

DIPARTIMENTO DI STORIA DEL DIRITTO
UNIVERSITÀ DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LII
(2007-2008)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2005 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN 978-88-3488606-9

Composizione e Stampa: Salerno Arti Grafiche srl - Palermo - 2008

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE DEL VOLUME

L'amministrazione dell'impero romano e i papiri.
Giornata di studio in memoria di Salvatore Riccobono jr.
(Palermo, 14 Maggio 2007)

P. CERAMI - G. PURPURA, Nota introduttiva	11
M. AMELOTTI, Salvatore Riccobono e il <i>Gnomon</i> dell' <i>idios logos</i>	15
G. NICOSIA, Considerazioni sull'amministrazione delle province in età imperiale.	25

Origine e sviluppo storico del giudizio di costituzionalità.
Giornata di studio in memoria di Gaetano Mancuso
(Palermo, 28 Novembre 2007)

M. MARRONE, Un ricordo di Gaetano Mancuso in occasione di un seminario interdisciplinare sulle origini e lo sviluppo del giudizio di costituzionalità	35
F.R. MEROLA, Il giudizio di costituzionalità nell'esperienza greco-romana	41
D. QUAGLIONI, Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno	53
P. CERAMI, Brevi riflessioni conclusive	69
P. CERAMI, Impresa e <i>societas</i> nei primi due secoli dell'impero	75
G. FALCONE, <i>Ius suum cuique tribuere</i>	133
G. ROMANO, Note a margine di Ulp. 26 <i>ad ed.</i> D.12.4.3.3-4	177

S. SCIORTINO, Intorno a <i>Interpretatio Theodosiani</i> 9.39 <i>'De calumniatoribus'</i>	213
F. TERRANOVA, Osservazioni su Gai 2.108	281
M. VARVARO, Sulla storia dell'editto <i>De pecunia constituta</i> .	327
M. VARVARO, « <i>Certissima indicia</i> ». Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana	367
W. WALDSTEIN, <i>Natura debere, ius gentium</i> und <i>natura aequum</i> im klassischen römischen Recht	429

FRANCESCA TERRANOVA

Osservazioni su Gai 2.108

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il testo da cui muoviamo è Gai 2.108, che attesta da un lato la capacità a fungere da testimoni, nel testamento librato, dei soggetti legati all'erede o al legatario da vincoli di *adgnatio*, nonché di questi ultimi (*ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur*), dall'altro la non opportunità di impiegare come testimoni l'erede, *quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit*. Oggetto dell'indagine: la sussistenza sul punto di un dissidio fra i *prudentes*, di cui costituisce indizio la cautela con cui Gaio espone la questione. Muovendo da questa ipotesi ci proponiamo di indagare sia sulle ragioni per cui, inizialmente, si ammetteva che il testatore potesse *iure adhibere* nel proprio *t.p.a.e.l.* l'erede come testimone, sia sulle motivazioni che portarono i giuristi a suggerire una limitazione a tale facoltà. – 3. Il contesto espositivo di Gai 2.108: Gai 2.105-106, cui corrisponde Tit. Ulp. 20.3-5. – 3.1. Continua: osservazioni, alla luce di D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*), sull'idea che vi sia una differenziazione non tanto fra *partes* e *testes* (terzi), quanto fra soggetti 'interessati' e 'non interessati' al compimento dell'atto. – 4. Prime riflessioni su Gai 2.108 nel quadro di Gai 2.105-106. – 5. Ulteriori osservazioni su Gai 2.108 sulla base del confronto con D. 28.1.20 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*) e I. 2.10.10 (nonché PT. 2.10.10). – 5.1. Continua: osservazioni sulla ragione fornita da I. 2.10.11 (cui corrisponde PT. 2.10.11) riguardo alla successiva differenziazione di regime fra eredi e legatari in merito all'idoneità a fungere da testimoni nel *t.p.a.e.l.* – 6. Spunti di riflessione per avviare una futura indagine.

1. Il problema che intendiamo esaminare concerne l'idoneità di un soggetto a essere *iure adhibitus*¹ come testimone nello stesso *testamentum per aes et libram* (d'ora in poi: *t.p.a.e.l.*)² in cui è istituito ere-

¹ Il termine è nelle fonti adoperato in un'accezione tecnica, con cui si allude al fatto che la presenza del testimone deve essere 'richiesta' (non a caso a volte è impiegato, come ad es. in D. 28.1.21.2, il verbo *rogare*) e la sua partecipazione all'atto non può essere meramente accidentale, né involontaria. Così B. WINDSCHEID - TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁸, III, Frankfurt am Main 1901, 215. Sul punto cfr. I. CALVINI, *Lexicon iuridicum: iuris Caesarei, simul et canonici, feudalis item, civilis, criminalis: theoretici ac practici*, editio postrema, Geneva 1612, 114, s.v. *adhibere*; AE. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, I, curante F. CORRADINI, Patavii 1940, 79 s., s.v. *adhibeo*.

² Ricordiamo, incidentalmente, che il testamento librato è un atto giuridico che richiede come requisito strutturale la presenza dei testimoni e la sussistenza in essi di determinate qualità. Non a caso i *testes* sono, in ragione di ciò, definiti, nella letteratura, stru-

de. Rileviamo, fin da ora, che tale attitudine, riconosciuta in un primo tempo dal diritto,³ venne successivamente messa in discussione dai *prudentes*⁴ e, da ultimo, del tutto esclusa.⁵

Tale questione, da quel che ci risulta, è stata affrontata solo incidentalmente⁶ dalla letteratura romanistica, per lo più, nell'ambito di

mentali e *ad solemnitatem* («Instruments- und Solemnitätszeugen»), in contrapposizione a quelli giudiziali («gerichtliche Zeugen») o di prova («Beweiszeugen»). Sulla distinzione v. *infra*, nrt. 15 e 42. Trattano, in maniera specifica, dei primi C.G. BRUNS, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts*, in *Kleinere Schriften*, II, Weimar 1882, 119-138; H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, Paris 1910; F. BOSSOWSKI, *Sur la fonction primitive des témoins dans la mancipation*, in *Introduction a l'étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'E. Lambert*, I. *Les aspects, les fonctions et les sources du droit comparé*, Paris 1938, 227-231, con letteratura (cfr. nt. 1); F. PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in *RIDA* 6 (1951), 161-175. V. anche CH. LÉCRIVAIN, s.v. *Testimonium, testis*, in *DS V* (Graz, 1969), 155 s. Per un'indicazione degli atti c.d. negoziali in cui venivano impiegati i *testes* cfr., per tutti, A. BISCARDI, «*Testes estote*». *Contribution a l'étude du témoignage en droit romain*, in *RHDFE* 49 (1971), 403 s. Sul ruolo dei testimoni nella *mancipatio* v. anche S. PINÈLES, *Role des témoins dans la mancipation romaine et dans un acte de vente roumain de 1612*, in *Questions de droit romain*, Paris 1911, 90-92.

³ Cfr. Gai 2.108, il cui testo è riportato *infra*, al § 2.

⁴ V., in particolare, le considerazioni svolte ai §§ 5 e 6.

⁵ Cfr. I. 2.10.10, il cui testo è riportato *infra*, al § 5.

⁶ Cfr., sul punto, I. CLARI, *Tractatus quatuor. In quibus omnia accuratissime tractantur quae pertinent ad Testamenta, Donationes, Emphyteoses, & Feuda*, Venetiis 1574, *Testamentum*, liber III, quaest. LV, 32 s.; E. HENRYSONIS, *Commentatio in Tit. X. Libri secundi Institutionum de Testamentis ordinandis*, in *Novus Thesaurus juris civilis et canonici*, III, Hagæ-Comitum 1752, 434-443; C. VAN BYNKERSHOEK, *Opera omnia, in quibus multa ex Romano veteri*, I. *Observationum Juris Romani Libros VIII. continens*, Neapoli 1766, *caput XXIV*, 495-500; A. VINNI, *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius academicus et forensis*, I, Venetiis 1793, 261-273; J. CUJACII, *Caput X. De testamentis ordinandis*, in *Opera. Partis Primae continuatio et Pars Secunda*, II, Prati 1836, 841-850; ID., *Ad Tit. qui Test. facere possunt*, in *Opera. Continuatio Partis Tertiae*, VI, Prati 1838, 520-523; U. HUBERI, *Praelectionum juris civilis Tomi tres secundum Institutiones et Digesta*, I, Maceratae 1838, 187-191; H. DONELLI, *De jure civili Lib. VI. Cap. VII.*, in *Opera omnia. Commentariorum de jure civili*, II, Florentiae 1841, 45-60; F.H. VERING, *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung*, Heidelberg 1861, 181 ss., 210; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, II, Marburg und Leipzig 1876, 138-141; F.G. PUCHTA, *Pandekten*⁸, Leipzig 1877, 667-669; É. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, I. *L'ancien droit*, Paris 1891, 522 nt. 2; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchite di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, Libro XXVIII*, tradotto e annotato da A. Ascoli, Milano 1900, 295-352, spec. 331 ss.; B. WINDSCHEID - TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁸, III, cit., 213-217; É. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, II. *Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris 1902, 588; A. DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*⁸, trad. it. di F. B. Cicala, Torino 1905, 249 s., spec. nt. 9; H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 36 ss., 105 ss. e, in particolare, 119

trattazioni concernenti il testamento librato. Già tale ragione, da sola, giustificerebbe l'esigenza di affrontare il tema in modo autonomo.

A quest'ultima si aggiunga un'ulteriore motivazione. Lo studio approfondito delle fonti relativo alla questione su accennata offre, come emergerà dall'esposizione, elementi utili alla ricostruzione del passaggio evolutivo che portò alla trasformazione del *t.p.a.e.l.* di età risalente – ossia, secondo la terminologia comunemente adoperata in dottrina, *mancipatio familiae* – nel *t.p.a.e.l.* di età successiva.⁷

ss.; F. KNIEP, *Gai Institutionum, Commentarius secundus: §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen, Jena 1913, 5 s., 133-137; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 79 ntt. 1 e 2; P.F. GIRARD - F. SENN, *Manuel élémentaire de Droit romain*⁸, Paris 1929, 857 s.; B. KÜBLER, s.v. *Testament (juristisch)*, in *PWRE* 5A, 1 (Stuttgart, 1934), 988; M. KASER, s.v. *Testimonium*, in *PWRE* 5A, 1 (Stuttgart, 1934), 1042; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*⁹, Milano 1955, 56 ss., spec. 59 s.; M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar (2. Lieferung)*, Leiden 1960, 319-322; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II. *Parte speciale, Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano 1963, 71 s.; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, Milano 1967, 12-16 [su cui v. M. AMELOTI, *rec. a G. Scherillo, Corso di diritto romano. Il testamento*, I-II, Milano 1966-1967, in *IVRA* 18 (1967), 319 ss.]; A. WATSON, *The Law of Succession in the later Roman Republic*, Oxford 1971, 33 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 683 e ivi ntt. 27 e 28; ID., *Das römische Privatrecht*², II. *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 480 nt. 20; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 58 s., 194; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996, 323 nt. 192 (324).

Una menzione a parte merita F.C. HARPPRECHTI, *Disputatio XLI. De testimonio testamentario legatariis permissis*, Montispeligiard 1688, in *Dissertationum academicarum volumina duo que exhibent opus juxta solemnem Pandecta*, vol. I, pars II, Tubingæ 1737, 1473-1519 e ID., *Disputatio XLIII. De testimonio testamentario, heredi interdicto, ad illustrationem L. 20. princ. ff. qui T. fac. poss. et §.10. Inst. de testam. Ordin.*, Ratisbonensi 1688, in *Dissertationum Academicarum*, vol. I, pars II, cit., 1540-1572, che affronta in maniera specifica il tema oggetto della nostra indagine, senza analizzare Gai 2.108, non essendo ancora stato scoperto il manoscritto veronese delle *Institutiones* gaiane.

Per le principali fonti (giuridiche e non), che trattano delle incapacità a fungere da testimoni nel testamento librato rimandiamo, per tutti, a B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 260 nt. 255 e ID., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 48 nt. 66.

⁷ Preferiamo adoperare l'espressione '*t.p.a.e.l.* di età risalente', in luogo di *mancipatio familiae* perché la prima ci appare discostarsi meno, rispetto alla seconda, dal dato desumibile dalle fonti. In Gai 2.102 ss. – l'unico testo che ci fornisce informazioni dettagliate sull'evoluzione storica del testamento librato (così P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I. *Introduzione, Parte generale*, Milano 1967, 87 e ivi nt. 1) – non viene mai adoperata la locuzione *mancipatio familiae* per indicare la forma più antica di testamento, in quanto si considera il *t. quod per aes et libram agitur* in maniera unitaria, quale *tertium ge-*

2. Il testo fondamentale da cui muoviamo è

Gai 2.108: *Is uero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.*⁸

Gaio riferisce che colui che si trova *in potestate heredis aut legata-*

nus testamenti, al cui interno è possibile individuare due diverse configurazioni strutturali, assunte storicamente dallo stesso. Come leggiamo infatti in Gai 2.103, al tempo in cui il giurista scrive (*nunc*), il *testamentum quod per aes et libram fit ...aliter ordinatur, quam olim solebat*. Che si tratti di due configurazioni storicamente distinte di un'unica forma testamentaria si evince, inoltre, dall'uso delle due locuzioni temporali (*olim* e *nunc*) adoperate da Gaio nell'esposizione. Cfr. Gai 2.103: *...olim familiae emptor... heredis locum optinebat...; nunc uero alius heres testamento instituitur* rell. Cfr., sul punto, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 48 nt. 65. Che «anche la *mancipatio familiae* è detta *testamentum per aes et libram*» è evidenziato, altresì, da M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 610 nt. 134, che mantiene l'espressione solo «per comodità espositiva» e allo scopo di evidenziare che «gli effetti della *mancipatio familiae* erano assai diversi da quelli del *testamentum per aes et libram* che da essa si sviluppò; e diversi anche da quelli di ogni altra forma testamentaria».

⁸ Citeremo, di volta in volta, i passi del manuale gaiano da *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum novis curis auctum*, ed. P. KRÜGER e G. STUDEMUND, Berolini 1923. Abbiamo riportato in tondo le lettere che nei due apografi del manoscritto veronese (cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones. Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegii Bluhmii schedas*, Lipsiae 1866, 80; G. STUDEMUND, *Gai Institutionum commentarii quattuor, Codicis Veronensis denuo collati Apographum confecit*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965, 80) o mancano del tutto e sono, quindi, variamente integrate dagli editori o sono state da essi emendate.

Si segnala che l'*editio princeps* delle *Institutiones* gaiane (a cura di I.F.L. GOESCHEN, Berlin 1820), mantenendo la lezione originale del palinsesto, riporta in luogo dell'avverbio *adeo* (posto in correlazione con il successivo *ut*), l'inciso *ab eo <qui testamentum facit>*. Cfr., sul punto, entrambi gli apografi e *Gai Codex Rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis*, a cura di K.W. HIERSEMANN, Lipsiae 1909, fol. 40v, in cui, pur essendo la sesta linea del foglio del manoscritto difficilmente leggibile, si può scorgere abbastanza agevolmente la lettera *b*. L'emendazione della *b* in *d* è successiva e risale a Lachmann [cfr. *Gai Institutionum commentarii quattuor*, a cura di I.F.L. GOESCHENII e C. LACHMANNUS, Bonnae 1841, in *Corpus iuris Romani anteiustiniani*, a cura di E. BÖCKINGII, A. BETHMANN-HOLLWEGII e E. PUGGAEI, Bonnae 1841, 47]. La scelta di questa lettura non muta di molto il senso della frase ed è inoltre preferibile rispetto all'altra perché consente di spiegare il successivo *ut* che altrimenti «in der Luft schweben würde». Così M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar (2. Lieferung)*, cit., 320. *Contra* F. KNIEP, *Gai Institutionum, Commentarius secundus: §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, cit., 5 nt. 6.

rii, o di cui lo stesso erede o il legatario è *in potestate*, e colui che è sottoposto alla potestà del medesimo può essere chiamato a intervenire all'atto in funzione di *testis* (e *libripens*)⁹ nella stessa misura in cui vengono *iure*¹⁰ *adhibiti* (si sottintende, come *testis* e *libripens*) anche lo stesso erede o il legatario. Ma – aggiunge il giurista – per ciò che riguarda l'erede e colui che è sottoposto alla sua potestà o di cui quello (ovvero l'erede) sarà¹¹ *in potestate*, dobbiamo servirci al minimo di questo diritto¹²

⁹ Com'è noto, il *libripens* è considerato, almeno in età classica, alla stregua di un testimone. Così Gai 2.107: *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus; nam et is testium numero est*. Cfr., indirettamente, anche Tit. Ulp. 20.3.

¹⁰ Sul punto cfr. anche Gai 2.106 ove in luogo di *iure*, il giurista riporta l'avverbio *recte*. Sul significato di *iure* v. *infra*, nt. 12.

