'Editto, P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 56; e sulle sue radici, v., invece, E. BESTA, *Le fonti dell'Editto di Rotari*, in AA.VV., *Atti del 1° Congresso internazionale di Studi Longobardi*, Spoleto, 27-30 settembre 1951, Spoleto, 1952, p. 51 ss. e, sulle influenze romanistiche, P. DEL GIUDICE, *Le tracce di diritto romano nelle leggi longobarde*, Milano, 1886, *passim*, già alla p. 7, ove si nota che la stessa dizione *edictum* non va esente dall'influsso di diritto romano, giacché gli altri codici barbarici recavano il nome di *lex* o *pactum*.

longobarda⁴¹³, aveva ribadito, d'altronde, l'atteggiarsi della «consanguineità» a criterio cardine dell'ordinamento successorio⁴¹⁴, per

⁴¹³ Scesi in Italia nel 568, i Longobardi erano un popolo d'origine scandinava, più tardi transitato nella Pannonia, ossia la moderna Ungheria, e giunsero, dopo tre anni d'assedio, guidati dal Re Alboino, ad espugnare Pavia, che divenne la capitale del nuovo Regno, dopo esserlo stata di quello ostrogoto nell'età di Teodorico. Regno che si estese poi fino all'Italia settentrionale e centrale, e ripartito in trenta territori facenti capo ad altrettanti duchi, dotato di potere militare civile e giudiziario: v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 45; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 105 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 96 ss.; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 399 ss. Nel nostro ambito, *spec.* G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 44 ss.

⁴¹⁴ In particolare, l'eredità si tramandava soltanto nell'ambito del nucleo familiare domestico e agnatizio, secondo le linee o generazioni (*parentilla*) e poi in virtù dei gradi (*geniculum*): «*Omnis parentilla usque in septimum geniculum nomenetur, ut parens parenti per gradum et parentillam heres succedat; sic tamen ut qui succedere vult, nominatim unicuique nomina parentum antecessorum suorum dicat [...]*» (*Roth.*, 153). In questo contesto, era dunque decisivo il legame «di sangue»: “[...] tanto più vicino il sangue, tanto più vicina l'eredità” (C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 729). Più in dettaglio, ogni erede poteva trovare nell'Editto la precisa quota ereditaria cui aveva diritto: ai figli maschi legittimi sarebbe spettata tutta l'eredità paterna (*heredes in omnibus patri succedant*), escludendosi dunque ogni altro erede (figlie, sorelle del *de cuius*, parenti; v. *Roth.*, 171), ma con la sola eccezione dei figli maschi naturali, ai quali spettava un terzo dell'eredità se v'era un figlio legittimo, o una quota progressivamente inferiore se i figli legittimi fossero stati due o più (*Roth.*, 154); agli stessi, in difetto di fratelli legittimi, spettava la terza parte dei beni ereditari (*Roth.*, 158, 159, 160). Le figlie legittime nubili concorrevano nell'eredità soltanto se non v'erano fratelli legittimi: per un terzo se la figlia era una, per la metà se due o più (*Roth.*, 158, 159). Ad esse erano equiparate le sorelle legittime nubili dell'ereditando, le quali dividevano proporzionalmente con le nipoti la metà dei beni (*Roth.*, 160). Le figlie e le sorelle maritate dovevano invece ritenersi soddisfatte di ciò che avevano ricevuto per le nozze (*Roth.*, 181). In assenza di figli legittimi, erano chiamati all'eredità anche i parenti maschi della linea paterna, ossia gli agnati; in particolare, a questi ultimi veniva deferita una quota fissa pari ad un terzo del patrimonio (se v'era concorso con una figlia legittima e con uno o più figli naturali) e ad un sesto del compendio (se le figlie o sorelle legittime erano due o più; v. *Roth.* 158, 159, 160, 163, 171). Inoltre, al padre era riconosciuto il diritto d'essere erede di tutto il patrimonio del figlio qualora questi fosse premorto senza aver lasciato figli o figlie legittime o figli naturali (*Roth.*, 170). V. anche P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 187-193, 202-204; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 294 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 338 ss.; *spec.* G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 45 ss., ove un analitico commento ai suddetti capitoli.

tal via negando rilievo alle facoltà dispositive dischiuse dall'atto testamentario⁴¹⁵.

Fu solo Liutprando a mitigare le rigide regole contenute nell'Editto⁴¹⁶, consentendo, nel 713, a qualsiasi persona gravemente malata, di disporre mediante donazione d'una parte del patrimonio a favore dell'anima⁴¹⁷⁻⁴¹⁸, in particolare con una quota non imposta

⁴¹⁵ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 729, 731 e P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., p. 41 (ma cfr. anche P.L. FALASCHI, *La successione*, cit., p. 199 ss.). La prevalenza della successione intestata aveva anche altri corollari: si pensi, ad esempio, al fatto che l'erede, alla morte del *de cuius*, non aveva bisogno d'adire l'eredità, ché non acquistava un patrimonio che gli fosse stato estraneo, e dunque si giustificava un effetto acquisitivo *ipso iure*, peraltro inizialmente irrifrutabile per mezzo di rinunzia (sul punto v. anche, *infra*, nt. 100, nonché P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 173-174); non v'era possibilità di giacenza ereditaria, e non tanto per la difficoltà della tradizione germanica di concepire la persona giuridica (così, invece, C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 730 e v. anche E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 41; ma, *contra*, nel senso dell'impossibilità di riconoscere personalità giuridica alla *hereditas iacens*, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 183), quanto per la riferita, necessaria coincidenza tra «delazione» e «acquisto» dell'eredità: in entrambi i casi, dunque, diversamente da quanto avveniva in diritto romano (v., *supra*, cap. I, § 10, nonché P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 185-187; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 120-121; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 185). Anche quegli istituti, che apparentemente risentivano della tradizione romana – si pensi alla divisione dell'asse ereditario in *unciae*, che è “[...] portato della lingua legale dei Romani” (F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 411 e P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., p. 19) – in realtà erano fondati su regole sostanziali longobarde, come acutamente messo in luce da P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 171.

⁴¹⁶ In linea generale, sulla sua figura, e sui capitoli aggiuntivi o modificativi della legislazione di Rotari, emanati dal 712 al 744, in quindici assemblee generali, v. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 732-734; G. MERKEL, *Appunti*, cit., p. 18; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 137-138; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 400 ss.; P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., p. 42 ss. Nel nostro ambito, *spec.* G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 61 ss.

⁴¹⁷ *Liutprandi leges*, c. 6: «*Si quis Longobardus, ut habens casus humanae fragilitatis, aegrotaverit, quamquam in lectulo reiaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, pro anima sua indicandi vel dispensandi de rebus suis, quid aut qualiter cui voluerit; et quod indicaverit, stabilem debeat permanere*». Secondo G. VISMARA, *La successione*, cit., pp. 132-133, tale capitolo rappresentò l'occasione della prima penetrazione di alcuni principi della successione testamentaria romana nel diritto longobardo: infatti, a parere dell'A., “i diritti germanici richiedevano la gagliardia fisica come necessaria premessa della capacità

d'agire, e solo in epoca tarda e limitatamente a liberalità di scarso valore giunsero a riconoscere efficacia alla donazione di persona ammalata”; tuttavia, “[...] anche superato questo primo ostacolo, ne rimaneva un altro: nella impossibilità fisica di muoversi dal letto, il malato non avrebbe potuto compiere tutti gli atti necessari per il trasferimento della proprietà, particolarmente se si fosse trattato di beni immobili, mentre, nel caso di malattia avanzata, avrebbe potuto mancare il tempo necessario al compimento delle formalità richieste da parte del donatario” (per questa lineare giustificazione, v. anche G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 125).

⁴¹⁸ Deve poi menzionarsi il c. 113, dell'anno 729 (vedilo per esteso *infra*, nt. 230), il quale statui che il padre potesse prelevare una quota della sostanza familiare, al fine di migliorare con essa quella di un figlio che, secondo il suo giudizio, «*bene et secundum Deo obediens fuerit et servierit*»; quota che si otteneva dividendo il patrimonio per il numero dei figli più uno, sì da computare anche il padre. È altresì significativo il c. 73 dell'anno 726, il quale dapprima affermava la nullità della donazione fatta senza il rispetto delle forme della *thinx* (la quale, esigendo che l'atto fosse compiuto dinanzi ad un'assemblea di uomini liberi, ne assicurava la pubblicità: c.d. *gairethinx*, se è vero – v. G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., pp. 108, 121 – che *thinx* e *gairethinx* paiono essere usati entrambi come sinonimi della latina *donatio*, ma l'ultima locuzione richiama più specificamente l'idea della pubblicità) e della *launegild* (che, prevedendo la consegna da parte del donatario di una controprestazione, attestava la «bilateralità» dell'atto liberale, anche in tal caso diversamente dal diritto romano: «*de donatione quae sine launigild aut sine thingatione facta est, minime stare debeat. Quia et sic specialiter in edictum non fuit institutum, tamen usque modo sic est indicatum*»). E cfr. – sui due profili – A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 70; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 5-6, 579-583; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 312; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 250-253, 254-256; M. BELLOMO, voce *Negoziio*, cit., p. 923; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 344, 404-405; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 195, 231-232; P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., pp. 11, 13; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 107 ss.; P.L. FALASCHI, *La successione*, cit., p. 210 ss., *spec.* 215-216, ove s'ipotizza che l'approvazione *per gairethinx* fosse correlata alla finalità di *adoptio*, e “di qui l'intervento dell'assemblea che, se appare una macchinosa complicazione per un atto che sostanzialmente interessava la sfera patrimoniale di un numero limitatissimo di soggetto, poteva essersi rivelato quanto mai giovevole nel valutare la possibilità e l'opportunità dell'inserimento di un estraneo nel chiuso consorzio politico-giuridico della sippe” (per l'analogo problema in diritto romano, v., *supra*, cap. I, § 1, nt. 13). Ma poi quel c. prevede – sotto evidente influenza ecclesiastica – un'eccezione per le donazioni *pro anima*, le quali sarebbero state valide anche in caso d'inadempimento delle riferite formalità: «*quia in loga sanctorum aut in exeneodochio nec thinx nec launigild impedire deuit, eo quod pro anima factum est*». Si v., al riguardo, E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 122-124, 127, 141; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 294; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 580; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 737, il quale, in particolare, ha precisato il contenuto di tale eccezione, movendo dalla premessa che il diritto germanico non conosceva atti

legislativamente, ma lasciata alla libera volontà del disponente⁴¹⁹.

La previsione fu introdotta dal sovrano longobardo sotto l'evidente influenza ecclesiastica⁴²⁰; d'altronde, egli era re d'un popolo che dal 680

d'alienazione «gratuiti» (sul punto, anche A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 404) e che l'onerosità era di regola garantita dalla *launegild*, la quale era per così dire «surrogata», nelle disposizioni pie, dal «beneficio» che il donante ricavava per la propria anima. Nel senso d'una sostituzione d'un *launegild* «soprannaturale» ad uno «terreno», appaiono orientati anche G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 131 e F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., pp. 13-14, secondo cui, in particolare, il launegildo veniva fatto consistere ora nel vantaggio spirituale sperato nell'altra vita, ora – e più frequentemente (anche per effetto del diffondersi dell'onorario per la celebrazione delle messe) – nell'opera mediatrice dei sacerdoti, la quale si esplicava nella recitazione di preghiere e nella celebrazione di messe a suffragio, sicché, nel primo caso, la donazione era riguardata come fatta direttamente a Dio, mentre, nel secondo, immediatamente agli ecclesiastici, dai quali si attendeva appunto l'esecuzione delle riferite «prestazioni» religiose (così anche A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 405-406, per il quale infatti “[...] in tal caso si reputava che la salute dell'anima e le sacre funzioni ad essa inerenti rappresentassero quasi materialmente il compenso al donante, in ogni altro caso richiesto”). Veniva in tal modo creandosi nella mente dei Longobardi – con P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 225 – “[...] un parallelismo fra la loro *thinx* e gl'istituti ereditari”, e, dunque – invece con M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184 – le stesse «linee fisionomiche» della *thingatio* venivano profondamente modificate. Nel senso invece d'escludere l'autonoma configurabilità di una *donatio pro anima*, G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 117.

⁴¹⁹ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 733-734.

⁴²⁰ Discorre della legge come “chiaro risultato dell'azione ecclesiastica sul legislatore barbarico”, C. GIARDINA, *op. cit.*, p. 733. Nello stesso senso, F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 81; A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 1318; N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 21; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 166; G. VISMARA, *L'unità*, cit., p. 31; G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 109; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 137, *spec.* 346; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 322, 401; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 24; P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., pp. 44-45; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 47; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 223; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 318. Peraltro, l'eco della Chiesa poteva essere colta in molte altre previsioni, come quelle che consentivano la manomissione del servo davanti all'altare (c. 23), che miglioravano la posizione successoria delle figlie in assenza di figli maschi (c. 1-4), che riconoscevano l'asilo ecclesiastico (c. 143), che recepivano alcuni impedimenti matrimoniali propri del diritto canonico (c. 32-34) e, infine, che codificavano il principio di «sacramentalità» alla base del matrimonio stesso (c. 117: «[...] *coniunctio, quam Deus praecepit* [...]»). Su quest'ultimo profilo v. anche A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 327-328 e *spec.* F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 221, il quale rileva che “spiritualizzare la concezione germanica, che [...] aveva a base

s'era integralmente convertito al cristianesimo⁴²¹, e v'era ormai spazio, quindi, per incrinare la rigida regola germanica dell'intangibilità del patrimonio familiare⁴²². Ma con ciò – ben si badi – non ci si spinse a

una compravendita della donna, considerata semplicemente oggetto del negozio, non era facile impresa; e tuttavia nella legislazione longobardo-franca è visibile il cammino che la Chiesa ha fatto percorrere rapidamente alla mentalità dei barbari” (sull'influenza del diritto canonico sulle istituzioni familiari, v., in generale, anche E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 235-241). Viceversa, è comunemente ritenuto che nella compilazione giustiniana il peso della dottrina cristiana non sia stato particolarmente significativo, essendosi essa limitata ad accentuare taluni processi evolutivi già in atto: v. le brevi osservazioni di G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni*, cit., p. 483.

⁴²¹ Osserva invero P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., pp. 42-43, che la vera differenza tra Liutprando e i suoi predecessori risiedeva proprio in ciò, che ora “il re trae la sua ispirazione da Dio, ripete spesso la sua professione di fede cattolica, non omette neppure qualche citazione biblica, e col dettare nuove leggi egli intende associare allo scopo civile quello spirituale della salvezza dell'anima”. Sull'incidenza profonda di tale conversione, cfr. anche A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 196, il quale osserva che per il suo tramite “[...] il clero consegue un posto eminente nella società longobarda; il patrimonio ecclesiastico si accresce, per il favore dato dal diritto longobardo alle donazioni e ai testamenti a pio scopo”; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 277-278, 280, secondo cui “[...] la conversione all'ortodossia cambiò la natura e i costumi de' Longobardi; e allora il bisogno di provvedere alla salute dell'anima con donazioni alla Chiesa fu da tutti intensamente sentito”; e ben comprensibilmente: “non sono forse gli evangeli pieni di esortazioni a far limosine a' poveri per averne il contraccambio in cielo, ed a disprezzare le ricchezze terrene? Niuna meraviglia dunque che le stesse idee si trovino ne' documenti del tempo”. Sul punto, cfr. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 108 ss.

⁴²² Di “apertura di una breccia verso l'introduzione della successione volontaria” discorre A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 47, e di “moncone di testamento, che avrà poi tanta vitalità”, N. TAMASSIA, *La “melioratio”*, cit., p. 106. Nel senso che la donazione in questione possa qualificarsi, tecnicamente, come «testamento», v. F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 441; P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., pp. 45, 47; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 315-322, ma cfr. anche, *ivi*, la p. 359, per la considerazione che “[...] il testamento germanico non era un testamento vero e proprio nel senso romano”, poiché “[...] esso mancava dell'istituzione di erede, e non era una disposizione *in universum ius*; quindi riducevasi ad un codicillo, ad un legato”. *Contra*, G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 21, per il quale il testamento sarebbe istituito del tutto estraneo alla tradizione longobarda; M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 922, che segnala recisamente come gli atti testamentari fossero “[...] ignoti ai Longobardi, e non per caso”; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 159, il quale – in esito ad una compiuta analisi documentaria – afferma che “il testamento tecnico del diritto romano, atto non patrimoniale, operante

prevedere una «libera» e «piena» facoltà dispositiva, in quanto quest'ultima, ritenuta peraltro «eccezionale»⁴²³, era subordinata, in ogni caso, al

un trapasso universale in base al titolo della istituzione di erede, è sparito dalla pratica del Regno, e, se pur talvolta s'incontrano delle carte riboccanti di formule e di reminiscenze tolte allo stile del classico «testamentum», ciò solo è dovuto al malo uso di arcaici materiali preparatorî, senzaché alla esteriorità corrisponda il contenuto"; P.L. FALASCHI, *La successione*, cit., pp. 217, ove si legge significativamente che, per quanto la constatazione possa risultare ovvia, "[...] essa tuttavia suona ostica ad una certa abitudine mentale formalistica, di origine romanistica ma soprattutto congeniale al giurista moderno post-codificazione, che è portata a scorgere nel testamento la realizzazione suprema dell'autonomia privata in materia di disposizione *m.c.* e a considerare come imperfetti espedienti talora preparatori, talora deteriormente elusivi, di quell'unico istituto così ben congegnato", 229 ss., per alcuni indici testuali vòlti a smentire siffatta ricostruzione, 236 per la decisiva considerazione secondo cui – se è vero che il capitolo è stato introdotto dietro pressione ecclesiastica (v., *supra*, nt. 36) – è allora da escludere che la Chiesa avesse interesse ad introdurre l'istituto del testamento, in quanto atto revocabile, ché, altrimenti, "[...] molte opere di convinzione perseverante, poste in essere da ecclesiastici, sarebbero andate perdute perché molti testamenti sarebbero stati revocati trascorso il momento della suggestione, superato il pericolo di morte imminente, cessata l'esaltazione mistica passeggera". Peculiare e complessivamente isolata è, invece e infine, la posizione di F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 223, nt. 25, secondo cui la Chiesa si ispirò non già al *testamentum iure civili*, bensì al *testamentum militis*, "[...] privo di forme, dove la *nuda voluntas testatoris* era sufficiente".

⁴²³ Di questa opinione G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 133, nt. 85, per il quale l'atto d'ultima volontà confezionato secondo le *Liutprandi leges*, c. 6 portava impresso «lo stigma della caducità», in quanto avrebbe avuto effetto solo se il donante fosse morto in séguito a quella stessa malattia; se, invero, egli fosse rinsavito, poiché gli si apriva la possibilità di ricorrere nuovamente alla fattispecie bilaterale (ad es., *donatio post obitum*), la sua dichiarazione di ultima volontà sarebbe caduta nel nulla (nello stesso senso, P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., p. 292 e G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 125; e v. infatti la *Formula ad l. 19 Liutpr.*, su cui F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 319). Peraltro, riferisce L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 206, che, sebbene Liutprando avesse dichiarate nulle le donazioni non pie, fatte senza «tingazione» o senza «launegildo», la sua legge non fu, in pratica, osservata, a testimonianza – probabilmente – dell'influenza della novella concernente i lasciti pii (in questo senso, anche F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., p. 13, ove si rammenta il persistere della riferita tradizione in alcune regioni italiane; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 127, il quale osserva che "[...] è evidente che insieme ai legati pii si potesse facilmente frammischiarne altri non aventi il carattere spiccato di beneficenza, e può darsi che in pratica il favore del legislatore per i legati pro anima [...] si estendesse, facendolo esorbitare dal suo scopo immediato, provocando un rilassamento della forma").

ricorrere di precise finalità benefiche⁴²⁴.

Fu solo Astolfo⁴²⁵, che, continuando l'opera di Liutprando, allargò la sfera d'applicazione di quelle disposizioni⁴²⁶, con tre leggi innovatrici, tutte risalenti al 755: una, la più rilevante, che estendeva anche ai sani il diritto di perfezionare donazioni *pro anima*⁴²⁷, sicché la relativa forma, da «straordinaria» qual era, divenne ora «ordinaria»⁴²⁸; un'altra, che riconosceva, per la prima volta, la liceità delle disposizioni *mortis causa* del marito in favore della moglie⁴²⁹; un'altra ancora, che, infine, sanciva

⁴²⁴ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 734. La stessa possibilità accordata dal c. 113 (v., *supra*, nt. 34) era legata ad una precisa destinazione, in quanto la *melioratio* non era frutto dell'arbitrio paterno, ma aveva funzione «compensativa» di servizi prestati dal figlio, in conformità alle leggi divine. Ma per un'interpretazione evolutiva del capitolo, v. P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., p. 300, secondo cui «la disponibilità iniziale [della quota] solo a favore del figlio più meritevole, gradualmente, nella pratica non apparirà più che un principio orientativo, superato dalle nuove tendenze che vedranno su questa quota un diritto assoluto del disponente».

⁴²⁵ Per un primo inquadramento sulla sua figura, v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 138; G. MERKEL, *Appunti*, cit., p. 19; P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., p. 65 ss.

⁴²⁶ Così apprendo – con P. DEL GIUDICE, *op. ult. cit.*, p. 65 – “[...] una nuova breccia nel sistema successorio germanico”.

⁴²⁷ *Ahist*, 12: «*Nam si ad finis mortis properavit, ita ut nec thingare hominem suum possent, neque in manu sacerdotis traderint circa altario liberum dimittendum, propter subitanea morte, et instituerit, ut post eius obitum per manum sacerdotes, qualem designaverit, circa sacro altario deduci debeat: causa miserationis decrevimus, ut sicut dominus euorum preceperit, ita impleatur, et sacerdotes, quem designaverit, eum absque cuiuscumque contradictionem absolvat, et liber permaneat [...]*». E cfr. P. DEL GIUDICE, *op. ult. cit.*, pp. 65-66.

⁴²⁸ Così F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 319 e v. anche P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., p. 242, per il quale – dall'esame di *Ahist*, 12 – può osservarsi come “[...] in esso spirino principi nuovi soprattutto di ulteriore deroga al formalismo che era stato proprio del primitivo diritto successorio longobardo; nel maggior rilievo dato alla *voluntas* del defunto è evidente una evoluzione secondo le direttive che erano state proprie del diritto successorio romano, così come è evidente una sempre maggiore e meno impropria ripresa della terminologia giuridica romana”.

⁴²⁹ *Ahist*, 14: «*Si quis langobardus decidens uxori suae usumfructum de rebus suis iudicare voluerit, et filius vel filias ex ea reliquerit, non amplius ei pro usum fructum iudicare possit, quam medietatem ex sua substantia super illut, quod ei in morgincap et metam secundum legem datum fuerit. Et si filius aut filias ex alia uxore reliquerit unum aut duos, possit uxori suae tertiam portionem ad usumfructum relinquere; si fuerint tres, quartam partem; si amplius, per eo numero computetur; morgincap et meta, quod ei legibus data est, habeat inantea. Si quidem nupserit postea, aut mortua fuerit, usumfructum in integrum*

l'efficacia obbligatoria d'ogni convenzione conclusa con chiese e luoghi pii, anche in confronto dei successori del contraente⁴³⁰.

Successivamente, e cioè quando – con la conquista carolingia – cadde il regno indipendente⁴³¹, l'osservanza degli Editti citati non venne tuttavia meno, in quanto la nuova legislazione ne rappresentava la legittima continuazione⁴³².

Tra le leggi rilevanti nella nostra materia, in questo periodo, occorre ricordare un primo capitolare⁴³³ di Carlo Magno, in cui si esigeva che le donazioni *pro anima* fossero accompagnate dall'immediata «tradizione»⁴³⁴, ed un altro in cui invece si disponeva – con evidente eco ecclesiastica – l'irrevocabilità delle donazioni *pro salute animae suae*, o che comunque prevedessero la facoltà di trattenerne le cose donate a titolo d'usufrutto⁴³⁵.

ad heredes revertatur, de meta vero et morgincap fiat secundum anteriore edictum». E cfr. P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., pp. 67-68.

⁴³⁰ *Abist*, 16, che così proseguiva: «*Si vero commutationem fecerint de casis terris vel familiis, et fuerint inter missus regis vel pontificis seu iudices aut tales homines tres, quorum fides amittitur, et res meliorate ei paruerit tunc, quando ipsa commutation facta fuerit, quod pars loci religiosi suscipiat, nullo in tempore postea ab eorum successoribus removeatur, sed semper commutatio ipsa firma permaneat, et si remove voluerit, poena inter se conligata conponat pars ipsa, qui remove voluerit*». E cfr. P. DEL GIUDICE, *Le tracce*, cit., p. 69.

⁴³¹ Per un'introduzione al periodo, cfr. F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 114 ss. e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 141 ss. Nella nostra precipua materia, v. F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 319, il quale osserva che in questa epoca l'uso di tali forme primitive di «testamento» si diffuse in misura maggiore.

⁴³² C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 735 e G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 162. Più in generale, sul persistente vigore del diritto longobardo, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 48 e F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 115.

⁴³³ Per informazioni su tali particolari fonti giuridiche, v. F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 337 ss. e A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 141 ss., 141, il quale segnala che «queste leggi, che derivano inizialmente dal potere regio, cresciute accanto al diritto popolare, divennero l'organo precipuo della formazione giuridica, nella nuova fase del periodo barbarico».

⁴³⁴ *Capit. It.*, 105, su cui L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 298.

⁴³⁵ *Capit. It.*, 78: «*Si quis Longobardus statum humanae fragilitatis praecogitans pro salute animae suae de rebus suis voluerit iudicare vel cartulam donationis cuilibet facere, non, sicut hactenus fieri solebat, ius sibi vendendi, donandi, commutandi et per aliam cartam easdem res alienandi reservet potestatem, sed absolute faciat unusquisque de rebus suis quod velit, et noscat sibi ex nostra auctoritate penitus interdictum, duas de eadem re facere donationes; sed postquam unam de rebus suis traditionem*

Tuttavia, tale capitolare sarebbe stato abrogato da una successiva legge di Lotario dell'825, con la quale s'ammise che le disposizioni in favore di enti ecclesiastici potessero essere revocate ad arbitrio del donante, purché questi se ne fosse riservata, espressamente, la facoltà⁴³⁶.

In esito alla definitiva dissoluzione dell'Impero carolingio, si registrò un periodo di stasi normativa, che s'interruppe solo nel secondo decennio del secolo XI, e infatti al 1019 risale quella legge dell'Imperatore Enrico II, con cui si stabilì che, in mancanza di figli, il marito potesse ereditare i beni della moglie⁴³⁷. Insieme ad alcune coeve disposizioni, come lo *edictum de beneficiis* di Corrado II del 1037 e la legge di Enrico III del 1039 sulla perdita dei benefici, si trattava, con assoluta probabilità, delle ultime disposizioni rilevanti in ambito successorio dell'Alto Medioevo⁴³⁸.

3. La diffusione delle donationes post obitum, quali figure negoziali idonee a contemperare gl'interessi «spirituali» e «mondani». Loro qualificazione in

fecerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem: ita tamen, ut, usufructum si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas». E cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 210; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 235; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 319; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 345; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 411; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 298; P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., pp. 285-286; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., pp. 163-164, il quale ultimo, in particolare, osserva come “[...] venisse così vietata qualsiasi donazione condizionale o a termine anche se irrevocabile, permettendosi solo quella diretta e assoluta, altrimenti non avrebbe senso l'ultima concessione del legislatore che concede la facoltà al donante, ove volesse ritenere l'usufrutto, di riavere le cose «per precariam»”.

⁴³⁶ *Lotharii*, 17: «*Volumus ut res quae a liberis personis locis Deo dicatis conferuntur, licet sibi usumfructum et ordinationem earundem rerum, si aliter sibi placuerit, reseruent, si aliter eas non ordinauerint, ita maneant sicut prius datae fuerint*». E cfr., nuovamente, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 299; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 210; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 235, il quale, in particolare, conclusivamente osserva che “l'irrevocabilità della *donatio post obitum* longobarda non è dunque un carattere originario di tale istituto, ma piuttosto si tratta di una riforma che la Chiesa cerca di ottenere, senza però riuscire pienamente nel suo intento”.

⁴³⁷ *Heinrici*, I, n. 1.

⁴³⁸ L'osserva anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 735.

termini di «patti successori» e conseguente affiancamento, alla delazione «legale», di quella «contrattuale». Identificazione dell'oggetto e delle modalità di esecuzione: l'interesse ecclesiastico verso la pronta esecuzione dei lasciti pii

In forza dell'evoluzione che si è descritta nel precedente paragrafo, emerge chiaramente come la progressiva incidenza umana sulle vicende successorie si sia tradotta non tanto nell'idea d'imporre la propria volontà *post mortem*, per mezzo dell'individuazione d'un erede⁴³⁹, quanto in quella di lenire la preoccupazione per la sorte della propria anima e, indi, di garantirsi una speranza di salvezza nella vita ultra-terrena⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Assai chiaramente, M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 195, secondo cui non solo essa “non era necessari[a]”, ma “[...] per lungo tempo non si concepì neppure”. Nella stessa direzione, A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 60; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 358; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 159. Peraltro, emerge chiaramente dalle fonti come la stessa istituzione ereditaria avesse ormai perso gran parte del suo significato primigenio. Infatti, “nei documenti del periodo barbarico si riscontrano [...] delle formule di istituzione di erede inserite in atti che nulla hanno a che vedere col testamento. Nelle carte del Regno longobardo ricorre talvolta l'uso della espressione *heredem instituere*. Tale espressione si ritrova però costantemente in atti che non sono mai testamenti, ma bensì negozi bilaterali, la revocabilità dei quali è talora esclusa dalla natura stessa del negozio, talora dalla volontà dei contraenti”: così G. VISMARA, ‘*Heredem instituere*’, cit., p. 158, il quale, dopo un esame di significativi riscontri documentali, perviene alla conclusione – *ivi*, p. 162 – che “[...] l'espressione *heredeis instituere* ha perduto tutto il suo significato, ed è stata svuotata del suo contenuto, così che ormai semplicemente significa attribuire ad una persona un lucro in considerazione della propria morte, sia che ciò avvenga per atto a causa di morte che per atto tra vivi”, al punto che la stessa parola *heres* designa il più delle volte il successore del sangue, ossia l'erede legittimo.

⁴⁴⁰ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 51. E v., chiaramente, G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 18: “gli atti di disposizione a causa di morte realizzati nell'età medievale richiamano l'attenzione su ben altro che su singole attribuzioni di beni o sulla preoccupazione di lasciare all'uno piuttosto che all'altro erede le proprie attività patrimoniali”; “[...] vi è pure ciò, certamente, ma quegli atti proclamano con infinite voci il problema più grande che assilla gli uomini, quello delle sorti future di ciascun uomo in un mondo eterno che non si conosce; un problema, dal quale è condizionata tutta intera la vita terrena, e non soltanto gli ultimi istanti di essa; dal quale è dominata la storia del diritto successorio, e non soltanto di questo”.

Eppure, in tal contesto, la sorte dei diritti patrimoniali non avrebbe potuto perdere, almeno integralmente, la propria rilevanza, e perciò – a fronte della riferita caduta in desuetudine del testamento, almeno nella sua originaria vocazione di strumento comprensivamente regolatore degli interessi *post mortem* – si cercarono strumenti altri per assicurarsi durante la vita (non tanto la «titolarità», quanto) lo «esercizio» dei diritti connotati da patrimonialità.

E a supplire «magnificamente»⁴⁴¹ alla mancanza del testamento furono, anzitutto, le donazioni⁴⁴² *post obitum*⁴⁴³: figure negoziali, queste, di chiara ascendenza longobarda⁴⁴⁴, e dalla larghissima fioritura⁴⁴⁵, che si sono ben dette “[...] attente a coniugare comportamenti coerenti con l’aspirazione alla salvezza nell’Aldilà con la salvaguardia d’interessi prettamente mondani”⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 128.

⁴⁴² Designata nei documenti con diversi nomi (*donatio, iudicatum, ordinatio, dispositio, testamentum, deliberatio, institutio, concessio, decretum*, etc.), essa è talvolta definita in termini moderni «testamento barbarico» o «testamento longobardo» (così, ad es., L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 159), ma la denominazione è stata giustamente “[...] giudicata grava di equivoci che hanno offuscato le linee del processo storico della scomparsa del testamento romano e della sua rinascita”: così C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 736 (nello stesso senso, già E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 138; G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., pp. 136-137; G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 31, per il quale, in particolare, la locuzione sarebbe il sintomo evidente d’una tendenza «nazionalistica» nella storiografia giuridica del XIX secolo).

⁴⁴³ A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 345, il quale avverte che esse si distinguevano in *reservato usufructu*, se avevano subito l’effetto di trasferire la proprietà in capo al donatario, ma con riserva del diritto reale minore in capo al donante, e *mortis causa*, nelle quali risultava viceversa sospeso il trapasso della proprietà fino alla morte del donante.

⁴⁴⁴ Roth., 173, ma cfr. anche G. VISMARA, *La successione*, cit., pp. 132, 142-143.

⁴⁴⁵ Sia tra le popolazioni di origine germanica, come i Longobardi, sia tra quelle romaniche e bizantine (C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 736 ed E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 128).

⁴⁴⁶ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 51, il quale nota che “entrambe tali finalità sono l’esatto opposto dell’obiettivo che la società romana aveva cercato di raggiungere con il testamento e spiegano quindi il suo accantonamento”. V'erano poi altri strumenti residuali con i quali si potevano conseguire effetti di «anticipata successione», come la c.d. «adozione in eredità», e precisamente la *adfilatio* e la *adfratatio*, ossia l’adozione, rispettivamente, come figlio o come fratello. Cfr., al riguardo, C. GIARDINA, voce

Anziché rivolgersi al diritto romano⁴⁴⁷, i Longobardi ravvisarono in tali donazioni gli strumenti contrattuali idonei a realizzare la libertà di disposizione che, come visto, avevano conseguito grazie a Liutprando, e ciò senza che né l'originaria configurazione strutturale, né le potenzialità funzionali di tali istituti potessero dirsi rinnegate⁴⁴⁸.

