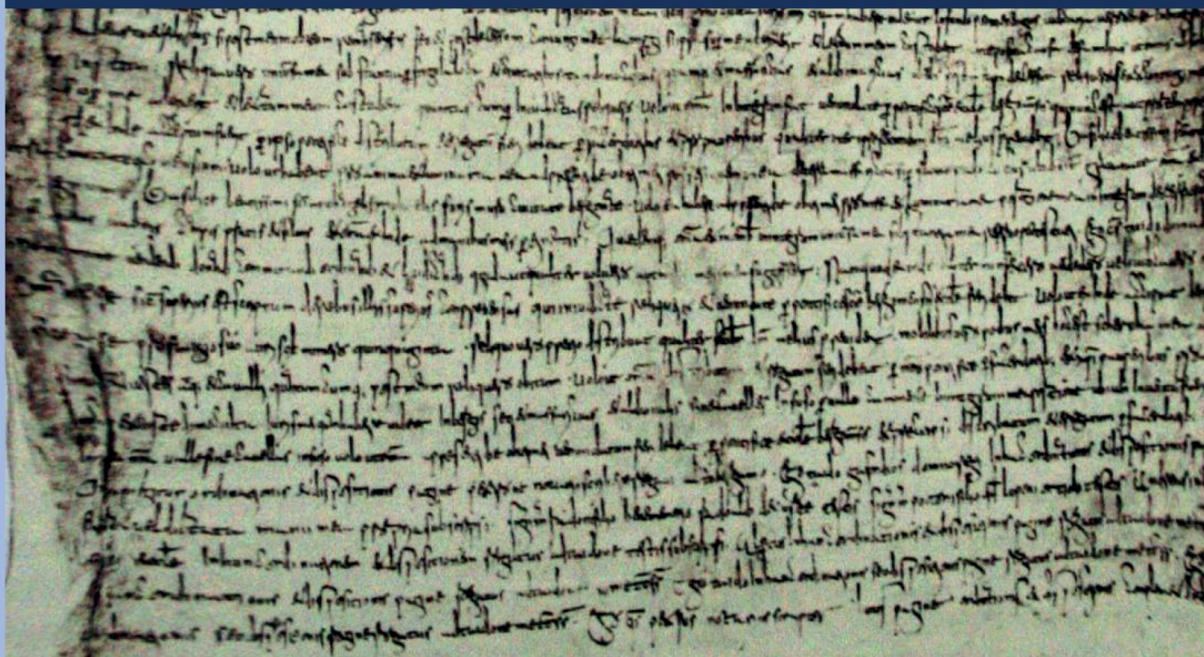


Alberto Mattia Serafin

Profili evolutivi del formalismo testamentario

Dalla tradizione romanistica
al particolarismo medievale



Giappichelli

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.

Ragioni di economia, e forse anche di eleganza, suggerirebbero di astenersi dal tracciare una possibile «eziologia» d'una tale omissione, e quindi d'attingere

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 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.

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.

Sennonché, 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 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 circo-

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 specie 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 «storizzato»; e v. infatti, per la società «tecnologica», in generale, il pionieristico lavoro del futurista americano A. TOFFLER, *Future Shock*, New York, 1970.

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 postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021.

stanza 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.

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 «sistematica» e «assiologica» delle diverse norme¹⁰, ha talvolta finito per considerare queste ultime in guisa di pure «datità», inciampando, così, in quello stesso σκάνδαλον 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

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.

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.

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 degli 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 specie, 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 dapprincipio (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 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.

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

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 giuridiche¹: scrive invero

¹Tra 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. IMPALLOMENI, 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 cogenza 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, 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.

Cicerone, nella seconda Filippica, che «*in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*»² e, nelle conversazioni a Tuscolo, che la «*diligentiae testamentorum*» è il miglior modo di «*nos futura cogitare*»³; Ovidio, parimenti, giudica non miserevole la fine dell'uomo, che non possa «*sperare sepulcra*» e «*mandare suis aliqua*»⁴; Quintiliano, infine, e coerentemente, vede nella «*voluntas ultra mortem*» il «*solacium mortis*»⁵.

“Per un antico Quirite – ha dunque rilevato con esattezza il Biondi⁶ – 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 Tavole⁷, rispetto alle

² Cic., *Phil.*, 2, 109.

³ Cic., *Tusc.*, I, 14, 31, assieme alla «*procreatio liberorum*», alla «*propagatio nominis*», alle «*adaptationes filiorum*» e ai «*sepulcrorum monumenta*».

⁴ Ov., *Tristia*, I, 2, 53.

⁵ Quintil., *Decl.*, 308.

⁶ In *Successione*, cit., p. 4.

⁷ 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 habento*»), 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. IMPALLOMENEI, 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 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 decemvirali – 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 succes-

quali le nostre conoscenze in materia successoria non rimontano a fonti più antiche⁸, l'esperienza giuridica romana, movendo dal periodo «arcaico», e senza significative variazioni in quello «pre-classico»⁹, conosceva tre tipologie testamentarie¹⁰: il *testamentum calatis comitiis*, il *testamentum in procinctu*

sione «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., pp. 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).

⁸ 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.

⁹ 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).

¹⁰ 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

e, infine, il *testamentum per aes et libram*, il quale – stando alle Istituzioni di Gaio – si sviluppò, rispetto ai primi due¹¹, in epoca più tarda¹².

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

¹¹ 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

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*¹³, ossia di solenni assemblee del popolo romano, le

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.

¹² 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*.

¹³ Ed è perciò stato «strutturalmente» (per la partecipazione dei *comitia*) e «funzionalmente» (per lo scopo di garantire la continuità della famiglia, con la creazione 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

quali si tenevano due volte l'anno¹⁴ alla presenza del Collegio dei pontefici¹⁵;

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 comizi 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. ARCÉS, *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.

¹⁴ Circa i giorni precisi, non è dato sapere con esattezza (P. VOCI, *Diritto*, I, cit., p. 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).

¹⁵ Gell., *Noctes Atticae*, 15, 27: «*pro conlegio 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'*adrogatio* (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 mera-

mente «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. ARCES, *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* ulpiane, infatti, certificherebbero non solo la conformità allo *ius* della *contestatio mentis*, ma anche la circostanza che

di esso, potevano avvalersi il solo *pater familias*¹⁶, patrizio, maschio e pube-

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 «partecipi» 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* (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 «*testor*», 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 «*tristis*» osco – «*testis*» latino, e ciò sebbene l'opzione fosse già giudicata incerta da B. BIONDI, *Successione*, cit., p. 13.

¹⁶ 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 attenere 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.

re, il solo invero titolato a partecipare alle assemblee gentilizie¹⁷, ed è da ritenere, altresì, che le disposizioni a titolo particolare¹⁸ non potessero trovarvi

¹⁷ M. AMELOTI, 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”.

¹⁸ 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. VOCI, 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 «inter-