¹¹ Seguiamo la traduzione di J. REINACH, *Gaius: Institutes*, Paris 1950, 56. Non comprendiamo quale sia la ragione per cui Gaio adoperi l'indicativo futuro (*erit*), in luogo del presente, come all'inizio del paragrafo (*cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est*). Molti studiosi, in realtà, non si interrogano sulla questione e traducono il passo adoperando il presente. Così, ad es., V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma 1914, 310; F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius, I, Text with critical Notes and Translation*, Oxford 1946, 95. Solleva, invece, il problema R.G. BÖHM, «*Emendationes gaianae*», in *Labeo* 21 (1975), 65-67, che restituisce il testo nel seguente modo: «...sed tamen quod ad heredem pertinet et omnem quiuis in eius potestate est cuiusque contra is in potestate est, re uera minime hoc iure uti debemus». L'autore ritiene che *erit* sia un'abbreviazione e scioglie la stessa in '*est re uera*'. Sebbene non condividiamo la ricostruzione dello studioso, poiché fondamentalmente non c'è nel manoscritto alcun segno di abbreviazione che giustifichi un'integrazione, è degno di nota il fatto che egli si interroghi sulle ragioni per cui il giurista adoperi il futuro, in luogo del presente. In argomento v. anche S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 364 nt. 294, che attribuisce la presenza nel testo di *erit*, in luogo di *est*, a un errore di un glossatore di età post-classica. Sul punto v. anche *infra*, nt. 14. Tale errore potrebbe invece, a nostro avviso, ragionevolmente imputarsi a una svista del copista; svista che ricorre anche in altri luoghi del manuale [cfr. M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar* (2. Lieferung), cit., 321 s.]. Si potrebbe, inoltre, spiegare l'assenza del riferimento a '*qui... in eiusdem potestate est*', ipotizzando che la presenza di alcune parole simili nella porzione di testo precedente (cfr. *in eius potestate est*) abbia determinato, per omoteleuto, la mancata trascrizione da parte del copista dell'inciso.

¹² Sul valore da attribuire a *minime* v. *infra*, § 5 e ivi nt. 83. L'impiego dell'espressione *iure uti* – presente anche in altri luoghi del manuale (cfr., ad es., Gai 1.53, 80, 2.154, 195, 227, 3.179, 224, 4.163) e adoperata nel *Corpus iuris civilis* per indicare il diritto vigente, ma risalente a età repubblicana – esprime originariamente una 'concezione strumentale del diritto'. Così R. SANTORO, *Sul Ius Papirianum*, in AA. VV., *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 399-416; ID., *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in *AUPA* 47 (2002), 295-365 (con letteratura citata a p. 295 nt. 1) e, da ultimo, ID., '*Iure uti*' in *Ter., Hec. prol. II*,

(in base al quale possiamo adoperare i soggetti in questione, nello stesso *t.p.a.e.l.*, come testimoni).

Dal testo emergono essenzialmente due dati. Il primo è abbastanza evidente: la capacità a fungere da testimoni, nel testamento librato, di coloro che sono legati all'erede o al legatario da vincoli di *adgnatio*, nonché di questi ultimi (*ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur*).¹³ Il secondo si fonda su un'asserzione del giurista che sembrerebbe quasi porsi in contraddizione con quanto dallo stesso, poco prima, espresso. Ciò è messo in luce dall'utilizzo della congiunzione avversativa *sed*, rafforzata dall'avverbio *tamen*, il cui valore oppositivo è però smorzato dall'inciso finale *minime hoc iure uti debemus*.¹⁴ Da questa ambigua formulazione si evince che Gaio, pur non negando esplicitamente il principio su esposto, sottolinea la non opportunità di impiegare come testimoni l'erede e i soggetti a quest'ultimo legati da vincoli di *adgnatio*. La cautela con cui viene esposta la questione costituisce, a nostro modo di vedere, un indizio dell'affermarsi sul punto di un orientamento giurisprudenziale in contrasto con il precedente *ius*, verosimilmente non condiviso da tutti i *prudentes*. Possiamo, infatti, ragionevolmente ipotizzare che se tale orientamento fosse stato pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza di età classica, Gaio non si sarebbe espresso in maniera così ambigua e contraddittoria. Muovendo

3-4, in *AUPA* 49 (2004), *Studi con Bernardo Albanese*, III, 236-239. Il diritto si configura, in quell'età, come «uno strumento di cui servirsi». Alla base vi è, quindi, l'idea che il «valore fondamentale di *ius*, in età repubblicana, equivale a 'rito' o a 'schema rituale'». Così ID., *Sul Ius Papirianum*, cit., 399. L'idea si trova già *in nuce* espressa anche in ID., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30 (1967), 157 ss.

¹³ Una fonte, in particolare, attesta esplicitamente, per la tarda età repubblicana, la facoltà del testatore di *adhibere* nel proprio testamento l'erede, ossia Cic., *Pro Mil.*, 18.48 (C.F.W. MÜLLER, *Scripta quae manserunt omnia*, partis II, vol. III, Lipsiae 1886, 299): *...Una fui, testamentum simul obsignavi [cum Clodio]; testamentum autem palam fecerat et illum heredem et me scripserat* rell. Sul passo in questione v. H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 122 e ivi nt. 1; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*², I, Bologna 1927, 218 nt. 3; B. KÜBLER, s.v. *Testament (juristisch)*, cit., 988; A. WATSON, *The Law of Succession*, cit., 33. Sul punto v. anche *infra*, nt. 87.

¹⁴ È ingiustificata, a nostro avviso, l'opinione di S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 364 s., secondo cui l'inciso in questione è un glossema di età postclassica, in quanto non sorretta da alcuna specifica prova e fondata solo sulla formulazione contraddittoria del testo, che, secondo noi, può essere, in diverso modo, spiegata (v. *infra*, §§ 5 e 6). Sul punto cfr. anche F. KNIEP, *Gai Institutionum, Commentarius secundus: §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, cit., 6 nt. 3, 136 s., con ulteriori argomenti (sui quali v. *infra*, nt. 83).

dall'ipotesi che sul punto sussistesse un dissidio fra i giuristi, che valgeremo alla luce dei dati emergenti da altre fonti, ci proponiamo di indagare sia sulle ragioni per cui, inizialmente, si ammetteva che il testatore potesse *iure adhibere* l'erede come testimone, sia sulle motivazioni che portarono i giuristi a suggerire una limitazione a tale facoltà.

3. Prima ancora di inoltrarci nell'esame dei profili accennati, è necessario considerare il contesto espositivo di Gai 2.108, ossia Gai 2.105-106 (cui corrisponde Tit. Ulp. 20.3-5), ove è affrontato il tema dell'inidoneità di alcuni soggetti appartenenti alla *familia* del testatore (c.d. *mancipio dans*) o del *familiae emptor* (*mancipio accipiens*) a essere impiegati in funzione di testimoni nel testamento librato. Si leggano quindi

Gai 2.105-106: 105. *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium.*¹⁵ 106. *Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem qui in eadem potestate est, uelut frater eius rell.*¹⁶

e

¹⁵ Sulla corrispondenza di significato fra *testimonium* e *testis* cfr. E. FRAENKEL, *Graeca-Latina*, in *Glotta* IV (1913), 47; F. HARTMANN, *Italische Sprachen und lateinische Grammatik*, in *Glotta* IX (1918), 263, con altra bibliografia. Il termine, come già rilevato (cfr. *supra*, nt. 2), è impiegato nelle fonti per indicare sia «das Geschäftszeugnis», sia «das Prozeßzeugnis», e talora anche con il significato di *instrumentum*. Cfr., per tutti, M. KASER, s.v. *Testimonium*, cit., 1021. Sul punto v. anche *infra*, nt. 42.

¹⁶ Abbiamo riportato solo la prima parte del § 106. Nel prosieguo del testo Gaio tratta dell'incapacità a fungere *recte* da testimoni del *pater* del disponente – nel caso, quindi, in cui quest'ultimo sia suo *filius familias* – e del *frater eius*, sottoposto alla potestà del medesimo *pater*. L'ipotesi è circoscritta all'unico caso in cui, al di fuori del servizio militare (per il quale si applicano le regole, che differiscono dal regime ordinario, proprie del *testamentum militis*), è consentito al *filius familias* di fare testamento: ovvero *post missionem* ed *ex peculio castrense*. Sul punto v. *infra*, nt. 39.

Tit. Ulp. 20.3-5: 3. *Qui in potestate testatoris est, aut familiae emptoris, testis aut libripens adhiberi non potest: quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fit, et ob id domestici testes adhibendi non sunt.* 4. *Filio familiae emente, pater ejus testis esse non potest.* 5. *Ex duobus fratribus, qui in eadem patris potestate sunt, alter familiae emptor, alter testis esse non potest: quoniam, quod unus ex his mancipio accipit, acquirit patri, cui filius suus testis esse non debet.*¹⁷

Apprendiamo che non possono fungere da testimoni le persone sottoposte alla potestà del *familiae emptor* o del testatore, né il *pater* e il *frater*, che si trova *in eadem potestate*, del *familiae emptor*.

I soggetti di cui viene sancita l'incapacità hanno il medesimo tipo di legame familiare, basato sul vincolo di *adgnatio*, cui si allude anche in Gai 2.108 (*qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est*).¹⁸ A mutare sono, invece, le persone che costituiscono il termine di riferimento della relazione e che determinano concretamente l'idoneità, o meno, a essere testimoni dei soggetti che con essi si trovano in un determinato rapporto di parentela.¹⁹ In Gai 2.108 sono l'erede e il legatario, mentre in Gai 2.105-106 e Tit. Ulp. 20.3-5 sono il *familiae emptor* e il testatore.

Questi sono a tutti gli effetti nel *t.p.a.e.l.* di età risalente parti di un atto a struttura bilaterale.²⁰ Infatti, come apprendiamo da Gai 2.102,²¹ nel primo svolgimento storico del testamento librato il *fami-*

¹⁷ Riportiamo il testo basandoci sull'edizione di G. HUGO, *Domitii Ulpiani Fragmenta. Libri regularum singularis uti videtur vulgo Tituli ex corpore Ulpiani, unicum codicem Tilianum olim jam Vaticanum*³, Berolini 1814, 57 (v. a p. 56 l'apografo del passo in questione). Per un confronto rimandiamo anche all'apografo di E. BÖCKING, *Ulpiani liber singularis regularum. Codicis Vaticani exemplum*, Lipsiae 1855, col. 27.

¹⁸ Ci preme sottolineare che, dei familiari elencati in Gai 2.108, il giurista sancisce, al contrario, l'idoneità a fungere da testimoni. Si noti, infatti, lo stacco rispetto all'esposizione precedente evidenziato dall'avverbio *uero*.

¹⁹ Cfr., sul punto, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 13.

²⁰ Così esplicitamente sia Gai 2.105: *...totum hoc negotium ...creditur inter familiae emptorem agi et testatorem rell.*, sia Tit. Ulp. 20.3: *...familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fit rell.*

²¹ *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari uellet rell.* Cfr., sul punto, anche PT. 2.10.1: *...παρεγίνοντο πέντε*

liae emptor (mancipio accipiens) acquista effettivamente²² la *familia* del te-

μάρτυρες καὶ ζυγοστάτης, [καὶ] πολῖται Ῥωμαῖοι ἔφηβοι, καὶ παρόντων αὐτῶν ἐκεῖνος, ὃς ἡμελλε γενέσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτῶν περιουσίαν, λέγων τινὰ ῥήματα τυπικά, ἃ νῦν περιττόν ἐστι λέγειν, καὶ ἐδίδου λόγῳ τιμήματος εἰκονικοῦ νοῦμμον τῷ δεσπότη τῆς περιουσίας, καὶ ἐλέγετο ὁ ἀγοράζων *familiae emptor*, καὶ λοιπὸν ὁ μέλλον τελευτῶν διευτύπου τί ὀφείλει δοθῆναι μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτὴν· ἔλεγε γὰρ τῷ *familiae emptori* ἦτοι τῷ κληρονόμῳ, ὅτι βούλομαι σε τῷδε δοῦναι ἀγρὸν, τῷδε οἰκίαν, τῷδε ἕκατον νομίσματα κτλ. (Reitz: ...*Aderant quinque testes, & libripens, cives Romani puberes, atque his presentibus is, qui successor futurus erat defuncti, emebat morituri patrimonium, dicens quadam verba solemnia, quae nunc dicere supervacuum est, dabatque pretii imaginarii nomine nummum domino patrimonii, & emens dicebatur FAMILIAE EMTOR, & moriturus porro ordinabat, quid dari oporteret post suam mortem: dicebat enim familiae emptori sive heredi: Volo ut huic agrum, illi domum, alii centum aureos des rell.*)

Cogliamo l'occasione per avvertire che citeremo, di volta in volta, i passi tratti dalla Parafraresi di Teofilo basandoci su *Theophili Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum caesarearum*, I, a cura di G.O. REITZ, Hagae Comitibus 1751, 327 ss. Di questi indicheremo, inoltre, la corrispondente traduzione latina curata dallo stesso autore, che abbiamo preferito a quella di Ferrini, seguendo i rilievi evidenziati da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA* 45.1 (1998), 223 s., cui rimandiamo. Per i passi, tratti dal manuale imperiale e dal digesto, ci serviremo invece di *Novellae Institutiones*, ed. P. KRÜGER e *Iustiniani Digesta*, ed. TH. MOMMSEN e P. KRÜGER, in *Corpus Iuris Civilis*, I, Hildesheim 2000 (13. Auflage, Nachdruck der 8. Auflage Berlin 1963). Per quelli escerpiti dai Basilici utilizzeremo l'edizione curata da K.W.E. HEIMBACH ET ALII, *Basilicorum libri LX*, 6 voll., Leipzig 1833-1870.

²² Così, fra tutti, G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 220: «...la *mancipatio familiae*, che ha avuto senza dubbio sin dal suo sorgere lo scopo di permettere al *paterfamilias* di disporre del suo patrimonio *post mortem* (Gai 2.102), aveva con probabilità all'inizio effetti acquisitivi nei confronti del *familiae emptor*». Per un'opinione contraria rimandiamo, per tutti, a H. LÉVY-BRUHL, *Nature de la Mancipatio Familiae*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar 1951, 253 ss. La questione, com'è noto, è fortemente dibattuta in dottrina e si ricollega, fra l'altro, ai problemi che pongono sia la ricostruzione sia l'interpretazione dei *verba* del formulario del testamento librato (cfr. Gai 2.104); problemi che non possiamo, per la loro complessità, affrontare in maniera esaustiva in queste pagine, e che quindi ci riserviamo di trattare in un'altra sede. In argomento v., più di recente, G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, in *IVRA* 50 (1999), 161-172, con ampia letteratura.

Diversa è la questione se il *t.p.a.e.l.* di età risalente potesse essere considerato *ab origine* una *mancipatio imaginaria* (cfr. Tit. Ulp. 20.2), ovvero se il trasferimento della *familia* si realizzasse, già fin dalle origini dell'istituto, senza il pagamento di alcun corrispettivo da parte del *familiae emptor*. Se si ammettesse ciò, si dovrebbe spiegare come mai quest'ultimo venisse indicato proprio come il compratore della *familia*, nonostante la gratuità *ab origine* del *negotium*. Uno spunto di riflessione su tale questione si può rinvenire in Festo, da cui si evince un'analogia di significato, nel linguaggio latino arcaico, tra i verbi *emere*, *sumere* e *accipere*. Cfr. Fest., *de verb. sign.*, s.v. *abemito* (M. 4.18): *Abemito significat demito vel auferto. Emere enim antiqui dicebant pro accipere*, s.v. *emere* (M. 76.1): *Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere*, s.v. *redemptores* (M. 270): *...nam antiquitus emere pro accipere ponebatur rell.*

statore (c.d. *mancipio dans*), sebbene allo scopo di consentire a un soggetto di fare testamento (così Gai 2.105: *testamenti ordinandi gratia*).²³

Nel *t.p.a.e.l.* di età evoluta, il *familiae emptor* continua a mantenere, *propter ueteris iuris imitationem*, il suo ruolo di *pars* dell'atto anche dopo l'introduzione nello stesso dell'*heredis institutio*. Il *t.p.a.e.l.* conserva, quindi, la sua originaria struttura bilaterale che gli deriva dal nascere come impiego della *mancipatio*, sebbene nella sostanza si incominci a delineare l'idea,²⁴ giunta fino ai nostri giorni, secondo cui il testamento è essenzialmente «un atto unilaterale, *mortis causa*, personalissimo, revocabile sino all'ultimo istante di vita, un atto con il quale un soggetto – il testatore – disponeva delle sue sostanze per il tempo dopo la sua morte».²⁵

Alla luce delle considerazioni svolte, si comprendono le ragioni per cui i soggetti elencati in Gai 2.105-106 e Tit. Ulp. 20.3-5 non possono fungere da testimoni, ragioni dalle quali discende il principio '*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*'.²⁶ Le stesse, come subito si vedrà, variano a seconda che si tratti dei soggetti sottoposti a una delle parti del *negotium*, del *pater* o del *frater*, che si trova *in eadem potestate*, del *familiae emptor*.