Nondimeno, era evidente come alle *donationes* s'annettessero effetti di tipo «para-ereditario»⁴⁴⁹, trattandosi di «patti successori»⁴⁵⁰, sicché esse determinarono l'affiancamento, alla successione «legittima», di quella «contrattuale»; la seconda, tuttavia, non oscurò né prevalse mai sulla prima, in quanto essa era preordinata unicamente alla distribuzione *pro anima* d'una quota del patrimonio, là dove la gran parte di questo si sarebbe in ogni caso devoluta secondo le regole legali, così relegando ad un ruolo piuttosto circoscritto siffatta, pionieristica delazione «pattizia»⁴⁵¹.

Oggetto di tali donazioni era la sola quota «disponibile», che poteva certo identificarsi con l'intero patrimonio del donante, nel caso in cui questi non avesse avuto eredi, ché costoro, altrimenti, avrebbero potuto

Successioni, cit., p. 736; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 344, 347; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 25-26.

⁴⁴⁷ In questo senso, v. *spec.* A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 345, secondo cui “si trattava sempre di atti bilaterali, e perciò ben lontani dal tipo del testamento; ma già si insinuava [...] la clausola della revocabilità, per il caso in cui non seguisse la morte del donante; clausola, che valeva ad assegnare alla donazione una delle funzioni del testamento”, sicché “[...] queste forme, sostanzialmente diverse dal testamento romano, adempivano tuttavia a taluni fili del testamento, e possono essere designate come contratti a scopo di successione”.

⁴⁴⁸ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 736-737.

⁴⁴⁹ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 4, secondo cui la successione «contrattuale» fu la prima modalità d'integrare le tradizioni giuridiche successorie romane e barbariche.

⁴⁵⁰ Cfr. – con varî accenti – A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 27-28; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 280; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 226; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 345.

⁴⁵¹ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 737 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 348, il quale, in particolare, osserva che il «testamento» “[...] si ridusse a un complesso di disposizioni accessorie, a titolo particolare, che non escludevano, ma accompagnavano generalmente la successione legittima provvedendo soltanto alla parte disponibile della sostanza e lasciando il resto naturalmente devolversi agli eredi naturali”.

far valere i loro diritti di legittima⁴⁵². Esse erano compiute talvolta direttamente per *traditio* dell'atto scritto dal donante al donatario; talaltra, e via via più frequentemente, nelle mani d'uno o più *erogatores, dispensatores* o *fideicommissari*, anche in tal caso per effetto della mediazione della Chiesa, la quale esprimeva come sempre più sollecita l'esigenza di rendere sicura l'esecuzione dei lasciti pii, a fronte d'eventuali opposizioni da parte dei congiunti del *de cuius*⁴⁵³.

4. *La «rinascita» del testamento nell'età basso-medievale. Il mutato contesto antropologico, tanatologico, socio-parentale ed economico: la riapparizione della successione volontaria. L'apporto del ceto notarile e la diffusione del diritto romano nella scuola bolognese d'Irnerio. Il limitato ruolo del «legislatore», a fronte dell'autonomia privata, filtrata dalla ars notaria. Capacità di quest'ultima di coniugare l'impostazione romanistico-giustiniana con le istanze «ultra-terrene» medievali e non estraneità di tale ambivalenza agli statuti comunali e alle leggi provinciali del tempo*

Anche mediante l'evoluzione di codesti negozi donativi⁴⁵⁴, s'assiste –

⁴⁵² C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 736.

⁴⁵³ ID., *op. loc. cit.*

⁴⁵⁴ F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 86; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., pp. 309, 318; S.H. BRUNSCH, *Genesi*, cit., p. 85; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 11; G. VISMARA, voce *Codicillo*, cit., p. 292; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 236; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 345-346; P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., p. 237-238; G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 143; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 738, il quale segnala che in alcuni luoghi il testamento fu preceduto dalla c.d. *ordinatio*, la quale, nonostante designasse talvolta la *donatio post obitum* (come visto *supra*, nt. 58), era in verità un atto «unilaterale», ma «irrevocabile». Essa comparve nell'ultimo quarto del XI secolo a Parma (le prime *ordinationes* parmensi risalgono, invero, al 1092 e al 1094), in Villa de Caselle (Padova) nel 1127, a Lucca nel 1151 e a Cremona nel 1180. Cfr. anche A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 30-31 e S.H. BRUNSCH, *Genesi*, cit., p. 86, ove, in particolare, i criteri distintivi tra testamenti e *donationes* – dall'A. suddivise in *post obitum* e *mortis causa*, ove solo queste ultime potevano essere effettuate a fronte d'un imminente pericolo di morte – vengono individuati nella: *i*) presenza della *heredis institutio*; *ii*) «revocabilità» dell'atto (su cui v. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 736, nt. 4, secondo cui essa non era contraddetta dalle clausole, mercé le quali talvolta il disponente si riservava il diritto di

a partire dal basso medioevo⁴⁵⁵ e in buona parte dell'Europa⁴⁵⁶ – ad una rinnovata diffusione, per non dire ad una vera e propria «resurrezione»⁴⁵⁷, del testamento, il quale così riacquistava caratteri non certo identici⁴⁵⁸, ma senz'altro più somiglianti rispetto all'antica

revoca); *iii*) sua «uni-» o «bi-lateralità». Diverse ancora le *donationes pro anima*, le quali non erano subordinate al verificarsi dell'evento-morte, connotandosi bensì per efficacia immediata, contrassegnata dalla formula – presente nella *dispositio* – «*a presenti die et ora*»: v., al riguardo, E. BESTA, *Storia*, cit., p. 140. Ad ogni modo, resta fermo – con G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 159 – che, in concreto, la separazione netta tra i diversi atti non era “[...] sempre agevole, poiché la *donatio mortis causa*, atto teoricamente fra vivi che si ammanta in una promessa contrattuale, può siffattamente modificarsi, per mezzo dell’aggiunta condizione sospensiva e della clausola della revocabilità, da oscillare e da confondersi con un vero atto d’ultima volontà”.

⁴⁵⁵ Per una periodizzazione più precisa, cfr. S.H. BRUNSCH, *Genesi*, cit., p. 84, ma il punto di svolta, in linea generale, si ebbe tra il XI e il XII secolo (convergono L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 161; G. CHIODI, *L’interpretazione*, cit., p. 28; A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 1319). Stando ai documenti, esso fece la sua prima apparizione a Pisa nel 1136, a Roma nel 1137, a Genova nel 1156, ad Asti nel 1170, a Pavia nel 1175, a Modena nel 1176 e poi a partire dal secolo XIII in tutta la penisola (C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 737-738).

⁴⁵⁶ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., pp. 52; 65, nt. 17; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 738, nt. 2, ove, in particolare, si segnala che la ricomparsa del testamento – “[...] uno dei fatti più notevoli della storia giuridica” – non si verificò solo in Italia, ma anche in Provenza nel corso del XII secolo, nel resto della Francia e in Inghilterra verso la fine del secolo medesimo, mentre in Germania in epoca leggermente più tarda (riferisce A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 16, nt. 17, a partire dal XIII secolo). Ad ogni modo, il primo motore di questa nuova fase della storia fu senz'altro l'Italia, al punto che non s'è giudicato fuori luogo affermare “[...] che nel secondo medioevo e sino al Cinquecento la storia italiana è in pari tempo a pieno titolo storia europea e storia mondiale” (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 85). Per indicazioni locali più puntuali, cfr. A. RIGON, *Orientamenti religiosi e pratica testamentaria a Padova nei secoli XII-XIV (prime ricerche)*, in AA.VV., *Nolens intestatus decedere*, cit., p. 41 ss.; T. BIGANTI, M.G. BISTONI, C.M. DEL GIUDICE e P. MONACCHIA, *I testamenti negli archivi degli enti religiosi di Perugia*, *ivi*, p. 65 ss.; M.I. BOSSA, *I testamenti in tre registri notarili di Perugia (seconda metà del Trecento)*, *ivi*, p. 77 ss.; L. RICCETTI, *Orvieto: i testamenti del “Liber donationum” (1221-1281)*, *ivi*, p. 95 ss.; M.R. CAPONERI, *Nota su alcuni testamenti della fine del secolo XIV relativi alla zona di Orvieto*, *ivi*, p. 105 ss.; E. RAVA, «Volens in testamento vivere», cit., p. 3 ss. e *passim*.

⁴⁵⁷ D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., p. 931.

⁴⁵⁸ Per quest'impostazione, v. *spec.* A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 338, secondo cui “[...] il

configurazione romana⁴⁵⁹.

Il secolo XI è «straordinario momento di maturità»⁴⁶⁰ e, in un mondo

diritto longobardo concesse al padre una certa libertà di disposizione sul patrimonio domestico, e si incontrò, per questo, con le nuove regole del diritto romano dell'età imperiale; ma ciò avvenne per un processo in tutto contrario, poiché, mentre il diritto romano si era mosso dal principio dell'assoluto arbitrio, almeno teorico, del testatore, e l'aveva visto più tardi stretto o limitato dai vincoli sempre più fermi delle pretese familiari, invece il diritto longobardo era partito dal predominio esclusivo della famiglia, e questo predominio aveva dovuto allentare e diminuire, fino a piegarlo ad ammettere un parziale diritto di disposizione, a profitto dei membri compresi nel cerchio familiare», e C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 747, per il quale «alla sua rinascita il testamento vedeva una società che, pur mutandosi ed evolvendosi, avea regolato per più di cinque secoli il proprio diritto ereditario in base alle rigide norme della successione legittima, una società che aveva concesso alla cosiddetta successione contrattuale ben poco spazio e respiro, ammettendola e riconoscendola valida soltanto per motivi esclusivamente religiosi che ebbero la loro suggestiva espressione nella *donatio pro anima*; ma soprattutto trovava una società che per cinque secoli lo aveva ignorato o dimenticato». Ma nello stesso senso, cfr. E. BESTA, *Storia*, cit., p. 137; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 256, il quale avverte che il testamento “[...] rinnova senza dubbio il linguaggio del diritto romano, ma la sua sostanza e il suo spirito sono altri”; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 168-169, che pone la circostanza in correlazione con la progressiva «germanizzazione» dell'istituto.

⁴⁵⁹ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., pp. 53-54, secondo cui esso mostra il suo tradizionale profilo di “[...] un atto unilaterale, *mortis causa*, strettamente personale e sempre revocabile, con funzione patrimoniale, dal contenuto minimo identificabile in una *haeredis institutio* valida ed efficace, utile a determinare a favore di chi si compia la successione universale”. V. anche L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 161, il quale richiama – tra le prime testimonianze d'un «ritorno» al testamento romano – il cartolare del notaio Giovanni Scriba, che, nell'ambito di vari atti ricevuti intorno alla metà del XII secolo, ne richiama, in particolare, tre, di chiara ascendenza romanistica; e cfr. M. CHIAUDANO e M. MORESCO (a cura di), *Il cartolare di Giovanni Scriba*, I, Torino, 1935, *passim*, *spec.* pp. 93-94, 174, 419. È pregnante, inoltre, l'osservazione di G. VISMARA, ‘Hereditatem instituere’, cit., p. 167, secondo cui, per quanto locuzioni romanistiche quali *heres*, *hereditas*, *institutio* o *testamentum* fossero state ormai svuotate del loro primo significato (v. anche G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 128), fu proprio tale «continuità formale» ad offrire “[...] alla scienza del diritto rinata a nuova vita l'elemento per una rielaborazione degli istituti testamentari, e della istituzione di erede in particolare, la quale, rivestendo delle forme romane i negozi giuridici medioevali, portò alla creazione del moderno diritto testamentario”.

⁴⁶⁰ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 127. Cfr. anche A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 83

più sicuro e più aperto, l'individuo può tornare ad esprimere la propria «soggettività». Germoglia, così, una nuova concezione «tanatologica», affidata all'efficace formula d'una percezione della «morte di sé»⁴⁶¹, e ciò

ss.

⁴⁶¹ Così P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 34, il quale adduce, a dimostrazione d'una rinnovata «preoccupazione» per la particolarità dell'individuo, in chiara discontinuità rispetto alla concezione «collettiva» della morte, quattro fenomeni: *i*) la rappresentazione del giudizio universale, in quanto a partire dal XII secolo nei timpani scolpiti delle chiese romaniche, a Beaulieu o a Conques, la gloria del Cristo, ispirata all'Apocalisse, domina ancora, ma al di sotto compare un'iconografia nuova, ispirata alla distinzione tra giusti e dannati (a Conques, sul nimbo del Cristo, si legge la parola «*Judex*»); *ii*) l'anticipazione del Giudizio dall'etere del Grande Giorno alla camera intorno al letto del moribondo, come illustrano le *artes moriendi*, ossia i trattati sull'arte di morire «bene»; *iii*) l'apparizione del cadavere (in francese, anche *transi* o *charogne*) tanto nell'arte, quanto nella letteratura, che denunciano, paradossalmente, un amore per la vita e per i *temporalia*, come le cose, gli uomini, i cavalli o i cani; *iv*) la «individualizzazione» delle sepolture, in quanto nella Roma antica ciascuno aveva il proprio luogo d'inumazione (*loculus*), contrassegnato talvolta da un'iscrizione, al fine di conservare l'identità della tomba e, insieme, la memoria della scomparsa; tuttavia, tali iscrizioni a partire dal V secolo divennero alquanto rare, per poi scomparire del tutto, in favore d'un vero e proprio «anonimato». Viceversa, a partire dal XII secolo, e in taluni casi anche prima, ricompaiono quelle iscrizioni funerarie, che per quasi novecento anni erano scomparse. Insieme all'iscrizione, torna allora l'effigie, che evoca dapprima l'eletto mentre riposa in attesa del Paradiso, per poi passare ad un ritratto inteso in senso più «realistico». Questi quattro indici denotano una radicale mutazione nell'approccio alla morte, che diviene, per usare un'espressione del tempo, *speculum mortis*, in quanto, nel filtro dell'evento fatale, l'uomo riscopriva il mistero della propria individualità: «dalla metà del Medioevo in poi – ha scritto sempre P. ARIÈS, *op. cit.*, p. 49 – l'uomo occidentale ricco, potente o letterato, riconosce se stesso nella propria morte: ha scoperto la *morte di sé*». V. anche G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 18, per il quale «al problema della morte, che nella concezione cristiana segna l'inizio della vita, si collega la necessità del bene e dell'amore sulla terra per impetrare la misericordia di Dio nell'estremo giudizio, il problema della giustizia umana e di quella divina, il rispetto della solidarietà umana, il problema della disparità tra il ricco e il povero, la necessità del distacco dai beni terreni contingenti per conseguire quelli celesti eterni»; R. BRENTANO, *Considerazioni*, cit., p. 8, secondo cui «lo sviluppo nei testamenti due-trecenteschi rivela la nuova consapevolezza di un *continuum* tra la vita e la morte; di uno spazio in cui l'uomo si muove dalla vita terrena alla vita dopo la morte, senza perdere tutte le sue cose e le sue azioni», sicché «[...] si sviluppa una sorta di trasparenza tra la vita individuale dopo la morte e il mistero, prima oscuro, dell'ultraterreno»; A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 187, a detta del quale,

si traduce, giuridicamente, non tanto nella «preminenza»⁴⁶², quanto nello «affiancamento» – ch'era comunque risultato assai rilevante – della successione «volontaria», a quella «legale»⁴⁶³⁻⁴⁶⁴.

infine, “[...] l'*inclinatio* a disporre dei propri beni *mortis causa* scaturisc[e] dalla partecipazione razionale dell'uomo al piano divino che, dando forma alla creazione, l'ha perciò stesso assoggettata ad un limite invalicabile, la morte”.

⁴⁶² Cfr., al riguardo, le osservazioni di C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 747, testualmente richiamate anche da A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., p. 1321, secondo cui “indubbiamente la rinascita del diritto romano favorì la libertà di testare e la pietà religiosa incitò a non morire intestato ed a pensare con disposizioni pie alla propria anima”, ma ciò non sembra autorizzare, in ogni caso, l'affermazione d'una primazia della successione testata, in quanto “[...] ogni successione si verificò quasi sempre attraverso due vie concorrenti ed integrantisi a vicenda, quella della successione legittima e quella della successione testamentaria”. Nella stessa direzione, M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 184; E. BESTA, *Storia*, cit., p. 7, secondo cui al testamento, nel medioevo, si ricorreva appunto per «correggere» la successione legittima; G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 24, per il quale la successione legittima assume soverchia rilevanza in quanto “erede è anzitutto il figlio, l'erede naturale dato da Dio”; infine, L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 406, che così compendia le differenze tra il diritto successorio germanico e quello romano: “qui in prima linea il diritto dell'individuo, limitato dal diritto della famiglia, ivi in prima linea il diritto della famiglia, limitato dal diritto dell'individuo”.

⁴⁶³ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 52. V. ancora P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 55, per il quale “dal XIII secolo al XVIII secolo, il testamento è stato per ognuno il mezzo di esprimere, spesso in modo assai personale, i propri pensieri profondi, la propria fede religiosa, l'attaccamento alle cose, agli esseri amato, a Dio, le decisioni prese per assicurarsi la salvezza dell'anima, il riposo del corpo”, nonché F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 87, secondo cui “per l'uomo del Medioevo morire intestato significa non lasciare traccia di sé, non creare una continuità tra la sua «vita» futura e quella trascorsa sulla terra”, e infine E. BESTA, *Storia*, cit., p. 9, a detta del quale, parimenti, “morire di colpo fu considerato grave sventura non solo perché mancava il tempo per ricevere la estrema assoluzione, ma proprio perché mancava il tempo di formulare i voti che il *de cuius* avrebbe voluto fare per l'impiego dei proprii beni, magari anche per la salute dell'anima sua”.

⁴⁶⁴ Conviene peraltro accennare al fatto che ciò non determinò la totale scomparsa della delazione «contrattuale», che – come visto nel § precedente – aveva affiancato quella «legale» per mezzo delle *donationes post obitum*, sebbene il recupero della tradizione romanistica, ch'era ormai divenuta diritto comune delle genti, costituisse un deterrente rispetto al riconoscimento dei patti successorî. Non v'è dubbio che il ricorso a tali figure donative si fece assai meno frequente rispetto al passato, tanto che gli statuti assai

D'altronde, ad essere mutate erano anche altre condizioni⁴⁶⁵ – come quelle socio-parentali⁴⁶⁶, religiose⁴⁶⁷, urbane⁴⁶⁸ ed economiche⁴⁶⁹ – le

raramente le disciplinarono, ma altre pattuizioni fecero, in questo periodo, la loro comparsa, sotto la forma di testamenti reciproci o simultanei risultanti da contratto. Sul punto, v. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., pp. 746-747; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 347, 823-824; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 133, il quale, in particolare, mette efficacemente in luce come “la rinascenza del diritto giustiniano rinverdì [...] la antica condanna” (si ricorderà, infatti, che i patti erano vietati in diritto romano: v., *supra*, cap. I, § 5, nt. 130), ma “[...] accomodandosi alla pratica, i giuristi cercarono di tratte dallo stesso diritto romano un appoggio a qualcuna delle pattuizioni più adoperate” [nello stesso senso, A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 36 e *spec.* P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 224, il quale ricorda il tentativo di trovare un appiglio in un passo del Digesto (XXX, 48, 1) dal quale si traeva la regola «*valet in iure argumentum ab ultimis voluntatibus ad contractus*»]. E cfr., infatti, G. VISMARA, *I patti successori nella dottrina di Cino da Pistoia*, in AA.VV., *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, XXX, Dijon, 1972, p. 393 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 237 ss.; ID., *I patti successori nella dottrina di Bartolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, 1962, p. 465 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 273 ss.; ID., *I patti successori nella dottrina di Baldo*, in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milano, 1962, p. 39 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 303 ss.; ID., *I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXXVI, 1970, p. 265 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., p. 391 ss.

⁴⁶⁵ Sottolinea, in linea generale, la concomitanza col mutamento dei «dati strutturali», A. BARTOLI LANGELI, *Nota*, cit., p. XI.

⁴⁶⁶ V. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 433 ss. e *spec.* D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., p. 931, ove si mette in luce che se, come appare indubitabile, “[...] le strutture parentali sono strettamente collegate con le pratiche ereditarie l'emergenza del testamento e della libertà testamentaria che lo accompagnò dovrebbero certamente esser considerate il risultato di una profonda trasformazione nella struttura parentale della società dell'Europa mediterranea”; con uno sconvolgimento “[...] descritto nei termini di una disintegrazione delle strutture parentali e di una crescita della libertà individuale dell'Europa del dodicesimo e tredicesimo secolo, allo stesso modo che l'emergenza del testamento nella stessa Roma sembra esser stata imputata alla ridotta autorità del gruppo parentale sopra gli individui che lo componevano” (sul punto, v. anche, *supra*, cap. I, § 10). A ciò l'A. aggiunge il rilievo della riorganizzazione su basi «verticali» dei legami di parentela, che comportò – specialmente in Francia – la trasmissione del patrimonio all'interno d'un gruppo ristretto, che favoriva i figli a spese delle figlie, e quelli maggiori a scapito dei minori. Per effetto di codesto riequilibrio, perse dunque d'importanza il tradizionale dono «maritale», e si assistette ad una crescita della «dote», mercé la quale le figlie erano escluse dalla partecipazione all'eredità, che così poteva essere organizzata su basi rigidamente «patri-lineari».

⁴⁶⁷ È chiara l'immagine offerta da J. LE GOFF, *L'uomo*, cit., pp. 4-5, per il quale “a seconda delle epoche, la Cristianità medievale insisterà piuttosto sull'immagine positiva dell'uomo, essere divino, creato da Dio a sua somiglianza, e associato alla sua creazione poiché Adamo ha dato il loro nome a tutti gli animali, chiamato a ritrovare il paradiso che ha perduto con la propria colpa, o piuttosto sulla sua immagine negativa, quella del peccatore, sempre pronto a soccombere alla tentazione, a rinnegare Dio e dunque a perdere il paradiso per sempre, a cadere nella morte eterna”. Ebbene, “[...] questa visione pessimistica dell'uomo, debole, vizioso, umiliato davanti a Dio, è presente per tutta la durata del Medioevo, ma è più accentuata durante l'Alto Medioevo dal IV al X secolo [...] mentre l'immagine ottimistica dell'uomo, riflesso dell'immagine divina capace di continuare sulla terra la creazione e di salvarsi, tende a prendere il sopravvento a partire dai secoli XII e XIII”.

⁴⁶⁸ V. J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., pp. 49-50, secondo il quale la forte espansione del mondo urbano era favorita dalla “[...] crescita economica: le eccedenze agricole permettono di nutrire una popolazione di contadini immigrati in aumento; le attività regionali occupano un numero crescente di uomini e di donne; l'edilizia, e in particolare la costruzione di nuove chiese, talvolta di dimensioni considerevoli (le cattedrali), attira nella città una più vasta manodopera; il commercio vi ha i suoi nodi di scambio (mercati, fiere, banchi di cambio e di finanziamento degli affari, case commerciali che operano sulle lunghe distanze)”. Insomma, “la città domina la campagna (che l'approvvigiona), e beneficia dell'intervento di fattori che, dall'esterno del mondo occidentale, stimolano il commercio e l'economia monetaria”. Sull'importanza della «città», cfr. anche P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., pp. 134-135; ID., *L'ordine*, cit., p. 128; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 350. Particolarmente sulla loro influenza esercitata dall'uomo, che così si fa «cittadino», v. J. LE GOFF, *L'uomo*, cit., pp. 19-21 e J. ROSSIAUD, *Il cittadino e la vita di città*, in J. LE GOFF (a cura di), *L'uomo*, cit., p. 155 ss.

⁴⁶⁹ D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., p. 931; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 256, 351; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 426 ss.; A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 32-33; *spec.* P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 127, ove primi dati strutturali propiziatori di tale progresso: “alla fine del secolo XI il paesaggio agrario di buona parte dell'Europa occidentale appare significativamente mutato: i tenaci dissodamenti che cominciano in guisa massiccia dal 950 in Fiandra, in Normandia, in Beaujolais, per continuare largamente in Spagna e poi nella Germania occidentale, nei Paesi Bassi, nell'Italia settentrionale e più tardi ancora in Inghilterra, con un grandioso processo spaziante dal X al XII secolo, incidono sul volto di [...] [un] paesaggio ormai dominato da campi coltivati”. V. anche ID., *Le situazioni*, cit., p. 132, ove invero si mette in luce che “[...] il problema economico fondamentale non è più quello della riconquista della terra, ma è quello di un traffico commerciale a medio e a largo raggio, è cioè, più ancora che un problema di produzione, un problema di circolazione” per quella classe di *mercatores* professionali che viene a costituirsi per effetto dell'intensificazione dei traffici commerciali. Infatti – *ivi*, p. 134 – “se il mercante

quali avevano contribuito al ritrovamento, da parte dell'individuo, d'una fiducia nelle proprie potenzialità, anche oltre la dimensione strettamente «comunitaria».

Il ceto notarile⁴⁷⁰ attivo nelle città basso-medievali aveva, inoltre,

dell'alto medioevo è, ben spesso, un contadino che scende settimanalmente al mercato del villaggio per vendere i prodotti del proprio podere o, il più delle volte, per scambiarli con quelli di un altro; se questo tipo di mercante occasionale può bene essere un illitterato, un incolto, esigenze diverse e maggiori premono sul nuovo mercante, ne fanno un personaggio la cui relativa cultura è porzione essenziale d'un certo bagaglio professionale, un personaggio che, per la propria mobilità, per la necessità di attuare rapporti fitti e continui con i più lontani e svariati centri urbani è, per ciò stesso, un veicolo efficace non soltanto della circolazione puramente economica, ma altresì di quella più propriamente culturale". V. anche – sul fondamentale ruolo del «mercante» – ID., *L'ordine*, cit., p. 128; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 351-352; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 441; A.J. GUREVIČ, *Il mercante*, in J. LE GOFF (a cura di), *L'uomo*, cit., p. 271 ss.; J. LE GOFF, *L'uomo*, cit., pp. 23-24; ID., *Il Medioevo*, cit., pp. 51-53 e, in generale, sulla floridità economica e sul progresso «tecnologico» propri di questo periodo, *ivi*, rispettivamente p. 59 ss., 67 ss.

⁴⁷⁰ Per un inquadramento generale, v. G. ORLANDELLI, *Appunti sulla scuola bolognese di notariato nel secolo XIII per una edizione della "Ars Notariae" di Salatiele*, in AA.VV., *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*, II, Bologna, 1961, p. 3 ss.; ID., *Genesis dell'"ars notariae" nel secolo XIII*, in *Studi medievali*, III, 6, 1965, p. 329 ss.; ID., *Ars notariae e critica del testo*, in AA.VV., *La critica del testo*, I, Firenze, 1971, p. 551 ss.; ID., *'Studio' e scuola di notariato*, in AA.VV., *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani*, I, Milano, 1968, p. 71 ss.; ID., *La scuola bolognese di notariato. Stato degli studi e prospettive della ricerca*, in AA.VV., *Notariato medievale bolognese*, II, Roma, 1977, p. 29 ss.; ID., *Documento e formulario bolognesi da Irnerio alla «Collectio contractuum» di Rolandino*, in AA.VV., *Notariato pubblico y documento privado: de los orìgenes al siglo XIV*, II, Valencia, 1989, p. 1009 ss.; ID., *La scuola di notariato tra VII e IX centenario dello Studio bolognese*, in AA.VV., *Studio bolognese e formazione del notariato*, Milano, 1992, p. 23 ss.; G. CENCETTI, *Il notaio medievale italiano*, in AA.VV., *Atti della Società ligure di storia patria*, IV, 1964, p. VII ss.; ID., *Dal tabellone romano al notaio medievale*, in G. SANCASSANI, M. CARRARA e L. MAGAGNATO (a cura di), *Il notariato veronese attraverso i secoli*, Verona, 1966, p. XIX ss.; G. COSTAMAGNA, voce *Notaio* (*dir. interm.*), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 559 ss.; C. CAROSI, *Il notaio a Genova nel Medioevo: scuola e formazione professionale*, in *Vita not.*, 1984, p. 792 ss.; L. SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano, 1997, *passim*, spec. pp. XI-XXXI, 3-86; ID., *Alle origini del notariato latino: la Summa Rolandina come modello di formulario notarile*, in G. TAMBA (a cura di), *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, Atti del Convegno internazionale di studi storici sulla figura e l'opera di Rolandino. Bologna, 9-10 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 163 ss.; O. CONDORELLI, *Il significato del*

rinvigorito la propria perizia tecnica, mercé l'apporto della scuola bolognese avviata da Irnerio, la quale aveva facilitato una conoscenza diffusa eppur capillare del diritto romano⁴⁷¹⁻⁴⁷².

notariato per lo sviluppo della cultura giuridica europea (con particolare riferimento all'Italia), in P. MAFFEI e G.M. VARANINI (a cura di), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri. Il cammino delle idee dal medioevo all'antico regime. Diritto e cultura nell'esperienza europea*, Firenze, 2014, p. 191 ss.; M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, 3^a ed., Milano, 2014, p. 1 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 143 ss.; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 243 ss.; M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 929; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 157 ss.; M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., *passim*.

Per testimonianze su singole regioni, v. G. FACCIOLE, *Della Corporazione dei Notai di Verona e il suo Codice Statutario del 1268*, Verona, 1953; F. BRIGANTI, *L'Umbria nella storia del Notariato italiano. Archivi notarili nelle province di Perugia e Terni*, Perugia, 1958; P. SOMEDA DE MARCO, *Notariato Friulano*, Udine, 1958; P. DE LORENZI, *Storia del Notariato Ravennate*, I, Ravenna, 1961; ID., *o.n.c.*, II, Ravenna, 1962; S. CALLERI, *L'arte dei giudici e notai di Firenze nell'età comunale e nel suo statuto del 1344*, Milano, 1966; C. PECORELLA, *Studi sul notariato a Piacenza nel secolo XIII*, Milano, 1968; ID., *Statuti notarili piacentini del XIV secolo*, Milano, 1971; R. ABBONDANZA (a cura di), *Il Notariato a Perugia*, Roma, 1973; A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'Alto Medioevo alla fine del Settecento*, Roma, 1979.

⁴⁷¹ V. A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 7, 32, 33; G. ASTUTI, *I principî*, cit., p. 770 ss.; ID., *I contratti*, cit., p. 387 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 445 ss., *spec.* 451 ss.; M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 926; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 511 ss.; ID., *Storia*, II, cit., p. 19 ss.; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 345 ss., *spec.* 367 ss. e 503 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 87-90; J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., p. 55; L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 161, il quale, in particolare, ricorda l'intuizione del fondatore della Scuola bolognese d'individuare nel «notaio» il tramite fra le acquisizioni della nuova scienza giuridica e la prassi negoziale, in particolare attraverso i «quattro istrumenti» della vendita, dell'enfiteusi, della donazione e, appunto, del «redivivo» testamento, che cominciava così ad accostarsi con pari dignità ai primi tre, fondamentali negozi. E cfr., al riguardo, G. ORLANDELLI, *Irnerio e la teorica dei quattro istrumenti*, in AA.VV., *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, LXI, 1973, p. 112 ss., ora in ID., *Scritti di paleografia e dogmatica*, Bologna, 1994, p. 493 ss.; P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 192; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 90-91; G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 53, e v. anche, *ivi*, la p. 65, nt. 19, ove si precisa che i *doctores iuris* vennero a conoscenza dell'esperienza giuridica romana mediante la compilazione giustiniana (sul punto, per tutti, F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 669 ss.), sicché per il «medievista» si svaluta l'evoluzione del testamento – e, ai nostri fini, delle relative formalità – nei vari periodi della romanità. Più in generale, v. M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 926, il quale – nell'ambito della «riscoperta» del diritto romano – iscrive il rinnovato interesse degli operatori giuridici

In questo contesto, un efficace ruolo propulsivo fu quindi assolto non già dal «legislatore»⁴⁷³⁻⁴⁷⁴, ma dalla libera manifestazione

verso la «negozialità» entro due direttrici: «da una parte, perché (anche) nelle teorie ‘negoziali’ e con esse si dà una connotazione al modo nuovo di essere civili, di stare e di vivere nella *societas* cittadina, che va affiorando e si va distinguendo dal mondo feudale e signorile e dalla logica che lo governa; dall’altra, perché la riconquistata e difesa autonomia della fenomenologia giuridica in confronto a quella religiosa ed etica presidia e rafforza un esclusivo potere degli intellettuali che la teorizzano e della classe emergente della quale essi sono parte attiva”.

⁴⁷² È significativa la correlazione – posta in luce da R. AJELLO, *Formalismo*, cit., p. 4 – tra «particolarismo medievale» e riscoperta del diritto romano: “[...] l’unica via possibile per rimediare alla dispersione delle norme, estrema nella fase del particolarismo feudale e tra gli ordinamenti etnici concorrenti, e perciò la sola garanzia di oggettività e di certezza, fosse nel ripristino delle fonti romane”. In questo senso, v. già F.C. DE’ SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 511, per il quale “[...] questo meraviglioso risorgimento [non] fu l’opera di nessun governo, ma della stessa necessità delle cose, e soprattutto, del bisogno che aveano le città lombarde, ormai diventate così ricche, popolose e attive, di un gius civile più esteso e accomodato alla nuova vita dei traffichi e delle arti; non potendo a ciò supplire né il gius germanico, né quella sì magra scienza di diritto romano a cui s’erano filo allora accomodate”.

