

FELICE MERCOGLIANO*

Cose incorporee, testamento e contratti consensuali.
*Brevi note sul diritto per i cittadini e i 'noncittadini' romani***

SOMMARIO: 1. Premessa sulla presunta attuale (in)comunicabilità tra II e IV libro del cod. civ. 2. Intorno alla struttura istituzionale gaiana. Generalità introduttive. 3. Eredità ed obbligazioni, secondo Gai 2.14, 'cose incorporee'. 4. Sul testamento. 5. Contratti consensuali romani. Cenni. 6. Per concludere.

1. Roberto Calvo, nel suo recente bel volume su testamento e contratto¹, avverte in maniera particolarmente incisiva a proposito delle categorie e dei segmenti macro-concettuali, alquanto separati nell'ambito del tradizionale impianto strutturale del codice civile (il che poi mi condurrà a qualche considerazione concernente il diverso assetto sistematico del diritto romano), che: «una tradizione risalente tende a considerare il secondo Libro del codice civile come un territorio a sé – una sorta di cittadella inespugnabile –, che non può né deve aprire le proprie porte alla disciplina in tema di obbligazioni e contratti. Si tratta di un'idea preconcepita, la quale subisce non solo l'influsso delle posizioni refrattarie alla teoria del negozio giuridico (posizioni che si fanno forti dell'assenza nel codice del 1942 di una parte generale simile a quella regolata ai §§ 104 e ss. del codice civile tedesco), ma altresì il condizionamento esercitato dal retaggio dell'autonomia e autosufficienza dello statuto sulle successioni a causa di morte. A ben guardare, ci troviamo al cospetto di opinioni retrive, le quali finiscono con il separare le successioni dal quarto Libro del nostro codice civile tramite artificiose barriere tanto inutili quanto pericolose, stante la loro capacità d'ingenerare argomentazioni e ragionamenti intrisi di spirito formalistico e influenzati dagli stereotipi tipici del metodo sussuntivo. Questo studio, che si muove su direttrici opposte rispetto ai tratteggiati indirizzi di retroguardia, vuole tra l'altro dimostrare la ricchezza e la fecondità pratico-applicativa dell'elaborazione di canoni ermeneutici sensibili alle interazioni e ai collegamenti logico-sistematici fra testamento (secondo Libro) e contratto (quarto Libro) [...]. Il testamento diventa quindi una sorta di tronco che consente al contratto di ramificare da esso. E quel processo di ramificazione comprova viepiù la ricchezza dei

* Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

**Traccia rielaborata di una relazione al Convegno camerte su "Testamento e Contratto", 19 febbraio 2025.

¹ R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Napoli, Esi, 2024, p. 9-10.

risultati applicativi fluenti dal dialogo fra istituti giuridici diversi. Siffatta diversità mai può tradursi in aprioristica inconciliabilità».

Calvo parte essenzialmente da tale premessa per un'indagine monografica sulla volontà manifestata in materia di successione testamentaria (che, peraltro, ha il merito di illuminare di luce propria l'importante diversità tra le disposizioni *mortis causa* e quelle *post mortem*), ricollegata funzionalmente all'ambito dei contratti. Il risultato ottenuto è una moderna e innovativa figura: il contratto a causa di morte², che riflette con un taglio originale sia la sua metodologia, sia la sua linea interpretativa (ben) seguite e convincentemente dimostrate.

Da parte mia, in questa sede posso soltanto rapsodicamente accennare a qualche radice romana e di tradizione romanistica della dicotomia testamento/contratto, che pure Calvo riesce a rendere concettualmente, per così dire, più 'consustanziale' di quanto nella dottrina moderna si sia indotti a pensare. Vorrei, quindi, riscoprire la grande idea della circolarità tra istituti giuridici del diritto privato romano. Infatti, un'elaborazione continua nella tradizione romanistica otto-novecentesca ha rafforzato una lettura non separatista tra settori civilistici, da pensare pertanto in contatto attraverso concetti-guida, come la volontà negoziale appunto, a fondo esplorati specie nella stagione pandettistica in Germania.