²³ «È indubitabile, quindi, che nel pensiero gaiano anche mediante la *mancipatio familiae* si ha il fenomeno per cui – tanto per servirci dello stesso linguaggio gaiano – *hereditas nobis obvenit*». Così B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA* 20 (1949), 419.

²⁴ Verosimilmente proprio in ragione dell'introduzione nel *t.p.a.e.l.* dell'*heredis institutio*. Cfr. Gai 2.103, il cui testo è riportato *infra*, ai §§ 5 e 5.1. V. anche *supra*, nt. 7.

²⁵ Così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, cit., 609. V. in argomento anche M. AMELOTTI, s.v. *Testamento (dir. rom.)*, in *ED* 44 (Milano, 1992), 459 s. Incidentalmente va rilevato che, in letteratura, si tende di solito a negare che la c.d. *mancipatio familiae* abbia natura testamentaria sulla base di due fondamentali caratteristiche della stessa: la mancanza dell'*heredis institutio* e la struttura bilaterale dell'atto. Cfr. G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano 1966, 260 ss. In argomento v., per tutti, H. LÉVY-BRUHL, *Nature de la Mancipatio Familiae*, cit., 253 ss. Tuttavia, non è affatto dimostrato che la nozione di testamento, più su riportata, sia originaria. Si potrebbe, infatti, ipotizzare che, in un periodo risalente, «...il *testamentum* era ciò che esprime la parola: una dichiarazione in presenza di testimoni». Così U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in *IVRA* 7 (1956), 44. Il termine, essendo connesso al verbo *testor*, indicherebbe, inoltre, sia prestare, sia chiedere testimonianza. Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 716. V. in argomento anche G.M. FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, in *Index* 30 (2002), 231 s. Sull'etimologia di *testis* e *testamentum* v. *infra*, nt. 27.

²⁶ Il principio, oltre che in Gai 2.105 e Tit. Ulp. 20.3, è espresso anche in I. 2.10.9 (cui corrisponde PT. 2.10.9), sul quale v. *infra*, a conclusione di questo paragrafo.

Per quanto riguarda i sottoposti (*is... qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris*), è evidente che tale impossibilità si ricollega alla loro posizione all'interno della *familia* del testatore o del *familiae emptor*, incompatibile con la 'terzietà' che il *testis* deve necessariamente rivestire all'interno dell'atto.²⁷ Da quest'ultimo, infatti, deri-

²⁷ La maggior parte degli studiosi ritiene, infatti, che *testis* abbia la stessa radice di *tres* (da cui, poi, *tertius*). Il termine osco dal quale sarebbe derivato quello latino, attraverso il passaggio per una forma intermedia **terstis*, sarebbe verosimilmente **tristis*. Così R. VON PLANTA, *Grammatik der oskisch-umbrischen Dialekte*, II. *Formenlehre, Syntax, Sammlung der Inschriften und Glossen, Anhang, Glossar*, Strassburg 1897 (ristampa Berlin - New York 1973), 621 nt. 1; K. BRUGMANN, *Kurze vergleichende Grammatik der indogermanischen Sprachen*, Strassburg 1904, 120 (§ 180, 1), 370 (§ 447, 3); F. SKUTSCH, *Zur lateinische Grammatik*, 4. *Testis 'Zeuge'*, in *Kleine Schriften*, a cura di W. KROLL, Leipzig-Berlin 1914, 84 ss.; F. STOLZ - J.H. SCHMALZ, *Lateinische Grammatik, Laut- und Formenlehre Syntax und Stilistik*, München 1928, 119 (§ 102, a), 163 (§ 145, d); G. DEVOTO, *L'etrusco come intermediario di parole greche*, in *Scritti minori*, II, Firenze 1967, 121; R. COLEMAN, *Italic*, in *AA. Vv., Indo-European Numerals*, a cura di J. GVOZDANOVIĆ, Berlin-New York 1992, 424.

Il significato della parola, secondo molti, sarebbe quindi 'colui che è terzo'. Così H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 6, con bibliografia (cfr. nt. 2); F. SKUTSCH, *Zur lateinische Grammatik*, 4. *Testis 'Zeuge'*, cit., spec. 87 s., con altre fonti; M. KASER, s.v. *Testimonium*, cit., 1021; U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, cit., 44 nt. 72; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, 689, s.v. *testis*; G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus* 11 (1960), 376; A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*⁵, II, Heidelberg 1965, 676 s., s.v. *testis*; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 104; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2. *pouvoir, droit, religion*, Paris 1969, 277; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 135 nt. 468; C. MASI DORIA, *Aurem vellere*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 327 nt. 40; L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano 2004, 11. A sostegno della vicinanza etimologica di *testis* con *tertius* cfr. Pompon., *Atell.*, 143 [*Scaen. rom. poesis fragm.*³, II, ed. O. RIBBECK, Leipzig 1873 (rist. Hildesheim 1962), 246]: *...ne quis esset testis tertius* rell. *Contra* G. REDARD, *Latin testis «témoin = troisième»?*, in *Recherches de Linguistique. Hommages à Maurice Leroy*, Bruxelles 1980, 163-171 (con ampia letteratura ivi, e nelle note e nel testo, citata) che dubita della parentela etimologica di *testis* con *tertius* e ritiene che il termine significhi semplicemente «assistant», «by-stander», «qui assiste à quelque chose», «qui assiste quelqu'un» (*op. cit.*, 170-171). Dello stesso avviso è J.T. KATZ, *Testimonia Ritus italici: male Genitalia, solemn Declarations, and a new Latin sound Law*, in *Harvard Studies in Classical Philology* 98 (1998), 184 ss. V., però, sul punto quanto rilevato da É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, cit., 276 s. sulla differenza di significato fra *superstes* e *testis*. *Superstes* significa «qui se tient (*stat*) sur (*super*) la chose même, qui y assiste; qui est présent» (*op. cit.*, 276). *Testis* «est celui qui assiste en "tiers"... à une affaire où deux personnages sont intéressés» (*op. cit.*, 277).

In letteratura sono state ipotizzate anche altre possibili origini del termine *testis*. Ad esempio da *stare* (*te-steti*) e da τέκεiv (produrre) [cfr., per tutti, C.G. BRUNS, *Die sieben*

verà loro rispettivamente il medesimo vantaggio o svantaggio patrimoniale che conseguiranno le due parti del *t.p.a.e.l.* Essi, infatti, essendo *filii sui* hanno, in ragione di ciò, una legittima aspettativa a succedere al proprio *pater familias* alla sua morte – sulla base di un testamento o *ab intestato* – in quanto *heredes necessarii*.²⁸ Basti leggere al riguardo

Gai 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum rell.*²⁹

Zeugen des römischen Rechts, cit., 120 nt. 4, con altra bibliografia], o da *teg-* (proteggere, garantire) [cfr., per tutti, F.H. VERING, *Römisches Erbrecht*, cit., 137 nt. 1]. Non è mancato inoltre chi, sulla base di quest'ultima etimologia, abbia sostenuto che la funzione del testimone possa essere assimilata a quella del garante. Così, ad es., F. PRINGSHEIM, *Le témoignage*, cit., 161 ss.; U. VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 3 ss. *Contra* G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., 376; M. TALAMANCA, *Rec. a U. Vincenti*, «*Duo genera sunt testium*», in *BIDR* 94-95 (1991-1992), 829. Altri, invece, accostano la funzione del testimone a quella dell'*arbiter*. Così, ad es., H.A.A. DANZ, *Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr: Beiträge zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern*, Jena 1857, 33 ss., spec. 41 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 33 ss., 41 e ivi nt. 45, con letteratura. In argomento v. anche R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 540 ss. Sottolinea, invece, la differenza fra *testis* e *arbiter*, fra tutti, É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, cit., 120 s. Incidentalmente, si noti che anche la stessa parola latina *testamentum* deriverebbe dalla radice *testis*, come dall'osco **tristis* il termine *tristaamentud*. Cfr. C.G. BRUNS, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts*, cit., 120 nt. 5; K. BRUGMANN, *Kurze Vergleichende Grammatik*, cit., 128 (§ 192, 1 b); E. GOLDMANN, *Das Alter des römischen Testaments*, in *ZSS* (1931), 227 nt. 2.

²⁸ «Essi, infatti, per diritto civile hanno un diritto formale di successione, così che, se non sono diseredati espressamente, succedono *ipso iure*, ancorché non siano istituiti eredi; inoltre, sempre per diritto civile, essi succedono *ipso iure*, sia *ab intestato*, sia *ex testamento*, senza bisogno di manifestazione di volontà in proposito». Così B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 240. Cfr. Gai 2.157: ...<siue> uelint siue <nolint, tam> *ab intestato quam ex testamento heredes fiunt rell.*

Il diritto dei *filii sui* a succedere *ab intestato* al loro *pater* era verosimilmente riconosciuto, già fin da età arcaica. In argomento v., fra tutti, G. ANSELMO ARICÒ, «*Societas inseparabilis*» o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in *AUPA* 46 (2000), 103 e ivi nt. 88. Cfr. il notissimo XII Tab. 5.4 (*FIRA*, I², 38): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.*

²⁹ Cfr. I. 2.19.2 e il «vessato» D. 28.2.11 (Paul. 2 *ad Sab.*). Sui problemi che pone quest'ultimo v., per tutti, B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., spec. 218-257.

L'interesse di colui che si trova *in potestate* o del *familiae emptor* o del testatore non si riduce, inoltre, a una mera aspettativa alla futura successione del proprio *pater familias*, ma ha anche una valutazione nel tempo presente. I *sui heredes* sono definiti *domestici* proprio perché *uiuo quoque parente quodammodo domini existimantur*.³⁰ Ammesso pure, secondo il parere di alcuni studiosi,³¹ che questa espressione non abbia propriamente valore giuridico, tuttavia è chiaro che, quanto meno nella considerazione sociale, i *fili sui* sono in un certo senso già *domini* nella casa del padre mentre questi è ancora in vita. La loro inidoneità a essere testimoni dipende, quindi, dal fatto che non sono disinteressati all'atto.³² Il *filius familias* di una delle due parti del testamento librato non sarebbe in sostanza 'terzo' perché coinvolto, per ragioni di natura potestativa, nelle vicende relative alla trasmissione del patrimonio del proprio padre.³³

Quanto al *pater* e al *frater*, che si trova *in eadem potestate*, del *familiae emptor*, le ragioni della loro inidoneità a fungere da testimoni sono, invece, esplicitamente indicate in Tit. Ulp. 20.4-5.

Qualora, infatti, il *familiae emptor* sia un *filius familias*, un suo acquisto si dovrebbe imputare al *pater*, che su di lui esercita la potestà, ragion per cui egli non può essere ritenuto estraneo all'atto, e dunque *testis idoneus* dello stesso. Né può considerarsi testimone idoneo *is... qui in eadem potestate est*, dato che il *familiae emptor* sottoposto acqui-

³⁰ Ingiustificata ci appare l'ipotesi secondo cui l'inciso rifletta più il pensiero dei maestri postclassici, che classici. Così U. ROBBE, «*Quodam modo domini existimantur*?», estr. da *ANap.* 76 (1965), *passim*, in particolare 16 ss.

³¹ Così B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 242, con altra letteratura (cfr. nt. 1). V. anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, cit., 578 s.

³² Su tale significato di *testis* v. diffusamente *infra*, § 3.1.

³³ Nella letteratura più antica viene addotta anche un'altra ragione a fondamento dell'inidoneità del *filius* a far da testimone nel testamento librato del proprio *pater* che si fonda su D. 22.5.6 (Licin. 2 reg.): *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant*. Il *pater familias* avrebbe, infatti, potuto imporre ai soggetti sottoposti alla sua potestà di testimoniare in suo favore. Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchite di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, Libro XXII*, tradotto ed annotato da S. Perozzi, F. Mancaloni, L. Gianturco, L. Ferrara, Milano 1906, 579, con altra letteratura. A sostegno si legga Sch. 1 ad B. 21.1.6 (Hb., II, 393): οὐκ ἔστιν ἀξιόπιστος μάρτυς] Κανονικῶς οἷς δύναται τις προστάττειν, τούτους οὐ συγχωρεῖται μάρτυρας προσαγαγεῖν, ὡς ὑπεξούσιοι, δοῦλοι, μίσθιοι. (Heimbach: *non est idoneus testis*] *Regulariter quibus quis imperare potest, eos testes producere non potest, ut filii familias, servi, mercenarii*.)

sta non a sé ma al *pater*. Di conseguenza il fratello, se *adhibitus* in funzione di *testis* nel *t.p.a.e.l.*, si troverebbe in sostanza a essere testimone non tanto del *familiae emptor* che, in quanto *alieni iuris*, non potrebbe trattenere nulla per sé, quanto del comune *pater familias* il quale, pur non essendo formalmente parte dell'atto, ne è giuridicamente il reale beneficiario. Al *frater* si sarebbe, quindi, indirettamente applicata la causa di esclusione, espressa in Gai 2.105 (Tit. Ulp. 20.3), in base alla quale colui che è in potestà dell'avente causa dell'atto non può essere *adhibitus* come testimone nello stesso.

È interessante notare come l'inciso '*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*' sia riferito da Gaio a conclusione del § 105, come conseguenza del fatto che, originariamente, *familiae emptor* e testatore fossero, a tutti gli effetti, parti del testamento librato. Il successivo *unde et*, di cui al paragrafo 106, sembra sottolineare un ulteriore riflesso del principio. La medesima impressione si ricava da Tit. Ulp. 20.3-5. Tale modalità di esposizione ci induce a ipotizzare che il *pater* del *familiae emptor* e il *frater eius*, *qui in eadem potestate est* siano stati considerati testimoni inidonei, non solo genericamente per la loro appartenenza alla categoria dei *domestici testes*, attestata in Gai 2.105 (Tit. Ulp. 20.3),³⁴ ma anche specificamente per le ragioni più su esposte – e che, come evidenziato, variano qualora venga in considerazione la non attitudine a essere testimone del *pater familias* del *familiae emptor* o del *frater eius* – connesse al fatto che, originariamente, il testamento librato era un vero e proprio atto d'acquisto.³⁵ Altre fonti più tarde riferiscono, invece, il principio a tutti i soggetti legati al testatore da un vincolo familiare, fondato sulla *patria potestas*, senza differenziare più quali fossero, per ciascuna categoria, le ragioni specifiche dell'esclusione. Il principio sembra, quindi, assurgere a unica causa di inidoneità, atta

³⁴ Non sempre, infatti, l'appartenere alla *familia* di uno dei soggetti che partecipano al testamento librato *reprobaturum est*, ma solo quando questi ultimi siano *partes* dell'atto, ossia soggetti direttamente interessati allo stesso. Cfr. Tit. Ulp. 20.6, il cui testo è riportato *infra*, a conclusione del § 3.1. V. anche le altre fonti citate alla nt. 55.

³⁵ Sul punto cfr. G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 14: «...la *mancipatio familiae*, anche se adattata a scopi particolari, era in origine un vero e proprio negozio d'acquisto». Sulla non opportunità dell'impiego di quest'ultimo termine per qualificare giuridicamente *mancipatio* e *in iure cessio* v. R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 296 nt. 19. Di diverso avviso, fra tutti, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 7 ss. In argomento v. quanto già espresso *supra*, alla nt. 22.

in sé a giustificare la non attitudine dei soggetti ricompresi nella qualifica di *domestici testes* a essere chiamati a intervenire all'atto come testimoni. Si legga in proposito

I. 2.10.9: *In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate eiusdem patris est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*³⁶

Nel frammento, la ragione per cui nel *t.p.a.e.l. reprobatum est ... domesticum testimonium*, una volta sganciata dal contesto storico da cui traeva la sua origine, assume portata generale. In I. 2.10.9 muta, infatti, l'ordine espositivo adottato in Gai 2.105-106.³⁷ Nel passo si fa

³⁶ Rileviamo che PT. 2.10.9 attesta la seguente definizione di *domesticum testimonium*: ...τὴν δὲ οἰκιακὴν μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν κτλ. (Reitz: *...Domesticum autem testimonium non ex cognatione, sed ex coadunatione per potestatem patriam deprehendimus* rell.) Non sappiamo, però, se la stessa sia, o meno, originaria. Sarebbe interessante indagare su cosa si intendesse, *ab origine*, con l'espressione 'appartenere alla stessa *domus*' e sulle conseguenze giuridiche che ciò comportava. Pur non potendo affrontare il problema in questa sede, rimandiamo a una fonte da cui un'indagine che voglia trattare le suddette questioni non può di certo prescindere, ovvero D. 50.16.195.2 (Ulp. 46 *ad ed.*): *...Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt*. La radice della considerazione dei *fratres familias*, sottoposti alla potestà dello stesso *pater*, come *domestici*, trova quindi la sua ragion d'essere nel fatto che essi provengono, in un certo senso, *ex eadem domo*, ossia appartengono tutti alla c.d. *familia communi iure*. Possono, invece, porsi a fondamento dell'appartenenza del *pater familias* alla sua stessa *domus* sia D. 50.16.195.2 (Ulp. 46 *ad ed.*): *...Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet* rell., sia D. 50.16.196 pr. (Gai. 16 *ad ed. prov.*): *Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur*.