⁴⁷³ Nota G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 55 che questa «datitanza» riguarda non solo la figura dell’imperatore, ma anche i detentori del potere locale, in quanto gli statuti cittadini italiani due-trecenteschi non regolamentavano analiticamente gli istituti privatistici in generale, né la successione testamentaria in particolare. Gli unici interventi avevano la funzione di alleviare formalità reputate gravose, superando la distinzione tra cinque e sette testimoni, e riducendoli a due; oppure ancora prevedendo la registrazione (*insinuatio*) dell’atto nei registri comunali. Ad es., nel *Liber consuetudinum Mediolani*, una consolidazione dei *mores* milanesi ultimata nel 1216, si legge – al tit. 14 («*De ultimis voluntatibus defunctorum*») – che «*Illud de ultimis voluntatibus scire oportet quod quaelibet ultima voluntas duobus testibus adhibitis vicem testamenti obtinet. Et notandum est quod, secundum quorundam sententiam, Mediolani duabus tantum mulieribus adhibitis, ultima voluntas roboretur*». La regola della sufficienza di due soli testimoni è addirittura additata da Bartolo come esempio di norma sì d’intuitiva comprensione nel suo contenuto precettivo, ma sostanzialmente inapplicabile in difetto d’una complessiva normativa «extra-statutaria» del testamento: Baldi Ubaldi Perusini Iurisconsulti... *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, apud Iuntas, Venetiis 1572, ad l. *Omnes populi*, 9. ff. *de iustitia et iure* (D. 1, 1, 9), f. 16r, n. 74: «*Unde quaero, nunquid ius commune interpretetur statuta? Dicit Bartolus quod statuta a iure communi recipiunt interpretationem passivam [...] Et si statutum dicit quod valeat testamentum coram duobus testibus factum, omnes leges testamentariae habent locum [...]*». E così anche v. lo statuto di Verona del 1327, il quale rinvia *expressis verbis* al diritto comune per quanto

dell'autonomia privata⁴⁷⁵, filtrata, anche tecnicamente⁴⁷⁶, dalla *ars*

non disciplinato direttamente dallo statuto «*Testamenta quoque in scriptis unicuique sit licitum facere secundum iura comunia ei qui de iure comuni testari potest*» (*Statuta Communis Verone*, Lib. II, cap. CXXV). S'è dunque osservato che le norme degli statuti appaiono lacunose e frammentarie, rinunciando ad individuare gli snodi centrali della disciplina successoria, come anche i presupposti della *testamenti factio*, i requisiti «formali» e «sostanziali» del testamento, le ipotesi d'invalidità e altri elementi centrali per una minima articolazione organica della materia (G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 56).

⁴⁷⁴ Più in generale, ciò appare coerente ad un contesto che – come ha scritto P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 22 – conosce sì “[...] soggetti politici forniti della massima latitudine potestativa, e non sono infrequenti poteri esercitati tirannicamente”, ma nel quale “[...] la coscienza collettiva serba la nozione – diffusa e mai smentita – della *incompiutezza* del potere politico, intendendo con siffatto sostantivo che qui il suo titolare non è sorretto da una psicologia totalizzante; al contrario, egli si occupa soltanto di ciò che attiene direttamente alla conservazione dell'ordine pubblico consentendo a forze plurali e diverse di manifestarsi e realizzarsi nella società civile”. In tale quadro culturale – p. 23 – “il Principe medievale – sia esso personaggio laico o ecclesiastico, oppure una città libera – non individua nell'occuparsi del diritto, nel produrlo, l'essenza della funzione suprema”, perché “la sua volontà espressa in una legge o in uno statuto cittadino, concerne solo oggetti limitati e sempre in stretta connessione con l'ordine pubblico della *civitas* o del principato”, ed egli è dunque “[...] solo occasionalmente legislatore, essendo riservata alla comunità la continua produzione del diritto”. Per altri spunti, v. ID., *Le situazioni*, cit., pp. 137-138.

⁴⁷⁵ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 55.

⁴⁷⁶ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 32. D'altronde, non è un caso che il notariato sorga contemporaneamente non solo al libero Comune italiano (su questa fase, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 127 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 412 ss., 522 ss.; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 352 ss.; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 525 ss.), ma anche alle Università, e ciò “non per semplice coincidenza certo: tutti e tre sono conseguenze di un rinnovamento degli animi e degli spiriti venuto a maturazione nel corso di quel secolo XI che sempre più si va svelando come una delle svolte più importanti nella storia d'Europa”; e “[...] il carattere italiano dell'insegnamento universitario bolognese, concretamente rivolto all'applicazione del neonato pensiero scolastico alla vita mondana, mentre nella consorella università parigina quel pensiero affrontava la speculazione filosofica e teologica, corrisponde esattamente al carattere degli altri due istituti, notariato e Comuni, ambedue espressioni di un umanesimo individualista non ignaro della vita sociale ma non disposto ad entrare in un gregge: di un mondo nel quale il fiorire dell'economia di scambio e il risorgere delle città, rapidamente e sicuramente impostesi alla campagna, determinano lo sfasciamento delle vecchie autonomie feudali [...]” (G. CENCETTI, *Il notaio*, cit., p. XVI). Per altro verso, il

*notaria*⁴⁷⁷; la quale adattava, attualizzandola⁴⁷⁸, l'intelaiatura

notaio era anche figura legata alle scuole vescovili o capitolari, come mostra, ad es., il caso di Parma, ov'era proprio il vescovo ad inscrivere i notai nello *ordo notariorum*, nonché per Ravenna, ove pare sia esistito uno stretto legame tra l'arci-diacono e il collegio di quei *sapientes*, ai quali si richiedevano consulenze giuridiche di alto livello (C. CAROSI, *Il notaio*, cit., p. 795).

⁴⁷⁷ Chiaramente, e in termini generali, O. CONDORELLI, *Il significato*, cit., p. 192, secondo cui “alla esigenza di certezza del diritto i notai altomedievali soccorrevano con la loro funzione e con una cultura che era specchio dei loro tempi”, e “[...] la loro funzione era essenziale in un contesto-socio-politico nel quale il potere pubblico era lontano o addirittura assente”, nonché M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 204, ove il rilievo per cui il notaio “[...] con finissima intuizione psicologica sapeva continuamente far appello alla tradizione, minimizzando tutti gli elementi di novità, interpretando, ove necessario, un passato più o meno fittizio o pretendendo di restaurarne le istituzioni”. Il notariato è citato, insieme, alla dottrina e alla giurisprudenza, quale vera e propria «fonte» dell'ordinamento medievale, da P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 258, il quale soggiunge che “in questo mondo, dove tutto tende a risolversi al di là di un sistema di norme autoritative, in questo pluralismo dominato da criteri probabilistici nell'esigenza di non vincolare il fenomeno giuridico entro chiusure rigorose, il diritto ha una sua dimensione vitale, un contatto fittissimo con la natura delle cose sociali ed economiche, che si traduce in una impressionabilità singolare da parte di quella, e l'idea del diritto come cristallizzazione rigida cede all'idea di una realtà mobile e permeabile dal flusso senza fine dei fatti” (e v. anche ID., *L'Ordine*, cit., pp. 191-192, ove le differenze rispetto al notaio «proto-medievale»). Più specificamente, v. G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 57 e L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 163, i quali richiamano sia la trattazione offerta da Ranieri da Perugia (sulla sua figura, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 146) nella seconda versione, datata 1225 c.a., del suo formulario (la c.d. *Ars notaria*, per distinguerla dalla prima redazione, d'un decennio precedente, denominata invece *Liber formularius*), sia il *magnus opus* di Rolandino Passeggeri. Quanto alla prima, nel cap. CCCV, rubricato «*De voluntatibus ultimis*», il notaio illustra cos'è il testamento, i suoi requisiti tanto «formali», quanto «sostanziali»; in relazione alla seconda, la materia delle ultime volontà trovasi regolata nel cap. VIII della *Summa totius artis notariae* e poi nel posteriore *Flos testamentorum*. In particolare, nella *Summa* (pars II, cap. VIII, f. 232v.), Rolandino così – in chiaro omaggio al diritto romano – definisce il testamento: «*Testamentum est voluntatis alicuius legitima dispositio, iusta sententia, i. de eo quod post mortem suam fi eri voluit cum institutione haeredis, vel sic. Testamentum est quaedam solennis ordinatio, sive voluntas cum institutione haeredis. Unde sine haeredis institutione non valet testamentum. In quo testamento nemo potest sibi legem dicere a qua recedere non liceat, cum ambulatoria sit voluntas defuncti usque ad exitum vitae. Testamentum etiam nisi testatore mortuo non habet vires. Et dicitur testamentum mentis testatio, i. declaratio voluntatis*». E particolarmente

significativo è il passaggio del *Flos* (t. I, c. 241 rv.), nel quale il Maestro individua le sei parti fondamentali (delle quali tre «necessarie», e tre «facoltative») dell'atto testamentario: al proemio con l'indicazione delle generalità del testatore e del suo stato di salute (1^a parte, necessaria), si fanno seguire subito «*tamquam dignora*» le disposizioni «*quae ad Dei reverentiam et animarum salutem noscuntur*», come i legati finalizzati alla restituzione di cose acquisite in modo illecito, nonché quelli «*pro anima*» o a favore di altri soggetti (2^a parte, facoltativa, ma assai ricorrente); poi l'istituzione di erede (3^a parte, indefettibile), con eventuali sostituzioni (4^a parte, appunto facoltativa) e con «*voluntariae providentiae testatoris*» contenenti disposizioni di varia natura, dalla nomina di un tutore a quella d'un esecutore testamentario (5^a parte, parimenti facoltativa) e, infine, nell'escatocollo, la clausola «*generalis*» con cui si prevedeva la conversione del testamento invalido per difetto di qualche formalità, come il numero dei testimoni (6^a parte, necessaria). E cfr., al riguardo, E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 168-169; P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 195; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 146-147; L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 164; F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, II, cit., pp. 510-515; G. CENCETTI, *Il notaio*, cit., p. XVIII; ID., *Rolandino Passeggeri, dal mito alla storia*, in ID., *Notariato medievale bolognese. Scritti di Giorgio Cencetti*, I, Roma, 1977, p. 199 ss.; G. COSTAMAGNA, voce *Notaio*, cit., p. 564; C. BONANNO, M. BONANNO e L. PELLEGRINI, *I legati*, cit., p. 189; O. CONDORELLI, *Il significato*, cit., pp. 196-199; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 507-508; G. CHIODI, *Rolandino e il testamento*, in G. TAMBA (a cura di), *Rolandino*, cit., p. 459 ss. Sul ruolo dei «formularii» in generale, v., invece, A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 387; F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., p. 25; *spec.* A. PRATESI, *Genesis*, cit., p. 95 ss., 95, ove si rileva ch'essi non erano “[...] soltanto un comodo ripiego per guadagnare tempo ed evitare la fatica di elaborare un testo nuovo per ogni occasione, ma costituiva[no] altresì la garanzia di un uso appropriato dei termini e della fraseologia che il documento, in quanto titolo giuridico, doveva rispettare per una piena validità”.

⁴⁷⁸ Si tratta d'una «singolare dissonanza», che, in verità, connota l'intero periodo medievale, e che si esprime tutto nella “[...] situazione paradossale che nasce dallo scontro fra l'esigenza di assumere a propria fonte normativa il *corpus* giustiniano e la consapevolezza, acuita al massimo, di quanto poco quella fonte si prestasse alle diverse dimensioni della realtà medievale; fra l'ossequio verso una norma storica intimamente pervasa ai suoi occhi di motivi sacri per essere la promanazione di un'autorità quasi-sacerdotale e la volontà sentita e sofferta di rompere certe trame troppo rigide delle fonti romane per dare respiro e volto nuovi alla squisitamente nuova esperienza economica, sociale e politica”: così P. GROSSI, *Formalismo*, cit., p. 259 (sul complesso rapporto tra il giureconsulto medievale e tradizione romanistica, v. anche ID., *Le situazioni*, cit., pp. 141-142 e ID., *L'ordine*, cit., p. 11, ov'è segnalato che “[...] nulla di più antistorico ci sarebbe che pensare [...] [che il diritto comune sia] una sorta di 'diritto romano ammodernato’”). Nella stessa direzione, C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 739, il quale sottolinea lo «acume critico» e il «forte spirito dialettico» con cui gl'interpreti del *Corpus iuris civilis* tentarono “[...] di giustificare, con l'ausilio delle leggi

giustiniana⁴⁷⁹, plasmandola alla finalità, tipicamente medievale, di

romane, una realtà giuridica che di queste medesime leggi era spesso totale negazione; si sforzarono, alla luce di esse, di non fare apparire come deviazioni le novità che gli editti longobardi e la prassi avevano apportate rispetto al diritto romano”; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 8, che, alla raffigurazione del diritto successorio medievale quale “[...] lotta tra i concetti od i principii romani e germanici che avrebbe avuto il suo sbocco in una fusione fra di essi” e ove “il diritto romano avrebbe trionfato nel campo della successione testamentaria: il diritto germanico nella legittima” preferisce discorrere d’una «intima unità di spirito», la quale “[...] consentì il contemperamento degli elementi utili che potevano venire dall’uno e dall’altro diritto”.

⁴⁷⁹ O. CONDORELLI, *Il significato*, cit., p. 193; D.O. HUGHES, *Struttura*, cit., p. 930; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 227-228; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 194; F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 86. Occorre rilevare, *per incidens*, che, per quanto il notariato abbia delle radici *lato sensu* «romanistiche» (M. DI FABIO, *Manuale*, cit., p. 3 ss.), il *notarius* dell’età imperiale romana non ha in comune con quello medievale altro che il nome (v. M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 5). La notazione offre l’occasione per ricostruire, seppur brevemente, l’evoluzione storica della figura. Ora, l’antecedente dell’odierno «notaio» era, almeno nella fase delle origini, una persona che sapeva fare uso delle *notae* tachigrafiche; da ciò, anche l’etimo di «nota», che “[...] dal significato generale di segno, marchio, macchia, con tutte le sue implicazioni anche di ordine morale – si pensi alla nota censoria – si specializza a indicare segni grafici, siano essi le lettere dell’alfabeto o le note musicali o soprattutto quelle abbreviazioni che servono a realizzare una rapida scrittura” (M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 8). Si trattava, cioè, d’un vero e proprio «stenografo», per lo più uno schiavo, presente nelle case degli uomini politici, d’affari, degli avvocati, i quali usavano *dictare* le minute dei loro scritti, anziché comporli auto-graficamente. Poi egli entra nell’amministrazione imperiale, prima, e in quella ecclesiastica, dopo, ma resta comunque estraneo alla redazione dei documenti per conto dei privati, in quanto l’esperienza giuridica romana non conosceva quell’idea di «autenticità» del documento propria dei secoli successivi, ossia d’un atto pubblico, redatto con l’osservanza di regole speciali e spesso in modo particolare o artificioso. Con lo sviluppo dei traffici giuridici, si avverte come più pressante l’esigenza d’attestare rapporti in modo inequivoco, affidando tale compito a persone a ciò deputate: si trattava dei *tabelliones* (su cui v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 157, nonché M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *op. cit.*, pp. 15, 153), i quali, avendo studio presso il Fòro cittadino, erano in taluni luoghi, come ad esempio Ravenna, detti *forenses*. Si trattava, cioè, di liberi professionisti, riuniti tuttavia in collegi o *scholae* e tenuti ad osservare alcune minuziose prescrizioni di legge, emanate soprattutto con Giustiniano [v. C. 4, 21, 17 (*Imp. Iustinianus A. Menae*); C. 6, 21, 17, «*De fide instrumentorum*» e *spec. Nov.* 44, «*De Tabellionibus et ut protocolla in chartas reliquant*»), previo ottenimento d’una concessione (*auctoritas*); e v. A. PRATESI, *Genesi*, cit., pp. 50-51; M. AMELOTI e G.

COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 33-47; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 120. Il documento doveva essere redatto in buona copia, non essendo giudicata sufficiente la semplice minuta o *scheda*; era necessaria la sottoscrizione delle parti, nonché del «tabellione», mediante la formula della *completio*, e ciò in esito alla consegna al destinatario (c.d. *traditio*). Per effetto della legislazione giustiniana, dunque, i «tabellioni» avevano ottenuto un riconoscimento legale della loro professione, ma essi non godevano di competenza esclusiva; d'altronde, di piena fede godevano solo i documenti emanati da magistrature ed uffici muniti del *ius actorum conficiendorum*, i quali potevano rilasciare copie cancelleresche del contenuto dei protocolli, i quali registravano lo svolgimento delle loro attività. Fu per tale ragione, che si escogitò – prendendo a modello la pratica greca, poi largamente attestata in Egitto, della «agoranomia» – uno strumento per ottenere la «autenticazione» dei negozi giuridici privati, e cioè la produzione dinanzi a tali uffici delle scritture («tabellionali», o meno), affinché le riconoscessero conformi a verità, per poi rilasciare copia del relativo verbale, estratto in forma autentica dagli atti dell'ufficio o della magistratura, e, in un momento successivo, da quelli delle amministrazioni municipali o *curiae*, così parificando gli *instrumenta privata* agli *instrumenta publice confecta*. In questo contesto, nell'Italia rimasta bizantina (Esercato, corrispondente all'attuale Romagna, Pentapoli, ducato romano e ducati dell'Italia meridionale), le *curiae*, che ormai svolgevano solo la funzione «certificatrice», avendo ormai perso altre attribuzioni, deferite invece ai *defensores*, ai *patres civitatis*, ai *tribuni* e ai *lociservatores*, le *scholae tabellionum* finirono per confondere i rispettivi compiti, riunendo in una medesima organizzazione tutti i redattori «professionali» di documenti per conto dei privati. Quando l'imperatore Leone il filosofo, alla fine del secolo IX, abolì definitivamente le curie, esse erano ormai depositarie della sola funzione tabellionale (alcune di esse sopravvissero tuttavia a Ravenna e a Napoli come istituzioni cittadine; e addirittura ne sorsero di nuove, come ad Amalfi), gli antichi *tabelliones* passarono, a Roma, sotto l'autorità pontificia. Ma nel resto d'Italia venivano imperversando i Longobardi, i quali avevano senz'altro una concezione meno raffinata del fenomeno documentale, rispetto alla scienza romanistica; eppure essi conservarono comunque figure, seppure più rudimentali, di «certificatori», ed abbiamo perciò notizia, già ai tempi di Agilulfo (591-616), d'un *notarius*, inteso come funzionario di cancelleria incaricato di funzioni «documentarie», chiamato Stabliciano, impiegato dal re per un'ambasceria a Bisanzio. Di là da tale episodio, anche la popolazione complessivamente intesa sembrava recepire gli usi romani, tanto che nell'editto di Rotari, a soli settantacinque anni dall'invasione, viene punito il *notarius qui cartola falsa scribserit* ed è riconosciuto valore giuridico al libello, che registri la locazione di fondi rustici, al fine di rigettare la pretesa del loro coltivatore di averli in proprietà; e gli accenni si moltiplicano, tanto che nel c. 91 di Liutprando si stabiliscono regole per gli *scribi*, nel caso di contratti tra longobardi, tra romani e, infine, tra longobardi e romani (sul punto v. anche G. COSTAMAGNA, voce *Notaio*, cit., p. 559, il quale invero segnala come le istituzioni giustinianee si fossero isterilite in forme incapaci di sviluppo e come le linee di evoluzione della figura

debbano essere ricercate proprio nel «rogatario» d'età longobarda). Ad ogni modo, quando, con la caduta del regno longobardo, il territorio lombardo-tosco passa in mano Franca (v., in generale, A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 99 ss., in particolare, M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 180 ss.), si assiste ad un'ulteriore evoluzione: in codesto regno, infatti, gli atti erano verbalizzati da soggetti definiti nei territorî di diritto salico *notarii* o *amanuenses*, e in quelli di diritto alamannico *cancellarii*, i quali erano nominati dal re oppure dal conte. Nel 781, Carlo Magno ordina che i notai comitali e quelli dei giudizi abbiano pari autorità pubblica (v. *Monumenta Germaniae Historica, Capitularia Regum Francorum*, Hannover, 1883, I, p. 190: «*comes vero de illorum parte per testes adfirmet quod eis iustitia facere voluisset et omnia notarium suum scribere faciat*») e nell'anno 803 stabilisce che i *missi* del re siano non solo scabini e avvocati, ma anche i notai (v., *ivi*, p. 115: «*ut missi nostri scabinos, advocatos, notarios per singula loca elegant et eorum nomina, quando reversi fuerint, secum scripta deferant*»), che tuttavia continuavano ad avere funzioni non dissimili da quelle esercitate in età giustiniana. E le circostanze non mutarono neppure durante i secoli IX e X, in quanto continuò a negarsi al documento una speciale forza probatoria; al punto che Ottone I, nel 967, decretò che, in materia di possesso di terre, qualsiasi documento potesse essere contestato per mezzo del «giudizio di Dio», e cioè d'un duello fra i campioni delle due parti. Solo a partire dalla seconda metà del secolo XI, si assiste ad una significativa evoluzione, e precisamente quando la legislazione carolingia, riguardante i notai comitali o vescovili e i cancellieri dei placiti, aveva ormai perso valore «creativo» d'istituzioni nuove. In questo periodo, cade in disuso quel rito della *traditio chartae*, che aveva rappresentato, almeno fino ad allora, il fulcro dell'attività di «documentazione» (v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 387 e *spec.* M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 255 ss., nonché G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 243 ss.), e al quale avrebbero dovuto partecipare necessariamente le parti ed i testimoni. Il baricentro si sposta, invece, verso quello che, in origine, era solo uno stadio «preliminare» o «preparatorio», ossia la presentazione delle parti dinanzi al notaio al fine di dichiarare a quest'ultimo la volontà di compiere un certo atto, mutando, per l'effetto, il ruolo dei testimoni, i quali non attestavano più il compimento d'azioni solenni, ma le (sole) dichiarazioni delle parti medesime. Ed è solo in base a queste ultime che il notaio, per proprio conto, redigeva, anche a notevole distanza di tempo (a Napoli è provato un periodo di 16 anni; a Roma di 34; a Bologna tra 24 e 28), il documento completo, per poi sottoscriverlo e spedirlo agli interessati. Questa «mutazione genetica» è comprovata dagli stessi formularî, in quanto, a partire almeno dall'anno 1058, i notai bolognesi e veneziani sostituiscono alla tralaticia formula della *completio*, ossia *post roborata a testibus, tradita vidi, complevi et absolvi*, di chiara matrice giustiniana, quelle più moderne, come *scripsi et roboravi, scripsi, robor accomodavi et complevi, scripsi et firmavi*. Tale passaggio segna la confluenza dei paesi di tradizione romanica con quelli d'origine longobarda verso una concezione «unitaria» della figura notarile, intesa come autorizzata alla produzione di documenti muniti di *publica fides*, e i nomi di *notarius*, *tabellio* e *scriniarius* sono ormai considerati del tutto equivalenti, con dissoluzione delle

garantire all'ereditando la salvezza eterna, mediante una congrua allocazione d'una parte del patrimonio ereditario alla realizzazione di finalità benefiche⁴⁸⁰.

Con una «commistione» che non rimase estranea neppure agli statuti comunali e alle leggi provinciali⁴⁸¹: gli uni e le altre, invero, da un lato, recepirono gli usi giuridici imperniati sulla successione legittima germanica⁴⁸², seppur temperata da quella «contrattuale», e dipoi adattata alla cristianità⁴⁸³; dall'altro, accolsero, seppure portandovi gravi

relative *scholae* (ma con l'eccezione di Napoli, seguita da Amalfi, ove l'organizzazione dei *curiales* sopravvive fino al XIV secolo). Dal secolo XII, dunque, il notaio assume quella configurazione, ch'è nota alla tradizione giuridica occidentale fino ai nostri giorni: così G. CENCETTI, *Dal tabellione*, cit., pp. XIX-XXIX e v. anche F. BERTOLDI, *Formalismo*, cit., p. 131.

⁴⁸⁰ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., pp. 60-61. Su questa «ambivalenza» del negozio testamentario, v., efficacemente, P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 94, secondo cui esso è un “[...] un contratto d'assicurazione concluso tra il testatore e la Chiesa, vicaria di Dio. Un contratto dal duplice scopo: innanzi tutto, un «passaporto per il cielo» – [...] che garantiva i legami dell'eternità, e i premi erano pagati in moneta temporale: i lasciti pii –; ma anche un lasciapassare sulla terra, per il godimento, così legittimato, dei beni acquisiti durante la vita, e i premi di questa garanzia erano, questa volta, pagati in moneta spirituale, messe, preghiere, atti di carità”.

⁴⁸¹ Su queste due fonti, v. F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 419 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 474 ss., 492 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 186 ss., il quale, in particolare, osserva che esse – germogliate dall'autonomia politica e giuridica conquistata dai comuni italiani nel corso del XII secolo – rappresentavano la prosecuzione storica delle consuetudini altomedievali (v., *supra*, nt. 18), seppure con spiccati profili d'autonomia rispetto a queste ultime, in quanto “[...] alle consuetudini risalenti si aggiunsero sia consuetudini nuove sia una folla di norme stabilite per legge – attraverso provvedimenti autoritativi delle città e dei regni – che contribuirono a formare una rete fittissima, con intrecci e scambi di modelli molto frequenti, anche se ancora mal noti”, con “[...] una rete che si estese ben oltre l'età medievale, sino all'avvento delle moderne codificazioni”.

⁴⁸² V. A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 55 ss., nonché, chiaramente, M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 185: “se la dottrina, affinatissima, dei glossatori e dei commentatori doveva richiamare l'attenzione sulle regole romane, negli statuti comunali e nelle consuetudini di tutta l'Italia questa esperienza alto medievale non si sarebbe completamente perduta”.

⁴⁸³ Puntuali, al riguardo, le osservazioni di E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 6-7,

modifiche, i princìpi ispirativi del testamento romano⁴⁸⁴.

secondo cui il cristianesimo non richiedeva una “carità smodata”, perché esso “[...] voleva pur risanata e rinsaldata la famiglia. Gli affetti capricciosi dovevano essere frenati. I parenti non andavano trascurati a favore degli estranei [...]. La successione legittima si sollevò pertanto di fronte alla testamentaria come un limite di essa. L’erede naturale apparve *in primis* come l’erede dato da Dio. Ma il ricco doveva aver anche facoltà di disporre a favore altrui se lo poteva senza nuocere alla carità verso i suoi” (nello stesso senso, G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 24, per il quale la generosità trovava “[...] un limite nei vincoli naturali e nei relativi doveri”). Non si deve trascurare, peraltro, che quello delineato non fu adattamento facile, dacché altra era la concezione familiare longobarda, altra quella cristiana, che era “[...] società naturale fondata sul matrimonio elevato a sacramento e sulla procreazione, cioè come una società costituita essenzialmente da genitori e figli, con una finalità esclusivamente etico-religiosa, retta nel reciproco comportamento dei suoi membri dalla *pietas*, dalla amorevole considerazione di ogni relazione umana in rapporto a Dio” (G. VISMARA, *L’unità*, cit., p. 28). Sul rapporto tra diritto canonico e tradizione germanistica, v. anche F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 272, il quale segnala che la Chiesa “[...] ottenne che si ammettesse legislativamente tra gli eredi la Chiesa a favore dell’anima del defunto, quando mancassero certi parenti, uniti a questo dai più stretti vincoli di sangue” e “[...] tale novità tolse alla successione intestata quell’importanza che i vincoli di sangue vi avevano avuto, importanza che si limitò ai vincoli più stretti”.

⁴⁸⁴C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 739. Riguardo alla problematicità d’una siffatta «convivenza», può portarsi il seguente esempio. La legislazione statutaria non accolse la regola romanistica, secondo cui occorre l’adizione dell’eredità, in quanto il successore l’acquistava *ipso iure*, al momento d’apertura della successione (cfr. in questo senso, ad es., il *Liber iuris civilis* di Verona del 1228, c. XL: «*Possessio bonorum defunctae personae, quam habebat tempore mortis coniunctim transeat ad haeredes de jure secundum ordinem successionis ipso jure, quam vi non fuerit adpraehensa*»); modalità, questa, cui era probabilmente sottesa l’idea, di chiara matrice germanistica, secondo cui il successore non acquistava dal *de cuius* un patrimonio. che gli fosse estraneo (e v. in proposito C. GIARDINA, *op. cit.*, p. 740; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 120; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 185; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 33; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 307; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 342; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 198, il quale, in particolare, sottolinea che nel diritto comune l’adizione “[...] non ha più lo stesso carattere ed il medesimo significato che aveva nel diritto romano, poiché più che l’acquisto della qualità d’erede, indica il fatto della commistione patrimoniale”). Certo, anche in diritto romano – come visto *supra*, cap. I, § 10, nt. 282 – non tutti gli eredi avevano bisogno di compiere la *aditio*, poiché da tale incombenza erano esonerati quelli *necessarii*; ma gli statuti estesero l’eccezione, alcuni genericamente a tutti gli eredi, altri invece solamente agli ascendenti e discendenti diretti [C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit.,

5. *Corollarî di tale connubio sul contenuto del testamento: primi rilievi sulla perdita di centralità dell'istituzione ereditaria e proliferazione di disposizioni pro salute animae a titolo particolare. Introduzione, per loro mezzo, d'una dimensione «trascendente» nell'atto mortis causa, inedita rispetto al testamentum di diritto romano. Il diritto canonico e la liberalizzazione delle forme testamentarie in funzione incentivativa dei lasciti ad pias causas: le regole introdotte dai pontefici Alessandro III e Innocenzo III. Ulteriori forme testamentarie e la (ri)emersione del canone in dubio pro testamento. La ricomparsa dei codicilli e note conclusive sull'incidenza del «particolarismo» rispetto all'istituzione ereditaria; acquisizione di una sua sicura svalutazione*

Quanto osservato in chiusura del precedente paragrafo contribuisce a spiegare ulteriormente come il fulcro del testamento non fosse più (solo) l'istituzione ereditaria⁴⁸⁵, bensì la preoccupazione per la sorte della

p. 740, *spec. nt. 7*, ove si ricorda che tanto a Lucca quanto a Pisa si stabilì che «*hereditatem ad aliquem ex testamento vel aliter de voluntate (devolutam) possit quis, etiam non aditam, ad instar legati, ad heredes suos vel extraneos transmittere*»; e che, d'altronde, anche a Roma, ove nel 1580 si sarebbe poi accolto l'opposto principio dell'adizione, esso fu comunque temperato da presunzioni d'accettazione, sicché ogni lieve atto d'intromissione nell'eredità avrebbe comportato l'acquisto della stessa]. In termini più generali, v. anche F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., pp. 65-66 e P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., pp. 38-39, il quale invero sottolinea le insidie d'una netta dicotomia romanesimo-germanesimo.

⁴⁸⁵ Cfr. cap. I, *spec. §§ 2 e 10*. Adde ora F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 257; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., pp. 273-274; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 173; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 13, il quale, in particolare, afferma che, “[...] togliendo il testamento dal diritto romano, non se ne tolsero anche tutte le interne ed esterne solennità; in particolare non se ne tolse l'obbligo dell'istituzione d'un erede”; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 343, secondo cui “il classico istituto romano perde lentamente gran parte dei suoi caratteri singolari, e viene adoperato non più a fine dell'istituzione d'eredità, ma soltanto per determinare la devoluzione della parte disponibile della propria sostanza, soprattutto a scopo pio, quasi risultasse da un complesso di codicilli” (e v. anche pp. 824-825). Cfr. anche S.H. BRUNSCH, *Genesi*, cit., pp. 88-89: nel testamento di Abbone – pur a fronte di quanto precisato *supra*, nt. 9 – v'era la *heredis institutio*; e così anche nel

testamento del prete Alapeto in favore della chiesa di San Gregorio in Pescia, che egli stesso aveva fondato, si ricorre alla formula «*me successorum et heredem elegi et constitui*»; in altro caso, Achiperto, senza figli, così si riservò: «*et si mihi Dominus filios aut filias donare dignatus fueret [...] ipsi mihi heredis in omnibus esset inueniator*», sebbene – ancora con S.H. BRUNSCH, *op. cit.*, p. 88 – in questo caso l’istituzione degradava a semplice possibilità. Fino all’inizio del nono secolo, si sarebbero riscontrate formule analoghe («*Vos vero Felicitate uxore mea et Romana nurem meam heredes michi instituto*»), ma poi per oltre duecento anni esso non compare più nelle fonti, per poi ricorrere nuovamente, invece, nel 1029 («*heredem constituimus nostrum*») e poi nel 1039 («*item volo & precipio ut Girardus filius meus sit mihi heres in totum*»). Insomma, nella ricerca di tale A., dall’esame di più di seicento documenti contenenti disposizioni d’ultima volontà in senso lato (in particolare, cinquecento atti *mortis causa* in senso proprio, cui debbono aggiungersi ottanta documenti d’affidamento agli esecutori e venticinque menzioni in altri documenti), posti in essere a cavallo dalla prima metà dell’ottavo secolo al primo quarto del dodicesimo, per lo più nei territori corrispondenti alle attuali Regioni Toscana, e in particolare nei pressi di Lucca e Pisa, e Lombardia, con concentrazione nelle città di Bergamo e Milano (e con l’aggiunta, in periodi successivi, di altre, come l’Emilia Romagna, l’Umbria, il Lazio, il Piemonte, il Veneto, il Friuli, la Liguria e la Campania, ma con l’esclusione della Val d’Aosta, dell’Alto Adige, del Molise, della Basilicata e della Calabria), si è evinto che solo il cinque per cento di essi conteneva un’istituzione d’erede (così sempre S.H. BRUNSCH, *op. cit.*, p. 89), sicché essi dovevano più verosimilmente essere qualificati come *donationes*, e cioè negozi giuridici bilaterali, di regola irrevocabili. Più arduo appare, invece, discernere se si trattasse di donazioni *mortis causa* o *post obitum* (v., *supra*, nt. 70), in quanto un tale riscontro può essere offerto solo dall’analisi del contesto documentale, e a tale riguardo si è osservato che solo l’esigua percentuale del diciassette per cento, nell’ambito dell’ampio plesso documentale già citato, conteneva riferimenti allo stato di salute del loro autore (S.H. BRUNSCH, *op. loc. cit.*), e ancora solo undici accennano – mediante formule più («*quia dum me forte egritudo preoccupatus videret, et me ad mortis periculo tendere videret*») o meno («*dum me in infirmitate egritudinis fortissima essem*») decise – all’imminenza della morte. Sotto il profilo della «revocabilità», che è appunto il secondo criterio per distinguere il testamento dai negozi donativi (v., ancora, *supra*, nt. 70), alcuni disponenti la prevedevano espressamente, con formule come «*inviolabiliter conservare promitto*», mentre altri si riservavano esplicitamente la facoltà di revoca, indi preservando la *potestas* sui beni anche in vita: così, ad es., Anspaldo lasciava alla chiesa Santa Maria in Lucca tutti i suoi beni, ma precisando: «*dum ego adiuuere meruero, omnis res mea in mea sit potestate iterum iudicare, uindere, donare et in omnibus dispensare qualiter uoluerò*», e limitazioni non dissimili si trovano nel quaranta per cento dei documenti esaminati, sicché l’operatività in concreto del criterio accennato ne esce inevitabilmente indebolita. E altrettanto è a dirsi, d’altronde, per l’ultimo profilo, ossia quello della «uni-» o «bi-lateralità» del negozio (v., nuovamente, *supra*, nt. 70), dacché, a locuzioni come *donare* o *tradere*, le quali avrebbero denunciato inequivocabilmente la presenza d’una struttura negoziale bilaterale, si preferivano dizioni più ambigue sul

propria anima, d'altronde in perfetta consonanza alla visione della Chiesa, per la quale gli elementi (strettamente) «patrimoniali» si ponevano – come intuibile – in una posizione di secondo piano⁴⁸⁶.