2. Quanto Calvo giustamente pone in risalto nella premessa menzionata, cioè la presunta incomunicabilità concettuale di matrice codicistica fra testamento e contratto, se ho ben compreso, sarebbe conseguenza oggi quasi di un'artificiosa e moderna separatezza dei libri II e IV del codice civile italiano del 1942. Va detto subito, tuttavia, che essa sarebbe stata smentita dalla fluidità tra la successione ereditaria e le obbligazioni, che emerge al momento stesso di rileggere le partizioni e le categorie di massima del diritto sostanziale privato romano³. Riecheggiate queste, infatti, nel codice civile italiano del 1942, che ha tenuto presente l'ordine gaiano e giustiniano, esponendo «in appositi libri la disciplina delle persone (libro I) e delle successioni (libro II), della proprietà (libro III) e delle obbligazioni (libro IV) e della tutela dei diritto (libro VI) ... sola variazione è l'inserzione come V libro della materia del lavoro, giustificata dalla soppressione del Codice di Commercio»⁴.

² Si v. spec. R. CALVO, *Testamento e contratto*, cit., cap. V.

³ Cfr. in materia miratamente A. DELL'ORO, *Partizione gaiana del diritto e sua validità odierna*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, p. 405-412 (ora in ID., *La cattedra e la toga. Scritti romanistici*, Milano, 2015, p. 427-436).

⁴ Così, per l'esattezza, A. DELL'ORO, *Partizione*, cit., p. 407 (ora in ID., *La cattedra*, cit., p. 430-431).

In linea di massima, Gaio a sua volta nelle Istituzioni distingue all'interno dei quattro diversi commentari⁵ le 'personae' (trattate nel commentario I), le 'res' (nei commentari II e III) e le 'actiones' (nel commentario IV)⁶. Per la precisione le res, in posizione espositiva di mezzo tra le persone e le azioni, sono così classificate: Gai 2.1 ss. riguarda le res in senso proprio; Gai 2.97 ss. tratta le successioni, tra vivi e per causa di morte; Gai 3.88 ss. concerne le obbligazioni di tutti i tipi.

Si tratta di un'operazione classificatoria funzionale alla sistematica istituzionale gaiana⁷, coerente con l'efficacia didattica perseguita⁸ da un'opera destinata poi ad una diffusione che ha cambiato la storia della recezione dell'Antico nell'età medievale e moderna, con la sua tipica scrittura da giurista insegnante che sfocia in una trattazione isagogica caratterizzata da propri profili tipici all'interno della letteratura latina⁹.

In dettaglio, il primo commentario gaiano è, tranne i primi sette paragrafi sulle fonti del diritto romano (gli *iura populi Romani*), incentrato in primo luogo sul diritto delle persone. In modo simile, anche nel codice civile italiano vigente si inizia con il libro primo intitolato «Delle persone e della famiglia», per la centralità e l'importanza assolutamente primaria degli uomini (e non delle cose) nella complessiva disciplina giuridica¹⁰. Nella struttura attuale del codice civile segue immediatamente il libro secondo intitolato «Delle successioni», poi il terzo tratta «Della proprietà» e il quarto: «Delle

⁵ Su genesi e ripartizione in commentari, di recente e con competenza, G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio*. I. *Formazione e natura del testo*, Roma-Bristol, 2022, spec. p. 123-142 per un approfondimento efficace dei profili sistematici della ripartizione delle res, in riferimento anche alla bipartizione tra *corporales* ed *incorporales*. Di riferimento generale obbligato in materia resta H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones* unter Mitwirkung von M. DAVID, Leiden, 1981.

⁶ Si v. il celeberrimo stacco introduttivo in Gai 1.8 (= D. 1.5.1= I. 2.2.2): *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*.

⁷ Si v. in argomento, per tutti, W. WOŁODKIEWICZ, *La sistematica istituzionale gaiana. Modello per i giustinianei e per l'esposizione del diritto moderno*, in *Panorami*, 9.2, 1997, p. 35-57; cfr. altresì il saggio embrionale in ID., *Les origines romaines de la systematique du droit civil contemporain*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1978.

⁸ In tal senso, J.F. STAGL, *Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei Digesta*, in *Gaius noster. Nei segni del Veronese. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 8-11 giugno 2012*, Milano, 2019, p. 160-161, con bibl.

⁹ Cfr., nell'ambito di un'analisi capillare dell'opera del giurista insegnante Gaio, come profilo altamente significativa della letteratura giurisprudenziale romana, recentemente D. MANTOVANI, *La letteratura invisibile. I giuristi scrittori di Roma antica*, Roma-Bari, 2024, p. 164-212.