Va inoltre evidenziato che, secondo alcuni studiosi, la parola *domesticus* si riferisce anche a soggetti non legati da vincoli di *adgnatio* con il *pater familias*, ma comunque appartenenti alla sua *domus*, fra cui rientrano, ad esempio, gli schiavi. Così, per tutti, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 580. In argomento v. anche *supra*, nt. 33. Per una sintetica esposizione dei vari significati che, nelle fonti, assumono i termini *domesticus* e *domus* rimandiamo a I. CALVINI, *Lexicon iuridicum*, cit., 890-902. In argomento v. anche A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue latine*⁴, cit., 182 s., s.v. *domus*.

³⁷ L'inciso '*reprobatum est in ea re domesticum testimonium*' viene, quindi, posto a conclusione dei casi di incapacità a essere testimoni dei soggetti appartenenti alla *familia* del testatore. Ciò è rilevato, incidentalmente, anche da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustino*, cit., 299.

riferimento, inoltre, non più al solo *t.p.a.e.l.*, ma ad ogni tipo di testamento³⁸ e ai soggetti legati da vincoli di *adgnatio* con il solo testatore,³⁹ in ragione del fatto che l'atto ha ormai, da lungo tempo, assunto struttura unilaterale.

³⁸ In età giustiniana il *t.p.a.e.l.* era, del resto, ormai da tempo caduto in desuetudine. Cfr. sia I. 2.10.1: *...quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit*, sia PT. 2.10.1: *...καὶ αὐτὸ δὲ τὸ per aes & libram κατεργονήθη κατὰ μικρόν κτλ.* (Reitz: *...atque ipsum per aes & libram paulatim spretum fuit* rel.)

³⁹ Una questione assai interessante, alla quale possiamo solo incidentalmente accennare, concerne il contrasto di informazioni, in merito al problema dell'idoneità a essere *adhibiti* in funzione di testimoni del *pater* del *filius familias* che *ex peculio castrense post missionem faciat testamentum* e di *is qui in potestate patris est*. Gai 2.106 e I. 2.10.9 (nonché PT. 2.10.9) concordano fra loro nel sancire l'incapacità a testimoniare dei soggetti testé citati; D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*) evidenzia, invece, un diverso orientamento giurisprudenziale:

Gai 2.106: *...Sed si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate patris est.*

I. 2.10.9: *...Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate eiusdem patris est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro decimo digestorum scribit posse: et frater ergo poterit.*

I testi sono stati ampiamente analizzati dalla letteratura più antica. Cfr., per tutti, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 346 ss. Molti hanno ritenuto di poter conciliare il contrasto fra le fonti ipotizzando che D. 28.1.20.2 si riferisca all'ipotesi del *filius familias* che faccia testamento durante il servizio militare. Così ID., *op. cit.*, 347 (con bibl., alla nt. 79, citata). Tuttavia, in D. 28.1.20.2 «*Non querit de testamento filii fam. militis, aut in castris agentis, sed quaestionem generaliter atque indistincte proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest*». Così A. VINNII, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, cit., 269.

Si potrebbe, secondo noi, ipotizzare che il dissidio fra i *prudentes* si fondava su differenti ragioni da essi addotte. Marcello – in deroga, fra l'altro, al principio sancito in D. 22.5.9 (il cui testo è riportato *infra*, a p. 303) – avrebbe ammesso l'idoneità dei soggetti in questione sulla base della considerazione, affermata nel corso dell'età classica, che il peculio castrense non fosse una concessione del *pater familias* (come il peculio ordinario), ma spettasse in proprietà al figlio. Rispetto ad esso, di conseguenza, il *pater* del *filius familias*-testatore non sarebbe stato un soggetto interessato all'atto, ossia un *testis in re sua*: il peculio castrense, infatti, non gli apparteneva. Da un'eventuale disposizione dello stesso per testamento il *pater* non avrebbe conseguito alcuna perdita. Il secondo orientamento, sostenuto da Gaio (forse anche dallo stesso Ulpiano) e accolto nel manuale imperiale, si sarebbe invece fondato su altre considerazioni, ossia sul particolare regime del peculio castrense, in relazione al quale, com'è noto, la *patria potestas* manteneva «significato in caso di morte del *filius* senza aver fatto testamento: il *pater familias* avrebbe allora avvocato a sé il peculio castrense, non *iure hereditario* quale erede del figlio ma *iure peculii*, come se si fosse trattato di peculio ordinario». Così, per tutti, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, cit., 242. È evidente come queste ultime argomentazioni portino consequenzial-

3.1. Una volta inquadrato il contesto espositivo di Gai 2.108, ci sia consentito svolgere qualche considerazione in merito al significato di *testis* e a cosa debba intendersi per terzietà dei testimoni; punto che, come vedremo, si rivelerà particolarmente utile ai fini dell'interpretazione del passo da cui muove la nostra indagine.

Siamo convinti che l'estraneità dei testimoni all'atto sia un requisito non interpretabile in termini di imparzialità degli stessi.⁴⁰ È, anzi, ragionevole pensare che i *testes* fossero scelti dalle parti all'interno della cerchia degli amici, considerando, fra l'altro, la notevole importanza che rivestiva a Roma l'*amicitia* come valore giuridico, oltre

mente a negare che il *pater* (*et frater ergo*) possa fungere da *testis* nel testamento del *filius familias post missionem* ed *ex peculio castrense*. È chiaro, infatti, che dallo svolgimento dello stesso potrebbe derivare al *pater* uno svantaggio patrimoniale, ed è in ragione di ciò che questi non può essere considerato 'terzo', estraneo all'atto. Quanto evidenziato ci consente anche di spiegare l'uso da parte di Gaio della particella avversativa *sed* [su cui si interrogano anche M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar* (2. Lieferung), cit., 318-319]. All'inizio del § 106 il giurista aveva trattato dell'inidoneità del *pater* del *familiae emptor* e del *frater eius* a fungere da testimoni nel *t.p.a.e.l.* di cui quello è *pars*. La ragione dell'esclusione – come abbiamo rilevato – si basava sul fatto che, in origine, la c.d. *mancipatio familiae* era un vero e proprio atto d'acquisto, ragion per cui i soggetti in questione avrebbero tratto dal medesimo un evidente vantaggio. Il *sed* avversativo introduce, quindi, un mutamento della causa di esclusione dall'essere *adhibiti* come testimoni del *pater* del testatore e di colui che è sottoposto alla medesima potestà di quest'ultimo, la quale risiede, a differenza del caso esaminato all'inizio del § 106, nello svantaggio che dal compimento dell'atto potrebbe derivare ai soggetti in questione.

Due sono i motivi per cui ci siamo dilungati a esporre questa questione. Quanto rilevato da un lato conferma l'ipotesi che, in origine, le ragioni dell'inidoneità a essere testimoni erano diverse per ciascuna categoria di familiari, dall'altro costituisce, indirettamente, un utile indizio del possibile significato di *testis* (esposto *infra*, al § 3.1). Da ultimo, è interessante notare come nei *Tituli ex corpore Ulpiani* non si faccia alcun cenno al caso di inidoneità testé citato, verosimilmente perché non era opportuno inserire una questione controversa in un prontuario giuridico di *regulae*, a scopo precipuamente pratico, e non didattico come erano, invece, i manuali di *Institutiones*. Sulla differenza fra libri di *Regulae* e *Institutiones*, cfr., per tutti, F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 101, con ulteriore letteratura (v. nt. 3). Per la stessa ragione, a nostro modo di vedere (cfr. *infra*, p. 317), viene omessa nei *Tituli ex corpore Ulpiani* la questione dell'idoneità, o meno, di un soggetto a fungere da *testis* in un testamento in cui lo stesso è istituito erede. A conferma, secondo noi, del fatto che l'affermarsi dell'opposto orientamento, che avversava la facoltà, precedentemente consentita dal diritto, di *adhibere* come testimone il proprio erede, non era verosimilmente condiviso da tutti i *prudentes*.

⁴⁰ Cfr., fra tutti, L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni*, cit., 12.

che sociale.⁴¹ Ed è ovvio che i testimoni – sia quando la loro presenza all’atto era richiesta *ad substantiam*, sia quando venivano chiamati a svolgere una funzione probatoria in ambito processuale⁴² – intervenivano per ‘rafforzare’ la posizione delle parti, secondo, peraltro, il significato originario del termine ‘prova’.⁴³ Alla luce di ciò, siamo quin-

⁴¹ Ciò è attestato esplicitamente per la *mancipatio* da Gai 2.25: *...ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus* rell. Sul passo v., per tutti, B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell’amicitia romana*, in *AUPA* 29 (1962), 94 = *Scritti giuridici*, I (a cura di M. MARRONE, Palermo 1991), 306. In argomento cfr. anche S. PINÉLÈS, *Role des témoins dans la mancipation romaine*, cit., 91. Rientra, dunque, nel «costume dei Romani di prendere per testimoni i loro più fidi amici». Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 337. Quest’ultima argomentazione è, anzi, addotta dalla maggior parte degli studiosi a sostegno dell’idoneità dei legatari a fungere da *testes* nei testamenti (su cui v. *infra*, nt. 95). A ciò va aggiunto che «in parecchie fonti giuridiche di varia età e di vario argomento, di *amici* si discorre per alludere a testimoni di atti». Così B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos*, cit., 306. Si veda, in argomento, anche ID., *L’amicitia» nel diritto privato romano*, in *Jus* 14 (1963), 130-147 = *Scritti giuridici*, I (a cura di M. MARRONE, Palermo 1991), 313-330; L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni*, cit., 9 ss. e, in particolare, la bibliografia e le fonti citate alle ntt. 16, 17 e 23. Sul valore giuridico dell’*amicitia* v., più di recente, S. RANDAZZO, *Mandare, Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell’evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, spec. 22 ss., con altra bibliografia.

⁴² Com’è stato rilevato (L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni*, cit., 10, con altra bibliografia, alla nt. 18, citata), «i primi *cives* non avrebbero percepito con chiarezza la distanza che, almeno ai nostri occhi, separa i testi giudiziali da quelli che si suol definire negoziali o strumentali (...). All’inizio anzi, le funzioni di entrambe queste figure sarebbero state inscindibilmente connaturate e solo successivamente si sarebbe cominciato a considerarle in maniera separata». Ciò è, del resto, abbastanza plausibile se si pensa che anche gli atti giuridici, impiegati in età classica con funzione c.d. negoziale, come la *mancipatio* o l’*in iure cessio*, erano in età arcaica vere e proprie *legis actiones* non contenziose. Così R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 296 nt. 19 (298). Di diverso avviso è, invece, H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 8: «...le témoignage judiciaire et le témoignage instrumentaire sont des institutions profondément différentes, surtout à l’origine». Ammette la distinzione anche la letteratura più antica. Cfr. M. LIPENII, *Bibliotheca realis iuridica*, I, Lipsiae 1757, s.v. *Probatio per testes*, 213, e s.v. *Testis*, 403-406; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 555 ss., con ampia bibliografia. Così anche M. KASER, s.v. *Testimonium*, cit., 1021 ss. Esprime, invece, qualche riserva A. BISCARDI, «*Testes estote*», cit., 403 s. (v. anche nt. 59, con altra letteratura).

⁴³ La partecipazione dei testimoni si concreta, mutuando le parole di Santoro (*Potere ed azione*, cit., 328), «in una *probatio*, espressione di *auctoritas*: intervento che esercita il suo ‘peso’, in funzione adiuvante, rispetto al già operante atto di parte». Cfr., sul punto, ID., *op. cit.*, 325 ss. (e le fonti ivi riportate), 387 ss., 398, 530 s., 589 s. Sul significato etimologico di *probatio* e sull’assonanza con *probus* rimandiamo a A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue latine*³, cit., 537, s.v. *probus*; A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*⁴, II, cit., 366, s.v. *probus*. In argomento v. anche F. ARCARIA, *La prova giudiziaria nel diritto romano* (capitolo secondo), estr. da *Il diritto privato nella giurisprudenza, Le prove*, I, a cura di I. BARBAGALLO, Torino 2007, 43 ss.

di portati a ritenere che i *testes*, quando impiegati in funzione strumentale – lungi dal rivestire un ruolo *super partes*, e quindi neutrale – venivano chiamati (*rogati*) per assistere le parti, in virtù della lealtà che ad esse li legava, perfezionando con la loro presenza non solo la struttura dell'atto,⁴⁴ ma anche il ruolo di ciascuna *pars* all'interno dello stesso, il cui interesse essi andavano a fortificare e accrescere.

La ragione per cui i *domestici testes* delle parti non possano essere considerati testimoni idonei non risiede, quindi, nel difetto in essi del requisito dell'oggettività, ma nel fatto che la loro partecipazione alla struttura dell'atto si concreta in un intervento, per così dire, *in re propria*, vale a dire in un affare rientrante nella sfera del proprio interesse.⁴⁵ Questo rischio non è, invece, implicito nell'essere *testes amici* di una delle parti poiché, in virtù dello stesso vincolo di *amicitia*, è ragionevole pensare che i testimoni avrebbero, in questo caso, svolto il loro ruolo mirando solo ed esclusivamente a rafforzare quanto più possibile l'interesse nell'affare della parte amica.⁴⁶ È interessante in proposito

D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*): *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur.*⁴⁷

⁴⁴ I testimoni erano infatti chiamati ad ascoltare i *verba* che le parti pronunziavano. La loro presenza attiva è, inoltre, confermata dall'ipotesi che essi rispondessero alla richiesta di testimonianza, pronunziata dal testatore nella *nuncupatio testamenti* (cfr. Gai 2.104; Tit. Ulp. 20.9; Isid., *Etym.*, 5.24.12), con *verba* del seguente tenore: '*In hanc rem ita, uti dixisti, testimonium tibi perhibeo*'. Così M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig 1883 (ristampa Aalen 1966), 162 ss., spec. 165, 216.

⁴⁵ Inoltre possiamo verosimilmente supporre che anche le loro eventuali attestazioni future, in sede processuale, si sarebbero potute risolvere in una testimonianza, per così dire, *in causa propria*, ossia in cui il testimone «ha un interesse proprio, cioè può direttamente sperare dei vantaggi o temere dei danni» dall'esito della stessa. Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 569, con letteratura. Cfr. sul punto D. 49.4.1.11 (Ulp. 1 *de appellat.*): *...Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.*

⁴⁶ I *domestici testes* avrebbero, invece, avuto un interesse personale all'atto, coincidente o discordante con quello delle *partes* del *t.p.a.e.l.*

⁴⁷ Per l'ambito processuale, viene in considerazione Cic., *pro S. Rosc. Am.*, 36.103 (A. KLOTZ, Lipsiae 1968, 40): *...si sua res ageretur, testimonium non diceret* rell. Sul punto v. anche CTh. 2.2.1.

Il frammento, inserito dai compilatori nel titolo *De testibus* del ventiduesimo libro del Digesto, proviene, come si evince dall'*inscriptio* stessa, dal primo libro del commentario *ad Sabinum* di Pomponio, ove il giurista tratta della materia testamentaria.⁴⁸

Al frammento è stato spesso dato un significato processuale.⁴⁹ È, invece, abbastanza evidente che, nel luogo citato, il testimone cui si accenna è impiegato in funzione strumentale, e non all'interno di un atto qualsiasi ma, in maniera specifica, di un testamento. Anche se quindi il principio ha trovato, successivamente, largo impiego in ambito processuale, è in riferimento alla materia testamentaria che è stato dai giuristi romani originariamente enucleato.⁵⁰

Si potrebbe quindi ragionevolmente ipotizzare che questa affermazione, secondo cui 'nessuno è ritenuto idoneo testimone in un proprio affare', riassume in un principio unitario i casi di inidoneità a fungere da testimoni, riportati in Gai 2.105-6 (Tit. Ulp. 20.3-5).⁵¹ Tutti i soggetti, ivi elencati, sono infatti *testes in re sua* perché hanno un interesse al compimento dell'affare (*negotium*) dallo svolgimento del quale è certo che agli stessi deriverà un vantaggio o una perdita patrimoniale.

La congettura avanzata trova conferma, quanto meno per *is ... qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris*, in due scolii alla versione dei Basilici corrispondente a

⁴⁸ Cfr. O. LENEL, *Palinnesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889, col. 86, n. 379.

⁴⁹ Così, per tutti, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 569.

⁵⁰ Un cenno alla questione è in F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa*, cit., 259 nt. 61 (260), 323 nt. 192 (325). Ci preme, per inciso, anticipare che anche altri principi contenuti nel Digesto in tema di inidoneità dei testimoni a partecipare a un atto – i quali sembrano, apparentemente, avere portata generale – si riferivano specificamente al *t.p.a.e.l.* Così, ad es., anche D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sab.*) e D. 28.1.20 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*), i cui testi sono riportati *infra*, rispettivamente, alle pp. 303 e 306. È stato, quindi, ipotizzato che la traslazione dei principi in tema di testimonianza strumentale dalle rispettive sedi originarie alla sede processuale sia avvenuta in età postclassica-giustiniana. Così ID., *op. cit.*, 323 nt. 192 (325), con altra letteratura.