Eloquente più d'ogni altro, in tale direzione, Boncompagno da Signa nella *Mirra*, lì dove scrive che il testatore “[...] *portionem de temporalibus Christi pauperibus primo appetit elargiri, ut in beate resurrectionis consortio recipiat eterna pro transitoriis et pro rerum caducarum exhibitione fratrum gaudiis Paradisi, et postmodum vult heredem vel heredes instituere, ne occasione dividendi hereditatem possit aliqua discordia suboriri*”⁴⁸⁷.

Ecco che nei testamenti si trovano, preponderanti, indicazioni relative al luogo di sepoltura, legati per l'anima o ancora lasciati pii in favore della Chiesa e dei poveri; disposizioni, queste, complessivamente definibili «*pro salute animae*»⁴⁸⁸, che “[...] intridono questi atti di una sentita e genuina

versante ricostruttivo, come *volere* o *tradere*: la stessa formula *post traditam*, che avrebbe dovuto esprimere la «bilateralità», si trova solo nel quarantaquattro per cento dei documenti esaminati. Per questa ragione, la dottrina, che ha avviato tale ricerca, ha ritenuto utile discorrere, globalmente, di disposizioni «d'ultima volontà» – v. S.H. BRUNSCH, *op. cit.*, p. 90 – ricomprendendo in esse tanto quelle aventi forma «testamentaria», quanto quelle connotate da una struttura «donativa». In questa direzione, v. anche E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 195, il quale ha invero osservato che nel diritto comune va profilandosi la nozione onnicomprensiva di *ultima voluntas*, “[...] categoria generale ed astratta” comprendente al suo interno varie specie, e cioè: *i*) il testamento vero e proprio; *ii*) il codicillo; *iii*) la donazione *mortis causa*; *iv*) il testamento contrattuale (corrispondente ai patti successorî); *v*) il contratto testamentario.

⁴⁸⁶ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 54; N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 31; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 11-12; F. IACOMELLI, *Dalle donazioni*, cit., p. 86, per il quale il testamento medievale “[...] si presenta per lo più come un complesso di disposizioni a titolo singolare, che ha inizio con i lasciati a beneficio della Chiesa e di altri enti ed opere pie” (nello stesso senso, P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 242). V. anche P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 55, secondo cui il testamento “[...] era allora per ogni uomo non solo e non tanto un atto di diritto privato per la trasmissione di un'eredità, quanto un modo di affermare i suoi pensieri e le sue convinzioni profonde”, specialmente in ambito religioso. Suggestiva è anche l'ipotesi di E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 139, secondo cui l'erede per così dire «implicito» era Cristo: “era un erede che non mancava mai; poiché a Cristo si riferivano tutte le largizioni fatte ai poveri potè parere che dovesse essere inconcusso ogni testamento in cui fossero contenuti dei lasciati pii”.

⁴⁸⁷ BONCOMPAGNO, *Mirra*, p. 138, ms. Parigi, c. 74va.

⁴⁸⁸ Anche «*pro remedio et salute animae, pro animae redemptione et comparatione vitae aeternae*,

pro peccatorum et facinorum remissione», o con altre analoghe formule (F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., p. 9). Per un primo loro inquadramento, v. M. FALCO e A. BERTOLA, voce *Anima (Disposizioni a favore dell')*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, I, p. 621 ss., 621: “si chiamano disposizioni per l’anima o a favore dell’anima in generale tutte le liberalità con scopi di beneficenza o di culto, in quanto esse, secondo la dottrina della Chiesa, giovano tutte allo stesso modo alla salvezza dell’anima; in senso più ristretto s’intendono per disposizioni a favore dell’anima quelle con cui si ordina la celebrazione di messe in suffragio dell’anima propria o di altri, oppure la fondazione di messe anniversarie; ma più specialmente e propriamente con il termine disposizioni per l’anima s’intendono le disposizioni testamentarie, con le quali si destinano in tutto od in parte in modo indeterminato i propri beni perché vengano erogati in opere di suffragio” (in questo senso, anche M. GORINO-CAUSA, *Il “favor piae causae” nelle disposizioni “pro anima” secondo il diritto canonico e il diritto ecclesiastico dello Stato*, Torino, 1937, pp. 9-10, 11, ove peraltro si puntualizza che, fino al sorgere e all’affermarsi dei sistemi «giurisdizionalistici» e «regalistici», tali disposizioni costituirono la principale fonte del patrimonio della Chiesa; R.C. TREXLER, *The Bishop’s portion: generic pious legacies in the late middle ages in Italy*, in *Traditio*, 1972, p. 397 ss., 398-399, il quale accoglie una nozione particolarmente lata delle *piae causae*, sicché esse identificano “[...] those phenomena in any given body politic whose funding rested on the sense of *caritas* of the individual or of communal corporations”). Sulle radici teologico-filosofiche del fenomeno, cfr. anche l’accurata disamina di M. FALCO, *Le disposizioni “pro anima”. Fondamenti dottrinali e forme giuridiche*, Torino, 1911, *passim*, nonché p. 195 ss. sui formulari medievali. V. anche N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 3; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., pp. 279-280; G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 22, che discorre efficacemente di “‘variante’ cristiana della materia successoria”; P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 55, secondo cui il loro scopo “[...] era quello d’impegnare pubblicamente l’esecutore testamentario, la fabbrica e il parroco della chiesa o i monaci del convento, e di obbligarli a rispettare la volontà del defunto”; F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., pp. 9-10, il quale ricorda che tali disposizioni potevano assumere due forme: la prima, più risalente, in cui i disponenti elargivano i propri beni puramente o semplicemente; la seconda, più tarda, in cui, invece, s’imponivano agli ecclesiastici, i quali avrebbero goduto delle sostanze donate, l’obbligo di pregare per l’anima loro e di celebrare messe di suffragio. In particolare, riferiscono poi C. BONANNO, M. BONANNO e L. PELLEGRINI, *I legati*, cit., p. 190, che risultano attestati sia lasciti indeterminati (contrassegnati da locuzione generiche come *pauperibus*, *pauperibus et miserabilibus personis*, *pauperibus Christi*, *pauperibus personis et piis locis*), i quali prevedono la distribuzione di elemosine a poveri e luoghi pii rimettendo la scelta del beneficiario alla discrezione dell’erede o d’un esecutore testamentario all’uopo nominato; sia indicazioni più specifiche, designando così gli ambiti particolari, nei quali si rende necessaria la lotta alla povertà. Inoltre, i lasciti pii potevano essere uno strumento per la restituzione del maltolto (*pro male ablatiis incertis*, *pro incertis*), al fine di rimediare a guadagni conseguiti illecitamente (e v., *ivi*, pp. 192-193, ove la Tavola 1 sulla distribuzione dei lasciti *pro*

preoccupazione per la vita ultraterrena”⁴⁸⁹, introducendo insomma ad una dimensione di «trascendenza»⁴⁹⁰, che era invece pressoché ignota, almeno nei nuovi termini indicati, al *testamentum* romano⁴⁹¹. “La solitudine dell’uomo davanti alla morte – ha scritto lo Ariès – è lo spazio in cui questi prende coscienza della sua individualità, e le clausole pie del testamento sono i mezzi per salvare questa individualità dalla distruzione temporale e conservarla nell’al di là”⁴⁹².

Ora, sotto il profilo strettamente «formale», il diritto canonico non esigeva requisiti stringenti, in quanto – com’è stato osservato – voleva con ciò facilitare ed incentivare la predisposizione di lasciti *ad pias causas* anche negli ultimi istanti di vita del «peccatore»⁴⁹³⁻⁴⁹⁴, così come aveva

anima in 332 testamenti rogati in un periodo di circa sessant’anni – 1339-1400 – da due notai fiorentini, entrambi residenti e attivi nel quartiere di Santa Croce, uno nel popolo di San Simone, l’altro in quello di San Firenze). Il contenuto, da un punto di vista generale, poteva essere vario e, a partire dal XII secolo, i canonisti e i civilisti cercarono di isolare più dettagliatamente il contenuto delle disposizioni pie, sicché – con E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 210 – “tali apparvero i legati fatti per i funerali e la sepultura del testatore, le visite a luoghi di pellegrinaggio in suffragio della sua anima, le messe, i legati di calici, messali, antifonari o sacri libri alle chiese, le offerte fatte per la costruzione e la decorazione delle chiese, le offerte fatte per vestire i poveri od ospitare gli infermi ed i pellegrini”.

⁴⁸⁹ G. ROSSI, *Il testamento*, cit., p. 54.

⁴⁹⁰ ID., *op. loc. cit.*

⁴⁹¹ V., al riguardo, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 110, per il quale “nel vecchio diritto di Roma non troviamo esempio di una successione necessaria di templi o associazioni religiose del defunto per la memoria o per la cura dell’anima”, mentre la loro origine sarebbe per l’A. un portato pressoché esclusivo del Cristianesimo.

⁴⁹² P. ARIÈS, *Storia*, cit., p. 155.

⁴⁹³ È questa la spiegazione della dottrina: cfr., tra gli altri, N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 32; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 27; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 293-294; E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 201, 210, secondo cui, in particolare, “la Chiesa, quando si trattava di pie elargizioni, non badava tanto pel sottile se fossero fatte per atto *mortis causa* o per atto *inter vivos*”; M. FALCO e A. BERTOLA, voce *Anima*, cit., p. 621, per i quali i *testamenti ad pias causas* “[...] e in generale tutte le disposizioni per l’anima, appunto per i loro scopi oltremondani e per il vantaggio che arrecavano alle istituzioni ecclesiastiche, godettero di una quantità di «privilegi»”, tra cui quelli in tema di forma.

⁴⁹⁴ Si ricordi, in tema di «liberalizzazione» formale di atti aventi finalità benefiche,

interesse – a mezzo degli esecutori testamentari⁴⁹⁵ – a propiziarne la

anche il c. 73 di Liutprando, *supra cit.* alla nt. 418; e che quella richiamata sia posizione tralaticia, è confermato anche cfr.ando, già, *Concil. Lugdun.*, II, c. 2: «*Quia multae tergiversationes infidelium ecclesiam quaerunt collatis privare donariis, id convenit inviolabiter observari, ut testamenta, quae episcopi, presbyteri seu inferioris ordinis clerici, vel donationes, aut quaecumque instrumenta propria voluntate confecerint, quibus aliquid Ecclesiae aut quibuscumque conferre videantur, omni stabilitate consistant. Id specialiter statuentes, ut etiamsi quorumcumque religiosorum voluntas aut necessitate aut simplicitate aliquid a saecularium legum ordine videatur discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere et in omnibus Deo propitio custodiri*». Ma, più in generale, sull'interesse ecclesiastico per i lasciti «pii», la mancata esecuzione dei quali avrebbe potuto comportare, in capo a chi l'ostacolava, la scomunica, cfr., ancora prima, *Concil. Vasense*, 4: «*Qui oblationes defunctorum retinent, et Ecclesiis tradere demorant, ut infidels sunt ab Ecclesia abijcendis*»; *Concil. Aurelianense IV*, 19: «*Quicumque pro devotione sua oblationis studio, aliquid in campellis, vel in vineolis, etiam absque scriptura probatur ecclesiae contulisse: si postmodum vel ipse, vel haeredes eius quacumque occasione auferre a iure hoc ecclesiae vel alienare voluerint, quoadusque a tali intentione discedant, aut pervasa restituant, a communione ecclesiastica suspendantur*».

⁴⁹⁵ Il nesso tra i due aspetti è ben colto da M. FALCO e A. BERTOLA, voce *Anima*, cit., p. 622, i quali osservano che la Chiesa, fin dai concili dei primi secoli, “[...] aumentò ed estese i privilegi delle cause pie, fra i quali i più importanti furono che i *testamenta ad pias causas* fossero sempre validi anche quando mancassero delle forme prescritte dal diritto civile e che fosse valida la trasmissione dell’eredità ad un fiduciario con l’obbligo di devolverla interamente a scopi pii”. Il ricorso a questa figura, dalle radici «greco-bizantine», tradizione che invero conosceva gli *epitropi* (P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 264), ma pressoché ignota all’epoca romanistica [E. BESTA, *Storia*, cit., p. 238 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 348; e cfr. invece L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 156, il quale ravvisa degli antecedenti nella *mancipatio familiae* (così anche, già, E. COSTA, *Storia*, cit., p. 482, nt. 1) e nel fedecommesso, nonché A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 31, ove un meno convincente parallelo col *testamentum per aes et libram*], era invece – codesta figura dell’esecutore, come si diceva – particolarmente sviluppata nel diritto della Chiesa, proprio al di conferire pronta efficacia alle disposizioni d’ultima volontà, in generale, ma pie, in particolare. E v., infatti, già, L. 46, C., *De Episcop. et cler.*, I, 3: «*Sancimus, si quis moriens piam fecerit dispositionem, vel per institutionis modum, vel per legatum aut fideicommissum, aut mortis causam donatione, vel alium quemcumque modum legitimum, sive iniunxerit pro tempore Episcopo curam agere ut impleantur quae ipse voluit, sive et hoc reticuerit, sive etiam in contrarium prohibuerit, necessitatem habere haeredes id quod ordinatum est facere et adimplere omnimodo: quod si id sponte non fecerint, confestim loci Deo amabiles Episcopos curiosos esse circa haec et postulare ut illi omnia impleant secundum voluntatem defunctis*». Sul punto, cfr. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 745; M. GORINO-CAUSA, *Il “favor piae causae”*, cit., p. 15, nt. 11; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 348-349, 827-828; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 274 e

pronta esecuzione.

Papa Alessandro III, infatti, stabilì, con decretale⁴⁹⁶, che, di là dalla presenza di due o tre testimoni, non era necessario il rispetto d'alcun requisito formale, al fine di confezionare un valido testamento⁴⁹⁷; sulla

spec. P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 264-265, secondo cui “la configurazione definitiva della figura dell'esecutore testamentario si dovette al diritto canonico, ed a ciò contribuì certamente il fatto che per lungo tempo compito di tali esecutori era stato principalmente quello di assicurare l'adempimento dei legati per l'anima” [conf. A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 32; ma nel senso d'un ricorso all'istituto motivato (anche) dai dubbî nutriti dal testatore in ordine capacità degli eredi d'eseguire i lasciti «più», F. BRANDILEONE, *I lasciti*, cit., p. 31]. Sulla distinzione degli esecutori in *testamentari*, *legittimi* e *dativi*, v. E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 179, mentre per un inquadramento delle loro prerogative, cfr. F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 275, il quale segnala, in particolare, che essi potevano essere tanto laici, quanto ecclesiastici, e poteva essere affidata loro la distribuzione d'una parte, ovvero di tutto il patrimonio ereditario, del quale avrebbero dovuto svolgere l'inventario con l'intervento degli (eventuali) eredi, dei legatari e di tutti gli altri interessati. Essendo loro affidata, in generale, l'amministrazione dell'eredità, essi potevano riscuotere crediti e compiere ogni altra azione utile, nonché stare in giudizio, sia come attori, che come convenuti. Nella prospettiva del testamento, è infine pregnante la connessione – segnalata, tra gli altri, da L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 377 ss., *spec.* 383 – con la svalutazione dell'istituzione ereditaria: “non essendovi [...] chi rappresentasse effettivamente il defunto nell'adempiere le sue ultime ordinazioni, era tanto più necessario che una persona di fiducia intervenisse a eseguire la sua volontà, sia in mancanza di un erede legittimo, sia anche contro di lui”.

⁴⁹⁶ Sul diritto canonico come *ius decretalis* – intensificatosi come tale proprio durante il pontificato di Alessandro III (1159-1181) – cfr. P. GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 206-210. Riducendo la trattazione a taluni cenni, *decretalis* è l'aggettivo, il quale sta per «decisorio», e sottintende il sostantivo *epistola*, ossia la lettera, essendosi insomma in presenza d'una «lettera decisoria». Essa dimostra con evidenza l'assenza nell'ordinamento della Chiesa d'un principio di divisione dei poteri, in quanto “il Pontefice è, nella Chiesa, sintesi di poteri; la sua è una *plenitudo potestatis*, e la decretale è semplicemente l'atto che formalmente la esprime e la realizza, specchio cioè di un personaggio che è – congiuntamente – governatore, giudice e legislatore supremo nella Chiesa e i cui atti possono essere – al tempo stesso – atto amministrativo, sentenza e legge” (*ivi*, p. 207).

⁴⁹⁷ *Corpus Juris Canonici*, X 3, 26, 10: «*Cum esses in nostra praesentia constitutus proposuisti, talem in tuo episcopus consuetudinem obtinere quod testamenta, quae sunt in ultima voluntate, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis et a generali ecclesiae consuetudine, id esse noscitur alienum cum scriptum sit: in ore duorum vel trium testium stet omne verbum: praescriptam consuetudinem improbamus: et testamenta quae parochiani coram presbytero suo et tribul vel duabus*

stessa scia, Papa Innocenzo III consentì, così derogando alla tradizione romanistica, d'affidare l'individuazione dell'erede/i anche ad un terzo ⁴⁹⁸.

Inoltre, nel diritto comune si sviluppano ulteriori forme testamentarie, che in parte si discostavano dalle «categorizzazioni», proprie del diritto romano ⁴⁹⁹: quest'ultimo, invero, consegnava al medioevo la distinzione fra i testamenti «pubblici», con le varianti del *testamentum apud acta conditum* e *principi oblatum* ⁵⁰⁰, e quelli «privati», a loro volta suddivisi in «orali» o «nuncupativi», e «scritti» ⁵⁰¹.

Tuttavia, si assiste, in questo periodo, ad una rimarchevole mescolanza di tali tipologie, perché, se il *testamentum principum oblatum*

aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta». Per effetto di tale novella, Alessandro III introduceva una forma testamentaria «incomparabilmente» più agevole di quelle sino ad allora osservate, in quanto era, ad ogni evidenza, più facile testare dinanzi a due persone, anziché cinque o sette, come accadeva in diritto romano (cfr. cap. I); inoltre, un parroco v'era in qualsiasi luogo, mercé la capillare organizzazione della Chiesa; i testimoni potevano di regola essere trovati nell'ambito della stessa casa parrocchiale; la circostanza che il Parroco redigesse una *schedula*, infine, assicurava il superamento delle criticità insite nei testamenti nuncupativi. Le notazioni sono di E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 161-162, ma cfr. anche C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 745 ed E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 195. Per le disposizioni «pie», infine, solo due testimoni erano necessari: v. X 3, 26, 11, su cui A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., pp. 180-181, il quale ancora siffatte regole al principio evangelico, secondo cui «*in ore duorum vel trium testium stet omne verbum*» (cfr. Deut. 19, 15; Matth. 18, 16; 2 Cor. 13, 1; 1 Tim. 5, 19; Hebr. 10, 28).

⁴⁹⁸ *Corpus Juris Canonici* X 3, 26, 13: «*Cum tibi de benignitate: et infra. In secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*».

⁴⁹⁹ Sarebbero invece sopravvissute delle forme speciali di matrice romanistica, come il testamento militare, rurale, in tempo di malattie contagiose e parentale o *inter liberos*; inoltre, si conservarono peculiarità per i soggetti «ciechi» o «illetterati». Cfr. una *summa* in N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., pp. 41-42; L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 167; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 194; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 28-29; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 275.

⁵⁰⁰ Cfr., *supra*, cap. I, § 4.

⁵⁰¹ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 25; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 825-826; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 274.

scompare⁵⁰², quello *apud acta conditum* si evolve invece nel testamento scritto dal notaio (che nelle città romaniche è il *tabellio* o *scriba civitatis*, erede degli antichi ufficiali della curia⁵⁰³) o comunque avanti ad altro soggetto qualificato, fosse questo giudice o confessore⁵⁰⁴, oltreché ad un numero variabile di testimoni⁵⁰⁵.

In particolare, il testamento *in scriptis* esigea il rispetto di diversi requisiti formali (c.dd. *solemnitates*)⁵⁰⁶: la scrittura da parte dell'ereditando o d'altra

⁵⁰² P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 243.

⁵⁰³ V. l'evoluzione tracciata *supra*.

⁵⁰⁴ Rappresenta, con efficacia, il «prodotto-testamento» nel segno d'un triangolo «testatore»/«confessore»/«notaio», A. BARTOLI LANGELI, *Nota*, cit., p. XIII.

⁵⁰⁵ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 36; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 347, 826; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 26-27. Nei «testamenti longobardi» (ma in chiave critica su questa dizione, v., *supra*, nt. 58) si trovavano talvolta sette, talaltra cinque testimoni, probabilmente perché ci si conformava alla tradizione «ante-giustiniana»: v., al riguardo, L. PALUMBO, *o.c.*, pp. 373-375 e *spec.* F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 418, per il quale si potrebbe supporre “[...] o che in ciò si è mantenuto senza saper il come l'antico diritto, o che (supposizione più verosimile) si teneva conto della diversità pure sancita nel diritto giustiniano fra testamenti e codicilli, i quali ultimi non esigevano che cinque testimoni” (cfr., *supra*, cap. I, §§ 4 e 7). Tuttavia, talvolta i testimoni si riducevano a quattro – come nelle schede di Amolcari e di Teoderace – e perciò, specialmente a fronte delle pulsioni «liberalizzanti» che provenivano dalla Chiesa (già nel II Concilio Lugdunense: v., *supra*, nt. 110), Carlo Magno nel 789 si sentì obbligato a richiamare in vigore la pratica romana. E cfr. infatti il *Capit. It.*, 4: «*Volumus ut qui aliqui per testes exinde quaecumque rem tollere voluerit, per quinque vel septe testimonia dicant suum testimonium, et sic tollantur quaecumque rem. Quia testamento quod Romani faciunt firmum non posset, nisi per quinque aut per septem confirmatur*». Viceversa, coll'avvento del Rinascimento giuridico, il principio romanistico della presenza dei sette testimoni tornò ad essere vissuto dalla dottrina come una *regula*, alla quale apportare solo limitate eccezioni, anch'esse ricavabili dal diritto romano, come il *testamentum parentum inter liberos* (cfr., *supra*, cap. I, § 4; e v. C. 6, 23, 21, 3, *de testamentis*, l. *Hac consultissima* § *Ex imperfecto*) o quello riservato *ruri conditum* (cfr., ancora, *supra*, cap. I, § 4; e v. C. 6, 23, 31, *de testamentis*, l. *Et ab antiquis*).

⁵⁰⁶ G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., pp. 516-517. Per una descrizione delle varie formalità v. *Summa Iustiniani est in hoc opere*; *Summa Vindobonensis*, I, 2, 10, *De testamentis ordinandis*, pp. 48-50; *Summa Trecensis*, VI, 20, *de testamentis, et quemadmodum ordinentur*; *Lo Codi VI.30 (Quomodo aliquis potest facere testamentum sine scriptura)*; 31 (*Qui homines debent esse testes in testamento*); 32 (*Quomodo debet esse factum testamentum in scripturis*); 33 (*Quomodo aliquis potest facere testamentum ita quod nullus homo sciat*); 34 (*Quomodo pater vel avus fipotes*

persona; la dichiarazione scritta od orale del nome dell'erede; la sottoscrizione del testatore, unitamente a quella dei testimoni e al loro sigillo; testimoni, questi, appositamente «rogati» dal testatore, e ai quali la scheda poteva anche essere consegnata «chiusa», per ovvie esigenze di segretezza⁵⁰⁷. Viceversa, il testamento «nuncupativo» – senz'altro più diffuso nella prassi⁵⁰⁸ – esigeva che il testatore dichiarasse oralmente la sua volontà avanti ai testimoni⁵⁰⁹ e, poi, al notaio⁵¹⁰ (*sine scriptis*⁵¹¹): se anche

facere testamentum inter filios); 37 (*Quis potest scribere testamentum*); 38 (*Quod testamentum potest fieri v. testibus*); PIACENTINO, *Summa ad C. 6, 23, de testamentis*; AZZONE, *Summa ad C. 6, 23, de testamentis*; ODOFREDO, *comm. ad C. 6, 23, 2, de testamentis*, l. *Publicati*, n. 1; ODOFREDO, *comm. ad C. 6, 23, 21, de testamentis* l. *Hac consultissima*, n. 2; ODOFREDO, *comm. ad C. 6, 11, 2, de bon. poss. sec. tab.*, l. *Bonorum*, n. 3.

⁵⁰⁷ Cfr. C. 6, 23, 21 pr.-2a, *de testamentis*, l. *Hac consultissima*; C. 6, 23, 26, l. *In testamentis*; C. 6, 23, 29, l. *Iubemus*; D. 28, 1, 21 pr., *qui testamenta facere possunt*, l. *Heredes palam*.

⁵⁰⁸ Cfr. *Wernerii formularium tabellionum*, a cura di G.B. Palmieri, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi (Scripta ane docta glossatorum)*, Bologna, 1913, pp. 32-33; ma v. anche A. PETRUCCI, *Note*, cit., p. 13, ove il testamento *in scriptis* è descritto quale pericolo rispetto alla “egemonia documentaria del notariato”, nel contesto d’una “[...] contraddizione fra gli interessi della classe diligente mercantile, tesa ad elaborarsi da sé una sua propria, funzionale, documentazione in volgare, e il ceto notarile, che stava acquistando sempre maggiore potere nella società comunale”.

⁵⁰⁹ Cfr., al riguardo, l’importante precisazione di G. CHIODI, *L’interpretazione*, cit., p. 518, per il quale altro era il ruolo dei testimoni nel testamento scritto, altro in quello orale. Infatti, “[...] se il testatore avesse disposto *in scriptis*, la prova testimoniale non avrebbe riguardato il contenuto della volontà testamentaria, rimasta ignota ai testimoni, ma soltanto l’identificazione del documento in cui era scritta”; viceversa, “se il testatore avesse disposto in forma nuncupativa, la prova testimoniale avrebbe rivestito invece un ruolo centrale, dovendo i testi deporre su quanto il testatore aveva dichiarato in loro presenza, e quindi direttamente sulla sua volontà”.

⁵¹⁰ In particolare, la volontà veniva dichiarata «oralmente», ma il notaio, nello *instrumentum*, ne riproduceva per iscritto l’esatto tenore; v., al riguardo, E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 194, secondo cui “per quell’intervento del notaio persona pubblica il testamento nuncupativo divenne il testamento pubblico per eccellenza”. La prassi era così diffusa che una decretale di Papa Alessandro III – figura che abbiamo già incontrato – già presupponeva questo effetto; v. *Liber Extra*, 2, 22, 2: «*Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi per manum publicam facta fuerint [...] aint authenticum sigillum habeant, non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere*», sicché – ha osservato A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 143, nt. 159 – se ne poté dedurre, argomentando a

un documento fosse stato redatto, esso sarebbe servito solo *ad faciliorem probationem*⁵¹².

La partecipazione del notaio segnò un'innovazione considerevole, poiché a conferire valore probatorio al documento (*charta*) non erano più le dichiarazioni dei testimoni – né quella del notaio rogatario, come avveniva nel tardo diritto antico –, bensì proprio, e solo, il rispetto della formalità previste per l'atto (*instrumentum*)⁵¹³, unitamente alle relative sottoscrizioni, sicché cominciava a maturare l'idea che l'atto notarile facesse piena prova, senza necessità di convocare né i testimoni, né il notaio stesso⁵¹⁴.

Tali procedure, proprio in quanto esorbitanti dalla tradizione romanistica, non erano riguardate solennemente neppure sotto il profilo dell'invalidità, in caso d'inosservanza delle relative formalità; ragion per cui, ad esempio, prevalse, specialmente per l'influsso del diritto canonico⁵¹⁵, l'opinione secondo cui la presenza dei testimoni non

contrario, che una scrittura notarile poteva mantenere il suo valore probatorio, indipendentemente dalla consultazione dei testimoni. Questo modello, almeno in un primo tempo, stentò a trovare accoglimento da parte dei dottori, come Accursio e Odofredo, ma poi esso fu recepito, ad es., da Guido da Suzzara, da Dino del Mugello e infine, da Bartolo: v., al riguardo, anche per le cospicue indicazioni bibliografiche, G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., pp. 529-537.

⁵¹¹ Cfr. ID., *op. cit.*, p. 519. E v. C. 6, 23, 21, 4, *de testamentis*, l. *Hac consultissima* § *Per nuncupationem*.

⁵¹² L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 163 ed E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 157.

⁵¹³ Sul punto, A. PETRUCCI, *Note*, cit., p. 11, il quale ricorda che lo *iter* di elaborazione e di fattura del testo documentario da parte del notaio subì una progressiva complicazione, in quanto esso si articolava, di regola, in tre, e talvolta quattro fasi: dal primo abbozzo alla minuta nel bastardello, da questa alla struttura registrata (ma non ancora completa) nel protocollo, sino alla compilazione dell'originale.

⁵¹⁴ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 143, nonché M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 263 ss., i quali pongono l'accento sulla nozione di «credibilità» dell'atto, e del suo autore.

⁵¹⁵ Non, dunque, per effetto d'una «precettività» diretta: il modello testamentario additato dalla decretale di Alessandro III (v., *supra*, nt. 113), seppure di validità indiscutibile per i canonisti, infatti, non diventò tuttavia di diritto comune: così E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 196, il quale segnala, inoltre, che solo qualche statuto, come

costituisse un requisito indefettibile per la validità del testamento⁵¹⁶. D'altronde, non era certo univoco quali fossero i requisiti per predisporre una scheda giuridicamente inattaccabile⁵¹⁷, e ciò – in uno con la circostanza che la stessa distinzione fra testamenti «scritti» e «nuncupativi» stava venendo meno, ché anche per i secondi si faceva ricorso a forme di documentazione⁵¹⁸ – portò i giuristi del diritto

quello piemontese, l'accolse. V. anche P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 244-245, che osserva come il diritto romano “[...] reagiva vivacemente per sostenere le sue regole tradizionali, così che in Italia la celebre decretale non ebbe l’influenza generale che le venne riconosciuta nei paesi d’Oltralpe”, e “[...] lo stesso avvenne del resto anche nella Francia meridionale dove il testamento romano si mantenne quasi dovunque integralmente [...] anche a Roma stessa, capitale del Papato [...] si osservano per la materia testamentaria le prescrizioni giustiniane, non le canoniche”. Tuttavia, alcuni statuti lo recepirono, rinunciando anche alla presenza del parroco o sostituendovi il notaio: v. A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 27, *spec. nt.* 64. Resta, inoltre, il rilievo che quel modello poté assumere, in taluni casi, la veste di «consuetudine»: sul punto, cfr. E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 163, *spec. nt.* 3.

⁵¹⁶ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 36, il quale opportunamente iscrive la tendenza nel fatto che i testimoni non erano più, come in diritto romano (almeno nella fase più arcaica), i partecipanti d’un procedimento «rituale», ma svolgevano ormai funzioni esclusivamente «probatorie», che, dunque, potevano essere adempiute anche attraverso mezzi diversi. Questa tendenza avversa al formalismo, di evidente eco ecclesiastica, penetrò poi negli statuti: così, ad es., le consuetudini milanesi del 1216 ammettevano che «*Quaelibet ultima voluntas duobus testibus adhibitis vicem (vim) testamenti obtinet. Et notandum est quod secundum quorundam sententiam Mediolani duabus tantum mulieribus adhibitis ultima voluntas roboretur. Et frater contra fratrem cogitur dicere testimonium*»; mentre il *Constitutum legis pisanae civitatis* del 1282 disponeva che «*remota sollempnitate testium, sigillorum et testium rogationis et subscriptione testium et testatoris, ita tamen ut tres testes intersint et illi sufficiant (idem in qualibet ultima voluntate sine scriptis) in quo numero non computetur notarius, quando per ipsum ultima voluntas scribitur*» e, analogamente lo Statuto delle *Curiae* di Lucca sanciva che «*de ultimis voluntatibus secundum leges romanorum definiam, cum tamen tres testes sufficiant, reiectis solemnitatibus testium sigillorum et subscriptionum*». Cfr., al riguardo, A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 51-52.

⁵¹⁷ E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 193-194, nonché F.C. DE’ SAVIGNY, *Storia*, I, cit., pp. 418-419, per il quale v’era, con riguardo alle forme, “[...] un’idea confusissima, cosicché riguardo alla maggior parte dei documenti [...] non si può dire con certezza se si voleva fare un testamento ovvero un codicillo”.

⁵¹⁸ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 38. Anche il *testamentum mysticum*, ove – come avviene nei moderni testamenti c.dd. «segreti» – i testimoni si limitavano ad

comune, da un lato, ad applicare costantemente la regola *in dubio pro testamento*, che costituì un importante strumento rimediale a fronte di pretese deficienze formali⁵¹⁹; dall'altro, a riscoprire la figura – tipicamente romanistica – dei *codicilli*⁵²⁰.