¹⁰ In una frase che compendia come tutto il diritto sia stato stabilito in funzione (e a misura) dell'uomo, diceva emblematicamente il giurista epiclassico Ermogeniano, per spiegare il perché del trattare prima delle persone e poi del resto, in D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris...*, su cui, ora F. FASOLINO, *Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, Milano, 2024, p. 317-322, che è sintomatico abbia voluto egli stesso emblematicamente con tale frase intitolare le onoranze che ha curato per il suo maestro, Antonio Palma: *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, I-II, Torino, 2023.

obbligazioni», come nessuno ignora. Argomenti questi tre che erano tutti ricompresi da Gaio nella categoria delle *res*, come dicevo, con un'inversione tra diritti reali e di successione: ma queste ultime, le successioni, forse per la stretta attinenza di esse alle vicende delle persone e della famiglia, hanno ottenuto modernamente nel codice civile italiano una posizione anticipata nel libro secondo, dietro soltanto al diritto delle persone e di famiglia¹¹.

Le classificazioni istituzionali gaiane di massima hanno retto e si sono propagate nelle strutture dei diritti odierni delineate dalle codificazioni civili mondiali di tradizione romanistica, in particolare per quanto concerne la bipartizione del diritto privato sostanziale tra *personae* e *res*¹². Come fenomeno prodotto dalla storia del diritto, pure di esse non va esaltata però l'infalibilità e, quindi, ben venga un riesame critico puntuale qual è quello oggi quello privatistico di Calvo, che quasi richiama una riflessione analoga ad ampio raggio sulla problematica delle classificazioni di diritto privato, meritoriamente intrapreso di recente da Sandro Corbino a partire, all'inverso, dalle strutture romane¹³.

Insomma, a farsi carico delle distinzioni tra categorie e delle classificazioni di istituti giuridici era il giurista, non era pensabile un codice che assolvesse a tale scopo, prima della fase dell'illuminismo giuridico di stampo settecentesco, al quale si devono meriti e limiti della scelta codicistica oggi di ogni Paese che non ricada nel 'Common Law'. Ma, va detto subito, non è mutata la figura del docente di diritto, che ha la responsabilità di cercare di spiegare, come facciamo noi, come in verità funziona il mondo del diritto, al di là e, talvolta, perfino sopra le codificazioni.

Il riflesso della partizione gaiana del diritto civile sostanziale tra persone e cose ha, insomma, in varia misura connotato sostanzialmente la struttura in cui saranno ordinati i codici civili di tradizione romanistica nel mondo, sino al recente caso cinese¹⁴.

¹¹ Sugli archetipi romanistici e i fondamenti romani del diritto delle persone e di famiglia, tra i tanti cfr. di recente, R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, p. 195-261.

¹² Cfr. ultimamente i contributi contenuti nel volume *Personae e res. Sistema romano e diritti odierni*. Atti del II Seminario Internazionale. Osservatorio su Persona e Famiglia - CSGLA. Roma, 26-27 ottobre 2022, a cura di R. Cardilli, R. Marini, S. Porcelli, Milano, 2025.

¹³ A. CORBINO, *Discipline e classificazioni. Riflessioni sui limiti di corrispondenza delle classificazioni romane e contemporanee degli eventi lesivi di rilevanza privata*, in *Scritti con Raimondo Santoro*, I, Palermo, 2024, p. 227-255.

¹⁴ Come più recente caso esemplare di codice di sintesi tra la millenaria cultura cinese e la tradizione romanistica in un singolare sistema complesso di economia socialista di mercato infatti, cfr., entrato in vigore nel 2021, il *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*. Traduzione di Meiling Huang. Edizione italiana a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi. Introduzione di Diyu Xu, Pisa, 2021. Si v., per tutti, sul diritto romano in Cina fino al nuovo Codice civile, S. SCHIPANI, *Ius civile ad certum modum redigere. La certezza del diritto e la codificazione del diritto in Cina*. Scritti scelti, Napoli, 2023.