⁵¹ Le altre cause di esclusione dalla capacità a essere testimoni riguardano determinate categorie di soggetti, quali i *furiosi*, i *prodigi*, le donne, gli impuberi *et alii* ai quali non si riferisce il principio sancito in D. 22.5.10. Infatti, la ragione della loro inidoneità a fungere da *testes* nel *t.p.a.e.l.* risiede nella mancanza negli stessi della *testamenti factio*. Il principio, in realtà, potrebbe però riferirsi anche alla situazione dell'erede e del legatario. Sul punto v. *infra*, §§ 5 e 5.1.

D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est.*

È degno di nota che anche il frammento in questione, come quello contenuto in D. 22.5.10, riguarda, malgrado la sua apparente formulazione generale, la materia testamentaria, essendo anch'esso tratto dal primo libro del commento, stavolta di Paolo, alla trattazione civilistica di Masurio Sabino.⁵² Alla luce di ciò, quindi, assumono particolare rilievo le attestazioni che leggiamo sia in

Sch. 1 *ad B.* 21.1.8 (Hb., II, 394): υἱὸς πατρί] ...Ὁ ὑπεξούσιος ὄν δηλονότι· δοκεῖ γὰρ ἑαυτῷ μαρτυρεῖν μαρτυρῶν τῷ πατρί κτλ. (Heimbach: *filius patri*] ...*Qui scilicet in potestate est: nam qui patri testis est, sibi ipse testimonium dicere videtur rell.*)

sia, soprattutto, in

Sch. 2 *ad B.* 21.1.8 (Hb., II, 394): ἢ πατὴρ υἱῷ] ...καὶ υἱὸς γὰρ τῷ πατρὶ μαρτυρῶν ὡς ἐν ἰδίῳ μαρτυρεῖ. (Heimbach: *aut pater filio*] ...*Filius enim, qui patri testis est, quasi in re sua testis est.*)

Di conseguenza sussiste, a nostro avviso, una differenziazione non tanto – e, anzi, non solo – fra *partes*⁵³ e *testes* (terzi), quanto più in generale fra soggetti ‘interessati’ e ‘non interessati’ al compimento dell’intero atto (cfr. Gai 2.105: *totum...negotium*), altrimenti non si comprenderebbe la non attitudine degli appartenenti alla *familia* delle parti (*familiae emptor* e testatore), che tecnicamente *partes* non sono, a essere *adhibiti* come testimoni nel *t.p.a.e.l.* di questi ultimi.⁵⁴

⁵² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, col. 1251, n. 1598. Di avviso contrario è Vincenti («*Duo genera sunt testium*», cit., 112 s.) il quale ipotizza che D. 22.5.9, essendo tratto dai *Libri ad Sabinum* di Paolo, lascerebbe intendere che il giurista si riferisse qui al processo civile.

⁵³ È abbastanza ovvio, infatti, che coloro che rivestono tecnicamente il ruolo di *partes* siano soggetti interessati.

⁵⁴ Non condividiamo, alla luce di quanto dimostrato, la ragione addotta dagli studiosi dell’Ottocento e dei primi del Novecento per spiegare l’inidoneità a fungere da testimoni dei soggetti appartenenti alla *familia* delle parti del *t.p.a.e.l.*, ragione che si fonda sull’idea che questi soggetti si trovino con il testatore o con il *familiae emptor* (e, successi-

A riprova di quanto finora sostenuto si aggiunga che non sussiste inidoneità a essere testimoni nel caso in cui il rapporto di parentela, basato sul vincolo di *adgnatio*, si riferisca a persone che non sono *partes* nel *t.p.a.e.l.*, ma, a loro volta, *testes* nello stesso. In questo caso, infatti, i soggetti fra cui intercorre la suddetta relazione familiare sono entrambi privi di un interesse agli effetti dell'atto, ragion per cui appare ingiustificata la sussistenza di una causa di inidoneità negli stessi:

Tit. Ulp. 20.6: *Pater, et qui in potestate ejus est constitutus, duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes utrique, vel alter testis, alter libripens fieri possunt, alio familiam emente, quoniam nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*⁵⁵

vamente, con l'erede) in rapporti tali «da rappresentare con uno di essi giuridicamente una sola persona» durante il tempo in cui i primi si trovino sottoposti alla *potestas* dei secondi. Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 331, 346, con altra letteratura (cfr. nt. 78). V. anche A. VINNII, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, cit., 263, 269 s. *Contra* H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 120 s. che definisce l'ipotesi ricostruttiva in questione «une assertion toute gratuite». Quest'ultima, inoltre, né trova alcun serio riscontro nelle fonti né è in grado di spiegare come mai in D. 28.1.20.2 il *pater familias* potesse essere considerato *testis idoneus* nel testamento del proprio *filius familias post missionem* ed *ex peculio castrense*. Sul punto v. *supra*, nt. 39. Critica l'ipotesi in questione anche B. WINDSCHEID - TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III, cit., 216 nt. 10 il quale propone però, a sua volta, una spiegazione che non ci convince, ossia che la *ratio* del principio '*reprobatur est in ea re domesticum testimonium*' risieda «in der Vorstellung, daß die Zeugen des Mancipationstestamentes, wie der Mancipation überhaupt, Vertreter des Volkes seien, und daß einer Person gegenüber das Volk nicht durch Angehörige ihres Hauses vertreten werden könne».

⁵⁵ Cfr. G. HUGO, *Domitii Ulpiani Fragmenta*, cit., 56 s.; E. BÖCKING, *Ulpiani liber singularis regularum* cit., col. 27. Il testo corrisponde a D. 22.5.17 (Ulp. *lib. sing. reg.*). Sul punto v. anche I. 2.10.8 (e PT. 2.10.8); D. 28.1.22 pr. (Ulp. 39 *ad ed.*); B. 21.1.16 (Hb., II, 398); Sch. 1 *ad B.* 21.1.16; B. 35.1.23 (Hb., III, 543). In argomento cfr., fra tutti, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 349 s. Le fonti in questione confermano ulteriormente che la causa di inidoneità dei soggetti elencati in Gai 2.105-106 non risiede soltanto nella loro qualità di *domestici testes*, ma anche nella sussistenza in essi di un concreto interesse al compimento dell'atto. Il principio non ha, infatti, portata generale ma circoscritta solo ai *testes* appartenenti alla familia delle parti del testamento librato. Non è quindi l'essere *domestici testes* che ne determina in sé l'esclusione (come si potrebbe essere indotti a pensare dalla lettura di I. 2.10.9), ma l'essere *testes in re sua*. Come è stato opportunamente evidenziato (così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 572), «l'espressione *testis in re sua* non si riferisce al rapporto personale del testimone, ma invece al rapporto con la cosa sulla quale deve rendersi testimonianza». Ed è quindi, in ultima istanza, rispetto a quest'ultima che si giustificano le cause di esclusione attestate in Gai 2.105-106.

Incidentalmente va rilevato che in ambito processuale anche il principio '*reprobatur est ...domesticum testimonium*' (come quelli contenuti in alcuni frammenti del Digesto, sui

4. Ritorniamo adesso a Gai 2.108, tenendo a mente quanto abbiamo letto in Gai 2.105-106 (e Tit. Ulp. 20.3-5).

Vale la pena, anzitutto, ribadire come la disciplina sull'inidoneità di alcuni soggetti a fungere da testimoni, riferita in Gai 2.105-106, interessa entrambe le fasi dello svolgimento storico del testamento librare, ossia, per intenderci, sia il *t.p.a.e.l.* di età risalente sia quello di età classica. Il regime, riportato in Gai 2.108, riguarda invece solo ed esclusivamente il testamento librare di età successiva; è, infatti, solo al suo interno che è presente, in senso tecnico, un'*heredis institutio*.

Come già evidenziato, Gaio attesta che anche lo stesso erede avrebbe potuto *iure* rivestire il ruolo di testimone nel *t.p.a.e.l.*, ma che a tale facoltà si dovesse ricorrere il meno possibile. Secondo la maggior parte degli studiosi, la capacità in questione si fonda sulla considerazione dell'erede come beneficiario dell'atto, e non *pars* dello stesso alla stregua del *familiae emptor*.⁵⁶ Il testamento librare di età evoluta, infatti, come già più su rilevato, ha assunto struttura sostanzialmente unilaterale, pur conservando, formalmente, quella bilaterale che gli deriva dal *t.p.a.e.l.* di età risalente. Tale spiegazione appare, però, insufficiente alla luce di quanto abbiamo argomentato al paragrafo precedente. La lettura spassionata di Gai 2.105-106 ha, infatti, messo in luce che la ragione per la quale si esclude che alcuni soggetti possano fungere da testimoni si fonda sul loro coinvolgimento nell'affare che si sta compiendo, rispetto al quale essi non sono 'terzi'. Rilevare che l'erede non è parte dell'atto non chiarisce, pertanto, come mai si ammetta una sua partecipazione allo stesso nel ruolo di testimone.⁵⁷ Del resto, non a caso abbiamo più su evidenziato che i *filii in potestate* del *familiae emptor* e del testatore (e quanti appartengono, più in generale, alle loro rispettive *familiae*), pur non essendo tecnicamente *partes*, non possono essere *adhibiti* in funzione di *testes*.

Se, quindi, partiamo dalla constatazione che sussiste un'incompatibilità fra l'essere testimoni in un atto e l'averne un interesse al compimen-

quali v. *supra*, nt. 50), una volta sganciato dal riferimento al *t.p.a.e.l.*, assume portata generale. V. in argomento CI. 4.20.3 (Valer. et Gallien., a. 255). Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXII*, cit., 579, con indicazione alle ntt. 72, 73 e 74 della letteratura che si è occupata del tema.

⁵⁶ Così, per tutti, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 14.

⁵⁷ Ovvero terzo, nel senso, poc'anzi accennato, di soggetto disinteressato.

to dello stesso, non si comprende come mai l'erede o il legatario, che sono soggetti destinati a trarre un diretto vantaggio (o, viceversa, una perdita),⁵⁸ possano *iure* rivestire il ruolo di testimoni nel testamento librato.

A ciò si aggiunga un ulteriore problema: come mai Gaio esprime, con una certa cautela, delle riserve soltanto in ordine all'opportunità di impiegare come testimone l'erede, e non prende minimamente in considerazione la situazione del legatario, pur essendo quest'ultimo, non diversamente dal primo, direttamente interessato all'atto?

5. È opportuno, anzitutto, rilevare che la raccomandazione espressa da Gaio (*quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus*) non rimase senza seguito e isolata. Un'altra fonte attesta, infatti, il principio in base al quale 'chi viene istituito erede in un testamento, non può essere testimone in quello stesso testamento':

D. 28.1.20 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris.*⁵⁹

Il testo in questione, secondo molti, è interpolato laddove è stabilita l'incapacità dell'erede,⁶⁰ in ragione della divergenza rispetto sia a

⁵⁸ Nel caso, ad esempio, di accettazione da parte dell'erede di una *hereditas damnosa*.

⁵⁹ Cfr., sul punto, anche Sch. 2 *ad B.* 21.1.16 (Hb., II, 398); B. 35.1.21 (Hb., III, 542).

⁶⁰ Così J.J. WISSEBACHII, *Emblemata Tribonianiana*, in *Variorum opuscula ad cultiorem Jurisprudentia adsequendam pertinentia*, IX, Pisis 1771, cap. V, 95 s.; F.H. VERING, *Römisches Erbrecht*, cit., 210 nt. 5; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, cit., 140; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 1021 nt. 1; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle 1906, 12; F. KNIEP, *Gai Institutionum, Commentarius secundus: §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, cit., 137; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato*, cit., 79 nt. 2; B. KÜBLER, s.v. *Testament (juristisch)*, cit., 988; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., 60 nt. 2; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 15; A. WATSON, *The Law of Succession*, cit., 33 nt. 6; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 683 nt. 27; ID., *Das römische Privatrecht*, II, cit., 480 nt. 20; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., 59 nt. 3. Cfr. inoltre gli altri autori citati nell'*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II. *Ad libros Digestorum XXI-XXXV pertinens*, a cura di E. LEVY e E. RABEL, Weimar 1931, 178. Si esprimono in maniera dubitativa F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*,

Gai 2.108, che attesta quale fosse il regime in età classica,⁶¹ sia a I. 2.10.10. Seguendo l'argomentazione di questi studiosi sarebbero stati i compilatori a tradurre per la prima volta in una costituzione il «consiglio pratico», espresso in Gai 2.108, «in precetto giuridico».⁶² Tale costituzione di Giustiniano non ci è, però, pervenuta e ne conosciamo il contenuto, solo indirettamente, da I. 2.10.10.⁶³ Al fine di raccogliere tutte le informazioni desumibili dalle fonti si legga quindi

I. 2.10.10: *Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate eius est neque pater eius qui habet eum in potestate neque fratres qui in eiusdem*

cit., 331 s., 335; H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 123 ss.; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 365 e ivi nt. 299. Ipotizzano, invece, che il principio si riferisca al c.d. testamento pretorio e non al *t.p.a.e.l.* C. VAN BYNKERSHOEK, *Opera omnia, in quibus multa ex Romano veteri*², I, cit., *caput XXIV*, 498 ss.; A. VINNII, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, cit., 270; J. CUJACII, *Ad Tit. qui Test. facere possunt*, in *Opera. Continuatio Partis Tertiae*, VI, cit., 520. La congettura in questione è, però, superata alla luce di quanto leggiamo in Gai 2.108 (testo che gli studiosi in questione non conoscevano, perché non era stato ancora scoperto il manoscritto veronese delle *Institutiones gajane*) ove il suggerimento dei *prudentes* di non impiegare l'erede come testimone è riferito proprio nel luogo in cui si sta trattando del *t.p.a.e.l.*

Ci preme, per inciso, evidenziare che ritenere interpolata la prima parte del passo ci porterebbe a supporre che anche la frase successiva, posta in evidente correlazione con la prima (cfr. *contra habetur*), non sia stata, originariamente, così formulata. Il principio contenuto in quest'ultima è, invece, confermato da altre fonti (cfr. *infra*, nt. 96). Inoltre, da quel che ci risulta, l'unico studioso che, ipotizzando che il testo sia interpolato, propone una lettura alternativa dello stesso è Lenel (cfr. *loc. ult. cit.*), il quale suggerisce la seguente restituzione del testo: «...*qui heres institueretur, in eodem testamento familiae emptorem esse non posse*». Tale ricostruzione si fonda evidentemente sulla constatazione che il riferimento al *familiae emptor* è stato soppresso dai compilatori giustiniani (cfr., sul punto, *VIR*, II, 481 ss., s.v. *emptor*). Non condividiamo, malgrado ciò, la sua restituzione in quanto l'accoglimento della stessa stravolge del tutto il senso del periodo successivo e non trova, da quel che ci risulta, riscontro in altre fonti. Sul problema se il frammento sia o meno interpolato v., comunque, quanto rilevato *infra*, p. 316 s.

⁶¹ Tale argomentazione è addotta, ad esempio, da G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 15. V., tuttavia, in un senso pressoché analogo, quanto sostenuto da F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 332: «...Ulpiano non può aver parlato così, perché ai suoi tempi il testamento *per aes et libram* era ancora il modo ordinario di testare, e in esso l'erede poteva secondo il rigor del diritto fare da testimone».

⁶² Così B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², cit., 60. Cfr., sul punto, anche F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 331.

⁶³ Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 331. In argomento v. quanto espresso da G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 219, e ivi nt. 131, su cui v. *infra*, nt. 89.

patris potestate sunt testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi rell.⁶⁴

Nell'*incipit* vengono elencati, insieme all'*heres scriptus*,⁶⁵ gli stessi soggetti ricordati in Gai 2.108, ai quali però, al contrario che nel manuale gaiano, è negata la capacità di essere *iure adhibiti* come testimoni nel testamento. Viene meno, com'è evidente, il riferimento specifico al *t.p.a.e.l.* che in età giustiniana era del resto ormai da tempo caduto in desuetudine.⁶⁶ Le incapacità dei testimoni elencate in I. 2.10.5 ss. si riferiscono, quindi, alla forma di testamento descritta in I. 2.10.3 con la quale si cominciò *in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi*.⁶⁷

Entrando nel vivo del problema, stupisce non poco la spiegazione, addotta nel manuale imperiale, a giustificazione di tale inidoneità. Viene, infatti, ripresa la medesima motivazione impiegata da Gaio per indicare le ragioni della non attitudine a fungere da testimoni dei soggetti *in potestate* delle parti del *t.p.a.e.l.* di età risalente. In questo caso, però, in luogo del *familiae emptor*, figura invece l'erede:

Gai 2.105: ...*quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem* rell.