Infatti, a tale ultimo riguardo, sebbene il diritto canonico non ritenesse ancora operante la distinzione giustiniana tra i *codicilli* e i testamenti, essa continuò a informare di sé il *ius commune*⁵²¹. E analogamente è a dirsi, d'altronde, per quella «istituzione ereditaria», che, come visto, la Chiesa aveva contribuito a svalutare, in quanto – a riprova del già segnalato tentativo dei giuristi di coniugare la tradizione romanistica con le istanze medievali – essa non aveva certo perso, almeno del tutto, la propria rilevanza.

attestare che il testatore avesse dichiarato che la carta contenesse le sue ultime volontà, s'appalesava refrattario rispetto alla dicotomia «scrittura»-«oralità». Sul «testamento nuncupativo implicito», cfr. anche L. SINISI, *Una presenza*, cit., pp. 166-167.

⁵¹⁹ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 37, il quale ricorda, al riguardo, un caso deciso dalla facoltà giuridica di Hall, in cui si reputò valido un testamento, benché le formalità del luogo non fossero state esattamente osservate.

⁵²⁰ Cfr. G. VISMARA, voce *Codicillo*, cit., p. 291, nonché N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., pp. 45-46; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 200; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 174; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 743; F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 274, il quale, in particolare, ascrive la circostanza al ruolo della Chiesa, la quale “[...] come aveva influito a far accogliere il testamento nel diritto germanico, non però quale disposizione generale, ma quale un modo di disporre anche di parte dei proprii beni per dopo la morte, così influì in Oriente a togliere al testamento la grande solennità che gli veniva dal diritto romano, dando al codicillo, che in questo diritto era, potremmo dire, una forma secondaria e quasi eccezionale, l'importanza di forma generale, e che costituì la regola”.

⁵²¹ Si assiste, addirittura, ad un ritorno della c.d. «clausola codicillare» (v., *supra*, cap. I, § 7), nella formula «*quae si aliqua sollempnitate iuris fuerit destituta saltem vim codicillorum aut alicuius alie ultime voluntatis vim obtineat atque robur*». Cfr. – al riguardo – L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 162, nt. 5; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 372; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 825; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 175-177; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 15; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 237-238; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 743; *spec.* G. VISMARA, voce *Codicillo*, cit., p. 291, per il quale essa “[...] nata per assicurare l'efficacia dei legati e delle disposizioni testamentarie in genere indipendentemente dalla validità della *heredis institutio*, serviva ormai a garantire la validità di qualsiasi atto a causa di morte che risultasse privo dei necessari requisiti formali”.

Anzi, furono proprio i glossatori prima, e i commentatori dopo⁵²², a ribadire la centralità⁵²³, per quanto, come nella tradizione «tardo-romana», essa non doveva, sotto il profilo formale, essere espressa secondo locuzioni tipiche, né doveva essere collocata al principio del testamento⁵²⁴.

Ma, ancora una volta, a fronte delle puntualizzazioni della dottrina, talvolta le legislazioni statutarie, e la conseguente prassi, sembravano sovente procedere per altra strada, talune di esse reputando le ultime volontà svincolate non solo dalla «priorità», ma addirittura dalla «necessità», della *heredis institutio*, oppure ancora espressamente dichiarando d'accettare il diritto romano, salvo che per tale aspetto, si da annettere validità ai testamenti, quantunque mancanti di detta istituzione⁵²⁵; ma ancora ve n'erano altre che, per contro, continuavano a

⁵²² In linea generale, i primi operarono dall'avvento della scuola d'Irnerio agli anni trenta – all'incirca – del secolo XIII, sino alla consolidazione della *Glossa Magna* per merito di Accursio; l'attività dei secondi, invece, può essere data dalla fine del Duecento fino ai primi del Cinquecento, e cioè alle soglie dell'umanesimo giuridico (v. F.C. DE SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 511 ss.; ID., *Storia*, II, cit., p. 349 ss.). Vero è però – con P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 159 – che a tale distinzione può farsi ricorso solo nella consapevolezza che trattasi di “[...] uno strumento decisamente convenzionale e storicamente imperfetto: questo enorme movimento dottrinale va colto soprattutto nella sua unitarietà, unitarietà nel tempo e nello spazio, tutti costruttori d'una reale unità giuridica europea”.

⁵²³ Oltre ai già richiamati passi della *Summa totius artis notariae* e del *Flos testamentorum* di Rolandino (v., *supra*, nt. 93), leggiamo così in Azzone che il testamento è «*quaedam sollemnis ordinatio, sive voluntas cum institutione haeredis*» (AZZONE, *Summa Codicis*, 1506, rist. Torino, 1966, *Liber sextus, De testamentis* [...], p. 226); e parimenti in Ostiense che «*iusta sententia voluntatis nostrae de eo quod post mortem nostram haeredem instituendo fieri volumus*» (OSTIENSE, *Summa aurea*, Venetiis, 1574, rist. Torino, 1963, *Liber III, De testamentis* [...], p. 1032). Sul punto, cfr. anche N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 33; L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 163; C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 742.

⁵²⁴ E cfr. *Wernerii formularium*, cit., p. 32, ove si sottolinea che l'istituzione d'erede, per quanto *caput et fundamentum totius testamenti* (v., *supra*, cap. I, § 2), poteva anche collocarsi in via «successiva» rispetto ad altre disposizioni, come i legati *pro anima*. Sul punto, E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 170, il quale rileva che si trattava di “[...] trite ripetizioni di problemi che si agitavano nel diritto romano, ma che sono ormai sorpassatissime nel diritto comune”.

⁵²⁵ Così, ad es., il *Constitutum* di Pisa, gli Statuti di Varese, Torino e Nizza. Cfr. C.

reputarla «essenziale», talvolta finanche sotto pena di nullità⁵²⁶.

A fronte d'un panorama così frastagliato, quel che appare certo è che l'istituzione d'erede aveva perso quel «monolitismo», che l'aveva connotata nella tradizione romanistica⁵²⁷; assieme ad esso, risultavano evidentemente travolte tutte quelle distinzioni, e quei concetti, che inscindibilmente vi si riannodavano⁵²⁸.

6. *L'evoluzione delle modalità di conservazione del testamento. Revoca dello stesso e tendenza delle autorità ecclesiastiche a privare il disponente della relativa facoltà, con finalità «stabilizzatrice» delle liberalità benefiche. Disamina degli espedienti utilizzati a tal fine*

Se, nell'ampio periodo storico in esame, le formalità di conservazione e registrazione del testamento non subirono considerevoli variazioni⁵²⁹,

GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 742, nt. 9 ed E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 145.

⁵²⁶ È il caso, ad es., degli Statuti di Valle Tropicia e di Collalto, ma anche di quelli di Milano e Ferrara. Cfr. C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 742, nt. 8 ed E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 145.

⁵²⁷ Cfr., *supra*, cap. I, § 10. Adde ora E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 145, per il quale “[...] pur nel medioevo fu frequente l'uso della frase *heredem instituere*; ma ebbe spesso evidentemente un significato diverso dall'originario ed indicò persino quella che noi chiamiamo successione particolare”. Né – prosegue l'A. – si può “[...] dare troppa importanza al fatto che a proposito della *institutio* ritornino qualche volta nei documenti le formule che incontrammo in Gaio”, trattandosi di semplici «ruderer formali».

⁵²⁸ V. E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 145-146 e *spec.* C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 743, il quale cita la dicotomia successione a titolo «universale»-«particolare» (al punto che la stessa distinzione tra eredità e legato veniva sempre più fondandosi su un criterio «quantitativo», anziché «qualitativo»); la progressiva ammissione dei «legati universali»; la circostanza che i testamenti raramente comprendessero la totalità dei beni del *de cuius*; la non nulla, ma in ogni caso ridotta rilevanza dei *codicilli* (sul punto, v. anche *supra* nel testo); l'eclissi della regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (su cui v., *supra*, cap. I, § 2); l'ammissione dei lasciti *ex certa re* (v., ancora, *supra*, cap. I, § 2), prevista espressamente da alcuni statuti. Su questi profili, v. anche A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 13-14; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 256-257; M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 185; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 823-824.

⁵²⁹ Si mantennero, cioè, nell'impostazione, non dissimili da quelle proprie della

non altrettanto può dirsi per le modalità della sua revoca. In relazione a quest'ultima, infatti, mentre la dottrina accolse il principio romanistico secondo cui *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*⁵³⁰,

tradizione romanistica, su cui v., *supra*, cap. I, § 6. In particolare, Teodorico – v. *Edict. Theodor.*, 78 – le preservò affinché non potesse *fides alienae voluntatis titubare*, e così anche il Breviario alariciano (cfr. G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 43). In particolare, sul ruolo dei testimoni, v. *Lex Wis.* 2, 5, 12: «*Qui testes infra sex menses procurent illi denunciare, in cuius nomine per talem ordinationem res translata dinoscitur extitisse. Quod si omne legis huius decretum testes illi, quibus commissum est, infra constitutum tempus distulerint adimplere, noverint se falsorum dampno mulctari: except si se aliorum fraude vel calliditate, seu etiam regia iussione, qua id infra sex menses explere nequiverint, impeditos esse probaverint*»; sulla pubblicazione in senso proprio, v. *Lex Wis.* 2, 5, 14: «*Scripta voluntas defuncti, ante sex menses coram quolibet sacerdote vel testibus publicetur. Et si quis eandem qualibet fraude suppresserit, tantum illis, quibus scriptura facta esse dinoscitur, de proprio cogatur exsolvere, quantum per eiusdem scripturae seriem conquirere poterant vel habere*». L'aspetto «documentale», peraltro, trovò una certa accentuazione: si riteneva, infatti, che, se le *mortuorum voluntates* non fossero state *actis reservatae*, esse si sarebbero viste esposte alla sanzione d'invalidità. La domanda era usualmente effettuata da un *delegatus* del *de cuius* munito di apposita *epistola delegationis*, e il magistrato ordinava poi la *recitatio testamenti*. Nel caso d'un testamento «nuncupativo», i testimoni dovevano poi riferire le volontà pronunziate oralmente, entro cinque giorni dalla morte del *de cuius*; viceversa, nel caso, senz'altro più usuale, dello scritto, essi dovevano riconoscere le loro firme e i loro sigilli. La *recitatio* era ancora effettuata, nelle città, *in foro vel basilica*, mentre, in campagna, nei *conciliabula* o nei vici. In esito alla lettura, veniva indi redatto un processo verbale, e il testamento passava agli archivi, dai quali ogni interessato avrebbe potuto estrarre una copia. Anche la *Summa perusina* ricorda la formalità d'apertura (*resecratio testamenti*), nonché l'obbligo, che il testamento fosse *publice lectum* (SP. 6, 30, 22; 6, 32, 1, 4). In epoca più tarda, anche diversi comuni pretesero la pubblicazione del testamento entro un certo termine dalla morte del *de cuius*, che poteva estendersi anche ad un mese (Padova) o a tre (Mantova); anche in tal caso, v'era poi la registrazione, tanto che in piccoli comuni, come quello di Bormio, consta la tenuta di *liri testamentorum*. Ovviamente, in esito alla diffusione più capillare del ceto notarile, la funzione delle formalità posteriori alla morte dell'ereditando variò a seconda del tipo di testamento, dacché la pubblicazione fu richiesta anche per quelli risultanti da atto di notaio, là dove il deposito e l'apertura furono particolarmente rilevanti per quelli olografo e segreto. Per quest'evoluzione, v. E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 204-205, al quale possono aggiungersi le notazioni di A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 29-30, di F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 290 e, infine, di A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 827 ss.

⁵³⁰ Ampiamente, *supra*, cap. I, § 5. E v. ora C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 140; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 265; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 257, il quale, in particolare, avverte che nel medioevo “[...] il principio

viceversa la Chiesa – avendo sostenuto fermamente, e con fortuna, l'irrevocabilità delle *donationes post obitum*, sin dall'alto medioevo⁵³¹ – perpetuò tale orientamento anche in relazione al testamento.

Limpidi i motivi d'un tale atteggiamento: poiché la liberalità poteva sempre andare perduta per effetto d'una successiva revoca, ciò preoccupava “[...] la Chiesa come donataria – ha scritto il Vismara – sia per la possibile perdita del beneficio economico sia, e più ancora, per la intima preoccupazione ultraterrena che la animava”⁵³².

Perciò si reputò valida la «clausola derogatoria», mercé la quale l'ereditando si privava della facoltà di revoca, in quanto quella disposizione *nullam habet turpitudinem*⁵³³; a questa, venivano poi ad aggiungersi, in funzione «rafforzativa», sanzioni religiose o giuramenti⁵³⁴, che, peraltro, avrebbero determinato una tutt'altro che sconveniente devoluzione delle relative questioni litigiose in capo al foro ecclesiastico⁵³⁵.

Addirittura, furono escogitati espedienti diretti a conferire al testamento natura «contrattuale», in guisa che quella clausola, ove fosse stata ritenuta invalida, in forza del principio di naturale «ambulatorietà» della volontà *mortis causa*, potesse essere considerata come apposta ad

fondamentale della disposizione di volontà *mortis causa*, e i tipici caratteri di unilateralità e revocabilità dell'atto restano come l'indelebile sostrato romano che garantirà per l'avvenire la vitalità dell'istituto”.

⁵³¹ V. anche *supra*, nt. 52.

⁵³² Ne *La successione*, cit., p. 136, e v. anche P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 265.

⁵³³ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744; E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 140; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 189.

⁵³⁴ Cfr. – per un primo inquadramento – G. VISMARA, *La revocabilità*, cit., pp. 213-214; G. GATTI, *Autonomia*, cit., p. 20; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 265. Sul ruolo dei «giuramenti» in diritto canonico, v., in generale, M. GORINO-CAUSA, *Il “favor piae causae”*, cit., p. 30 e *spec.* E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., pp. 226-227, il quale osserva che esso “[...] vien ravvisato come un duplice legame; come assicurazione nei confronti della parte umana, come assicurazione di fronte a Dio”, sicché “[...] potrebbe darsi che sotto il primo profilo, cioè secondo le leggi umane, il giuramento possa considerarsi invalido: non così, invece, potrebbe essere secondo le leggi canoniche, le quali permettono che possa venir sciolto, naturalmente dalle autorità spirituali, solamente quando, secondo i principii cristiani, non potesse considerarsi efficace”.

⁵³⁵ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744; P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 245.

un atto *inter vivos*⁵³⁶. Ma palese era l'imbarazzo degli stessi canonisti nel giustificare una così potente deviazione rispetto ai principi di diritto romano⁵³⁷: tant'è vero che non di rado erano questi ultimi, di fatto, a prevalere, quanto meno nella legislazione statutaria⁵³⁸.

Sotto altro profilo, vi fu una progressione rispetto alle regole romanistiche⁵³⁹, in quanto – in caso d'omessa revoca – il secondo testamento non avrebbe posto nel nulla il precedente, ma avrebbero potuto conservare validità tutte le disposizioni, che non fossero in contrasto con il testamento confezionato per ultimo⁵⁴⁰.

7. *Rilievi complessivi sul formalismo testamentario in diritto medievale: premessa*

Replicando i criteri «meta-storici» adottati nella valutazione della tradizione romanistica⁵⁴¹, conviene ora indagare i profili «esterno» ed «interno» del formalismo testamentario nel periodo medievale. Non senza segnalare, anche qui, e per quanto l'andamento evolutivo della

⁵³⁶ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744 e P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 245.

⁵³⁷ Si v., ad es., DURANTE, *Speculum iuris*, II, § 12, n. 24, il quale – dopo aver richiamato le fonti romane, secondo cui «*nemo potest sibi legem imponere a qua non liceat resiliire*» – osserva che, a dispetto del giuramento pronunziato, il testatore può sempre mutare le proprie volontà; ma – aggiunge – la conclusione è opposta «*secundum Deum et in foro Ecclesiae*», ché il giuramento, essendo suscettibile di minacciare la salute eterna, dev'essere sempre osservato.

⁵³⁸ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744. In ogni caso – con E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 143 – “che vi fosse una certa renitenza ad accogliere la revocabilità del testamento può dedursi dagli statuti che la affermavano anche contro il giuramento”, ed essi “[...] ricorrono non pur nella Lombardia, nel Veneto e nella Liguria, ma nelle Marche”.

⁵³⁹ Cfr., *supra*, cap. I, § 5.

⁵⁴⁰ E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 207. Cfr. anche P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 266 e C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 744, i quali, in particolare, osservano che la regola sarebbe sopravvissuta nel Codice napoleonico (art. 1036), in quello italiano del 1865, nonché nell'art. 682 c.c.

⁵⁴¹ V., *supra*, cap. I, §§ 8-10.

nostra indagine li abbia in qualche modo entrambi scongiurati, i due «semplicismi», a fronte dei quali il Grossi ha segnalata l'esigenza d'una «cautela massima», e cioè, da un lato, quello di “[...] cedere alla facile ipotesi di cogliere il medievale come prosecuzione del romano”; dall'altro, quello di “[...] trapiantare nel medioevo senza filtri adeguati concetti e linguaggio che ci sono proprii e connaturati”⁵⁴².

8. Segue. *Il profilo «esterno» rispetto agli altri negozi, non mortis causa*

Sotto il primo aspetto, occorre preliminarmente rimarcare come la disamina da noi svolta ben s'inscrive in quello «sfaldamento del formalismo»⁵⁴³, additato quale cifra identitaria del mondo giuridico medievale; e, in particolare, in quel «formalismo giuridico dei classici», cui si deve l'invenzione “[...] del «tipo» come categoria logica nella quale pensare gli istituti giuridici e la formulazione del problema della tipicità dei negozi e delle azioni come problema di regolamentazione rigida dell'autonomia dei privati”⁵⁴⁴. Sgretolamento, questo, a propria volta indice d'un ben più massiccio «crollo del diritto come dato sovrastrutturale», e quindi d'una “[...] straordinaria osmosi tra fatto e diritto sino a sfigurare il volto dell'ordinamento”⁵⁴⁵.

⁵⁴² P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 10, il quale iscrive i due moniti nell'alveo della «tipicità» dell'esperienza giuridica medievale.

⁵⁴³ ID., *Le situazioni*, cit., p. 62.

⁵⁴⁴ ID., *op. loc. ult. cit.* V. anche M. BELLOMO, voce *Negozi*, cit., p. 922, ove si segnala, appunto, che in tale situazione “[...] gli scambi volontari e pacifici dei beni non costituiscono i più frequenti mezzi di trasferimento di diritti reali: e, anzi, vi è anche la difficoltà di immaginare che si trasferisce un diritto (una ‘signoria’, un ‘potere’) su una *res*, mentre è usuale pensare che si trasferisce, semplicemente, la *res*”.

⁵⁴⁵ P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 62, secondo il quale ciò è evidente anche solo dando uno sguardo alla storia dei vari istituti, come quello in nostro esame, o come gli altri indagati dall'A., il quale, ad es., segnala l'incapacità, che traspare dai documenti alto-medievali, di configurare – per mezzo d'un procedimento d'astrazione – il concetto di «persona giuridica», come entità distinta dall'insieme dei soggetti e dei beni, che ne costituiscono il sostrato «naturale». Al punto che “[...] ben spesso la soluzione al problema della attribuzione dei beni viene trovata in grossolane e ingenuie materializzazioni”, e così i beni “[...] si attribuiscono al santo protettore della «ecclesia» o

A fronte di questa premessa ordinativa, sarebbe quanto meno storicamente ingenuo escludere dal perimetro della presente riflessione i primi secoli dell'esperienza medievale, sol perché in essi non si registra un ricorso al «testamento», inteso nella pura, e si direbbe «archetipica», declinazione romanistica⁵⁴⁶.

Quel che appare utile evidenziare, invece, è come il popolo longobardo avesse individuato gli strumenti negoziali più idonei a realizzare margini di disposizione nelle *donationes*, e come questa fosse scelta, per così dire, obbligata, perché sorretta da precise ragioni giuridiche, e precisamente dalla sicura estraneità, rispetto a quella tradizione, dei negozi non remuneratori, là dove il «testamento» – anche a tacere della maturità di pensiero, forse non ancora raggiunta, occorrente per concepire l'atto unilaterale in generale⁵⁴⁷ – non tollerava, proprio in virtù di quella sua «unilateralità», la presenza d'una controprestazione, neppure «simbolica»⁵⁴⁸.

In questo contesto, ad assumere rilevanza qualificante non può certo essere il confronto con gli altri atti, ai quali siano del tutto estranee

addirittura all'edificio sacro: il santo, al pari dei muri della costruzione, è, nella concezione antropomorfa della vita ultraterrena propria di quel momento, una realtà tangibile, ben più tangibile della entità parrocchia, monastero, ospedale che l'uomo altomedievale non riesce a cogliere come entità astratta" (*ivi*, p. 63). Su questa difficoltà, indugiano anche E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 62 ss. e A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 313 ss., 314-315, per il quale, in particolare, essa "[...] non è tanto influsso dei concetti germanici, quanto è più veramente una conseguenza necessaria delle condizioni sociali, scarsamente protette dal diritto". In generale sul «rei-centrismo» medievale, ancora le perspicue considerazioni di P. GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 72-74.

⁵⁴⁶ Sono in tal senso decisive le osservazioni metodologiche di P.L. FALASCHI, *Successione*, cit., p. 218, secondo cui "la rigida dicotomia moderna fra atti *inter vivos* e *m.c.*, per cui solo i primi possono essere bilaterali mentre gli altri debbono essere necessariamente unilaterali, ha ulteriormente giocato a sfavore di un'approfondita considerazione dell'atto di donazione come funzionale strumento di successione a causa di morte".

⁵⁴⁷ V. ancora ID., *op. cit.*, p. 234, per il quale "[...] l'adozione in via del tutto eccezionale nel sistema longobardo del testamento, siccome atto unilaterale, presuppone una conoscenza anche dogmatica dello istituto del tutto inverosimile, considerati non solo astrattamente i tempi, ma la confusione che regna nella prassi".

⁵⁴⁸ Al riguardo, G. VISMARA, *La successione*, cit., p. 132.

finalità successorie, secondo quella direzione «esterna» d'indagine che ci siamo proposti di percorrere, ch  la sicura assenza del *testamentum*  , per definizione, ostativa rispetto ad un siffatto itinerario, ma proprio l'assorbimento del suo pur mutato «contenuto» entro «forme» contrattuali che, merc  la loro intrinseca «bilateralit », apparivano «naturalisticamente» pi  confacenti alla produzione di effetti (in senso lato) «traslativi».

La notazione appare coerente con quanto osservato in relazione agli assetti negoziali *inter vivos* praticati in quel lungo periodo – dipanatosi dal V al XI secolo d.C. – che   stato definito di «fondazione» della coscienza giuridica medievale⁵⁴⁹; quivi il mondo fattuale, per mezzo della «consuetudine»⁵⁵⁰, incideva infatti anche sulla prassi negoziale, la quale presentava indubbiamente variazioni tante e tali da impedire, anche a noi oggi, riflessioni di taglio generalizzante, ma non al punto da escludere del tutto l'identificazione d'alcune linee tendenziali.

Tra queste, pu  sicuramente annoverarsi il declino dei contratti «consensuali», dacch , in un contesto inevitabilmente pi  fluido e disordinato, non si ravvisava nel solo scambio del «consenso» un presidio giuridico sufficiente e adeguato⁵⁵¹; coerentemente, si registrava un

⁵⁴⁹ Rinviamo alle chiarificazioni di P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 28: si tratta di quello che, comunemente,   definito «Alto medioevo».

⁵⁵⁰ Per cenni alla fonte consuetudinaria, v., *supra*, nt. 18. Spunti sul suo ruolo vincolante rispetto alla «autonomia privata» sono in P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., pp. 88-89.

⁵⁵¹ ID., *L'ordine*, cit., p. 104; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 399-400, secondo cui «il carattere consensuale di alcuni contratti romani si offusca e si perde; mentre il diritto germanico non conosce in origine che contratti reali, a cui si aggiunge il solo tipo dei contratti formali»; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 766, il quale rileva che il sistema contrattuale s'impenna sul generico concetto della *res praestita*, che comprendeva dapprima i diversi contratti «reali», e poi tutte quelle altre figure negoziali, nelle quali «[...] il fatto della dazione-ricezione di una cosa   fonte dell'obbligo non solo, o non pi , alla restituzione, ma ad una controprestazione: cos  allo schema del contratto reale vengono ricondotte le locazioni immobiliari e mobiliari, ed anche la permuta, la vendita, ed altre figure, fra cui la donazione, caratterizzata dal requisito di una controprestazione simbolica», ossia il *launegild* (v., *supra*, nt. 34, nonch  ID., *I contratti*, cit., pp. 220-221).

ricorso crescente all'istituto della «permuta»⁵⁵², nonché alla conferente «realizzazione» della vendita, che sempre più a quella rassomigliava, salvo che, ovviamente, per la circostanza che il bene permutato consisteva in una somma di denaro⁵⁵³.

Non tanto alla generica «libertà contrattuale»⁵⁵⁴, quanto alla «atipicità»⁵⁵⁵, appare, dunque, ispirata tutta quella pratica negoziale, che – nel rifiutare dappprincipio gli schematismi di matrice romanistica – s'affidava a stampi connotati da maggiore duttilità e mutevolezza; al punto che s'assiste ad una «deformazione» e ad una «snaturazione»⁵⁵⁶ di taluni assetti causali, piegati al perseguimento di finalità diverse da quelle originarie, come accadde nel caso delle donazioni chiamate ad assolvere le funzioni della vendita⁵⁵⁷, o – aggiungiamo noi ora – nell'ipotesi di donazioni surroganti il testamento⁵⁵⁸.

⁵⁵² Cenni in A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 384, 400; E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 12-13; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 230-231. E cfr. – più approfonditamente – le osservazioni di G. DIURNI, voce *Permuta (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 116 ss., *spec.* 117-118 sulla regolamentazione della figura nel diritto longobardo, nonché G. VISMARA, *Ricerche sulla permuta nell'alto medioevo*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, III, Milano, 1980, p. 1887 ss.

⁵⁵³ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 104; G. VISMARA, *Ricerche*, cit., p. 1894; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 400; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 224-225.

⁵⁵⁴ P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 88.

⁵⁵⁵ ID., *L'ordine*, cit., p. 104. E cfr. M. BELLOMO, voce *Negozio*, cit., p. 922, il quale invero rileva come “in un mondo sociale così strutturato il margine per l'esplicazione libera di autonome iniziative individuali è modesto” e “[...] trasferimenti 'negoziali' di beni (negoziati e attuati con le 'figure' contrattuali, o voluti unilateralmente [...]) o costituzione di rapporti obbligatori sono un privilegio di pochi soggetti, di istituzioni ecclesiastiche, di signori locali, di *negotiatores* sparsi”.

⁵⁵⁶ Sono parole di P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 105.

⁵⁵⁷ È l'esempio di ID., *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵⁸ V., *supra*, § 3. Peraltro, ciò non toglie che tali donazioni – salvo quanto s'è già visto in relazione all'influenza del diritto canonico (v., *supra*) – erano, di regola, atti «formali», posti in essere a mezzo della *thinx*, e cioè «in pubblico» (dapprima nella radunanza del popolo, perché – come osserva F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 312 – interessavano l'intera comunità, e più tardi avanti ai testimoni). S'è dunque esattamente osservato – A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 579 – che “queste solennità erano

Non v'è dunque da sorprendersi che questa «atipicità» sia ontologicamente restia ad operare rinvii – anche se solo nominali, e quindi neppure tralatici – alle «cause» tradizionali (vendita, donazione etc.), perché tale ripudio appare coerente al dischiudersi dell'autonomia rispetto all'ampio terreno delle *convenientiae*, ossia a quelle pattuizioni generiche, con contenuto variabile, da luogo a luogo, e da tempo a tempo, che lo «uso» – con la complicità della buona fede – contribuiva a precisare e a plasmare⁵⁵⁹. Ove la *convenientia* è intesa, appunto, come «contenitore» disponibile ad inglobare i contenuti più disparati, inducendo, quindi, a non sopravvalutare il ruolo della «volontà» come loro elemento unificante, non foss'altro per la citata, invadente e onnipresente presenza degli «usi», operanti in funzione latamente limitativa dell'autonomia privata⁵⁶⁰.

Ma l'immagine sin qui prospettata sarebbe senz'altro parziale se non si cominciasse sin d'ora a dar conto di un'altra, importante «presenza giuridica», che comincia lentamente, ma inesorabilmente, a farsi strada nel mondo del «diritto», e quindi anche del «testamento»⁵⁶¹, nonché,

richieste per gaurentire l'interesse della famiglia alla conservazione delle proprie sostanze, in quanto che di tal guisa non era facile sottrarre beni ai parenti, a loro insaputa”; sul punto, cfr. anche G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 219, il quale invero sottolinea come sia “[...] superfluo porre in rilievo i caratteri di questo originario arcaico formalismo germanico, al quale sono ancora ignote le forme meramente verbali o letterali: secondo la mentalità caratteristica dei popoli primitivi, la costituzione di un vincolo giuridico si compie col gesto e con la parola (*Hand un Mund*), la manifestazione della volontà di obbligarsi è legata ad un cerimoniale di atti solenni, di carattere materiale e simbolico ad un tempo, rivolti a confermare le dichiarazioni rituali dei contraenti, e quasi ad esprimerle plasticamente”.

⁵⁵⁹ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 105. In tema, v. anche M. BELLOMO, voce *Negoziio*, cit., pp. 924-925 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 386.

⁵⁶⁰ È la veduta di P. GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 105-106, il quale imputa ad una “pesante antistoricità” il tentativo di trapiantare nella mentalità “proto-medievale” la moderna nozione di «consenso». In diversa direzione, G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 395 ss. e ID., *I principî*, cit., p. 1051 ss.), d'altronde sulla scia del noto contributo di F. CALASSO, *La «convenientia». Contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto medioevo*, Bologna, 1932.

⁵⁶¹ Chiaramente, F. CICCAGLIONE, voce *Successione*, cit., p. 318, per il quale “l'introduzione del testamento nelle legislazioni e nelle abitudini germaniche, se fu dovuta in parte alla influenza del romano diritto, avvenne principalmente per opera del clero”, nonché A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 337-338, secondo cui “solo lentamente, per

come si vedrà, specialmente del suo formalismo⁵⁶², e cioè quella della Chiesa, la quale – nel colmare l’assenza lasciata dallo Stato – si fa portatrice d’una «singolarissima» e «armonicissima» commistione tra il sacro e il profano, tra la dimensione «civile» e quella «religiosa»⁵⁶³.

Presenza, questa, che investe l’intera società, e quindi anche la sua proiezione giuridica, la quale appare dotata d’una spiccata autonomia, al punto da profilare i netti confini d’un vero e proprio *ius ecclesiae*⁵⁶⁴; un diritto – quello «canonico»⁵⁶⁵ – appunto avvinto da pochi, ma

l’esempio del diritto romano e per il progressivo individuarsi della famiglia, oltretutto, e specialmente, per l’influenza della Chiesa, intenta a procacciarsi dagli impulsi della fede ricchezze terrene”.

⁵⁶² Incisivamente – tra gli altri – A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 825: “soprattutto il diritto canonico, riprendendo le tendenze del *favor testamentorum*, spinge a dar valore ad ogni atto d’ultima volontà, anche spoglio delle forme rigorose”.

⁵⁶³ I superlativi sono di P. GROSSI, *L’ordine*, cit., p. 109. Per una prima informazione, sulla «straordinaria importanza» dell’avvento del cristianesimo, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 26 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 86 ss.; N. TAMASSIA, *L’elemento*, cit., p. 8 ss., il quale ultimo, in particolare, avverte che esso, “[...] sgorgando dalla coscienza umana rinnovellata, mentre condanna alcune istituzioni romane, contrarie allo spirito evangelico della nuova società, dà un indirizzo tutto suo alle aspirazioni giuridiche dei tempi”. Fin d’ora – sempre in termini d’inquadramento generale – rinviamo a V. DEL GIUDICE, *Istituzioni di diritto canonico*, 3ª ed., Milano, 1936, p. 1 ss.; O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, in *Jus*, 1940, p. 1 ss.; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 457 ss.; P. FEDELE, *Discorso generale sull’ordinamento canonico*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Perugia*, Padova, 1941; ID., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, p. 77 ss.; P.A. D’AVACK, *Considerazioni su alcune peculiarità dell’ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Arch. dir. eccl.*, 1943, p. 123 ss.; ID., *Corso di diritto canonico*, I, *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, p. 81 ss.; G. LE BRAS, *La chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Bologna, 1976, rist., p. 23 ss.

⁵⁶⁴ P. GROSSI, *L’ordine*, cit., p. 110.

⁵⁶⁵ Etimologicamente, v. ID., *op. ult. cit.*, p. 114, nt. 7: “fin da tempi remotissimi con «diritto canonico» *ius canonicum* la Chiesa ha indicato il suo diritto nativo, dal termine greco *kanòn*, regola, contrapposto a *nomos*, regola della comunità civile” (nello stesso senso, V. DEL GIUDICE, *Istituzioni*, cit., p. 1, nt. 1 e P.A. D’AVACK, *Corso*, cit., p. 9, per il quale appunto i «canoni» indicavano “[...] sui primordi della vita della Chiesa, quelle varie norme e regole di condotta, che essa veniva emanando a mezzo dei suoi organi e in specie attraverso i Concili ecumenici per disciplinare la propria vita religiosa e la sua organizzazione confessionale, in contrapposto ai veri e propri *nómoi*, cioè alle leggi

significativi elementi coesivi, per identificare i quali torna a profitto la consueta citazione dell'apologista Tertulliano: «*Corpus sumus de conscientia religionis et disciplinae unitate et spei foedere*»⁵⁶⁶.

Sin dagl'inizi del suo dominio, la Chiesa non diffida, cioè, della dimensione «temporale», convinta com'è che la salvezza dei fedeli abbia da realizzarsi *hic et nunc*⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸, e che lo «elemento canonico» debba

dell'autorità imperiale romana”).