3. Nelle 'res', Gaio fa rientrare le 'res incorporales'. Queste rispecchiano, in una cornice classificatoria uniforme e sotto l'aspetto sostanziale coerente, i diritti in sé non materiali: per l'esattezza, l'eredità e le obbligazioni, insieme unite descrittivamente con l'usufrutto quali 'cose incorporee che non si possono toccare'. Quindi, vanno per Gaio differenziate, invece, dalle 'cose corporee che si possono toccare come un fondo, un uomo, etc.'¹⁵ Nelle Istituzioni le *res incorporales*, pertanto, vengono descritte come quelle che esistono soltanto sul piano del diritto¹⁶ e che si distinguono, quanto a categorie romane, rispetto alle *res corporales*. La classificazione anima ovviamente vari e profondi problemi dottrinari, come quello relativo alla visuale dal punto di vista del soggetto o dell'oggetto dell'essenza incorporea¹⁷. Seguo in argomento la proposta interpretativa di un vero specialista pure in materia di sistematica gaiana, qual è Giuseppe Falcone, il quale, a quanto mi sembra, sostiene affidabilmente che in Gai 2.14 si scorga l'ampia percezione soggettiva relativa alla concettualizzazione delle *res incorporales* presentate in riferimento alla situazione soggettiva del creditore titolare di azione¹⁸. In altri termini, mi pare che lo studioso palermitano spieghi la ragione della diversità nella concezione gaiana tra *res corporales* e *res incorporales* dal punto di vista che le individua: quali elementi del patrimonio o no, anzi più precisamente come ne escano o entrino e se risultino entro o fuori di esso. Spiegazione che, oltre a superare il semplicistico profilo tattile evocato

¹⁵ Gai 2.13: *Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*

¹⁶ Gai 2.14 (= D. 1.8.1.1, L. 412 = I. 2.2.2 e cfr. pure il riass. in Ep. Gai 2.1.2-3, e altresì Paul. sent. 3.6.11 e Tit. Ulp. 19.11): *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporales est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporeale est. L'integrazione ad ea quae <in> iure consistunt viene sostenuta con efficaci e persuasive motivazioni ultimamente da G. FALCONE, *Postille di sistematica gaiana delle obligationes*, in *RHDFE*, 2024, 1, p. 1-7 (ora in L. GAROFALO (cur.), *L'obbligazione: struttura e fonti. Convegno internazionale in ricordo di Carlo Augusto Cannata. Padova, 16-18 giugno 2022*, Napoli, 2024, p. 85-92); ma, p. es., contra cfr., per tutti, G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*⁶, Catania, 2013, p. 112-113; altra letteratura sulla questione ancora dibattuta, recentemente in M. VARVARO, *La mancipatio costitutiva di servitù rustiche e la loro configurazione originaria*, in *BIDR*, 118, 2024, p. 46 nt. 4.*

¹⁷ Che in questa sede non posso in dettaglio discutere: per una panoramica cfr., e ivi ulteriore letteratura, tra i tanti, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in *AUPA*, 55, 2012, p. 125-170; A. GUZMÁN-BRITO, *Gaio e la distinzione delle cose in corporali ed incorporali in Gaius noster. Nei segni del Veronese*, cit., p. 269-292; recentemente con altra lett., M. BEGHINI, I. ZAMBOTTO, 'Res corporales' e 'res incorporales', in *TSDP*, 16, 2023, p. 1-45.

¹⁸ Si v. su tale interpretativa G. FALCONE, *Postille di sistematica gaiana*, cit., spec. p. 3-7; ancor più chiaramente: «Gaio implicitamente intendeva quando assumeva le *obligationes* quali *res incorporales*, elementi patrimoniali assunti dal punto di vista del creditore» (*ibid.* 3-4) e, quindi, la suddetta presentazione in tal senso delle *res incorporales* sarebbe stata effettuata da Gaio in vista della sua successiva puntualizzazione delle modalità negoziali necessarie al trasferimento di esse, al pari del modulo descrittivo usato per *res Mancipi / nec Mancipi*. In definitiva, nella sistematica gaiana plausibilmente, le *res* vengono considerate «non staticamente, bensì nella prospettiva della loro circolazione o trasmissione» (*ibid.* p. 3 nt. 8).

dall'espressione *quae tangi possunt*, motiva anche l'inserimento da parte di Gaio degli *iura praediorum*, nel senso delle servitù prediali, in posizione di chiusura nella lista delle *res incorporales*¹⁹.