⁶⁴ Cfr. PT. 2.10.10: Διατιθέμενός τις ἐνεστήσατό με κληρονόμον· οὐ δύναμαι μαρτυρεῖν τῇ ποιήσει ταύτης τῆς διαθήκης, οὐδὲ ὁ ἐμὸς ὑπεξούσιος, οὐδὲ ὁ ἔχων με ἐν ὑπεξουσιότητι πατήρ, οὐδὲ ὁ ἀδελφός μου ὁ συνυπεξούσιος· ὅλον γὰρ τὸ σήμερον πραττόμενον ἐπὶ διατυπώσει τῆς διαθήκης μεταξύ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ τεστάτωρος πράττεται κτλ. (Reitz: *Testamentum quis faciens heredem me instituit: non possum testari in huius testamenti confectione, neque meus filiusfam. neque pater qui me in potestate habet, neque frater meus in ejusdem potestate. Totum enim negotium, quod hodie in testamenti ordinatione agitur, inter heredem ac testatorem agitur* rell.)

⁶⁵ In Gai 2.106 ci si riferisce al solo *heres*. Tuttavia al § 104, nel descrivere la struttura del *t.p.a.e.l.*, il giurista accenna alla presenza delle *tabulae testamenti* e riporta, altresì, i *verba* della *nuncupatio testamenti* pronunziati dal testatore. Sul punto v. anche Tit. Ulp. 20.9.

⁶⁶ Sul punto v. quanto già rilevato *supra* per I. 2.10.9. Cfr. § 3 e ivi nt. 38.

⁶⁷ Il riferimento è chiaramente al testamento librato riconosciuto dal *ius civile* e a quello introdotto *ex edicto praetoris*. Cfr. I. 2.10.2-3.

I. 2.10.10 : ...*quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi* rell.⁶⁸

La spiegazione è stata ritenuta «palesamente assurda»,⁶⁹ in quanto è ovvio che con l'introduzione nel *t.p.a.e.l.* dell'*heredis institutio* il testamento cominci a configurarsi come un atto non più bilaterale, ma unilaterale. Come si poteva, di conseguenza, affermare che l'erede fosse *pars* dell'atto? Davvero i compilatori delle *Institutiones Iustiniani* furono così superficiali da lasciarsi trarre in inganno dalla lettura di Gai 2.105 e cadere in una simile errata assimilazione?⁷⁰

⁶⁸ Così anche PT. 2.10.10: ...ἄλον γὰρ τὸ σήμερον πραττόμενον ἐπὶ διατυπώσει τῆς διαθήκης μεταξὺ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ τεστάρωρος πράττεται κτλ. (Reitz: ...*Totum enim negotium, quod hodie in testamenti ordinatione agitur, inter heredem ac testatorem agitur* rell.)

⁶⁹ Così G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, cit., 15.

⁷⁰ Il commissario in questione, secondo una recente ipotesi ricostruttiva concernente la ripartizione delle materie fra i compilatori che vennero incaricati di redigere le *Institutiones*, è Teofilo. Cfr., sul punto, G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., *passim*, in particolare 305 ss., per una visione di sintesi 390 ss., cui rimandiamo per la bibliografia fondamentale sul tema. Va, per inciso, rilevato che l'autore, attraverso un'esegesi rigorosa e puntuale, riesce a individuare quali siano state le materie trattate da Doroteo, confrontando le *Institutiones Iustiniani* con la Parafraresi di Teofilo. Cfr. ID., *op. cit.*, 305 ss., 323 ss., 384 ss. Per quanto concerne il ruolo di Triboniano è stato, poi, evidenziato che quest'attività non si limitava, verosimilmente, a una mera attività di coordinamento del lavoro svolto dai due *antecessores*. Così G. FALCONE, *op. cit.*, 230 ss.; M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *SDHI* 68 (2002), 331.

Il fatto che sia stato Teofilo a occuparsi nelle *Institutiones Iustiniani* della materia testamentaria è di particolare rilievo perché ci consente di far affidamento, nei punti in cui i dati del manuale imperiale sono scarni, sulla Parafraresi (diamo, infatti, per presupposto quanto pacificamente affermato in dottrina, ossia «che il Teofilo compilatore di J è lo stesso maestro al quale si deve la Parafraresi» così G. FALCONE, *op. cit.*, 306), nella quale l'*antecessor* riporta esplicazioni e commenti talora più vicini – per quel che abbiamo potuto appurare nello studio del nostro tema – allo stato del diritto classico, rispetto al manuale imperiale. Come si evince, infatti, da molti paragrafi del titolo II, libro X della Parafraresi, il testo delle Istituzioni giustiniane è stato integrato con quanto Teofilo leggeva, verosimilmente, nel manuale gaiano o anche in altri testi dei giuristi classici. Com'è stato, inoltre, rilevato «la spiegazione, assai semplice, dei frequenti punti di contatto fra PT e GI va individuata ...nella circostanza che, fino ad allora, Teofilo aveva tenuto i corsi del primo anno insegnando proprio il manuale gaiano». Così, per tutti, G. FALCONE, *op. cit.*, 311, con ulteriore letteratura. In argomento v. anche ID., *La formazione del testo della Parafraresi di Teofilo*, in *RHD* 68 (2000), *passim*, spec. 431.

A nostro modo di vedere, non c'è alcuna insensatezza nell'affermazione riportata in I. 2.10.10, la quale deve essere interpretata alla luce di quanto viene subito dopo, nello stesso luogo, esposto:

I. 2.10.10: ...*Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat et veteres, qui familiae emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet hi, qui id permittebant, hoc iure minime abuti debere eos suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiae emptoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emptoris optinet, nec aliis personis, quae ei ut dictum est coniunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus.*

Apprendiamo che quel diritto era, un tempo, molto confuso: i giuristi di età classica (*veteres*)⁷¹ rifiutavano come testimone testamentario e il *familiae emptor* e coloro che erano legati a costui attraverso il vincolo della *patria potestas*, permettendo invece all'erede e a quanti si trovassero a quest'ultimo uniti *per potestatem* di presenziare come testimoni nei testamenti, sebbene coloro che consentivano ciò (ossia i *veteres*) consigliavano che quelli (ovvero i testatori) non dovessero affatto abusare di questo diritto. Da ultimo leggiamo che Giustiniano – rettificando quella regola e trasferendo *in legis necessitatem*, ovvero rendendo vincolante l'esortazione dei *veteres* – non concesse, a imitazione della precedente figura del *familiae emptor*, la facoltà di intervenire all'atto, in qualità di testimone, né all'erede, che occupa la figura del-

⁷¹ Com'è stato rilevato in dottrina, il termine '*veteres*' viene per lo più impiegato nelle fonti giustinianee per indicare i giuristi di età classica. Cfr., per tutti, M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto De pecunia constituta*, in questo stesso volume degli annali, § 4 e ivi nt. 47, con ulteriori fonti, insieme a quella da noi analizzata, e altra letteratura. Talvolta ci si riferisce, tuttavia, con la medesima espressione anche ai giuristi dell'età postclassica. Cfr. ID., *op. cit.*, § 4 e ivi nt. 48, con ulteriore bibliografia. In argomento v. anche ID., *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 126 nt. 318. Per quanto concerne I. 2.10.10 è, ad ogni modo, verosimile ipotizzare, alla luce del confronto con Gai 2.108, che con la qualifica di *veteres* si intendano i *iurisperiti* di età classica.

l'antichissimo *familiae emptor*, né a quelle persone che sono, come è stato detto, congiunte a quello (*per potestatem*), e a motivo di ciò non permise che venisse inserita nel suo codice un'antica *constitutio* di tal genere (*eiusmodi veterem constitutionem*).⁷²

Dalla lettura del testo emerge chiaramente come l'erede sia esplicitamente considerato *qui imaginem vetustissimi familiae emptoris optinet*. È, quindi, sulla base di quest'ultima considerazione che si giustifica l'affermazione secondo cui *totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, hodie inter heredem et testatorem agi*. Riprendendo un suggerimento di Donello,⁷³ potremmo congetturare che l'affermazione trovi la sua spiegazione naturale nel fatto che l'intero testamento si fonda, oramai, sull'*heredis institutio*, da cui trae la propria *uis*⁷⁴ e senza la quale non può produrre alcun effetto. «La validità del testamento dunque riposa ora sull'erede come una volta sul *familiae emptor*; l'erede solo è in rapporto immediato col testatore come una volta appunto il *familiae emptor*».⁷⁵

Una prima ragione del divieto di *adhibere* nel proprio testamento quale testimone l'erede deve, quindi, ravvisarsi nell'introduzione del-

⁷² Il Parafraste (cfr. PT. 2.10.10) precisa che si tratta di una ...διάταξις τῶν παλαιότερων βασιλέων τῷ κληρονόμῳ μαρτυρεῖν ἐπέτρεπε κτλ. (Reitz: ...*vetustiorum Principum constitutio heredi testem esse concedebat* rell.; Ferrini: ...*cum retro diuorum principum esset constitutio, quae heredi permitteret testimonium praestare* rell.) Non sappiamo se la *constitutio* in questione risalga a età classica o, piuttosto, postclassica, data l'ambiguità, alla nt. 71 evidenziata, del termine *vetus*, cui corrisponde in greco παλαιός. L'utilizzo da parte di Teofilo del comparativo c.d. assoluto con valore intensivo ci induce, però, a ipotizzare che, con una certa verosimiglianza, anche in questo luogo, ci si riferisca all'età classica. Sul punto v. anche *infra*, nt. 85.

⁷³ Donello sostiene, in realtà, più drasticamente, che *totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia* sia proprio l'*heredis institutio*. Cfr. H. DONELLI, *De iure civili Lib. VI. Cap. VII.*, in *Opera omnia*, II, cit., 57: «*Negotium testamenti dicitur id, cujus causa praecipue instituitur testamentum, et quo testamentum stat. Id negotium est heredis, id est uniuersi juris successoris, institutio*». Sul punto v. anche F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 333.

⁷⁴ Così Gai 2.229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamentum uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*. Il principio è riferito anche da Gai 2.248; Tit. Ulp. 24.15; I. 2.20.34; D. 29.7.10 (Pap. 15 *quaest.*). Cfr., fra tutti, C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, I, in *AUPA* 17 (1937), 142 ss. In argomento v. anche G. VISMARA, *Appunti intorno alla 'heredis institutio'*, in *Scritti di storia giuridica*, 6. *Le successioni ereditarie*, Milano 1988, 39 ss., con ulteriore letteratura.

⁷⁵ Così F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 333.

l'*heredis institutio* come istituto mediante il quale si attribuisce il titolo di successore universale⁷⁶ e, altresì, nella configurazione della stessa come *caput et fundamentum totius testamenti*.

Questo non è, però, l'unico motivo. La spiegazione va ricercata nell'evoluzione storica del *t.p.a.e.l.* Sino a quando, infatti, il testamento librato continua a mantenere la struttura bilaterale che gli deriva dal nascere come impiego della *mancipatio*, i soggetti che, originariamente, avevano un ruolo effettivo all'interno dell'atto lo mantengono anche in età successiva, ossia quando il *t.p.a.e.l.* di età risalente si è ormai ridotto a una mera formalità, che, della precedente fase storica, conserva solo l'esterna struttura bilaterale.⁷⁷ Ciò significa che anche se il

⁷⁶ Albanese parla «piuttosto che di inserzione nello schema della *mancipatio familiae* di una *heredis institutio*, come fa la dottrina corrente, ...di una evoluzione dell'*heredis institutio* originaria fino alla *heredis institutio* classica». Così B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 424 s. È ragionevole, infatti, ipotizzare che a quest'ultima si pervenne solo a compimento del lento processo storico di astrazione delle nozioni di *heres* e di *hereditas*. Così, ID., *op. cit.*, 421 ss. Basti pensare, del resto, che in alcune fonti trova ancora espressione la concezione secondo cui l'erede non è tanto considerato come successore universale del *de cuius*, quanto come *dominus*. Cfr., ad esempio, I. 2.19.7: *...veteres enim heredes pro dominis appellabant*; Fest., *de verb. sign.*, s.v. *heres* (M. 99.18): *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*. V. anche Gai 2.157 (il cui testo è riportato *supra*, al § 3); 3.154 a; D. 28.2.11 (su cui v. *supra*, nt. 29); PS. 4.8.6. Non sappiamo se questa concezione, fondata sulla «suggestione dell'avvicinamento *heres-herus*» [così G. NICOSIA, *Brevis dominus*, in *φιλίλα. Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. D'IPPOLITO, III, Napoli 2007, 1860 nt. 49], sia o meno risalente. Molti autori sono portati a rigettare tale accostamento per due ordini di ragioni: anzitutto perché il termine arcaico per indicare il *dominus* è *erus* (e probabilmente in latino arcaico, prima del mutamento della *s* intervocalica in *esus*) e non *herus* (che si ritiene sia una forma più tarda). Cfr., sul punto, la voce *erus*, in A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue latine*⁴, cit., 292 e A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinische Etymologisches Wörterbuch*⁴, I, Heidelberg 1965, 419. In secondo luogo, va rilevato che la *e* radicale in *hēres* è lunga, quella in *hērus* è viceversa breve. Queste notazioni, tuttavia, non spiegano come mai le fonti (giuridiche e non), a torto o a ragione, ritenessero che vi fosse nel linguaggio arcaico un'analogia di significato tra *dominus* e *heres*. La questione, per la complessità dei problemi che pone, non può essere di certo affrontata in questa sede. Rimandiamo, quindi, sul punto a B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., spec. 397, 424 ss. Per i problemi connessi alla possibile etimologia della parola *v.*, per tutti, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, II, Roma 1928, 443 ntt. 2 e 3. In argomento v. anche, più di recente, l'interessante contributo di G. NICOSIA, *op. cit.*, 1847 ss. e ivi, in particolare, ntt. 2 e 5, con altra letteratura e ulteriori fonti.

⁷⁷ Non si spiegherebbe altrimenti come mai, ancora al tempo in cui Gaio scrive, non potessero essere *adhibiti* come testimoni *is... qui in potestate est... familiae emptoris* (Gai 2.105), né il *pater familias* che esercita la potestà sul *familiae emptor*, né il *frater* di quest'ultimo che si trova *in eadem potestate* (Gai 2.106). Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*⁴, II, cit., 71 secondo cui nel *t.p.a.e.l.* «molte delle incapacità sono il riflesso della strut-

familiae emptor non ha più, dopo l'introduzione dell'*heredis institutio*, alcun concreto interesse al compimento dell'atto, continua tuttavia a non poter essere considerato soggetto estraneo allo stesso, e quindi *testis* nel senso di terzo (disinteressato al compimento del *negotium*).⁷⁸ La sua presenza, seppur mantenuta *propter ueteris iuris imitationem*, maschera, in un certo senso, quella dell'erede.⁷⁹ Si legga infatti

Gai 2.103: *...nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur* rell.

Da questo testo si evince chiaramente come, almeno in un primo tempo, l'introduzione dell'*heredis institutio* non abbia alterato la struttura esteriore del testamento librato, che infatti conserva la sua bilateralità.⁸⁰ Man mano però che l'istituzione d'erede va assurgendo a *caput*

tura esteriore del testamento, in quanto atto librato». V. in argomento anche B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 422 ove l'autore evidenzia che la *mancipatio familiae*, l'*in iure cessio hereditatis* e l'*usucapio pro herede* rivelano in età classica «un forte squilibrio tra quella che è la loro struttura formale e quello che è il loro scopo attuale».

⁷⁸ Sul punto v. quanto rilevato da G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», cit., 217: «I Romani anche nell'età classica dovevano attribuire maggior importanza di quanto noi pensiamo al ruolo del *familiae emptor*, pur con la consapevolezza degli effetti *mortis causa* del negozio». Questi «non doveva essere solitamente una qualsiasi comparsa: egli veniva probabilmente scelto dal testatore con la consapevolezza di farlo partecipare ad un atto di alta importanza e con un ruolo di altrettanta importanza». L'autore argomenta tale ipotesi analizzando due fonti Svet., *Nero*, 4.1 e D. 48.18.1.6 (Ulp. 8 *de off. proc.*) per l'esegesi delle quali rimandiamo a ID., *op. cit.*, 217-219.

⁷⁹ Così P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, cit., 71 s.: «...il *t. per aes et libram* è atto esteriormente bilaterale, che ha come parti il testatore e il *familiae emptor*: la figura dell'erede, sostanzialmente tanto più importante del *familiae emptor*, resta in ombra». V. in argomento E. HENRYSONIS, *Commentatio in Tit. X. Libri secundi Institutionum de Testamentis ordinandis*, cit., 441.