⁵⁶⁶ TERTULLIANUS, *Apologeticum*, a cura di A. Resta Barrile, Bologna, 1980, cap. XXXIX. Sulla dimensione «giuridica» di tale *corpus*, cfr. P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 111, nonché F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 164, il quale osserva che “la Chiesa insomma è un *corpus*, vale a dire un ordinamento: e le norme che essa pone trovano già in questo tutti gli elementi della giuridicità”.

⁵⁶⁷ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 113. D'altronde – con A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 26 – “l'annuncio evangelico comprendeva una serie di enunciazioni di natura strettamente religiosa, molte delle quali, tuttavia, comportavano conseguenze dirette o indirette nella disciplina delle relazioni tra gli uomini e nei rapporti dei singoli con le istituzioni secolari”; basti pensare a precetti come la “[...] indissolubilità del vincolo coniugale, la necessaria gratuità del prestito, l'obbligo di rispettare l'autorità secolare e la distinzione tra questa e l'autorità religiosa, la ripulsa della legge del taglione”. Sul punto, v. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 176-177, il quale rimarca come sarebbe alquanto «monca» un'immagine della Chiesa come attenta ai soli interessi spirituali, in quanto le sue istituzioni avevano in realtà “[...] una concezione integrale della vita umana: e quindi, pur distinguendo, nei fatti umani, gli spirituali e i temporali, non poteva[no] disinteressarsi di questi ultimi, in quanto gli uni e gli altri, ai suoi occhi, erano tesi verso il bene supremo, il raggiungimento del regno di Dio”; G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 28, secondo cui, “poiché la missione della Chiesa è la salvezza degli uomini, il diritto canonico non può trovare il suo fine ultimo che nell'aldilà” (e v., *ivi*, nt. 1 per ulteriori riferimenti), sicché – p. 30 – “la finalità della Chiesa non disprezza affatto il temporale, non emargina l'individuale, non soffoca la libertà”; O. GIACCHI, *Sostanza*, cit., p. 9, il quale invero sottolinea – nel discorrere, con efficacia, d'una Chiesa «nel» mondo, anche se non «del» mondo – che “[...] nella essenza e nella missione della Chiesa sta lo sforzo di comprendere, sia pure con le necessarie distinzioni, il temporale nello spirituale, giacché il Cristianesimo, quale è inteso nella visione cattolica, non è soltanto una dottrina che insegna le vie della vita interiore e prepara alla vita ultraterrena ma è un sistema di pensiero e di vita che vuole foggiare, secondo assolute esigenze tutte spirituali, anche la vita esteriore dell'uomo e quindi la vita sociale, e costruire un mirabile organismo, in cui lo spirito abbia il primato, anche la vita di questo mondo terreno”. L'esaltazione della dimensione «mondana» non implica – ovviamente – la pretermissione di quella «spirituale», ché – con l'efficace formula di V. DEL GIUDICE,

insinuarsi nel diritto pubblico, come in quello privato⁵⁶⁹, travalicando insomma la dimensione «intra-subiettiva», per abbracciare quella «inter-subiettiva»⁵⁷⁰.

Istituzioni, cit., p. 6 – “credere di poter studiare il diritto canonico prescindendo dai concetti teologici, che sono alla base e formano la linfa degli istituti, è illusione paragonabile a quella di chi si proponga di studiare fisiologia sui cadaveri o botanica sugli erbari”.

⁵⁶⁸ Da un punto di vista strettamente «tanatologico», v. V. MESSORI, *Scommessa*, cit., p. 337, il quale esattamente osserva che “Gesù – e, sulla sua parola, la sua Chiesa – vanno ben oltre ogni filosofia: ciò a cui tendono non è soltanto l’arte di morire; ma l’arte di morire per vivere”, sicché quel che s’insegna è, in verità, uno “stile per risorgere”.

⁵⁶⁹ N. TAMASSIA, *L’elemento*, cit., p. 20. E v. M. BELLOMO, voce *Negoziato*, cit., p. 926, il quale invero sottolinea come quello «negoziale» fosse «terreno fertile» per il legislatore ecclesiastico e per il pensiero dei Padri della Chiesa, in quanto “[...] il rispetto della parola data, degli impegni assunti, degli accordi, della buona fede, è testimonianza di fede e di vita cristiana; lo spergiuro, la violenza, la mala fede sono azioni immorali su questa terra e peccato che perdono l’anima nell’al di là”. Nel nostro ambito, v. E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 114, che rileva come “[...] coloro che hanno ristretto l’interesse scientifico che offre la storia del diritto ereditario, all’urto fra i due diritti – il germanico ed il romano – hanno peccato di una evidente unilateralità”, in quanto “[...] essi hanno trascurato – e molto – un terzo fattore [...] che è precisamente il diritto canonico”. Sulla partizione tra diritto «pubblico» e «privato» in diritto canonico, v. le precisazioni di P.A. D’AVACK, *Corso*, cit., p. 217 ss.; P. FEDELE, *Discorso*, cit., p. 104 ss.; G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 56 ss., 57, il quale, in particolare, persuasivamente osserva come tale dicotomia formale non sia del tutto appagante: “poiché la Chiesa non si propone che la salvezza dell’anima, il suo diritto pubblico appare al servizio degli interessi più strettamente personali”; ma, per converso, “[...] la salvezza dell’anima non è mai strettamente personale: un’intima solidarietà regna fra tutti i cristiani e persino tra tutti gli uomini sì che se il bene di un singolo può spostare la linea del diritto pubblico, il bene della comunità trasferisce nel diritto pubblico questioni di natura privata” (in questa direzione, v. anche P. FEDELE, *Discorso*, cit., pp. 109-110, il quale – nel sostenere la qualificazione «pubblicistica» del diritto canonico – rimarca che “[...] il suo fine supremo – la salvezza eterna delle anime – postula il riferimento delle sue disposizioni legislative e regolamentari agli uomini considerati *uti universi*, non già agli uomini considerati *uti singuli*”).

⁵⁷⁰ P.A. D’AVACK, *Corso*, cit., pp. 3-4 e cfr., *ivi*, p. 91 ss., ov’è sconfessata la tesi, secondo cui l’assenza di siffatta «inter-subiettività» sarebbe d’ostacolo al riconoscimento d’un autentico carattere «giuridico» al diritto canonico (v. anche, su questa distinzione, ID., *Considerazioni*, cit., pp. 128-129).

E comincia subito a darne prova non meno concreta, là dove – come visto – sospinge la legislazione longobarda ad alleviare il formalismo delle *donationes*, nel caso in cui queste ultime siano sorrette da finalità *pro anima*⁵⁷¹; sarà pronta a farlo nuovamente quando il testamento risorgerà, e sul punto si avrà modo d’indugiare a breve.

Ma sin d’ora occorre offrire la considerazione generale, secondo cui ad essere «anti-formalista» era, in verità, l’intero pensiero giuridico canonico, in quanto legato ad “[...] un ordine non codificato, basato sulla *aequitas* canonica, sulla valutazione delle circostanze, sulla considerazione della situazione *particolare* in cui si trova il peccatore”⁵⁷²

⁵⁷¹ Cfr., *supra*, § 2. È significativo notare che, nel fare ciò, il diritto canonico batteva in breccia la regola generale – che abbiamo già trovata in diritto romano (cfr., *supra*, cap. I, § 9) – secondo cui i negozi “di maggiore momento” (così A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 468) erano dotati di formalità più accentuate rispetto agli altri: il che, ad es., in relazione alla *thinx* per i patti successorî (*ivi*, nt. 29; v. anche *supra* nel testo), mentre per i negozi “[...] men gravi” alla presenza dei giudici si sostituì quella dei testimoni (v., *infra*, nel testo).

⁵⁷² G. ALPA, *Diritto*, cit., p. 37, il quale traccia anche un parallelo con il diritto inglese, distinto tra *common law* (sul suo sviluppo, v., in generale, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 221 ss.) ed equità. V’insiste anche L. DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint German*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1947, p. 46 ss., *spec.* 48 ss., ove si argomenta la tesi, secondo cui la speciale giurisdizione di equità della *Court of chancery*, nonché la peculiare procedura seguita da tale Corte, non deriverebbero dalla tradizione «franco-germanistica», bensì dai principi canonistici, i quali avrebbero esercitato “[...] la loro opera di avversione al formalismo del diritto statuale, a mano a mano che la *common law* si veniva formando come un sistema di diritto rigido e formalistico” (così a p. 48). Nello stesso senso, E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., p. 220, per il quale in diritto canonico “la forma è tenuta in poco conto ed ogni accordo vale, anche se privo di solennità, quando la volontà delle parti sia genuina e liberamente siasi formata”; ID., *La formazione*, II, cit., p. 171, ove – commentando *Corpus Juris Canonici* X 3, 26, 13 (v., *supra*, nt. 114) – si nota che “il rigore del diritto romano repugnava ai principii cui ispiravasi il diritto della Chiesa, la quale [...] all’interno volere dà riconoscimento anche contro la forma”; A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 451-452, secondo cui “in ogni convenzione [...], secondo i precetti della morale evangelica, conviene avere unicamente riguardo all’intenzione dei contraenti, per modo che nessuno di loro resti danneggiato dal soverchio rigor del diritto” e “[...] per effetto di questi principii dovette assottigliarsi grandemente il valore delle forme nelle contrattazioni”; P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., p. 291, il quale significativamente collega la «svalutazione» o il «definitivo abbandono» della forma, da parte del diritto canonico, non già all’esaltazione della *voluntas*

A partire dal XI secolo, però, nel mentre prosegue, senza soluzione di continuità, la «tipizzazione» dell'esperienza di diritto canonico, che sin qui s'è abbozzata, lo scenario muta, e si complica ulteriormente, con l'avvento del «Rinascimento giuridico»⁵⁷⁴, il quale – grazie alle sue tre forze propulsive: «città», «scuola» e «traffico mercantile»⁵⁷⁵ – fonda una nuova architettura non solo socio-economica, ma anche giuridica, che attinge alla “affinatissima strumentazione logica” e al “[...] linguaggio concettualmente rigoroso”, propri del diritto romano⁵⁷⁶.

– ché altrimenti si sarebbe potuto fare riferimento a quella stessa *aequitas romana*, la quale aveva contribuito a sfaldare “il campo saldamente trincerato proprio del diritto romano classico” (in tema, v. anche G. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 356 ss.) – bensì a quello religioso del *peccatum*. Posizione meno decisa è sostenuta, invece, da G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 776, il quale – nel rigettare la tesi più radicale, secondo cui il diritto canonico si sarebbe fatto portatore d'una vera e propria «condanna del formalismo» – ammette comunque che “[...] quella dottrina negava ogni importanza alle forme”, seppure “[...] in relazione al fine perseguito, che era quello della repressione del peccato di colui che non adempie la sua promessa”, ma “[...] ciò non implicava affatto una svalutazione del formalismo contrattuale o negoziale in genere, come elemento dell'ordine giuridico”.

⁵⁷³ Non è certo un mistero che la prima «ossessione» dell'uomo medievale fosse quella del «peccato», del quale – con J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., p. 106 – “[...] la Chiesa aveva fatto la sostanza profonda della condizione umana”. Sull'uomo inteso, essenzialmente, come «penitente», cfr. anche ID., *L'uomo*, cit., pp. 8-9, ove si ribadisce che “anche se non è monaco, penitente per eccellenza, anche se non è assillato dall'idea che il lavoro è una penitenza, l'uomo del Medioevo, condizionato dalla concezione del peccato che gli è stata inculcata, cerca nella penitenza il mezzo per assicurare la propria salvezza”.

⁵⁷⁴ Perspicua l'osservazione di P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., pp. 131-132, secondo cui “[...] parlar di rinascenza non significa operare un rigido giudizio comparativo con l'età precedente e condannarla in nome di un archetipo storico deformante e malcerto; significa innanzitutto, prima di procedere a una valutazione qualitativa, porre l'accento e far perno su un ritmo circolatorio singolarmente intenso che investe e permea di sé tutta la società; su un ritmo, su una dinamica che sono la vera novità, sia pure relativa, rispetto a quelli dell'età precedente”.

⁵⁷⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 135.

⁵⁷⁶ Sono ancora parole di ID., *op. ult. cit.*, p. 140. Sulle ragioni storiche, non certo «mono-causali», di questa riscoperta, cfr. ID., *L'ordine*, cit., p. 156 ss., ove centrale è il rilievo per cui il diritto giustiniano era «momento di validità», che al discorso della scienza giuridica mancava; e che le consentiva d'avvalersi di un “[...] complesso

Puntualissima, al riguardo, l'osservazione del Giardina, secondo cui “soltanto una legge superiore per autorità a quella longobarda, la legge romana, cui la Scuola dopo il Mille aveva ridato piena validità nell’Impero medievale, poteva segnare il declino della *donatio post obitum* e della *donatio reservato usufructu*, dando nuova vita e spazio al testamento”⁵⁷⁷.

E la ricomparsa di quest’ultimo ripropone anche le premesse d’un confronto con gli altri atti non *mortis causa* in questo periodo di «edificazione» dell’ordine medievale⁵⁷⁸; con la precisazione liminale che la comparazione si fa più ardua in questo momento «edificativo», rispetto a quello «fondativo», ché a questo è propria la dimensione della sola azione, là dove in quello si registra una pluralità di forze ordinanti, avvinte dalla sola, maturata consapevolezza di quelle pulsioni sociali ed economiche che si agitano dietro il *vinculum iuris*⁵⁷⁹: la Chiesa, della cui presenza s’è già detto; i Dottori, tutti protesi alla ricerca di moduli combinatorî fra prassi e scienza; infine, e non meno rilevante, il nascente diritto mercantile⁵⁸⁰.

La confluenza di questi indirizzi imprime al panorama giuridico basso-medievale il segno della «diversificazione»: la Chiesa mostra tutta la flessibilità del proprio approccio, che la porta – in nome di quella *aequitas*⁵⁸¹, della quale a breve ci occuperemo più in dettaglio – a

normativo ammantato di sacralità e venerabilità: sacralità, perché ne è promotore e promulgatore un principe cattolicissimo, Giustiniano I, il quale ha volutamente impregnato la compilazione del suo ruolo di difensore della fede e vi ha lasciato tracce vistose della adesione piena alla dommatica cristiana (si pensi ai titoli del *Codex* sulla Trinità e sulle *sacrosanctae ecclesiae*); venerabilità, perché si tratta di un complesso normativo risalente ad un’antichità avvertita come remota e favolosa e perciò ammantato di quella indiscutibile rispettabilità che il sedimentarsi dei secoli conferisce agli occhi dell’osservatore medievale” (così, *ivi*, alla p. 157).

⁵⁷⁷ C. GIARDINA, voce *Successioni*, cit., p. 738.

⁵⁷⁸ Per questa dizione, cfr., nuovamente, P. GROSSI, *L’ordine*, cit., p. 28: si tratta del c.d. «Basso medioevo».

⁵⁷⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 243.

⁵⁸⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 237; E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., pp. 217-218. Ma chiave critica, cfr. G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 776-777 e ID., *I principî*, cit., pp. 1063-1064.

⁵⁸¹ Sin d’ora, v. – *funditus* – P. FEDELE, voce *Equità canonica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 147 ss., nonché ID., *Lo spirito*, cit., p. 197 ss.; P. GROSSI, *L’ordine*, cit., p. 210 ss.;

conferire rilevanza, ad es., ai c.dd. «patti nudi»⁵⁸²; la prassi dei mercanti⁵⁸³, seppure spinta da altre ragioni, cerca pur sempre degli

ID., *Aequitas canonica*, in *Quad. fiorentini*, 1998, p. 379 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 202–206; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 331 ss.; P.A. D'AVACK, *Corso*, cit., p. 175 ss.; G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 81 ss.; V. DEL GIUDICE, *Istituzioni*, cit., p. 78 ss.

⁵⁸² Si tratta di convenzioni non provviste delle forme pre-fissate, né inserite in uno dei «tipi» previsti dall'ordinamento, alle quali la tradizione romana negava l'idoneità a costituire un vincolo obbligatorio: «[...] *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (D. 2, 14, 8, 4). La Chiesa, malgrado i difetti, «formali» o «causali», v'intravedeva, invece, un accordo che, in forza dei principi di buona fede e responsabilità, doveva essere rispettato, da un punto di vista morale, prima, e giuridico, poi, come emerge chiaramente in Ugucione da Pisa – Maestro di quel Lotario dei conti di Segni, che sarebbe poi divenuto Papa Innocenzo III (cfr. *supra*, § 5) – nel noto brano: «*Peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum tamen, licet nulla solemnitas intervenerit. Nota ad observantiam nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem [...] Sive ergo intervenit stipulatio sive non, promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum, si potest*» (HUGUCCIO, *Summa Decretorum*, Bayerische Staatsbibliothek, Clm 10247, gl. *Oportebit absolvere*, c. 66, Ca. XII, q. 2, 173v). E cfr., al riguardo, P. GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 218-219; M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., pp. 928-929; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 121; L. DE LUCA, *Aequitas*, cit., pp. 58-59; E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., pp. 221-223, il quale, in particolare, ricorda che i mezzi, attraverso i quali il diritto canonico tentò di portare all'adempimento dei *pacta* furono due, e precisamente la *condictio ex canone*, che era funzionale a radicare la competenza ecclesiastica, e la *denuntiatio evangelica*, la quale, almeno in origine, rispondeva alla funzione di far «correggere» il peccatore con l'imposizione d'una penitenza nell'ambito del *forum internum*, ma in séguito poteva portare alla scomunica di chi non avesse ottemperato ai canoni, oltre ad essere fonte – in un tempo ancóra successivo – di possibili azioni civili (per le differenze con le *actiones* di diritto romano, v. M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 929). Cfr. anche, sul ruolo della dimensione «equitativa» rispetto a siffatta soluzione, P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., pp. 288-289; ID., *Discorso*, cit., pp. 59-62; *spec.* ID., voce *Equità*, cit., pp. 152-153, ove in particolare si rileva che Dio “[...] non fa differenza tra la *nuda promissio* e la *promissio iurata* o comunque *aliter firmata*, perché anche chi non adempie la *nuda promissio* commette peccato”, nonché G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 775 e ID., *I principi*, cit., p. 1061, il quale – pur nel contesto d'un ridimensionamento in chiave critica del ruolo assolto dal diritto canonico in questo ambito – rileva che “[...] la sanzione canonica fu giustificata non tanto su norme positive quanto sulla *aequitas canonica*, con riguardo sempre alla *ratio peccati*, cioè in ordine al fine di tutelare non la *utilitas privata* del promissario, ma la *utilitas publica*, della società ecclesiastica, che esige la repressione del peccato «*tangens periculum animarum*»”.

⁵⁸³ V., al riguardo, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 183-185, ove ben si

strumenti negoziali semplici e funzionali, che trovano eco, massime in Italia, nella legislazione statutaria cittadina⁵⁸⁴; la dottrina, presa dallo «adattamento» delle certezze romane ad una realtà, che inevitabilmente aveva cambiato volto.

Sotto quest'ultimo profilo, il *Corpus* giustiniano continuava infatti ad essere ispirato ad una non modesta incidenza dello Stato sull'autonomia dei privati, sì da negare *vis* creativa ad ogni «volontà», che non si fosse incardinata in uno dei tipi prefigurati dall'ordinamento⁵⁸⁵, ché altrimenti non si sarebbe punto dato vita ad un *contractus*, bensì ad un *nudum pactum*, privo d'efficacia obbligatoria, e presidiato – al più – da un'obbligazione

chiariscono le origini del «diritto commerciale», nato nelle città medievali italiane e poi diffusosi in tutta Europa, al fine di rispondere alle esigenze dei commercianti e degli artigiani nella nuova economia urbana, che necessitava di strumenti flessibili: così, ad es., la «lettera di cambio», che consentiva di effettuare pagamenti in monete diverse, senza la necessità di recare con sé pesanti monete metalliche; la «commendà», che permetteva ad un uomo di città di affidare ad un mercante taluni beni da trafficare oltre-mare, al fine di dividere il guadagno al suo ritorno; la «accomandita», che aveva il pregio di limitare la responsabilità patrimoniale al socio accomandante; la «assicurazione sulle merci», congegnata al fine di cautelarsi contro il rischio di naufragio o rapina, mediante il versamento d'un premio; infine, il «documento guarentigiato», che accordava al creditore la possibilità di pre-constituersi agevolmente un titolo esecutivo. Sul punto, v. altresì E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., p. 235, ove l'accento sul contributo dei Dottori alla ricostruzione dogmatica del concetto di *mercator*, nonché A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 791 ss., ove invece un'analisi puntuale dei vari contratti commerciali.

⁵⁸⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 246, *spec.* nt. 12, ove si pone enfasi sulla larga diffusione dei titoli di credito, quali mezzi particolarmente agevoli nel convulso traffico cambiario. Cenni alle *promissiones* sono anche in G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 776, il quale tuttavia soggiunge che “[...] nel Medioevo la pratica commerciale fu dominata non solo dall'esigenza della semplificazione nella conclusione dei contratti formali e della *bona fides* nella loro esecuzione, ma anche dall'esigenza, certo non meno importante, della certezza dei rapporti obbligatori e della sicurezza e speditezza di esecuzione, volontaria o coattiva”.

⁵⁸⁵ V., chiaramente, G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 174, il quale sottolinea che “anche il diritto giustiniano tiene ferma la tipicità dei negozi e delle relative azioni, e soltanto muta la rigida rete dei tipi in una rete più elastica, ammettendo che le parti possano in concreto apportare mutamenti, aggiunge, soppressioni ai tipi fissati in astratto, nei limiti in cui ciò appaia compatibile con la *natura contractus* e con la *natura actionis*”. Nello stesso senso, M. TALAMANCA, voce *Contratto*, cit., p. 72 ss.

naturale⁵⁸⁶.

Sicché agli *interpretes* poteva forse risultare congeniale l'idea che il contratto fosse «dato», e non «fatto» dall'uomo; mentre sicuramente più arduo da recepire risultava quell'impianto formale, entro il quale la «volontà», per rilevare, si sarebbe appunto dovuta incanalare⁵⁸⁷.

Ecco un primo esempio di come l'interazione di tutte le pulsioni sopra citate si traduca in un atteggiamento – giustamente definito «psicologico»⁵⁸⁸ – quanto mai complesso, che si concretizza in una situazione del tutto peculiare: «formalmente», l'approccio del giurista appare rispettoso delle regole fissate nel *Corpus iuris*⁵⁸⁹, ma, ad un'analisi appena più attenta, codesto ossequio appare solo preliminare rispetto ad una sistemica tesa a superare gli odiosi schematismi, dei quali non di rado quelle prescrizioni si facevano portatrici⁵⁹⁰.

Tendenza, questa appena indicata, che – com'è stato esattamente osservato⁵⁹¹ – s'esprimeva, nel campo «contrattuale», in una duplice

⁵⁸⁶ G. ASTUTI, *I contratti*, cit., pp. 176-177; P. GROSSI, *L'ordine*, cit., pp. 246 e, *ivi*, nt. 14, 247, ove s'inscrivono in questa peculiare concezione dell'autonomia privata altri, eloquenti fenomeni, come la negazione della possibilità di contrattare a favore di terzi, la difficoltà nel configurare istituti quali la rappresentanza diretta o la cessione del rapporto obbligatorio (sul punto, v. anche A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 389). Una posizione meno marcata, al riguardo, è però assunta da E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 114-115, per come già da noi ricordata *supra*, cap. I, § 10, in fine.

⁵⁸⁷ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 247, nonché G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 764, per il quale invero “[...] il sistema contrattuale giustiniano non presenta, nel complesso, radicali trasformazioni che possano giustificare una nuova impostazione teorica generale, in antitesi ai principi classici”, ché “[...] il sistema dei contratti obbligatori rimane sempre fondato sulle categorie dommatiche tradizionali e sulla tipicità di determinate figure concrete, obiettivamente individuate e caratterizzate nei loro elementi essenziali, materiali e formali”.

⁵⁸⁸ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 247.

⁵⁸⁹ ID., *op. loc. ult. cit.*, al punto che i commentatori trecenteschi appaiono ancora ispirati alla dicotomia «*contractum*»-«*pactum*».

⁵⁹⁰ ID., *op. loc. ult. cit.* e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 519, per il quale il sistema “[...] non può più dirsi romano, perché il diritto di Roma vi era profondamente modificato dalla giurisprudenza, sia per erronea interpretazione delle fonti, sia per conscio adattamento alla vita, sia per creazione nuova”.

⁵⁹¹ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 247. Osserva invero A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 450, che

direzione. Da un lato, coagulando nel *pactum*⁵⁹² le più variegatae manifestazioni dell'autonomia privata, salvo a dividere poi tale categoria generale in quelle dei *pacta nuda* e dei *pacta vestita*⁵⁹³, il cui elemento discriminatore era, appunto, il *vestimentum*, inteso come «causa» (funzione sociale dell'atto), e salvo poi ancora a rinnegare ulteriormente tale distinzione, logorandola ora per effetto delle eccezioni (c.dd. *fallentiae*)⁵⁹⁴, ora per mezzo d'un uso accorto dell'analogia, rispetto alle cause «tipiche»⁵⁹⁵; dall'altro, invece, frazionando la struttura dell'atto negoziale negli elementi della *substantia* e della *natura*, ove l'una atterrebbe alla *quidditas*, e cioè all'essenza «immutabile» dell'atto, mentre l'altra sarebbe connotato di *qualitas*, e sensibile dunque al divenire e alla «storicità» del singolo istituto, sì da conferirgli notevole elasticità rispetto alle mutevoli e cangianti esigenze del sociale⁵⁹⁶.

Espedienti, questi, che facevano sì che l'antica massima *ex nudo pacto actio non oritur* conservasse la propria importanza teorica, ma che – in

la distinzione «dogmatica» tra *contractum* e *pactum* non era confacente all'idea – «cristiana», ma anche «germanistica» – che la parola data dovesse essere in ogni caso osservata.

⁵⁹² In linea generale, v. M. BELLOMO, voce *Negoziio*, cit., p. 928, il quale osserva che, secondo i civilisti delle scuole universitarie medievali, il termine indica almeno due fenomeni distinti: “[...] o la sostanza di qualsiasi contratto, o quelle varie convenzioni che si aggiungono accessoriamente ai contratti e non possono mai diventare contratti autonomi (per esempio, clausola penale, limitazione dell'obbligo di diligenza, varianti sulla garanzia per evizioni, ecc.)”. D'ora innanzi, si alluderà al primo dei significati indicati.

⁵⁹³ Sulla *vestis pactorum*, v. anche E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., p. 234; G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 771; ID., *I principî*, cit., p. 1055; G. DIURNI, voce *Permuta*, cit., pp. 122-123; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 765-766.

⁵⁹⁴ V., in tema, G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 772 e ID., *I principî*, cit., p. 1057.

⁵⁹⁵ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 247.

⁵⁹⁶ ID., *op. ult. cit.*, p. 250, il quale porta l'esempio del deposito c.d. «irregolare», ossia d'una struttura la cui *natura* subisce variazioni strutturali significative (per tutte, il trapasso della proprietà in capo al depositario) mercé l'inedita fungibilità del suo oggetto. Sul tema, si v. anche, e più approfonditamente, ID., *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in *Quad. fiorentini*, 1986, p. 593 ss., *spec.* 608 ss.

fatto – fosse ormai svuotata d’ogni contenuto⁵⁹⁷.

E analoghi profili di dis-tonia si registrano in relazione alla «forma» degli atti: invero, per quanto i giureconsulti si sforzassero di farle acquistare l’antico vigore romanistico⁵⁹⁸, la prassi premeva verso l’emersione di nuovi e più liberali principi⁵⁹⁹, miranti a valorizzare la sua funzione non «essenziale», ma «probatoria»⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ V. E. BUSSI, *La formazione*, I, cit., p. 246: “combattuto apertamente dal diritto canonico, privo di qualsiasi efficacia nel campo commerciale, il principio romano sembra vivacchiare *solamente* nei rapporti di carattere civile”; ma anche qui “[...] perde ogni significato per le vaste e numerose eccezioni apportatevi; eccezioni basate, e questo è l’essenziale, su principii di carattere generale, i quali [...] contenevano in se stessi la negazione più assoluta e più inconciliabile della massima «*nudum pactum non parit actionem*»” (nello stesso senso, M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., pp. 929-930 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 766). In diversa direzione, invece, G. ASTUTI, *I principî*, cit., pp. 1054-1055 e ID., *I contratti*, cit., pp. 770-771, *spec.* 773, secondo cui “[...] l’affermazione ricorrente fra i moderni storici del diritto, che il principio «*nuda pactio obligationem non parit*» avrebbe conservato nella dottrina del diritto comune una validità meramente teorica, per essersi ridotto ormai, in linea pratica, ad una formula svuotata di ogni contenuto, non ha fondamento nelle fonti”, in quanto queste non attesterebbero affatto “[...] una progressiva riduzione della validità di quel principio [...]”.

⁵⁹⁸ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 467 e *spec.* M. BELLOMO, voce *Negoziò*, cit., p. 928, per il quale il *nudum pactum* “[...] deve vestirsi delle *formae* del diritto positivo, deve calarsi negli stampi dell’ordinamento: i quali sono, per i giuristi di scuola, quelli tramandati autorevolmente dalla legislazione giustiniana”.

⁵⁹⁹ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 467 addebita codesta «liberalizzazione» sia alla natura «eminentemente romana» delle forme speciali di stipulazione, sia al fatto che esse avevano già in quel diritto “[...] perduto non poco dell’antico valore”: e v., infatti, *supra*, cap. I, § 9, cui *adde* ora F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 89, il quale invero ricorda la profonda evoluzione subita dalla *stipulatio*, la quale era, in origine, contratto formale, in cui la solennità, generatrice del vincolo, consisteva in un’interrogazione dello *stipulator* (futuro creditore) e nella correlativa risposta del *promissor* (futuro debitore): «*verbis obligatorio fit ex interrogatione et responsione: veluti: dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fide promittis? fide promitto; fide iubes? fide iubeo; facies? faciam*» (Gai 3, 92). Ma che poi sarebbe successivamente evoluta in contratto fondato sulla «causa» e sul «consenso», documentato dalla «scrittura»: così già in Giustiniano, che – nel rimarcare l’affievolimento delle forme solenni («[...] *haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt* [...]») – replicava la soluzione adottata nella costituzione di Leone del 472 d.C., e scriveva: «*sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est*» (Inst., 3, 15, 1). Su quest’evoluzione, v.

In questo senso, s'è osservato che l'accento non andava posto tanto sulla circostanza che l'atto fosse inefficace in quanto viziato formalmente, bensì sul fatto che, mancando la prova della sua conclusione, si elideva la domanda dell'attore col giuramento del reo, “[...] laonde una determinata forma o solennità nei contratti aveva unicamente l'importanza di metterne la celebrazione al coperto da ogni incertezza e negazione”⁶⁰¹, mercé il diffuso ricorso ai testimoni⁶⁰².

Quanto sopra osservato in relazione ai «negozi», e ai loro profili formali, si ripresenta in relazione al «testamento», e alla sua forma, durante tutta l'età di mezzo, tant'è vero che s'è giustamente fatta parola, per questa fase, d'un diritto successorio «misto»⁶⁰³. L'atto testamentario, infatti, come s'è visto nei precedenti paragrafi, non fa eccezione a questa singolare dialettica tra l'astratta recezione delle regole romanistiche⁶⁰⁴ e la costante opera di adattamento rispetto a un «contenuto» oggetto

anche G. GANDOLFI, *Studi*, cit., pp. 171-172 e G. ASTUTI, *I contratti*, cit., p. 85 ss.

⁶⁰⁰ Sul punto, cfr. M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. 281, i quali rintracciano, nella legislazione di Liutprando, il primo, timido antecedente in proposito. V. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 90, che – ricordando come nelle regioni italiche, nelle quali la dominazione longobarda s'era prematuramente affermata, tardò ad essere conosciuta e applicata la legislazione giustiniana – riferisce che la *stipulatio* classica, connotata dalla *sollemnitatis verborum*, si mantenne in vita fino al secolo XI, ma anche in tal caso “[...] se la scrittura si congiunse alle parole, ciò non fu perché i *verba* non bastassero a generare il vincolo, ma soltanto «*ad memoriam futurae posteritatis*»”.

⁶⁰¹ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 467. V. anche A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 387, secondo cui “la *charta*, in cui si riassumeva il diritto, acquista una vera indipendenza giuridica, e poté contenere qualche volta la clausola, per cui si avvertiva che il diritto si sarebbe potuto far valere solo con la esibizione materiale del documento, per modo che, quando questo non fosse presentato, il rapporto obbligatorio avrebbe potuto considerarsi come estinto o almeno dubbio”.

⁶⁰² A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 468-469, il quale osserva che, affinché fossero in grado di testimoniare per il maggior tempo possibile, era d'uso sceglierne in età di fanciulli, nonché A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 387.

⁶⁰³ A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 3.

⁶⁰⁴ Efficacissima l'immagine di N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 20, secondo cui “il diritto romano può paragonarsi ad un classico tempio del paganesimo, che per conservarsi ha dovuto pur cedere allo spirito de' tempi; le statue degli dèi sono scomparse, l'ara divenne l'altare, e la croce domina dall'alto il vecchio edificio”.

d'incisiva trasfigurazione⁶⁰⁵; il che non poteva non reclamare anche una rivisitazione del suo vestimento «formale», e siamo così portati diritti verso quel sentiero «interno» d'indagine, che ci eravamo proposti in principio di percorrere.