La partizione tra *res corporales* e *res incorporales* riaffiora anche altrove nella letteratura giurisprudenziale romana²⁰, ma già deve essere stata generata concettualmente dalla speculazione filosofica probabilmente greca, come mostra Cicerone che nei *Topica* distingue e contrappone le cose materiali (*res quae sunt*) rispetto a quelle immateriali (che *intelliguntur*)²¹, vale a dire fra oggetti che siano materialmente esistenti e dunque fisicamente percepibili, ed entità, invece, astratte e quindi configurabili soltanto intellettivamente, come risultato pertanto di un'astrazione concettuale. Da un confronto sul piano definitorio, sembra risultare che, secondo la spiegazione sobria e al solito sul piano isagogico efficace di Gaio²², le *res corporales* siano quelle presenti nel mondo materiale che quindi «si possono toccare» (*quae tangi possunt*), come un fondo, uno schiavo, le vesti, l'oro, l'argento ed altre «cose innumerevoli», le *res incorporales* non abbiano una tale esistenza, dato «che non si possono toccare» (*quae tangi non possunt*), quali ad esempio il diritto dell'erede, dell'usufruttuario e del creditore, in definitiva mere figure giuridiche. Mentre, nei termini propri ciceroniani²³ la distinzione è, invece, fra cose materiali e concetti, in altre parole tra entità corporee del mondo fenomenologico e quelle immateriali. La distinzione d'impronta filosofica peraltro resta pure in altre fonti letterarie²⁴.

Per chiudere appena sul punto, con un valore strategico nella sua esposizione sistematica, nella cornice delle 'res' Gaio inquadrava, dunque, puntualmente le cose incorporee. Quasi come se ciò fosse l'esempio di una categoria che consentisse un fraseggio tra due istituti, attualmente al contrario connotati adesso da una separatezza nozionistica evidente, come ha riscontrato in premessa con notevole acume critico

¹⁹ Su quest'ultima osservazione si v. G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14*, cit., p. 165-169.

²⁰ Oltre Gai 2.12-14 e Gai. 2 inst. D. 1.18.1.1, infatti, si v. altri (non moltissimi, in verità) brani: Gai 2.19, 2.28, Gai. 7 ad ed. prov. D. 41.1.43.1; Tit. Ulp. 19.11; Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr.; Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3 pr.

²¹ Cic. *top.* 5.26-27: ... *Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. 27. esse ea dico quae cerni tangi possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quadam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intelligentia, quam notionem voco ...* Sul brano ciceroniano, che significativamente esemplifica le *res quae tangi possunt* includendovi, accanto a *fundi* ed *aedes*, pure *iura parietum* e *stillicidium*, cfr. F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009, p. 82-91,

²² Gai 2.12-14.

²³ Cic. *top.* 5.26-27.

²⁴ P. es., Sen. *epist.* 6.58.11; Quint. *inst. orat.* 5.10.116; Boeth. *comm. in Cic. top.* (ed. J.-P. Migne PL. 64 [1860] 1092).

Roberto Calvo, da un lato, nell'ambito delle successioni: il testamento; dall'altro, nell'orbita delle obbligazioni: il contratto.

4. Il testamento, in primo luogo, nell'esperienza giuridica romana spicca quale figura giuridica che realizza la successione per causa di morte, così come, quasi simmetricamente, tra le obbligazioni che davano luogo a una successione tra vivi tipicamente predominano quelle contratte consensualmente. Il testamento stesso non viene definito da Gaio nelle sue Istituzioni, fenomeno non raro se si pensa che neppure la definizione dell'obbligazione stessa si ritrovi letteralmente in esse, dato che Gaio principalmente intende esporre la costituzione e la funzionalità di un istituto e non indulge verso questioni definitorie²⁵. Ma i *Tituli ex corpore Ulpiani*, forse l'unica altra opera della letteratura giuridica romana in gran parte pervenutaci non per il tramite della compilazione giustiniana, spiegano espressamente come il testamento sia l'attestazione legale della propria volontà redatta in forma solenne, affinché possa avere validità dopo la morte²⁶. Un'altra definizione efficace resta in Modestino²⁷.