⁸⁰ «La menzione dell'avvenuta *mancipatio familiae* si ritrova in numerosi documenti epigrafici e papirologici, e non come mera clausola di stile, bensì con l'indicazione precisa dei nomi del *familiae emptor*, del *libripens* e dell'*antestatus*». Così G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», cit., 215 e ivi nt. 18, con indicazione di fonti. Essa non era, inoltre, «semplicemente una formalità essenziale se l'*interpretatio* continuava a considerare, *propter ueteris iuris imitationem*, il negozio come posto in essere dal testatore e dal *familiae emptor*» (*op. cit.*, 216). *Mancipatio familiae* e *nuncupatio testamenti* vanno, difatti, a costituire la struttura del testamento librato di età classica, e sono fra loro in corrispondenza biunivoca, poiché è solo con il compimento di entrambe, mediante la pronunzia dei *verba* richiesti, che si consegue l'effetto che il *negotium* intende realizzare: consentire a un sog-

et fundamentum totius testamenti e il *familiae emptor* non viene più percepito come parte dell'atto,⁸¹ emerge il problema relativo alla possibilità di impiegare l'erede come testimone, poiché risulta chiaramente che questi è, a tutti gli effetti, portatore del medesimo concreto interesse al compimento dell'atto che aveva avuto, in precedenza, il *familiae emptor*. Queste ultime considerazioni sono alla base, verosimilmente, dello svilupparsi di un orientamento giurisprudenziale in contrasto con la facoltà di *iure adhibere* come testimoni i propri eredi cui, secondo noi, si allude in Gai 2.108, e di cui si trova traccia anche in I. 2.10.10:

Gai 2.108: ...*Sed tamen, quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.*

I. 2.10.10: ...*licet hi, qui id permittebant, hoc iure minime abuti debere eos suadebant* rell.⁸²

In base al modo in cui l'inciso è nei due passi formulato, ci sembra plausibile supporre che *minime* venga adoperato da Gaio con il significato di 'al minimo', a differenza che nel manuale imperiale, ove verosimilmente ha valore di negazione, e può essere, quindi, reso come 'non, affatto'.⁸³ A sostegno di ciò basti notare che gli *antecessores*

getto di disporre delle proprie sostanze per il tempo dopo la sua morte. Una conferma a ciò si rinviene in Tit. Ulp. 20.9: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti* rell.

⁸¹ È ragionevole ipotizzare che i due aspetti si siano andati trasformando di pari passo. La metamorfosi del *familiae emptor* in un 'terzo' estraneo all'atto, fu poi, com'è noto, accelerata in seguito alla concessione da parte del pretore della *bonorum possessio secundum tabulas*. Cfr. I. 2.10.2: ...*iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria*. Com'è ammesso unanimemente dagli studiosi, «il numero di sette richiesto per i testimoni ricalcava forme proprie del testamento *per aes et libram*, per il quale era prescritto... l'intervento di cinque testimoni, del *libripens* e del *familiae emptor*». Così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 613. Cfr., per tutti, C.G. BRUNS, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts*, cit., 123.

⁸² Cfr. PT. 2.10.10: ...*παρήρουν χρήναι τοὺς διατιθεμένους μὴ ἀποκεχρήσθαι τῇ δεδομένῃ τοιαύτῃ παρῶρησίᾳ* κτλ. (Reitz: ... *admonebant testatores, ne data hac licentia abuterentur* rell.)

⁸³ Si noti, per inciso, che la locuzione in questione viene adoperata nel manuale gaiano in quest'unico luogo. Così anche F. KNIEB, *Gai Institutionum, Commentarius secundus: §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, cit., 6 nt. 3: «Es fragt sich nur: ob diese Anfügung

delle *Institutiones* per formulare la frase in modo da mantenere il senso che la stessa assume in Gai 2.108, impiegano in luogo di *uti*, il verbo *abuti*. La traduzione mette in luce la sostanziale corrispondenza di significato: ‘dobbiamo servirci al minimo di questo diritto’ (Gai 2.108) = ‘esortavano che quelli non dovessero affatto abusare di questo diritto’ (I. 2.10.10).

Confermano, a nostro avviso, la sussistenza sul punto di un dissenso fra i *prudentes*

I. 2.10.10: ...*totum ius tale conturbatum fuerat* rell.

e

PT. 2.10.10: ...Εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ συνεκέχυτο πάλαι τὸ τοιοῦτον νόμιμον, καὶ πολλῆς ἐπεπλήρωτο ταπαχῆς κτλ. (Reitz: ...*Licet enim hoc jus olim maxime confusum, multaque conturbatione plenum fuerit* rell.)

Il disordine e l'incertezza nascevano dal fatto che da una parte si ammetteva la facoltà di *adhibere* come testimoni anche gli eredi, dal-

von Gaius herrührt, oder ob sie spätern Ursprunges. (...) Minime als Ersatz von non ist spätes Latein. (...) In den Institutionen von Gaius findet sich das minime nur an dieser Stelle». L'autore cita, poi, tre passi del Digesto estratti da opere gaiane in cui ricorre l'avverbio *minime* e che, secondo alcuni studiosi, sarebbero interpolati (cfr. *loc. ult. cit.*; v. in argomento anche S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 364 ss. su cui cfr. *supra*, nt. 14). I frammenti sono D. 34.5.7 pr., 40.12.9.2, 46.2.34.1. Pur non potendo entrare nel merito delle questioni che ciascun passo pone, in quanto ciò esula dal tema oggetto della nostra indagine, ci limitiamo a rilevare che in essi *minime* ha, a nostro avviso, valore di negazione (ciò giustificerebbe quindi l'ipotesi che i passi siano interpolati). In Gai 2.108, invece, come si vince dal confronto con I. 2.10.10, l'avverbio non sembra essere adoperato con tale valore. Il fatto che, poi, si tratti di un *hápax legómenon* è ancor più significativo, perché conferma la nostra congettura che nel manuale gaiano l'avverbio venga adoperato con il significato di 'al minimo'. Dello stesso avviso è anche M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar (2. Lieferung)*, cit., 321, con letteratura. A sostegno dell'ipotesi v. anche AE. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, III, curantibus F. CORRADINI e I. PERIN, Patavii 1940, 584, s.v. *parum* (v. *minime vel minimum*), che evidenzia come il significato dell'avverbio non sempre è impiegato nelle fonti con valore di negazione: «*Generatim est idem ac minimum, minus quam ceteri: et non tam ad negandum, quam ad maxime minuendum pertinet*».

l'altra si sconsigliava di servirsene. Questa interpretazione trova conferma in

PT. 2.10.10: ..ἄταξία γὰρ ἐδόκει, τὸ δίδοναι μὲν παρῤῥησίαν, παραινεῖν δὲ ταύτη μὴ κεχρῆσθαι κτλ. (Reitz: ...*confusio enim videbatur, dare quidem licentiam, sed admonere ne quis ea uteretur* rell.)

A ciò si aggiunga che la notizia in base alla quale Giustiniano vietò di inserire nel suo codice 'una costituzione di imperatori alquanto più antichi che concedeva all'erede di essere testimone',⁸⁴ ci induce a ritenere che la questione fosse incerta e dibattuta ancora in età classica avanzata, a tal punto che, malgrado il diffondersi dell'opposto orientamento di parte dei *prudentes*, la legislazione imperiale sembrerebbe confermare il risalente principio riferito in Gai 2.108.⁸⁵

Alla luce di ciò, non è poi così scontato che D. 28.1.20 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*) sia interpolato. Se, infatti, i contrasti giurisprudenziali in merito alla questione erano così accesi tanto da creare lo stato di incertezza e disordine – riferito esplicitamente in I. 2.10.10 e PT. 2.10.10, e di cui è indizio, indirettamente, la contraddittoria modalità di esposizione impiegata in Gai 2.108 – potremmo essere indotti a pensare che nel frammento in questione, tratto – come già evidenziato – dal primo libro del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, il giurista affrontasse, in quel contesto, il problema dell'idoneità di un soggetto istituito erede in un testamento librato a fungere validamente da testimone nello stesso, e alla luce di argomentazioni omesse nel Dige-

⁸⁴ Così PT. 2.10.10, il cui testo è riportato *supra*, alla nt. 72. Cfr. I. 2.10.10 (*eiusmodi vetus constitutio*).

⁸⁵ Di diverso avviso è, invece, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 218 nt. 130 per il quale l'attestazione desta «qualche perplessità: sembra strano infatti che quanto ammesso, ma sconsigliato dai *veteres*..., fosse stato in qualche modo espressamente concesso dalla legislazione imperiale: si potrebbe forse pensare a qualche disposizione particolare presente nella legislazione postclassica». L'autore sembrerebbe, quindi, dare per scontato che con l'aggettivo *παλαιός* si alluda all'età postclassica, piuttosto che classica. Sul punto v., però, i dubbi da noi evidenziati *supra*, alle ntt. 71 e 72. In realtà, se si ipotizza, come riteniamo, che fra i *prudentes* la questione costituisse *ius controversum*, non sarebbe poi così strano che la legislazione imperiale fosse intervenuta per tentare di porre fine al dissidio. Del resto lo stesso intento viene, poi, attuato da Giustiniano.

sto, optasse per la soluzione in base a cui ‘*Qui testamento heres instituitur in eodem testamento testis esse non potest*’.

Un ulteriore utile indizio del fatto che la questione costituisse *ius controversum*, si può ravvisare, poi, nella circostanza che la stessa viene del tutto omessa nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, ove si accenna unicamente all’inidoneità a essere testimoni dei soggetti in potestà del *familiae emptor* e del testatore, e di quanti fossero al primo legati da vincoli di *adgnatio*.⁸⁶

Quale potesse essere stata, infine, la ragione addotta da Ulpiano (in D. 28.1.20 pr.) a sostegno della sua posizione, si può intuire leggendo

PT. 2.10.10: ...οὕτω καὶ ἐπὶ τοῦ κληρονόμου, σώζοντος εἰκόνα τοῦ παλαιοῦ φαμιλιέμπτωρος, οὔτε αὐτῷ μαρτυρεῖν, οὔτε τοῖς συναπτομένοις αὐτῷ καθ’ ὑπεξουσιότητα συνεχώρησε· δοκεῖ γὰρ εἰς οἰκεῖον κέρδος μαρτυρεῖν κτλ. (Reitz: ...*ita & in herede, imaginem veteris familiae emptoris servante, neque ipsi testem esse, neque iis qui per patriam potestatem illi conjuncti sunt, permisit: videtur enim in suum commodum esse testis rell.*)

È singolare la corrispondenza fra l’inciso conclusivo ‘δοκεῖ γὰρ εἰς οἰκεῖον κέρδος μαρτυρεῖν’ e il principio ‘*Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*’, espresso in D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*). Abbiamo già rilevato come il suddetto frammento, data la sede da cui proviene, si riferisca non all’idoneità che deve sussistere in capo a qualsiasi testimone, ma, in maniera specifica, a quello chiamato a intervenire in un *t.p.a.e.l.* Non possiamo affermare con sicurezza che il principio prendesse in considerazione anche la situazione dell’erede. Di certo, comunque, il frammento è stato anch’esso estrapolato da un discorso ben più ampio in cui il giurista verosimilmente si interrogava

⁸⁶ Sul punto v. quanto evidenziato *supra*, alla nt. 39. In argomento v. anche H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire*, cit., 124: «Ulpian, homme de pratique autant que théoricien, n’était pas astreint à suivre une logique juridique rigoureuse et étroite. Il se peut fort bien qu’il ait été déterminé dans sa solution par des considérations d’utilité. Il donnait ainsi, dans son commentaire étendu sur l’oeuvre de Sabinus, une opinion qu’il se gardait d’insérer dans ses *Regule* (...)».

anch'egli, come successivamente farà Ulpiano, sui soggetti che potevano essere *adhibiti* dal testatore nel testamento e sulle ragioni dell'esclusione di alcuni di essi.

È ragionevole, in sostanza, ipotizzare che alcuni giuristi, soprattutto dall'età classica,⁸⁷ abbiano sollevato dei dubbi in merito all'idoneità dell'erede a partecipare in funzione di testimone al testamento, in quanto anch'egli, come il *familiae emptor*, era in maniera evidente *testis in re sua*. Tale orientamento non doveva però essere condiviso, almeno inizialmente, da tutti i *prudentes*, altrimenti non si spiegherebbe lo stato di incertezza e disordine cui alludono le fonti citate. Alla considerazione dell'erede come *testis in re sua* si opponevano, secondo noi, altre ragioni che impedivano che si vietasse esplicitamente ai testatori di *adhibere* come testimoni i loro futuri eredi. Quest'ultime erano verosimilmente ragioni storiche, legate alla percezione, sussistente ancora in età classica, del *t.p.a.e.l.* come atto formalmente bilaterale. Basti pensare, infatti, che – come già rilevato – il *familiae emptor* continuava a essere considerato, seppur *propter ueteris iuris imitationem*, *pars* dell'atto e che i soggetti legati a quest'ultimo da vincoli di *adgnatio* seguivano a essere ritenuti testimoni inidonei.⁸⁸ Queste considerazioni ci consentono di chiarire come mai sia il manuale gaiano, sia quello imperiale riferiscano la questione in modo, in un certo senso, contraddittorio. Inoltre, si può individuare anche un'altra ragione della cautela con cui le fonti in questione alludono alla sussistenza di un dissidio fra i *prudentes*; ragione su cui ci riserviamo di tornare nel paragrafo conclusivo di queste pagine.

Non abbiamo, infine, ragione di dubitare della notizia in base alla quale sarebbe stato Giustiniano, con una costituzione a noi non pervenuta, a vietare esplicitamente che i testatori scegliessero come testi-

⁸⁷ Il fatto che in età tardo repubblicana sia attestato il ricorso alla facoltà di *adhibere* come testimone l'erede (cfr. Cic., *Pro Mil.*, 18.48 il cui testo è *supra*, alla nt. 13, riportato) prova soltanto che tale prassi era ammessa, inizialmente, dal diritto (come attesta anche Gai 2.108) ma non ci consente di comprendere se la stessa fosse, già in quell'età, avversata da alcuni *prudentes*.

⁸⁸ Come sottolinea G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», cit., 216: «tutto dipende dal «*propter ueteris iuris imitationem...creditur*». È la forza d'inerzia della tradizione». Sul legame tra formalismo e tradizione nel pensiero giuridico romano v., per tutti, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹¹, Roma-Bari 2006, 107 ss.

moni i loro futuri eredi, recependo così il *consilium antiquorum*.⁸⁹ Ciò non toglie che quest'ultimo potesse essersi già sostanziato in affermazioni e considerazioni del tipo di quelle accennate in D. 28.1.20 pr. e D. 22.5.10. Giustiniano, a nostro modo di vedere, portò a compimento e rese esplicite le soluzioni di alcuni giuristi, fra cui Ulpiano (forse anche Pomponio), che, sul punto, si erano già fatti portavoce in maniera decisa dell'opportunità di non impiegare nel proprio testamento l'erede come testimone.⁹⁰

Mentre, però, nel Digesto la selezione dei frammenti, operata dai compilatori, non consente più di cogliere il dibattito giurisprudenziale, che, sul punto, come abbiamo argomentato, doveva verosimilmente sussistere, il manuale imperiale e la Parafrasi di Teofilo – nonché Gai 2.108 dal quale siamo partiti – conservano chiare tracce del dissidio e del conseguente stato di disordine e incertezza che da esso derivava.

5.1. Ci sembra opportuno esaminare adesso la posizione del legatario, che abbiamo lasciato in sospeso. Gaio attesta che questi (nonché *is... qui in potestate ...legatarii est, cuiusue... legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est*), allo stesso modo dell'erede, poteva essere *iure adhibitus* come testimone nel testamento librato. Per il primo

⁸⁹ Di diverso avviso G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 219, il quale evidenzia che l'uso del presente *concedimus*, che sembrerebbe far riferimento a un'innovazione introdotta dai compilatori giustiniani, è smentito dall'inciso conclusivo: *ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus*. Secondo l'autore non vi era, quindi, stata alcuna «apposita costituzione imperiale di riforma», in quanto l'abrogazione della *vetus constitutio* era «avvenuta attraverso l'attività dei compilatori che si erano limitati ad escluderla dalla raccolta di *leges*» (così *op. cit.*, 219 nt. 131). A nostro modo di vedere, invece, la frase '*...licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare*' si riferisce al fatto che Giustiniano, com'è detto più su nel testo, intervenne trasferendo *in legis necessitatem, quod ab illis* (ovvero dai *veteres*) *suasum est*. Ciò non ci sembra, inoltre, in contraddizione con l'inciso finale, non a caso introdotto dalla locuzione *ideoque* (a motivo di ciò), che indicherebbe dunque un'ulteriore conseguenza, discendente dall'accoglimento del principio suggerito dai *veteres* e reso vincolante da Giustiniano: l'esclusione, cioè, di una costituzione imperiale precedente, che, riprendendo il risalente regime indicato in Gai 2.108, concedeva al testatore la facoltà di *adhibere* l'erede come testimone nello stesso testamento librato.