9. Segue. *Il versante «interno» e la correlazione tra la «liberalizzazione» delle forme e il mutato contenuto del testamento-atto*

Preliminarmente, mette conto di rilevare come nel diritto medievale si registri sovente una varietà di localismi⁶⁰⁶ tale da precludere una

⁶⁰⁵ V. – oltre a quanto già riferito *supra* in relazione alla delazione contrattuale, all'adizione, al numero dei testimoni e alle formalità della revoca – anche quanto diremo appresso in relazione all'istituzione d'erede. Lo stesso può affermarsi per la capacità di fare testamento, se è vero che, alla regola romanistica della incapacità del figlio della famiglia, alcuni statuti, come quelli di Venezia, di Ragusa e di Spoleto – in deroga al principio secondo cui la *testamenti factio* è *iuris publici* (v., *supra*, cap. I, § 10) – espressamente vi derogarono: v. P.S. LEICHT, *Storia*, cit., pp. 245-246 e E. RAVA, «Volens in testamento vivere», cit., p. XVII. O ancora – s'è aggiunto (E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 200) – per la divisione del patrimonio ereditario, ormai pressoché integralmente disancorata dagli antichi parametri «unciali».

⁶⁰⁶ Sul punto, cfr., in linea generale, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 72-73 e F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 410, ma *spec.* P. GROSSI, *Le situazioni*, cit., p. 60, per il quale “[...] il monismo dello Stato romano – che era monismo pur nella molteplice articolazione delle sue fonti, nella vivissima dinamica di legislazione, giurisprudenza pratica e giurisprudenza culta – cede il passo a un esteso pluralismo, a una esperienza disarticolata e anche disordinata sotto il profilo delle fonti di produzione”, nonché ID., *L'ordine*, cit., p. 44, ove l'accento sul fatto che “al moto centripeto dello Stato, che aveva unificato e raccolto l'intera plaga mediterranea, si sostituiva un inarrestabile movimento centrifugo con una generale riscoperta di valori, interessi, vocazioni particolari”. Più specificamente nella nostra materia, v. M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 194, secondo cui le regole successorie erano “[...] diverse da luogo a luogo, per il peso di una tradizione secolare e per gli stimoli di una realtà nuova; e diverse nello stesso luogo per il mutare dei tempi, della composizione sociale della popolazione cittadina, delle strutture politico-costituzionali, e per il mutar di funzioni della grande famiglia medievale, e per il progressivo scadimento del valore politico di un grande patrimonio, stabile nel tempo, base sicura e duratura alla potenza e al prestigio del casato”. Ma nel senso che il «particolarismo» non impedisca l'identificazione d'alcune tendenze comuni, che possono essere ricondotte ad unità (come nel caso dell'ispirazione religiosa dei

puntigliosa ricostruzione dell'evoluzione d'ogni formalità: così, ad esempio, il numero e i requisiti dei testimoni potevano variare da una città all'altra⁶⁰⁷; la *testamenti factio* della donna era tutt'altro che uniforme⁶⁰⁸; nell'Europa settentrionale, il testamento olografo già

lasciti *pro anima*, i quali, pur assumendo diverse forme e declinazioni, risentivano tutti degli ideali della fede cristiana), G. VISMARA, *La norma*, cit., p. 33: “a chi raffronti la tipicità dei negozi che nel diritto romano classico realizzano la successione volontaria con la varietà degli atti a causa di morte nell'età medievale, quella varietà potrebbe parere manifestazione del più intenso particolarismo”; invece, “[...] a prescindere dal fatto che la diversità riguarda le forme piuttosto che gli elementi del negozio e pertanto è più formale che reale, l'unità riappare nel fine che quegli istituti perseguono, nei principi che li informano e vivificano, nella civiltà della quale essi sono una manifestazione”. E cfr. anche *ivi*, la nt. 48, ove si suggerisce di non trascurare lo studio di figure negoziali diverse – come le *donationes post obitum, reservato usufructu* e *mortis causa* (v., *supra*, § 3) – per avere un quadro completo della successione nel medioevo. Incline ad esaltare i pregi di un'impostazione «sintetica», appare anche A. ROMANO, *Famiglia*, cit., pp. 3-4, il quale – dopo aver messo in luce come i vari istituti “[...] assumevano [...] connotati diversi a seconda dei veri usi e delle diverse consuetudini locali e mutavano nel tempo piegandosi, sostanzialmente, alle concrete esigenze delle varie forme di famiglia storicamente venute a costituirsi” – sottolinea, *ivi*, alla nt. 6, come resti l'interesse “[...] di un'analisi che non perda di vista i nessi centralo dello sviluppo storico dei vari istituti, anche per sottolineare, in una valutazione diacronica e sincronica, sia i punti di maggiore frattura esistenti fra i diversi ordinamenti e le varie strutture sociali, sia le linee di tendenza comuni”.

⁶⁰⁷ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 32. E cfr. E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 196, cui rinviamo anche per i riferimenti, il quale – premessa l'osservazione per cui l'esempio della Chiesa valse a ridurre in linea generale il numero dei testimoni nel testamento ordinario – registra che qualche Comune si attenne al numero settenario, là dove altri si contentarono di cinque o persino di tre (Venezia, Bologna, Lucca), se non finanche di due (Capodistria, Sorrento).

⁶⁰⁸ V. A. PERTILE, *Storia*, cit., pp. 19-20; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 825; *spec.* A. ROMANO, *Famiglia*, cit., p. 53, il quale ultimo, in particolare, ricorda che, ad esempio, gli statuti fiorentini decretavano che la donna che avesse marito o figli non potesse «*in dote vel de dote, vel de eius parte [...] condere aliquam ultimam voluntatem, nec inter vivos disponere de dicta dote in preiudicium viri vel filiorum*»; le consuetudini napoletane disponevano che «*si qua mulier habeat filios seu liberos potest de dotibus suis et aliis sibi advenientibus ab agnatis vel cognatis in sua ultima voluntate relinquere de decem partibus unam tantum*» e addirittura alcuni statuti, come quello di Savona, prescrivevano che «*non possint autem mulieres aliquae testari, codicillari, donare causa mortis vel alios contractus quoscumque facere*»; ma altri statuti ancora, come le consuetudini di Alessandria del 1179, concedevano alla donna di disporre

cominciava ad avere diffusione più estesa rispetto ad altre aree⁶⁰⁹, marcando sin d'ora una peculiarità rilevante anche nel prosieguo della trattazione.

Nondimeno, quel che appare evidente è che il contenuto del testamento era venuto modificandosi radicalmente rispetto all'impostazione romanistica. In quest'ultima, pur a fronte dell'evoluzione in senso «liberale» che abbiamo già tracciata (cap. I), la *heredis institutio* restava un caposaldo del testamento-atto⁶¹⁰; non così, invece, per il medioevo, al punto che, nonostante quanto precisato *supra* in relazione ad alcuni aspetti di residua rilevanza dell'istituzione ereditaria, si è potuto con efficacia dire che *caput et fundamentum totius testamenti* non fosse più l'istituzione medesima⁶¹¹, bensì la «disposizione per l'anima»⁶¹², alla quale si affiancavano – quantunque in posizione subalterna – le disposizioni *stricto sensu* «patrimoniali»⁶¹³, funzionali a

liberamente dei beni c.dd. «parafernali», ossia dei beni personali, non compresi nella dote, che avevano portato con loro sposandosi.

⁶⁰⁹ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 32.

⁶¹⁰ Cfr., *supra*, cap. I, § 10.

⁶¹¹ È degna di nota l'affermazione di M. BELLOMO, voce *Erede*, cit., p. 194, secondo cui – a fronte dell'intrinseco «particolarismo» del diritto successorio medievale (sul punto, v., *supra*, nt. 222) – l'unica «linea costante» che “[...] si perpetuava, al di là della enorme varietà di norme” stava in ciò, che “[...] nelle successioni testamentarie si concepiva e si richiedeva raramente un'istituzione dell'erede avente quei caratteri che la dottrina trovava fissati nella compilazione giustiniana: si trascurava soprattutto [...] la distinzione fra erede universale e successore a titolo particolare; e ammettendo che un soggetto potesse lasciare i suoi beni ai discendenti, o agli estranei, in parte per successione testamentaria e in parte per successione intestata, si riconosceva un più ampio campo d'azione alla libera volontà del *pater familias*”.

⁶¹² Così G. VISMARA, *La norma*, cit., p.24, nonché G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., p. 58; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 343; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., p. 406; M. GORINO-CAUSA, «*Il favor piae causae*», cit., pp. 30-31. D'altronde, ciò appare coerente con la generale osservazione del N. TAMASSIA, *L'elemento*, cit., p. 20, secondo cui la Chiesa – nel diritto – “[...] lascia tracce non piccole, ed allontana gl'istituti dallo scopo intimamente connesso alla loro indole”.

⁶¹³ E v., in generale, P. FEDELE, *Discorso*, cit., p. 18, per il quale invero “secondo lo spirito evangelico, i beni terreni vanno considerati non già come fine a se stessi, ma come mezzi, come strumenti per la soddisfazione razionale dei bisogno umani”. Emblematico il

garantire la continuità familiare⁶¹⁴.

noto passo di Matteo, VI, 19-20: “non vogliate ammassare beni della terra, dove sono corrosi dai tarli e sottratti dai ladri; ma accumulatelvi pel cielo, dove sono al riposo dal tarlo e dal ladro”.

⁶¹⁴ G. GATTI, *Autonomia*, cit., pp. 17-18; A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 13; L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 323, 327; A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 346, per il quale, in particolare, l'atto “[...] presto [...] si allargò a comprendere non soltanto le disposizioni a pio scopo, ma anche ogni altra destinazione delle sostanze a causa di morte”; M. BELLOMO, voce *Famiglia*, cit., p. 748, ove anche un accostamento rispetto ad altri istituti che, come il testamento (ad es., il matrimonio, l'adozione e l'emancipazione) “[...] rivelavano sempre una duplice natura: erano da una parte atti involgenti i sentimenti, le idee, i desideri e le amarezze, i rancori e gli affetti degli uomini, di ogni uomo con il suo cuore e con i suoi pensieri; erano però, al tempo stesso, atti che toccavano sempre le strutture della famiglia e segnavano l'ascesa o la decadenza dei singoli aggregati familiari, sia sul piano della composizione personale che su quello della potenza patrimoniale”. Così, a titolo d'esempio, nella legislazione longobarda, ove la donazione – poi tramutatasi in testamento (v. *supra*) – poteva svolgere significative funzioni «migliorative» (su cui v. A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 826 e *spec.* N. TAMASSIA, *La “melioratio”*, cit., p. 102 ss.). E cfr. allora *Liutprandi leges*, c. 102: «*Si quis langobardus habuerit masculinum legitimum unum, aut filia legitimum unam aut plures, et antequam eam ad maritum tradat, ad mortem venerit potestatem habeat ad filiam suam per cartola donationis, si voluerit, usque ad quartam portionem de rebus suis iudicare; si iudicaverit, stabilem permaneat. Si vero duos filios legitimos habuerit, et filia una aut plures, septima portionem de rebus suis iudicet si voluerit; si vero amplius filii fuerint, per hanc rationem conpotetur*». Non solo, quindi, il padre poteva preferire le figlie nubili, anche in presenza di figli maschi legittimi, ma anche favorire quello dei figli, che lo avesse più fedelmente servito, e cfr. ora per esteso il già richiamato passo – di cui si è sottolineato il «sapore ecclesiastico» (G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., p. 63) – delle *Liutprandi leges*, c. 113: «*Si quis langobardus voluerit in filios suos sibi bene seruiantibus aliquot largiri, habeat licentiam in hoc modo, ut si fuerent duo filii, tertiam partem substantiae suae possit meliorare eum, qui ei bene et secundum deo obediens fuerit et seruiert. Et si tres fuerent, habeat licentiam, quartam partem meliorare quem voluerit [...] ut semper qui pater est, vicorem habeat, qualiter ei filii sui recte, ut diximus, oboediant et deserviant; et si toti ei bene seruiant, habeant aequalitatem substantiae patris. Quod si forsitan quisquamque secundam aut tertiam mulierem duxerit, et habuerit filius et de anteriore conioge et de sequente, non habeat potestatem illos posteriores, quorum mater vivit, meliorem facere dum ipsa advixerit, nec dicat aliquis, quod per ipsa mulierem talis soasio facta fuisset: defuncta autem mulierem, pater licentiam habeat facere, sicut supra legitur. Quia credimus secundum deum esse, ut dum servus, qui bene seruiunt, melioratus vidimus et remuneratus a dominis suis, quam illos qui recte non seruiunt: quantum magis debent fieri recta causa, ut homo filium suum meliorare et remunerare possit, qui ei melius seruiert*». Previsione, questa, che sarebbe poi stata estesa da Astolfo anche alle figlie, e v. *Abist.*, 13: «*A nostris decessoribus iam antea est institutum, ut langobardus potestatem*

Questo assetto rafforzava inevitabilmente il ruolo della Chiesa, la quale, al fine di garantire un equilibrio con i retaggi della tradizione romanistica, rinunziò – ingegnosamente – a dettare *ex novo* una disciplina dell'istituto⁶¹⁵, volgendosi, piuttosto, e soprattutto per mezzo dell'attività normativa dei pontefici, ad esercitare la propria influenza su alcuni «punti nevralgici» della disciplina⁶¹⁶.

Tra questi, come già visto nell'esame d'importanti decretali, v'erano

habeat filium suum sibi bene servientem de rebus suis meliorare; de filiabus non contenebatur. Ideo statuimus, ut si duas filias habuerit, et filium non reliquerit, potestas ei sit unam filiam suam, qualem voluerit, meliorare tertia parte rerum suarum; si tres fuerint, quarta, et si amplius fuerint, per hanc rationem computetur» (su ciò, N. TAMASSIA, *La "melioratio"*, cit., p. 106, nonché G. FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche*, cit., pp. 63-65 per ulteriori riscontri documentali). Appare del tutto corretta, dunque, la sintesi di L. PALUMBO, *Testamento*, cit., pp. 404-405, lì dove scrive che "il testamento longobardo ebbe dapprima uno scopo pio, cioè quello di erogare beni ai luoghi venerabili per rimedio dell'anima: scopo, che avea avuto negli ultimi tempi anche il testamento romano. Poi, come questo, servì anche ad eliminare le ingiustizie, a cui dava luogo, dal punto di vista naturale, il sistema barbarico della successione intestata; le quali ingiustizie tanto più reclamavano dalla pietà dei padri di famiglia un rimedio, per quanto erano la conseguenza di principii, che le leggi non osavano ancora di abolire, ma che non rispondevano più alla coscienza sociale de' nuovi tempi, e soprattutto alle idee della Chiesa e della società romana, che quei principii avea abbandonati da un pezzo, sebbene dopo una lenta e laboriosa evoluzione. [...] Insieme il testamento offrì al padre un mezzo di premiare la virtù dei figli, come anche di punirne i vizii". Ma sull'esigenza di un'impostazione «unitaria» del testamento, nelle sue componenti «pia» e *stricto sensu* «devolutiva», cfr. E. RAVA, «Volens in testamento vivere», cit., p. XXIV, la quale ben mette in luce come "[...] l'aspetto della trasmissione patrimoniale e quello prettamente religioso sono inseparabili, non solo perché essi convivono formalmente nello stesso documento, ma perché a sentirli congiunti è la persona che fa testamento, e facendolo raccoglie e coordina tutte le relazioni che ha vissuto, con l'al-di-qua e con l'al-di-là".

⁶¹⁵ G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., p. 59.

⁶¹⁶ ID., *op. cit.*, pp. 58-59. Discorre efficacemente della predisposizione, da parte del diritto «curiale», d'uno "statuto privilegiato dell'ultima volontà pia", E. RAVA, «Volens in testamento vivere», cit., p. XVI; sulla naturale selettività disciplinatrice del diritto canonico, quale portato d'una sua più generale nota caratteristica, ossia quella della «incompletezza», v. P.A. D'AVACK, *Considerazioni*, cit., pp. 130-131, ove si rileva che la Chiesa "[...] riconosce a se stessa una competenza specificamente limitata, attribuendosi la capacità di regolare nel campo del diritto soltanto quelle determinate materie e atti esteriori giuridicamente valutabili, i quali offrano una connessione e un interesse diretto o indiretto per il suo fine sovranaturale prestabilito".

indubbiamente le regole sulla «forma» del testamento⁶¹⁷, in quanto la loro violazione avrebbe determinato l'impossibilità che la *voluntas testatoris* e, più in particolare, le disposizioni «pie», andassero ad esito⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Esplicitamente, P.S. LEICHT, *Storia*, cit., p. 245, nonché M. GORINO-CAUSA, «*Il favor piae causae*», cit., p. 11, il quale discorre significativamente d'un *piae causae favor*, in virtù del quale si dispensava non solo da quelle formalità, che l'A. definisce «estrinseche», ma anche da quelle dallo stesso denominate «intrinseche», come, ad esempio, la certezza in ordine all'identità del beneficiario, ipotizzandosi che, in difetto, l'erede potesse individuarsi in Cristo (v., per questa suggestione, già, *supra*, nt. 102, in fine).

⁶¹⁸ Peraltro, alcuni decretisti – come Lorenzo Ispano a Bologna, la cui posizione coincideva con quella sostenuta nella Glossa Palatina (1210-1215) – pur sottolineando il carattere innovativo delle decretali di Alessandro III, tentarono di neutralizzare le conseguenze più radicali, che sarebbero potute derivare da una lettura troppo ampia del capitolo *Cum esses* (cfr., *supra*, nt. 113), ritenendo che la *lex divina* riguardasse non tutti i testamenti, ma solo *in his que ecclesie relinquuntur* [in Francia, peraltro, aderì a quest'impostazione l'apparato di scuola franco-renana '*Animal est substantia*' (1206-1210)]. Anche Giovanni Teutonico, nella versione originaria del suo apparato al *Decretum* (risalente a dopo il 1215) era di quest'idea, mentre la redazione finale della Glossa ordinaria, rielaborata da Bartolomeo da Brescia dopo il 1245, conteneva un'aggiunta, nella quale l'allievo del Teutonico si dissociava dalla tesi del suo Maestro, reputando che i riferiti principi dovessero trovare applicazione *in quolibet testamento*, così dimostrando di superare anche quell'altra veduta, per così dire «intermedia» – e fatta propria da Bernardo Compostellano *antiquus* nel suo apparato risalente agli anni 1201-1205 – secondo cui le decretali di Alessandro avrebbero dovuto valere solo *in foro ecclesiastico*. Ma, sempre tra i decretalisti, si segnalano anche posizioni senz'altro più avanguardiste, come quella di Alano, il quale, in una glossa del suo apparato alla I Comp. (1201-1210) intese il c. *Cum esses* in modo generale, perché il pontefice «*testamentorum sollempnitatem penitus destruere velle videtur*»; per tal via risolvendo, peraltro, in senso positivo, la spinosa questione, se il Papa avesse la capacità d'incidere sulle regole civilistiche mediante provvedimenti «abrogativi». A Bologna, questa posizione veniva replicata – anche se con qualche incertezza – da Tancredi, nel suo apparato alla Comp. I (1210-1215), nonché da Vincenzo Ispano nel suo apparato alla Comp. I.; posizioni concilianti tra la tradizione romana e il diritto canonico, e quindi valide *utroque iure*, si rinvennero anche nella *Lectura Decretalium* di Guglielmo Naso, e nella produzione di Goffredo da Trani. Ma l'argomento secondo cui l'ambito applicativo della decretale dovesse essere circoscritto ai lasciti *pro anima* sarebbe stato riabbracciato anche dalla Glossa ordinaria al *Liber Extra*, sin dalla sua primitiva redazione (1234-1241). Daccapo, nel Duecento sarebbe stato lo Ostiense a farsi portatore del pensiero, che poi sarebbe prevalso, e cioè quello secondo cui alla decretale pontificia non doveva riconoscersi una

E così avvenne anche, come già visto, per gli esecutori testamentari⁶¹⁹, per la revoca⁶²⁰, nonché – aggiungiamo ora – per l'interpretazione⁶²¹ dell'atto, la quale appariva sempre più ispirata alla ricerca della volontà del testatore⁶²², perché «*non debet* – come avverte Gregorio Magno nel *Liber Moraliū – intentio verbis deservire, sed verba intentionis*»⁶²³.

territorialità limitata, essendo ormai le relative regole divenute parte del *ius commune*, del quale veniva, quindi, ribadita la «universalità». Per quest'evoluzione, oltretutto per i relativi riferimenti, v. G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., pp. 539-556, nonché – più sinteticamente – A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., pp. 180-182.

⁶¹⁹ Cfr., *supra*, § 4.

⁶²⁰ *Ivi*, § 5.

⁶²¹ E cfr. G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., pp. 60, 64 ss., ove si ricorda come nel linguaggio dei glossatori la *interpretatio* aveva confini assai ampi, essendo intesa come: i) *interpretatio verborum*, che designa genericamente l'attribuzione d'un significato ad un singolo *verbum*, o a una combinazione di *verba*, discorrendosi d'attività quali *exponere-expositio*, *accipere*, *sumere* o *intelligere* (e in quest'ambito si distinguono una *interpretatio stricta*, *larga*, *ex vi verborum*, *ex voluntate*, *ex benignitate* oppure ancora *ut potius res valeat*); ii) *interpretatio voluntatis*, ch'è nozione nuova, declinata talvolta come sinonimo di «esame», «indagine» o «investigazione» della volontà del defunto, talaltra – e più frequentemente – nel senso di *praesumptio*, *coniectura*, al fine di contrapporre quindi una volontà «effettiva», ma non «dichiarata»; iii) *interpretatio fictio*, la quale, fondandosi sull'atto del *fingere*, differiva – anche se talvolta la consapevolezza non appare netta – dal *praesumere*, in quanto la finzione operava su uno stato fattuale certo, il quale veniva rappresentato diversamente da come si manifestava, mentre la presunzione era la ricostruzione d'una situazione incerta o dubbia, sicché le finzioni, diversamente dalle presunzioni, non tolleravano la prova contraria. L'oggetto dell'attività ermeneutica era rappresentato dai *verba* (indicati anche con altre denominazioni: *appellatio*, *dictio*, *locutio*, *vox*, *vocabulum*) e dalla *voluntas* (mai definita dai glossatori, e designata anche con altri appellativi: *mens*, *intencio*, *sententia*, *sensus*, *cogitatio*, *intellectus*); là dove i tre principali metodi d'interpretazione erano quelli: i) *ex (propria) significatione verborum* o *ex verbis* (e cioè l'odierna interpretazione c.d. letterale); ii) *ex voluntate* (corrispondente all'interpretazione c.d. soggettiva); iii) *ex benignitate* (fondata, infine, su criterî equitativi).

⁶²² Comprensivamente, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 217-218, e – per svolgimenti approfonditissimi – si veda il già richiamato studio del G. CHIODI. Ma cfr. anche E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., pp. 202-203, ove il commento a *Corpus Juris Canonici*, X 3, 26, 4, sull'interpretazione dei legati disposti *nudis verbis*.

⁶²³ C. 22, q. 5, c. 11 (c. *Humane aures*) e, sulla sua figura, cfr. F.C. DE' SAVIGNY, *Storia*, I, cit., p. 440, nonché A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 35-36, il quale, in

In nome di quale valore, o – se si vuole – a mezzo di qual strumento concettuale, il diritto canonico fu in grado d'introdurre tali

particolare, sottolinea come Gregorio ispirasse la propria guida pontificale – come emerge specialmente dal suo *Registrum Epistolarum* – a quattro criteri-guida: *i*) il dovere per il giudice di accertare scrupolosamente i fatti esaminati; *ii*) la necessaria osservanza delle norme di diritto romano, dallo stesso minuziosamente conosciuto in quanto, prima di ritirarsi nell'anno 575 a vita monastica, era asceso appena trentenne all'importante carica di prefetto di Roma (*praefectus urbi*), ma salvo che quelle fossero in contrasto con la *lex divina*; *iii*) l'imparzialità del giudizio, che condusse il pontefice ad adottare decisioni talvolta in contrasto con gli interessi materiali della Chiesa, ma soprattutto: *iv*) l'adozione “[...] ove possibile, di un atteggiamento di equità e di misericordia, anche al di là di quanto formalmente disposto dallo *strictum ius*”. I *dicta* gregoriani esercitarono la loro influenza per molti secoli, al punto che il *Decretum* di Graziano (sulla sua figura, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., pp. 108-110; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 368-369, 393-396; A. SOLMI, *Storia*, cit., pp. 458-459; R.C. TREXLER, *The Bishop's portion*, cit., p. 399; G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., pp. 47, 184; V. DEL GIUDICE, *Istituzioni*, cit., p. 20) riporta numerosi testi del Registro, e ne recepisce i principi. Sicché – *ivi*, c. 12 D. 38 (c. *Sedulo*) – ritroviamo, in riproduzione d'un passo di Agostino tratto dal *Liber de catechizandis rudibus*, l'esigenza d'anteporre «*verbis sententias, ut preponitur animus corpori*», ché «*[...] non esse vocem ad aures Dei, nisi animi affectum*». E così anche un altro passo di Agostino, collocato in C. 22 a. 2 c. 4 (c. *Is autem*) e tratto dallo *Enchiridion*: «*utique verba propterea sunt instituta non ut per ea se invicem homines fallant, sed ut eis quisque in alterius notissima cogitationes suas proferat*».

Codesti valori influenzarono anche i primi decretisti: così per Paucapalea, secondo cui «*non debet aliquis in ecclesia sacerdotum considerare verba, sed voluntatem et intentionem*»; o per Stefano Tornacense, a detta del quale dal testo cit. si sarebbe potuta ricavare la regola, secondo cui «*in ecclesia qui devote dicit, bene dicere dicitur*». In linea, anche l'autore della *Summa Parisiensis*, ossia il primo prodotto della scuola «franco-renana», nonché, nella scuola bolognese, l'apparato *Ordinaturus magister*, che ne trasse due ulteriori principi generali, i quali trovansi anche in Ugucione: «*plus valet quod agitur quam quod extra dicitur*» e «*plus debet attendi intentio interior quam quod sonat exterius verbum*». Nell'apparato *Animal est substantia*, composto tra il 1206 e il 1210, due ulteriori, importanti novità hanno a segnalarsi: in primo luogo, l'autore congiungeva il principio contenuto nel capitolo già cit. con la tradizione romanistica, richiamando le norme sulla divergenza tra «volontà» e «dichiarazione» in ambito testamentario; in secondo luogo, ci si appellava alla *auctoritas* filosofica di Aristotele, e in particolare alla sua nota affermazione, tratta dal *De interpretatione*, secondo cui «*voces sunt note earum que sunt in anima passionum*». Per questi rilievi, e per la relativa documentazione, G. CHIODI, *L'interpretazione*, cit., p. 376 ss., nonché p. 405, ove la notazione per cui, in questo campo, l'apporto canonistico non sarebbe stato determinante come in altri casi, poiché non si assistette all'elaborazione d'un sistema del tutto «concorrente», rispetto a quello romano.

modificazioni? Non v'ha dubbio che a tale quesito debba darsi univoca risposta: la Chiesa s'appellò a quell'indispensabile dispositivo di giustizia, che è la *aequitas*⁶²⁴.

Ma una puntualizzazione preliminare appare necessaria, per illuminare a pieno la densissima portata di questo «inafferrabile»⁶²⁵ concetto, marcandone così la peculiarità rispetto alla moderna «equità». E tale precisazione attiene al ruolo «strumentale» assolto dal diritto nell'ottica della Chiesa, ossia al fatto che quest'ultima era sì creatrice d'un suo proprio *ius*, persuasa com'era che la battaglia dei fedeli per la vita eterna dovesse dispiegarsi nella dimensione «terrena», ma non al punto da fare, di quel *ius*, diversamente, e probabilmente, dalla società civile⁶²⁶, il

⁶²⁴ Accennano alla correlazione, ben intuendola, A. PADOVANI, voce *Successione*, cit., pp. 182-183, P.A. D'AVACK, *Considerazioni*, cit., p. 133 e, particolarmente, P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., p. 290, secondo cui la *aequitas* spiegò la propria influenza nel campo del diritto successorio: “così, la validità dei patti successorii e del testamento nuncupativo, giustificata sulla base delle stesse considerazioni che valgono a spiegare la validità dei nudi patti” (v., *supra* nel testo, nonché E. BUSSI, *La formazione*, II, cit., p. 188); “[...] ma il tema in cui la funzione della *aequitas canonica* appare più manifesta, grazie alle sicure testimonianze di insigni scrittori, a più riprese ribadite [...] è quello della validità dei testamenti privi delle formalità prescritte dal diritto civile [...]” (così sempre P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., p. 764, nonché ID., voce *Equità*, cit., p. 153 e ID., *Discorso*, cit., pp. 75-78, 126-127).

⁶²⁵ F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 331, il quale pone in luce come esso non si “[...] lascia facilmente chiudere nel breve giro di una definizione”.

⁶²⁶ Al *supremum bonum temporale* allude, ad es., e in questa direzione, P.A. D'AVACK, *Corso*, cit., p. 167 (e v. anche ID., *Considerazioni*, cit., p. 124, ove s'avanza l'idea secondo cui “[...] un complesso diverso di fondamentali peculiarità intrinseche inconfondibili ed esclusive, costituenti i suoi specifici principî informatori e direttivi ed influenti potentemente sui suoi concetti, istituti e norme, valgono a conferire all'ordinamento e al diritto della Chiesa impronta, caratteri, compiti e scopi tutti propri e speciali, così da farne un sistema giuridico non solo essenzialmente diverso, ma anche sotto molti aspetti addirittura antitetico a quello dello Stato nel suo spirito, nei suoi criteri direttivi, nelle sue finalità”). Cfr. anche P. FEDELE, *Discorso*, cit., p. 27, ove s'osserva che la contrapposizione tra il fine, proprio dell'ordinamento canonico, e quello, perseguito dal sistema civile, si coglie nelle seguenti opposizioni: “«homo catholicus-homo politicus»; «societas humana civiliter vivens-societas humana quae non solum vivit civiliter, sed etiam regulariter secundum fidem, in Deum tendendo et vitam aliam expectando»; «bonum simpliciter humanum-bonum divinum»; «legalis iustitia» e «civilis amicitia»-

proprio «fine», ché quest'ultimo era – e non poteva non essere – uno solo, ossia la conquista dell'eternità, la *salus aeterna animarum*⁶²⁷.

L'acclarata «funzionalità» del diritto fonda e giustifica il ripudio dello *ius ecclesiae* verso i «culti formalistici»⁶²⁸, perché la logicità e la sistematicità possono, ed anzi debbono essere sacrificate qualora vengano in gioco *humanae fragilitates*: e così la norma, in virtù della sua natura «elastica»⁶²⁹, potrà in alcuni casi essere applicata con inflessibilità (*rigor*), in altri con moderazione (*moderatio* o *temperatio*), in altri ancóra del tutto disapplicata (*relaxatio*)⁶³⁰.

«coelestis amicitia» e «charitas»”.

⁶²⁷ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 119, nonché, chiaramente, P.A. D'AVACK, *Corso*, cit., p. 166 e ID., *Considerazioni*, cit., pp. 126, 132 (ma v. anche p. 134 ss. per la critica ad alcuni estremizzazioni di questa teoria); P. FEDELE, *Discorso*, cit., pp. 26-28, 32 e ID., *Lo spirito*, cit., pp. 131-134, 185, ove, in particolare, si legge che “[...] se è vero che rispetto a qualsiasi fine politico ed in genere trascendente il diritto assume necessariamente carattere strumentale, non c'è dubbio che questo carattere rivesta in sommo grado il diritto della Chiesa [...] né il suo carattere funzionale vieta che esso integri un ordinamento autonomo, primario e sovrano, cioè non derivato rispetto ad un altro ordinamento; poiché la funzionalità del diritto implica il riferimento di questo ad una finalità meramente politica o metagiuridica, non già una subordinazione ad un altro ordine giuridico”. Cfr. anche O. GIACCHI, *Sostanza*, cit., pp. 15-16, il quale rileva che la *societas christiana* ha carattere diverso da ogni altra, poiché “[...] essa vive, in quanto società, per uno scopo che la trascende; è, quindi, per eccellenza una *società-mezzo*; costituisce cioè uno strumento per il raggiungimento di un fine che non le è insito, non è chiuso in essa, ma è al di fuori di essa, al di fuori degli individui in essa riuniti”. E sulla netta distinzione – seppure abbozzata in termini puramente dicotomici, e non ancóra strumentali – tra diritto «divino» e «umano», v. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 177-178, il quale avverte che “mentre il diritto divino, appunto come espressione immediata o mediata di Dio, è immutabile ed eterno, le leggi umane, essendo poste da genti di diversi paesi e di diversa maturazione spirituale, possono discordare fra loro e possono trasformarsi nel tempo: obbediscono però a una comune limitazione inviolabile, poiché non possono mai disporre contrariamente ai principii del diritto divino”, nonché p. 470, ove si precisa la «subordinazione» di tutto il diritto «umano» – ecclesiastico e civile – a quello «divino».

⁶²⁸ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 119. Al punto si è già accennato *supra*, nel testo.

⁶²⁹ ID., *Aequitas*, cit., p. 383; P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., p. 207; ID., *Discorso*, cit., pp. 96-98; P.A. D'AVACK, *Corso*, cit., pp. 165, 201; G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 82, nt. 108.

⁶³⁰ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 122.

Ma è solo nel diritto canonico «classico»⁶³¹, che questa «strumentalità» – espressione, insomma, della «pastoralità» del diritto della Chiesa – prende ad assumere sembianze più precise, e contorni «tecnici» più definiti⁶³², confluendo in quella ch'è stata definita la “nozione più liberale e più sottile nella teoria generale del diritto”⁶³³: la *aequitas* e, più precisamente, la *aequitas canonica*⁶³⁴.

Ce ne offrono riscontro, non casualmente, i due pontefici – Alessandro III e Innocenzo III – cui si devono i ricordati interventi di semplificazione delle forme testamentarie: il primo ammonisce di «*iuxta iuris aequitatem procedere*»⁶³⁵; il secondo, sulla stessa scia, invita ad agire

⁶³¹ Periodo che inizia intorno al XII secolo, e che appare segnato dalla “traduzione organica negli stampi del diritto” di talune scelte di fondo, che avevano già trovato espressione nei decenni della riforma gregoriana: in questi termini, A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., p. 108. Cfr. anche V. DEL GIUDICE, *Istituzioni*, cit., p. 19 e A. SOLMI, *Storia*, cit., p. 458, il quale, in particolare, mette in luce come “[...] durante il periodo dell'autonomia, e specialmente in Italia, [...] il diritto canonico consegue una determinazione più perfetta, allorché la classica legislazione papale dei secoli XII e XIII si mostra intenta a trasformare il diritto civile, secondo le regole della disciplina ecclesiastica”. Di *ius novum*, contrapposto al *ius antiquum*, discorre, in questa stessa logica, F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 317.