Testamento e contratto non potevano entrare in rotta di collisione nell'esperienza giuridica romana, né cadere in una sorta di inconciliabilità di sistema, perché soprattutto ne erano diversi i destinatari: i soli cittadini per il testamento e invece tutti, compresi i 'noncittadini', per il contratto. Ne era differente, inoltre, la funzione storica, che li aveva formati. Forse vale la pena a questo punto ricordare che il testamento romano sin dai suoi primordi costituì una manifestazione di volontà tesa a incidere sugli equilibri familiari della comunità, sin dalla sua forma antica del testamento librato (*per aes et libram*) caratterizzato dal ruolo essenziale del *familiae emptor*²⁸. Atto da comunicare pertanto, nella sua forma arcaica, ai comizi curiati, ma che in tutta la sua evoluzione storica mantenne i

²⁵ Così, p. es., G. FALCONE., *Postille di sistematica gaiana*, cit., p. 1.

²⁶ Tit. Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, su cui mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli, 1997, p. 69 e nt. 20, con mie considerazioni sulla parte concernente i testamenti nei *Tituli* con proprie caratteristiche e non dipendenti dalle Istituzioni gaiane. Cfr. di recente F. LAMBERTI, *Testamenta e propinquità nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)*, in *QLSD*, 14, 2024, p. 81 nt. 31, con bibl., sulla paternità di Servio Sulpicio della definizione di *testamentum*, da quanto attestato in Gell. 7.12.1-2 sul legame in esso a lui risalente tra *mens* e *contestatio*.

²⁷ Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Cfr. altresì ultimamente la moderna trad. it. in F. TUCCILLO, *Codice Civile con riferimenti alle Institutiones di Gaio e al Corpus Iuris Civilis e traduzione a fronte*, Torino, 2024, p. 140.

²⁸ Quale riferimento obbligato, com'è ben noto, v. la trattazione in materia contenuta nella poderosa monografia di F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011.

caratteri fondamentali di atto personale, formale, unilaterale, a causa di morte, revocabile²⁹, poi giunti fino a noi³⁰.

Atto di importanza cruciale nella vita cittadina romana per ogni *paterfamilias* e dalle origini antichissime, il *testamentum*³¹, a prescindere dalle profonde trasformazioni subite nel corso dei secoli, fondò la distinzione basilare tra la successione a causa di morte (*mortis causa*) a titolo universale (dell'*hereditas*) rispetto agli acquisti a titolo particolare di singole *res* (i *legata*). Distingue inoltre, come ben si sa, in maniera basilare secondo la formante terminologia romana, la successione testamentaria (*ex testamento*) da quella legittima (*ab intestato*).

5. Una storia diversa e nient'affatto in sincronia con quella del testamento, a loro volta, ebbero le obbligazioni consensuali da contratto (*obligationes consensu contractae*). Vengono affiancate nelle Istituzioni di Gaio³² ai contratti reali, verbali e letterali, come obbligazioni nelle quali gli effetti obbligatori si producono in seguito esclusivamente alla manifestazione del consenso, elemento non solo necessario, dunque, come in tutti gli altri contratti, ma anche sufficiente comunque fosse liberamente espresso³³.

Esse furono figure contrattuali probabilmente nate appena verso il III secolo a.C., pertanto libere nelle forme e accessibili agli stranieri, quando Roma era diventata ormai

²⁹ La caratteristica della revocabilità testamentaria dal diritto romano è giunta fino all'odierno diritto cinese, come ha messo in rilievo, da ultima, F. ALBERTI, *Diritto successorio romano e diritto cinese. Cenni comparativi sulla revocabilità testamentaria*, in *Archivio giuridico*, 157.1. 2025, p. 225-248.

³⁰ V., per tutti, la chiara sintesi in materia di delazione testamentaria della G. COPPOLA BISAZZA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*², Milano, 2024, p. 320-338, la quale convincentemente in linea di principio ravvisa nel testamento romano un atto tipicamente di *ius civile* (quindi accessibile soltanto ai *cives romani*).

³¹ Sulla cui configurazione strutturale in Gai 2.102.109 come *mancipatio familiae* in atto *per aes et libram* cfr. l'esegesi esemplare e di rara efficacia della F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum*, cit., spec. p. 27-39 e *passim*. L'abolizione sostanziale dell'obbligo di *mancipatio familiae* e delle formalità prescritte per l'*heredis institutio* si avrà appena sotto Costantino, su cui v. ultimamente C. MASI DORIA, *Latino e greco nei testamenti romani: ricordando un percorso condiviso con Stefania*, in *Tra diritto classico, tardoantico, giustiniano e bizantino. In ricordo di Agatina Stefania Scarcella*, Napoli, 2024, p. 78 con bibl. agg. *ivi*, in nt, 71.