⁹⁰ V., in argomento, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XXVIII*, cit., 332, con altra letteratura. Sul punto è stato, inoltre, ipotizzato che già lo stesso Sabino «probabilmente riteneva incapace di testimoniare... l'erede, chi avesse in potestà l'erede o fosse in sua potestà». Così R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., 194.

non riferisce, però, la sussistenza di alcun contrasto fra i *prudentes* in merito alla sua idoneità a fungere da testimone. La letteratura più antica si è posta, in verità, il problema se il principio ‘*Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*’ abbia mai trovato applicazione in età classica per il legatario.⁹¹ Anche questi ha, infatti, un interesse al compimento del testamento, in quanto ricava dallo stesso un vantaggio.⁹² Leggiamo subito in argomento

I. 2.10.11: *Legatariis autem et fideicommissariis,*⁹³ *quia non iuris successores sunt, et aliis personis eis coniunctis testimonium non denegamus, immo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis his, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, huiusmodi licentiam damus.*⁹⁴

La ragione per cui i legatari possono essere *iure adhibiti* come testimoni si fonda, stando alla spiegazione fornita dalle *Institutiones* di Giustiniano, sull'impossibilità di considerare gli stessi, a differenza del-

⁹¹ Il dubbio viene sollevato, in particolare, da Gothofredus e Hotomanus, il cui pensiero è riportato da A. VINNIUS, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, cit., 271, cui rimandiamo per i rilievi mossi dallo stesso autore.

⁹² Così, ad es., E. HENRYSONIS, *Commentatio in Tit. X. Libri secundi Institutionum de Testamentis ordinandis*, cit., 441; H. DONELLI, *De iure civili Lib. VI. Cap. VII.*, in *Opera omnia*, II, cit., 58.

⁹³ Per quanto concerne le ragioni poste alla base della capacità a fungere da testimoni dei fedecommissari rimandiamo, per tutti, a F.C. HARPPRECHTI, *Disputatio XL. De testimonio testamentario fideicommissario*, Stuttgart 1688, in *Dissertationum Academicarum volumina duo quae exhibent opus juxta solemnem pandecta*, vol. I, pars II, cit., 1458-1473. Va evidenziato che alcuni studiosi ritengono che nel passo in questione si faccia riferimento ai fedecommissari a titolo particolare, in quanto solo essi possono essere accostati ai legatari. Così, fra tutti, U. HUBERI, *Praelectionum juris civilis Tomi tres secundum Institutiones et Digesta*, I, cit., 190. Di diverso avviso F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 340 s.

⁹⁴ Cfr. PT. 2.10.11: Ληγαταρίοις δὲ καὶ φιδεῖκομισσαρίοις, ἐπειδὴ οὐκ ἀσωμάτου γίνονται διάδοχοι, καὶ πᾶσι τοῖς συναπτομένοις αὐτοῖς καθ' ὑπεξουσιότητα, ἀκόλυτος ἡ μαρτυρία γενήσεται· ἀλλὰ διάταξις πρὸς τούτοις ἐστὶ γαληνοτάτου ἡμῶν βασιλέως, ἰδικῶς ἐπιτρέπουσα τούτοις, τὸ δύνασθαι ληγάτα καταλαμβάνειν τοῖς μέλλουσι μαρτυρεῖν τῇ διαθήκῃ, καὶ πολλῶν πλέον τοῖς συνηωμένοις αὐτοῖς καθ' ὑπεξουσιότητα. (Reitz: *Legatariis vero ac fideicommissariis, quia juris incorporalis successores non fiunt, atque omnibus qui per patriam illis conjunguntur potestatem, haud prohiberetur testimonium: verum constitutio insuper est Sere-nissimi Principis nostri specialiter his permittentes, ut legata possint relinquere futuris in testamento testibus, multoque magis his qui per patriam illis coadunati sunt potestatem*).

l'erede, come *iuris successores*. La situazione del legatario non può, quindi, essere accostata a quella dell'erede, in quanto da un lato questi non si trova nella posizione che un tempo era occupata dal *familiae emptor* (*imago vetustissimi familiae emptoris*), dall'altro il suo acquisto dipende dall'accettazione dell'*hereditas* da parte del primo.⁹⁵ Né, del resto, è paragonabile a quella di coloro che sono in potestà del testatore o del *familiae emptor* i quali, in ogni caso, allo stesso modo delle parti dell'atto, sono soggetti interessati all'intero *negotium*.

Quanto apprendiamo da I. 2.10.11 non risolve, ad ogni modo, il problema se i *iuris periti* abbiano mai considerato il legatario come *testis in re sua*. In questo caso, infatti, non viene detto che la facoltà a fungere da testimoni, concessa dall'imperatore ai soggetti in questione, si opponesse al diritto preesistente o comunque introducesse una novità normativa rispetto ad esso. Vi è, però, un testo da cui si evince esplicitamente che tale facoltà era pacificamente riconosciuta anche in età classica, ossia il già citato

D. 28.1.20 pr.: ...*Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes vel si in potestate sit testatoris.*⁹⁶

⁹⁵ Così, per tutti, H. DONELLI, *De iure civili Lib. VI. Cap. VII.*, in *Opera omnia*, II, cit., 58: «*Potest autem heres hereditatem non adire. Quod si fit, perspicuum est, nullum commodum aut incommodum ex testimonio redire ad legatarium. Quod si heres adeat: consequetur quidem legatarius commodum legati.*».

Vi sono anche altre ragioni per le quali si ammetteva che il legatario potesse fungere da testimone. Era, ad esempio, prassi diffusa che si lasciasse a quest'ultimo qualcosa *ob amicitiam* e in segno di gratitudine per aver svolto il ruolo di testimone nel testamento. Così F.C. HARPPRECHTI, *Disputatio XLI. De testimonio testamentario legatariis permisso*, Montispelgard 1688, in *Dissertationum Academicarum volumina duo quae exhibent opus juxta solemnem pandecta*, vol. I, pars II, cit., 1475 ss.; A. VINNII, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, cit., 272: «...*Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sane atque inhumanum esset.*». Cfr. sul punto Symm., *Epist. liber X*, 41 (55.62) [O. SEECK², Berolini 1961 (ripr. ed. 1883), 313, ll. 19-21]: *Quis non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? Iam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?*

⁹⁶ Anche a voler ritenere, come molti fanno, il passo appena citato, almeno nella sua prima parte, interpolato, vi sono comunque altre fonti che attestano, indirettamente, tale capacità senza minimamente accennare a un contrasto giurisprudenziale sulla questione. Così, ad esempio, D. 34.5.14 (Marcian. 6 *inst.*); CTh. 4.4.3.3; CI. 6.23.22 (Zeno, a. 480); Plin., *Epist.*, 2.20.10; Symm., *Epist. X*, 41 (55.62), il cui testo è riportato *supra*, alla nt. 95.

Quanto letto ci induce a ritenere credibile la motivazione contenuta in I. 2.10.10. Nella considerazione dei giuristi la situazione del legatario non era, quindi, minimamente assimilabile a quella dell'erede. Non va, però, trascurato che Giustiniano abbia avvertito l'esigenza di sancire l'idoneità a far da testimone del legatario in una costituzione (*quadam nostra constitutione*).⁹⁷ Ciò, a nostro modo di vedere, lascia intendere che per quest'ultimo – e probabilmente anche per gli altri beneficiari del testamento – il dubbio sarebbe potuto nascere proprio in considerazione del fatto che tutti questi soggetti avevano, comunque, un interesse al compimento dell'atto, sebbene meno rilevante rispetto a quello dell'erede.⁹⁸

È opportuno, infine, evidenziare che sussiste anche un'altra ragione per cui il legatario poteva essere *iure adhibitus* come testimone, ragione che, ancora una volta, va ricercata nell'evoluzione storica del testamento librato. Dalla descrizione che Gaio offre del *t.p.a.e.l.* possiamo ragionevolmente supporre che, già prima dell'introduzione in esso dell'*heredis institutio*, sussistesse la possibilità di lasciare singoli cespiti patrimoniali a persone determinate, non qualificabili tecnicamente come legati, ma che, in sostanza, costituivano, secondo noi, gli archetipi degli stessi. Si leggano in argomento

Gai 2.102: ...*Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari uellet* rell.

e

Gai 2.103: ...*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 uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur* rell.

⁹⁷ Anche quest'ultima costituzione, però, non ci è pervenuta. Sulla questione rimandiamo, per tutti, ai rilievi svolti da G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 219 s., 596 s., con altre fonti e ulteriore letteratura.

⁹⁸ Sul punto v., per tutti, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, cit., 336 s.

Nel *t.p.a.e.l.* di età risalente non si pone il problema se il legatario *ante litteram* sia, o meno, interessato al *negotium* perché è con il *familiae emptor* che il testatore compie l'atto. Tale regime si trasmette anche al *t.p.a.e.l.* di età evoluta ove l'erede ha preso il posto del *familiae emptor*, tanto che Gaio stesso scrive che è ormai a suo carico (*a quo*) che *etiam legata relinquuntur*.

Si potrebbe, in conclusione, ipotizzare che sino a quando l'*heredis institutio* continua a essere considerata la disposizione da cui *testamenta uim ...accipiunt*, il problema se il legatario fosse *testis in re sua* venisse risolto in senso negativo. Ma cosa accade nello sviluppo storico successivo, quando, cioè, l'istituzione d'erede perde la posizione di *caput et fundamentum totius testamenti*?

Di certo non sfugge che l'esito ultimo di questo processo evolutivo culmina in quanto leggiamo nell'articolo 597 del Cod. civ.:

Incapacità del notaio, dei testimoni e dell'interprete. – 1. Sono nulle le disposizioni a favore del notaio o di altro ufficiale che ha ricevuto il testamento pubblico, ovvero a favore di alcuno dei testimoni o dell'interprete intervenuti al testamento medesimo.

6. Abbiamo rilevato che sino a quando il *familiae emptor* partecipa al testamento librato con un ruolo puramente formale, il suo intervento all'atto oscura in un certo senso la presenza dell'erede. L'introduzione dell'*heredis institutio* nel *t.p.a.e.l.* sembrerebbe, infatti, non creare almeno in apparenza alcun problema, tanto che l'atto mantiene, esteriormente e formalmente, la sua struttura bilaterale. Come si giustifica, però, tutto ciò? Sul punto, in verità, la Parafrasi di Teofilo offre una risposta che non è stata, da quel che ci risulta, tenuta nella dovuta considerazione e della quale non si sono valutate sino in fondo le possibili implicazioni. Vogliamo riportare questa fonte a conclusione del lavoro svolto, perché potrebbe, a nostro modo di vedere, aprire qualche nuova prospettiva di indagine, rimettendo in discussione alcune questioni, da lungo tempo valutate dalla dottrina maggioritaria come punti fermi. Si legga quindi

PT. 2.10.10: ...Εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ συνεκέχυτο πά-
λαι τὸ τοιοῦτον νόμιμον, καὶ πολλῆς ἐπεπλήρωτο ταπαχῆς,

ἡνίκα ἐκράτειτὸ τοῦ φαμιλιέμπτωρος· (ἐπειδὴ κατὰπρώτην ὄψιν αὐτὸς ἐνομίζετο κληρονόμος εἶναι, οὐκ ἠδύναντο οἱ κατὰ ὑπεξουσιότητα συναπτόμενοι τῷ φαμιλιέμπτωρι μαρτυρεῖν τῇ διαθήκῃ· οἱ δὲ τῷ κληρονόμῳ τῷ ἰδίῳ γραφομένῳ, καθὰ περιείρηται, κατὰ ὑπεξουσιότητα συνηνωμένοι, καὶ αὐτὸς μὲν τοῖ ὁ κληρονόμος ἀκωλύτως ἐμαρτύρει, τῆς ἀκριβείας οὐκ ἐναντιουμένης τῇ μαρτυρίᾳ, διὰ τὸ δοκεῖν ὅλον φέρεσθαι τὸ κέρδος εἰς τὸν φαμιλιέμπτωρα, τὸν δὲ ἰδίῳ γραφόμενον κληρονόμον ἀγνοεῖσθαι.) κτλ. [Reitz: ...*Licet enim hoc jus olim maxime confusum, multaue conturbatione plenum fuerit, quum solemnitas familiae emptoris obtineret: (quoniam prima facie ipse videbatur heres esse, non poterant qui per patriam potestatem familiae emptori conjuncti erant, in testamento esse testes: qui autem heredi seorsim scripto, ut supra dictum est, per patriam potestatem coadunati erant, & ipse quoque heres sine impedimento testis erat, civili rigori huic testimonio non adversante, eo quod totum lucrum in familiae emptorem videbatur conferri, & heres seorsim scriptus ignorabatur)* rell.]

Stando a quanto attesta Teofilo, la ragione per cui la figura dell'erede passa quasi in secondo piano, adombrata dalla presenza del *familiae emptor*, risiede nel fatto che l'*heredis institutio* è disposta all'interno di un testamento scritto, per cui in realtà è solo al momento dell'apertura dello stesso che si viene a scoprire che il testatore ha *adhibitus*, nel ruolo di testimone, il suo futuro erede. Né quest'ultimo né gli altri *testes* né il *familiae emptor* sarebbero potuti venire a conoscenza, al momento dello svolgimento dell'atto, di chi fosse il soggetto nominato nell'*heredis institutio*. In ragione di ciò, il consiglio espresso in Gai 2.108 – *hoc iure minime uti debemus* – e riferito anche in I. 2.10.10 (nonché P.T. 2.10.10), si illumina di una nuova luce: con l'affievolirsi della considerazione del *familiae emptor* come *pars* del *negotium* e con l'enucleazione dell'istituzione d'erede come *caput et fundamentum totius testamenti* si sarebbe potuto sollevare, in sede di apertura del testamento, il problema della validità dello stesso qualora fosse nominato nell'*heredis institutio* lo stesso soggetto che, in funzione di testimone, aveva apposto il sigillo e la propria firma (*adscriptio*) alle *tabulae testamentariae*. Il *consilium antiquorum* era volto, quindi, a salvaguardare la validità della disposizione testamentaria posta al principio e alla base dell'intero atto, ossia dell'*heredis institutio*.

La perentorietà dell'affermazione, riferita in D. 28.1.20 pr., se decidissimo di credere a PT. 2.10.10, sarebbe, quindi, volta a preservare l'interesse dello stesso testatore, salvaguardando il principio di conservazione dell'atto. La ragione – oltre a quelle più su già accennate – per la quale il medesimo orientamento giurisprudenziale, improntato alla tutela del c.d. *favor testamenti*, viene attestato da Gaio con la cautela, cui più volte abbiamo accennato, potrebbe ravvisarsi nell'impiego da parte del giurista di «un approccio ...di stampo cautelare», che emergerebbe non solo dal contenuto ma anche dal «tono delle affermazioni gaiane». ⁹⁹ La contraddittorietà su cui all'inizio della nostra indagine ci siamo interrogati troverebbe, quindi, una sua plausibile spiegazione anche nel particolare stile espositivo adoperato da Gaio, e ripreso nel manuale imperiale, volto a un intendimento pratico «di tipo strumental-cautelare»: ¹⁰⁰ avvertire i testatori che l'esercizio della facoltà, un tempo loro pacificamente riconosciuta, di chiamare come testimoni i propri futuri eredi avrebbe potuto, data la sussistenza di un dissidio fra i *prudentes*, volgersi a loro sfavore e rivelarsi improduttivo, rischiando di invalidare l'intero atto testamentario.

Bisogna, infine, sottolineare che la spiegazione di Teofilo è verosimilmente valida per l'epoca in cui si afferma la *nuncupatio testamenti* (c.d. di rinvio). Non sappiamo, però, fino a che punto la stessa possa valere per l'età risalente. ¹⁰¹ La questione ci indurrebbe, com'è evidente, a interrogarci sull'esistenza, *ab origine*, di una *nuncupatio* oralmente compiuta dal testatore, esistenza che, com'è noto, è ammessa dalla

⁹⁹ Così G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 81, 83.

¹⁰⁰ Così G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., 173 s. Tale intendimento non appartiene precipuamente soltanto al giurista di età antoniniana, ma connota, più in generale, l'attività dei *jurisperiti*, specie repubblicani. Così ID., *op. cit.*, 81 nt. 169.

¹⁰¹ Ipotizzando, però, che la spiegazione addotta da Teofilo non valga anche per l'età risalente creerebbe, a nostro modo di vedere, qualche perplessità immaginare che il testatore potesse istituire solennemente, mediante *nuncupatio* orale, quale erede, un soggetto presente allo stesso atto in funzione di *testis* e al quale il primo si sarebbe, infine, rivolto per invitarlo a rendergli testimonianza di quanto aveva solennemente disposto nel testamento. Come si concilia, infatti, la presenza al compimento dell'atto di chi si trova, sostanzialmente, investito contemporaneamente di due diversi ruoli: quello di *testis* (terzo) e quello di *heres* (soggetto interessato al compimento dell'intero *negotium*, a tal punto da essere qualificato in I. 2.10.10 come *pars*)?

maggior parte degli studiosi.¹⁰² Tuttavia non è questa la sede in cui è opportuno trattare il tema, che richiede un'analisi accurata delle fonti relative all'argomento nonché lo studio della letteratura che si è occupata del problema, ragion per cui ci riserviamo di affrontare la questione in un'autonoma, e quindi più appropriata, sede.

¹⁰² Così, per tutti, M. TALAMANCA, *D. 29,7,20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.): Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, 73-88 cui rimandiamo per la bibliografia fondamentale e le fonti principali sul tema. In argomento v. anche J.M. BLANCH-NOUGUES, *Nuncupare heredem*, in *RIDA* 47 (2000), 123-149, spec. 130 ss., con letteratura.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, giugno 2008