⁶³² Ciò valse, in generale, per tutto il diritto canonico, se è vero che “[...] fino a quel momento [...] una vera e propria elaborazione di questo diritto, ispirata a una qualche idea, poteva dirsi mancata” (F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 318).

⁶³³ G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 82.

⁶³⁴ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 210 e *spec. ID.*, *Aequitas*, cit., p. 387, ove il rilievo per cui il predicato *canonica* non è semplicemente «definitorio» o «integrativo», ma «separativo», “[...] perché non si tratta di una qualificazione dell'esterno che rimane esterna, ma serve a cogliere l'essenza del fenomeno scindendolo storicamente e concettualmente da ogni manifestazione consimile”, sia essa «romana», «naturale» o «civile». Su quest'ultimo punto, cfr. anche, incisivamente, P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., pp. 231-233, 235; ID., *Discorso*, cit., pp. 41-44; ID., voce *Equità*, cit., p. 159, in particolare ove l'A. nota che “data l'intima ed inscindibile connessione tra *aequitas canonica* e *salus* o *periculum animarum*, la contrapposizione della concezione civilistica dell'*aequitas* appare quanto mai manifesta e sicura, tanto che si può ben dire che l'equità canonica è l'opposto dell'equità degli ordinamenti civili: l'una è tutto l'ordinamento nelle sue più profonde esigenze positive che viene attuato, l'altra è per lo meno un mettere da parte l'ordinamento positivo ed un far luogo ad altre norme venute *aliunde*”.

⁶³⁵ *Decretales*, I, 29, 13, ove si precisa che ciò comporta l'ammissione di «*rationabiles*

«*aequitate suadente*»⁶³⁶, a soppesare ogni circostanza sulla bilancia dell'equità («*aequitate pensata*»⁶³⁷), perché – ancora – occorre incedere «*per aequitatis semitam*»⁶³⁸.

E non si deve credere, peraltro, che si tratti d'orientamento proprio, o peculiare, solo di questi due Papi, dacché di ciò si ha conferma anche nelle fonti precedenti: «*Valet ergo* [...] – dice quel Graziano, che “l'uno e l'altro foro aiutò sì che piace in paradiso”⁶³⁹ – *Sancta Romana Ecclesia quoslibet suis privilegiis munire et extra generalia decreta quedeam speciali beneficio indulgere, considerata tamen rationis equitate, ut que mater iusticiae est in nullo ab ea dissentire inveniatur*»⁶⁴⁰; e «*in his vero* – avrebbe poi soggiunto tempo dopo Onorio III – *super quibus ius non invenitur expressum, procedas aequitate servata, semper in humaniorem partem [...] declinando secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare*»⁶⁴¹.

Insomma, la «equità» diventa fonte giuridica⁶⁴², che solo con termine riduttivo dovrà dirsi «integrativa»⁶⁴³, ché in realtà essa era «norma

exceptiones».

⁶³⁶ *Decretales*, I, 29, 24.

⁶³⁷ *Decretales*, I, 41, 6.

⁶³⁸ *Decretales*, I, 29, 26.

⁶³⁹ *Paradiso*, Canto X, vv. 104-105. E cfr. P. FEDELE, *Discorso*, cit., p. 37.

⁶⁴⁰ *Decretum magistri Gratiani*, ed. Friedberg, secunda pars, causa XXV, quaestio I, can XVI-dictum, § 4.

⁶⁴¹ *Decretales*, I, 36, 11.

⁶⁴² Cfr. P. FEDELE, voce *Equità*, cit., p. 150, il quale ritiene che il passaggio della *aequitas* da semplice «canone d'interpretazione», a vera e propria «fonte giuridica», si sia perfezionato con la decretale cit. alla nt. precedente, in quanto dal profilo «ermeneutico», espresso dall'inciso «*semper in humaniorem partem declinando*», che richiama l'equazione *aequitas-humanitas-benignitas-caritas-misericordia*, si transita definitivamente verso quello «formale», rappresentato dalla formula *procedas aequitate servata* nel caso in cui *ius non invenitur expressum*, che invece allude all'equazione *aequitas-Deus-ius naturale*.

⁶⁴³ La *aequitas*, infatti, poteva svolgere non solo un ruolo «suppletivo» rispetto alla norma mancante, come nella decretale di Onorio III già cit., ma anche «interpretativo» della norma scritta, o «sostitutivo» di quella inadeguata. Cfr., al riguardo, P. GROSSI, *Aequitas*, cit., p. 393; F. CALASSO, *Medioevo*, cit., pp. 480-481; P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., pp. 236-240 e *spec. ID.*, voce *Equità*, cit., p.151, ove l'A. distingue – sulla scorta della dottrina «decretalistica» – le seguenti ipotesi: *i*) non è scritto né lo *ius* né la *aequitas*, e si deve applicare quest'ultima; *ii*) è scritto lo *ius*, ma non la *aequitas*, e si deve applicare il

costituzionale non scritta»⁶⁴⁴, informante di sé tutto l'ordinamento canonico, assolvendo ad un ruolo ben più decisivo rispetto al moralismo pietista, di cui la si potrebbe goffamente o ingenuamente circondare⁶⁴⁵. Si va, cioè, ben oltre il ciceroniano «*valeat aequitas, quae in paribus causis paria iura desiderat*»⁶⁴⁶, perché l'origine dell'equità, a ben vedere, è proprio

primo; *iii*) è scritta la *aequitas*, ma non lo *ius*, e si deve applicare la *aequitas*; *iv*) sono scritti lo *ius* e la *aequitas*, e occorre allora distinguere a seconda se *unum habet se ad aliud ut species ad genus*, e in tal caso *speciale derogat generali*, o se invece *habent ut duae species, vel ut duo genera*, ipotesi nella quale era invece controverso, se debba applicarsi lo *ius* o la *aequitas*. Osserva inoltre l'A. che solo la prima, la seconda e la quarta evenienza presentano profili problematici, ché la terza è invece d'ovvia soluzione, “[...] non potendo evidentemente dar luogo ad alcun problema l'ipotesi in cui è lo stesso legislatore che per risolvere un determinato caso fa capo all'*aequitas*” (*ibid.*), e si tratta proprio del caso – di nostro interesse – della forma del testamento, come già accennato *supra*.

⁶⁴⁴ P. GROSSI, *L'ordine*, cit., p. 216; è, quindi, «principio», «criterio», «atteggiamento»: così ID., *Aequitas*, cit., p. 388. Cfr. anche l'efficace metafora di F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 478: “[...] pur di rendere plasticamente questo concetto della identificazione dell'*aequitas* e della sua traduzione in norma, si potrebbe pensare al processo di estrazione dell'oro dalle sabbie dei fiumi e dai filoni del quarzo, ai quali potrebbe essere paragonata la molteplicità dei rapporti umani, in ciascuno dei quali un'esigenza di giustizia è implicita: identificarla, trarla fuori, darle corpo e stabilità in una formulazione precettiva [...]”; nonché P. FEDELE, voce *Equità*, cit., p. 150, il quale invero pone in luce in rischi di considerare la *aequitas canonica* a guisa di «pura tecnica ermeneutica». In quest'ultima direzione appaiono orientati, invece, ad es., V. DEL GIUDICE, *Istituzioni*, cit., pp. 79-80 e P.A. D'AVACK, *Corso*, cit., p. 176, in particolare lì dove rileva che l'interprete, quando, “[...] richiamandosi alla *aequitas canonica*, si rifiuta di decidere in conformità alla lettera della norma positiva, rivelatasi in quel caso concreto contraria allo *jus divinum naturale* o alla *charitas et benignitas Ecclesiae*, a ciò egli si ritiene autorizzato proprio e soltanto in virtù di un mero processo interpretativo della norma medesima, e precisamente sul presupposto che il legislatore stesso o non abbia avuto la potestà d'imporre l'osservanza in quel caso determinato *in perniciem animarum*, o non abbia avuto per lo meno la volontà di estenderne ad esso l'applicabilità *ex juris rigoris excessu* e che pertanto non abbia in realtà o potuto o voluto ricomprendere anche quel caso eccezionale sotto il suo disposto”.

⁶⁴⁵ P. GROSSI, *Aequitas*, cit., p. 380.

⁶⁴⁶ Cic. *top.*, 23. Sul punto v. anche F. CALASSO, *Medioevo*, cit., p. 332, il quale invero pone in luce come, nella tradizione ciceroniana, la *aequitas* fosse «intrinseca» al sistema del diritto positivo (*ius*) e ne costituisse il fine supremo (mentre si è già evidenziato *supra* il ruolo «strumentale» assolto dal diritto secondo il pensiero canonico), nonché p. 476, ove appunto è rimarcata ulteriormente tale «tipicità». Sulla «unicità» del diritto canonico

Dio, al punto da potersi in Lui pienamente identificare: «*nihil aliud est equitas quam Deus*»⁶⁴⁷.

Acquisito, dunque, che le formalità testamentarie erano state alleviate dalla Chiesa in nome della *aequitas (canonica)*, giova rimarcare, in conseguenza, come tale affievolimento non sembrò rispondere, almeno primariamente, all'esigenza, per così dire «individualistica», di preservare la volontà testamentaria⁶⁴⁸, quanto piuttosto a quella, «religiosa» e, quindi, latamente «collettiva», d'assicurare l'esecuzione del lascito, così reprimendo anche il peccato dell'erede che non vi provvedesse⁶⁴⁹, al

in generale, e della sua *aequitas* in particolare, v. anche A. PADOA SCHIOPPA, *Storia*, cit., rispettivamente alle pp. 118, 217, nonché P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., rispettivamente alle pp. 77, 284, ove si sottolinea che “a chi volesse rappresentarsi e studiare l'ordinamento canonico servendosi degli schemi e delle categorie mentali con cui si rappresenta e studia l'ordinamento statale e in genere gli altri ordinamenti giuridici, incomprensibile e come confinata tra gli impenetrabili enigmi apparirebbe quella singolarissima manifestazione dell'esperienza concreta che è la Chiesa cattolica” (v. anche ID., *Discorso*, cit., pp. 7, 9-10, 41).

⁶⁴⁷ *Fragmentum Pragense*, ed. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 216. Osserva P. FEDELE, voce *Equità*, cit., p. 147, che, “più che nelle definizioni, descrizioni, rappresentazioni dell'*aequitas canonica* date dalla moderna letteratura canonistica, quasi sempre vaghe, imprecise o del tutto inadeguate e scorrette, il significato di [questa] categoria, che indubbiamente è una delle più significative e tipiche dell'ordinamento giuridico della Chiesa, ed occupa un posto di primo piano fra gli istituti di politica legislativa peculiari di questo ordinamento” si coglie proprio nella “[...] sicurezza apodittica, quasi solenne” di codesto remoto enunciato.

⁶⁴⁸ Così, invece, A. PERTILE, *Storia*, cit., p. 27, secondo cui la Chiesa “[...] fin da principio, per rispetto alle volontà dei defunti, e alle speranze che essi aveano fondato sulle proprie disposizioni, aveva avuto cura che queste non fossero defraudate, ogni qual volta le intenzioni dei trapassati fossero sufficientemente accertate, pur prescindendo da ogni legale solennità”, nonché, meno accentuatamente, E. BUSI, *La formazione*, II, cit., p. 114, per il quale il diritto canonico predicava “[...] il rispetto più assoluto alla personalità umana in ogni sua più lata manifestazione e l'affermazione astratta della libertà del volere in qualsiasi umano soggetto”.

⁶⁴⁹ In questo senso, P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., pp. 763-764, il quale osserva che “[...] anche in materia di testamenti senza formalità legali, come in materia di patti nudi” (v., *supra*, nt. 198) “[...] il maggior rispetto della volontà umana non entra affatto né nelle statuizioni del diritto canonico né nelle costruzioni dei canonisti”, sicché a essere repressi sono “[...] il peccato, la mala fede, il dolo di chi manca al suo impegno o non esegue la volontà testamentaria” (p. 766; v. anche ID., *Discorso*, cit., pp. 77-78, ove si

punto che – come si è acutamente osservato – a venire in questione non era ora la dicotomia *verba-voluntas*, bensì quella *verba-peccatum*⁶⁵⁰.

Verso la fine del secolo XV, i testamenti ricominciarono a farsi più radi, dopo il periodo di rinascita, proprio del primo alto medioevo; ma la causa di tale rarefazione non poté certo imputarsi ad una pretesa contrazione della ricchezza, che anzi veniva continuamente crescendo, ma al fatto che esso costituiva ormai appannaggio delle classi più agiate, mentre le altre si contentavano delle regole additate dalla successione legale, là dove prima la testamentificazione risultava diffusa, invece, tra i ricchi e tra i poveri, e tanto nelle campagne quanto nelle città⁶⁵¹.

Certo, la «solennità» – anche nel *ius commune* – continuava in ogni caso ad essere vista come elemento imprescindibilmente co-essenziale all'atto testamentario⁶⁵², ma si riteneva che le relative formalità potessero essere motivate anche da altre esigenze, per così dire «pratiche»: oltre all'obiettivo d'assicurare una consapevole manifestazione della volontà da parte del testatore⁶⁵³, anche quello, ad esempio, d'evitare la

conclude nel senso che “[...] il fine direttamente perseguito è la repressione del peccato; l’attuazione della volontà del testatore figura come una conseguenza indiretta ed eventuale”). Così anche M. GORINO-CAUSA, «*Il favor piae causae*», cit., p. 24, il quale – pur non sottacendo i rilevanti effetti «patrimoniali» del fenomeno – mette in luce che la giustificazione del *favor piae causae* (v., *supra*, nt. 104) “[...] va riferita al fine ultimo della Chiesa, la salvazione delle anime e la conseguente rimozione di ogni causa determinatrice di peccato”. Nel senso della confluenza di motivi «tanto temporali quanto spirituali» rispetto al «risorgere del testamento» e alla «evizione del formalismo», infine, si esprime G. LE BRAS, *La chiesa*, cit., p. 123.

⁶⁵⁰ P. FEDELE, *Lo spirito*, cit., p. 768, secondo cui tale «binomio» indica appunto “[...] che commette peccato colui che, per un esagerato rispetto verso le formalità ovvero valendosi del fatto che queste fanno difetto, tradisce la realtà delle cose, rappresentata da un’obbligazione volontariamente assunta, nel caso di patti nudi, dalla volontà del *de cuius*, sufficientemente provata, che reclama esecuzione, nel caso di testamenti destituiti di formalità civili”.

⁶⁵¹ E. BESTA, *Le successioni*, cit., p. 9.

⁶⁵² In questo senso, v. AZZONE, gl. *Voluntate*, ad C. 6, 42, 17, l. *Si creditoris: «ad hoc ut aliquis possit ex ultima voluntate commodum consequi hec tria necessaria sunt: et ut voluntas sit et sollempnitas sit et probari possit»*.

⁶⁵³ Sotto questo profilo, appare significativa la dismissione della lingua latina in favore del «volgare», tantoché a Venezia, già nella prima metà del Cinquecento, si stabilì

circolazione di «falsi»⁶⁵⁴.

Inoltre, specialmente a partire dal XVII secolo, con il consolidamento dello Stato moderno, talune menzioni «formali», imposte in particolare ai notai, replicavano laicamente le finalità «pubblicistiche» del formalismo testamentario, al fine – ad esempio – d’incentivare non solo opere di rilevanza «ultra-individuale» (l’erezione d’ospedali, orfanotrofi o d’altre istituzioni assistenziali), ma anche lo stesso Erario⁶⁵⁵.

che «tutti li notari torranno li preghi delli testamenti et similiter li codicilli, siano obligati quelli scriver volgarmente et notar quelle proprie et istesse parole che dirà il testator a fine ed effetto che si possi dinotar et intender la pura et mera volontà d’i testatori senz’altra» (M.A. BIGALEA, *Capitulare legum notariis publicis Venetiarum et ex parte aliarum civitatum Serenissimi Veneti Domini*, Venezia, 1689, pp. 46-47). In altri contesti, come quello napoletano, si assisteva, invece, ad un persistente uso del latino, al punto che, nel formulario del notaio Francesco di Ruggiero, d’inizio Settecento, l’atto testamentario si presentava per così dire «bilingue», con il protocollo, il proemio e l’escatocollo in latino, ma con la parte centrale, contenente le disposizioni testamentarie, in volgare, proprio al fine d’assicurare una più fedele riproduzione delle volontà del testatore (F. DI RUGGIERO, *Prattica de’ notari*, Napoli, 1713, rist. Napoli, 1993, pp. 289-280). Sul punto, cfr. anche L. SINISI, *Una presenza*, cit., pp. 168-169 e ID., *Formulari*, cit., pp. 44-45.

⁶⁵⁴ Cfr., ad es., C. 6, 42, 32, 1, *de fideicommissis*, l. *Quaestionem* § *Cum enim*. «Cum enim res per testium sollemnitate ostenditur, tunc et numerus testium et nimia substilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores hominem perfectissima veritas reveletur»; *Summa Trecensis*, 6, 10, *de testamentis*, et quemadmodum ordinentur. «Manifestatio autem voluntatis seu dispositio huiusmodi non qualiscumque fieri debet, set multe sollempnitates desiderantur, maxime cum in scriptura conficitur: et hoc ideo, ne falsitas in elogiis committatur. Forma seu sollempnitas talis est, ut septem testes adsint [...]». Talvolta, le solennità erano viste come l’apporto dello *ius civile* al sostrato «naturalistico» dell’istituto, rappresentato dalla *voluntas*: cfr., in questo senso, *Lectura Vindobonensis*, ad I. 2, 10, *de testamentis ordinandis*: «[...] Constat quoque testamentum duplici ratione, naturali et civili. Naturalis ratio est ipsa voluntas; civilis, sollempnitas iure confecta».

⁶⁵⁵ È significativo, al riguardo, l’esempio offerto dal formulario del notaio genovese E. VIGNOLO, *Teorica e pratica de’ notari*, Milano, 1689, cap. XXIV, p. 278, che, nell’ambito delle formule dei legati, ricorda queste due menzioni, prescritte da precedenti decreti statali: «Avvisato da me notaro detto testatore se vuole lasciare qualche cosa alla Serenissima Repubblica di Genova, ha detto che volentieri lo farebbe, ma che stante la sua tenue fortuna non ha che lasciargli; avvisato parimente se vuole lasciare qualche cosa alle Opere Pie della Città di Genova, all’opera del nuovo armamento ed altre che vi sono, ha risposto, come sopra, di non avere che lasciargli». Sulla figura del Vignolo e sulla sua opera, v. L. SINISI, *Formulari*, cit., p. 303 ss., nonché ID., *Una presenza*, cit., p. 168, ove in particolare l’A. ricorda che simili provvidenze,

In questo periodo, si sarebbe registrata una significativa mescolanza di forme vetuste e nuove, in cui le *rationes* dei diversi crismi non potevano più essere univocamente identificate. Ad esempio, l'atto testamentario pronunziato oralmente dinanzi a un notaio e ai testimoni era alquanto diffuso, tanto da essere stato ufficialmente riconosciuto dall'Imperatore Massimiliano I d'Asburgo nel suo *Reichsnotariatsordnung* del 1512⁶⁵⁶, ma è anche vero – a riprova della citata assenza d'un impianto uniforme – che la forma orale sarebbe stata, invece, espressamente vietata da successiva una *Ordonnance* francese del 1735⁶⁵⁷.

Nei citati regolamenti imperiali del Notariato, peraltro, leggiamo che occorre sette testimoni per confezionare un testamento «ordinario», e cinque per i *codicilli*⁶⁵⁸; dicotomia, questa, della quale si sarebbe poi conservata traccia nel *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC) del 1756⁶⁵⁹, nonché nel Codice civile austriaco del 1811⁶⁶⁰. Tuttavia, in linea generale, con la stagione della «codificazione» la distinzione tra testamenti e *codicilli* avrebbe sostanzialmente perso rilievo⁶⁶¹, anche grazie all'impulso delle *coutumes* francesi, che da tempo venivano svalutando

comportanti menzioni obbligatorie a carico del ceto notarile, sono documentate anche a Venezia, sin dal XIV secolo, in particolare a favore dell'Ospedale cittadino; e così anche a Firenze, a favore dei poveri della Congregazione di San Giovanni Battista; negli Stati Sabaudi, a favore degli Ospedali dell'Ordine Mauriziano; a Napoli, infine, a favore del Generale Albergo dei poveri.

⁶⁵⁶ I §5 *Reichsnotariatsordnung* (n. 36).

⁶⁵⁷ Cfr. l'art. 1 della *Ordonnance concernant les testaments* (August 1735), la quale – pur mantenendo in vita le forme di diritto comune del *testament nuncupative écrit* e del *testament mystique*, almeno per quelle regioni di *droit écrit*, dove esse ebbero maggiore diffusione – sancì che «*Dé clarons nulles toutes celles qui ne seroient faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé.*» Tale intervento legislativo avrebbe posto le basi per la disciplina testamentaria, poi accolta nella codificazione ottocentesca: v. L. SINISI, *Una presenza*, cit., p. 169, nt. 33.

⁶⁵⁸ I §2 *Reichsnotariatsordnung* (n. 36).

⁶⁵⁹ CMBC III 3, §§1, 9; III 5, §§ 1 ss.

⁶⁶⁰ ABGB § 553: «*Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; entha'tt sie aber nur andere Verfügungen; so heißt sie Codicill.*»

⁶⁶¹ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 35.

siffatta bi-partizione⁶⁶².

A ciò aggiungasi che, a prescindere dalla sua qualificazione dogmatica, il testamento «olografo» si diffuse quale pratica comune in tutta Europa già nei secoli XVII-XVIII, e in Francia già dal XVI⁶⁶³; sempre oltralpe, sarebbe stato quindi riconosciuto dalla sovracitata *Ordonnance* del 1735⁶⁶⁴ e, quindi dal *Code civil*⁶⁶⁵, così come del resto accadde in Italia⁶⁶⁶ e nello ABGB⁶⁶⁷, ma anche in Scozia e presso Corti inglesi⁶⁶⁸. Ciò che appare utile sottolineare è come, invece, la forma olografa fu per lungo tempo rifiutata da quei Paesi – per tutti, la Germania – ove la tradizione romanistica, per mezzo della Pandettistica, aveva esercitato un’influenza più duratura, a riprova di come questa forma testamentaria «privata» fosse reputata un prodotto della prassi, anziché un’eredità del diritto romano⁶⁶⁹.

Anzi, è del tutto verosimile supporre che la sua diffusione avesse un fondamento «gius-naturalistico», presentandosi come modalità più agevole d’ogni altra per disporre delle sostanze; corrente filosofica, questa appena citata, che, peraltro, intravedeva nella successione un corollario del diritto di proprietà⁶⁷⁰. Né casuale essendo che, proprio in questo periodo, si faccia strada l’idea – di chiara matrice «individualista» –

⁶⁶² Cfr., ad es., l’articolo XCIV, 2 delle *Costumes du bailliage de Bar 1579*, in A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier general ou corps de coutumes generales et particulieres de France*, II, Parigi, 1724, p. 1019 ss.: «*Et n’y a difference entre testament & codicils*».

⁶⁶³ Cfr. l’articolo XCVII delle *Coutumes generals de la prevoité et vicomté de Paris 1510*; l’articolo CCLXXXIX of delle *Coutumes de Paris 1580*; nonché l’articolo XCIV delle *Costumes du bailliage de Bar 1579* (n. 81).

⁶⁶⁴ Cfr. l’articolo 1 della *Ordonnance concernant les testaments* (n. 58): «*Toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort, de quelque nature qu’elles soient, seront faites par écrits*».

⁶⁶⁵ Art. 969: «*Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique*».

⁶⁶⁶ Cfr. l’art. 775 c.c. abr.

⁶⁶⁷ § 578: «*Wer schriftlich ohne Zeugen letztwillig verfügen will, muss die Verfügung eigenhändig schreiben und eigenhändig mit seinem Namen unterschreiben*».

⁶⁶⁸ N. JANSEN, *Testamentary formalities*, cit., p. 43.

⁶⁶⁹ ID., *op. loc. cit.*

⁶⁷⁰ E. BESTA, *Le successioni*, cit., pp. 9-10.

secondo cui la successione legittima si fonderebbe su una presunta volontà del *de cuius*, nel caso in cui questi non l'abbia, invece, manifestata, espressamente, mediante il testamento ⁶⁷¹.

⁶⁷¹ ID., *op. cit.*, p. 10.

CONCLUSIONI

L'indagine sull'evoluzione delle formalità testamentarie in diritto «romano», nonché «alto-» e «basso-medievale», consente l'acquisizione finale d'alcune linee tendenziali, le quali, a riprova di come lo sguardo al passato non risponda ad esigenze di pura «erudizione», sono al contrario preordinate a “[...] mantenere viva – come bene ha scritto Pietro Perlingieri⁶⁷² – la storicità e la relativizzazione delle soluzioni e dei concetti adoperati dagli interpreti senza indulgere a tentazioni dogmatiche *sub specie aeternitatis*”.

Le riferite risultanze si prestano ad essere esposte entro una categorizzazione, composta da dieci punti, qui ordinati secondo un criterio di carattere logico.

1) Uno sguardo complessivo al formalismo dell'atto *mortis causa*, nel lungo arco temporale considerato, denuncia un andamento per così dire «sinusoidale», in cui – contrariamente a quanto, probabilmente, si sarebbe portati a pensare – non s'è assistito ad una lineare e progressiva intensificazione delle solennità, a loro volta perpetuatesi fino ai giorni nostri, bensì ad un susseguirsi di tensioni, ora accrescitive, ora indebolitive, del rivestimento formale del testamento;

2) Il citato andamento «ciclico» ha rinvenuto i propri tornanti in esigenze tutt'altro che casuali, rappresentate – in diritto romano (cap. I) – da una prima «formalizzazzione» dell'atto, coerente alla sua veste intrinsecamente «politico-religiosa», che lo veniva differenziando da ogni altro (*ivi*, § 9), seguita poi da una lenta, ma chiaramente percepibile «de-

⁶⁷² Ne *Il ruolo*, cit., pp. 332-333.

solennizzazione», coeva al «patrimonializzarsi» del suo contenuto (*ivi*, § 10); e – in diritto medievale (cap. II) – almeno ove si escluda il periodo in cui si fece ricorso a negozi bilaterali (*ivi*, § 8), da una prima, acritica recezione delle regole romanistiche, cui poi avrebbe fatto séguito una chiara, loro mitigazione, ascrivibile – come visto (*ivi*, § 9) – all’interesse delle istituzioni ecclesiastiche di conferire pronta efficacia ai lasciti «pii»;

3) Attesa l’ovvia compresenza, accanto al testamento, d’altri atti, abbiamo ritenuto – capp. I e II, nei *loc. ult. citt.* – di poter identificare un profilo «esterno» del formalismo testamentario, appunto funzionale ad indagare analogie e differenze rispetto a tali strutture negoziali, da contrapporre o, meglio, da integrare, con uno «interno», invece orientato ad indagare la correlazione tra l’evoluzione dei procedimenti da osservare per confezionare un valido atto a causa di morte, e il contenuto di quest’ultimo;

4) Dalla prima direttrice d’indagine – quella, appunto, «esterna» – abbiamo potuto ricavare, nell’unitaria esperienza del diritto romano, anzitutto, che il *testamentum*, pur nella cangiante funzionalità cui poteva piegarsi, era in ogni caso l’atto *mortis causa* per antonomasia (cap. I, § 1), e poi che l’accentuazione dei requisiti formali era schiettamente correlata (con nesso che, per semplicità, diremo di «proporzionalità diretta») alla rilevanza «meta-individuale» dell’atto, e cioè all’attitudine, a questo propria, di trascendere la sfera d’interesse di chi lo poneva in essere, per inserirsi entro una dimensione *lato sensu* «collettiva» (*ivi*, 9); in diritto medievale, invece, questa stessa linea di riflessione ci ha condotti ad un esito affatto diverso, e precisamente a verificare dapprima la totale esautorazione dell’atto testamentario, a fronte del diffondersi di strumenti contrattuali – per tutti, le *donationes post obitum* – reputati più idonei a realizzare finalità «para-successorie» (cap. II, § 3), e poi a constatarne la «rinascita», in un contesto favorevole – anche grazie alla scuola bolognese d’Irnerio e al diffondersi della *ars notaria* – al raffinamento degli strumenti giuridici, pur ora orientati al perseguimento di finalità non del tutto coincidenti, a fronte di «formalità» rimaste, invece, inalterate;

5) Dalla seconda linea d’approfondimento – quella, appunto, «interna», ed evocata in chiusura del n. precedente – siamo stati in grado d’arguire, ad uno sguardo diacronico (e seppure con le lentezze, con le

sovrapposizioni dovute a frizioni «inter-epocali» e con tutte le «ultrattività», magari logicamente incongrue, ma senz'altro proprie dei fenomeni reali), come si dia una costante inter-relazione, nel testamento, tra il «contenuto» e il «contenente», e in particolare come sia stato sempre il primo (anche qui, in via opposta a quanto si potrebbe, forse, d'intuito ritenere) a determinare la fisionomia del secondo, il che peraltro non nella direzione univoca – v. anche *retro*, *sub* 1) – dello «ispessimento» delle relative formalità, com'è senz'altro avvenuto nel diritto romano arcaico (cap. I, §§ 1-3), bensì anche in quella, opposta, d'una loro inedita «flessibilizzazione», dovuta, ad esempio, nel tardo medioevo, all'influsso della *aequitas* canonica (cap. II, §§ 4-5);

6) Ne è conseguita la sicura necessità di dismettere metodologie d'indagine della «forma» ispirate a statici strutturalismi, e viceversa quella di virare verso una costante e dinamica «funzionalizzazione» del «contenente», seppure – e questo è quel che maggiormente rileva – non da fondare su requisiti intranei alla «forma» stessa (come, su tutti, l'esigenza «probatoria» o «documentativa»), né su quelli – più moderni – che a quella, almeno strettamente intesa, appaiono estranei [come, ad esempio, la tutela del(la volontà del) disponente], dacché il punto di riferimento c'è parso essere, in via prioritaria, il «contenuto» del testamento, riguardato in senso «obiettivo»;

7) Nel caso in cui si verifichi uno scollamento tra il «contenente» e il «contenuto», per come inteso nel n. precedente, sarà – presto o tardi – la stessa prassi ad escogitare meccanismi tali da conferire validità ad un atto *mortis causa*, malgrado la sua deficienza formale, quando non anche a configurare categorie del tutto nuove, come dimostra, esemplarmente, la vicenda di quei *codicilli*, che, nati nel diritto romano (cap. I, § 7), avevano poi fatto la loro ricomparsa nel medioevo, mercé l'intervento dei Dottori (cap. II, § 5);

8) Per quanto i profili «esterno» ed «interno» del formalismo testamentario – v., *retro*, nn. 4) e 5) – siano ovviamente destinati a dialogare reciprocamente, la loro interazione, almeno da un punto di vista «storico», non autorizza a ritenere che, ogni qual volta il testamento abbia acquistato la dignità d'atto autonomo rispetto agli altri (com'è tipico delle civiltà giuridiche più avanzate), esso presenti un «contenuto» statico e immutabile: circostanza, questa, dimostrata, più d'ogni altro,

dall'esempio di quella «istituzione ereditaria», che, dacché era imprescindibile nella tradizione romanistica (cap. I, § 2), non è stata viceversa ritenuta altrettanto fondamentale nel mondo medievale (cap. II, § 5), ove prevalse l'impulso a disporre per diversa finalità, vale a dire *pro salute animae*, e soprattutto «a titolo particolare»;

9) L'analisi del (solo) testamento non può condurre a prospettive ricostruttive pienamente attendibili, ove non sia coordinata con una concomitante indagine non solo in ordine ad ogni possibile aspetto accessorio, dalle modalità di conservazione e custodia, sino alle formalità da osservare in caso di revoca (cap. I, §§ 5-6; cap. II, § 6), bensì anche, e più ampiamente, alla «cultura», entro la quale viene svolgendosi una certa esperienza giuridica, con riscontri di tipo sociale, economico, filosofico, religioso, antropologico e – perché no – «tanatologico» (cap. II, § 4);

10) Non si può prescindere – da ultimo, e in sintonia con quanto osservato nel n. precedente – da una costante relazione con i concorrenti titoli di delazione, e specialmente con quella successione «legittima» (intesa, qui, nel senso amplissimo, o «potenziato», secondo l'efficace dizione del Cicu⁶⁷³, tale da includervi anche quella «necessaria»), rispetto quale il testamento esplica la propria attitudine dispositiva, e più precisamente deviativa del pre-costituito ordine dei successibili.

A chiusura d'un tale «decalogo», deve osservarsi come – a partire dall'età della codificazione – molte di queste acquisizioni siano andate perdute, sol che si pensi a come le attuali norme in tema di forma del testamento (artt. 601 ss. c.c.), ricalchino fedelmente quelle della codificazione previgente (artt. 774 ss. c.c. abr.), e come queste fossero a loro volta debitrice dell'impostazione seguita dal Code Napoléon (artt. 967 ss.). E, quindi, a come tra gli esiti più aberranti, di quel positivismo ciecamente «legista», che, già nella «Introduzione» (v. *supra*), aveva giustificato il nostro metodo d'indagine, vi sia quello d'aver «atrofizzato» il naturale adattamento del requisito formale a quello del contenuto, sicché ogni successiva indagine in proposito non ci sembra poter che prendere le mosse da quali «funzioni» debba assolvere non già la «forma» *an sich* (profilo, questo, destinato ad emergere solo in una sede successiva, e viceversa indebitamente privilegiato dalle correnti c.dd. «neo-

⁶⁷³ In *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 218.

strumento di manifestazione della persona.