³² Gai 3.89: *aut re ... contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*.

³³ In argomento cfr. recentemente B. CORTESE, *I quattuor genera gaiiani. Funzioni e limiti delle classificazioni delle fonti di obbligazioni: rileggendo Carlo Augusto Cannata*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 17, 2024, p. 1-50; nonché si v. R. CARDILLI, *L'affidamento nel sistema romano: la complessa costruzione di un principio vivente*, in *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo*, Torino, 2025, p. 140-143, sulla genesi delle *obligationes consensu contractae*, attestate da Gai 3.135-162, oggetto di elaborazione giurisprudenziale a partire in realtà da Quinto Mucio Scevola, verosimilmente nel contesto dell'espansione nell'ambito dello *ius gentium* della *fides bona* «come principio fondante i rapporti tra romani e non romani» (p. 140), sulla scia della «vecchia» *sponsio* rientrante nell'esclusivo *ius civile*, a fronte ora, nell'accogliente disciplina pretoria dei contratti consensuali, della necessità «di esplicitare qualcosa che nell'*oportere ex sponsione* tra due *patres Romani* era di per sé incluso», per validare quindi «gli accordi tra uomini di religioni, città, culture, lingue diverse» che risulti fondato «sul principio di lealtà e correttezza» (p. 143).

una potenza commerciale mediterranea. Com'è noto, le *obligationes consensu contractae* diedero vita ai contratti consensuali che percorsero la società romana dell'epoca più florida: compravendita (*emptio venditio*); locazione (*locatio conductio*); società (*societas*) e mandato (*mandatum*)³⁴. Ciò in concomitanza con genesi e affermazione del processo formulare, scaturito dalla giurisdizione del pretore nei casi in cui almeno una delle parti fosse straniera, ma poi esteso pure ai cittadini. Ma la questione della risalenza storica e della derivazione quanto a (sotto)sistemi normativi rimane dibattuta nella dottrina romanistica³⁵.

Il settore dei traffici giuridici, sempre che non si concludessero obbligazioni tramite una classica *sponsio*, era dal canto suo aperto agli stranieri a Roma, non come quello delle successioni per causa di morte³⁶. Resta all'inverso documentata l'incapacità testamentaria assoluta (anche in materia di legati, dunque) attiva e passiva degli stranieri³⁷.

In via generale, si può osservare che gli stranieri venuti a Roma pure nell'epoca del loro afflusso più intenso non fossero totalmente inclusi, né favoriti dal diritto romano. Verso i 'noncittadini' venne agevolata l'utilizzazione di *obligationes consensu contractae*, cosicché gli effetti giuridici che ne scaturivano non restassero ingabbiati nella conformità

³⁴ V., in argomento di contratti consensuali, per tutti, in sintesi, P. LAMBRINI, *Le obbligazioni*, in *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, TORINO, 2012, p. 419-434.

³⁵ Una chiara sintesi dello *status quaestionis* sulle quattro *causae*, che costituiscono le *obligationes consensu contractae*, e le possibili origini direttamente civili, almeno di *mandatum* e *societas*, in A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*⁵, Milano, 2023, p. 619-636, con bibl. per approfondimenti; cfr. altresì per la confutazione dell'opinione tradizionale secondo cui i Romani avrebbero conosciuto i contratti consensuali, e in particolare la compravendita obbligatoria, appena dalla metà del III sec. a.C., per effetto dell'apertura ai commerci internazionali e del dilagare dello *ius gentium*, ID., *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, in *Iura*, 64, 2016, p. 9-100, nonché la giusta considerazione – nell'ambito di un'analisi di rara efficacia, *ivi*, p. 61-85 – che la città 'aperta' già della più antica esperienza romana (come provano il primo trattato tra Roma e Cartagine e il *foedus Cassianum*), non abbia «mai negato protezione giuridica ai commerci con stranieri nel proprio territorio. Il solo fatto della loro intervenuta conclusione ne comportava la protezione giudiziale nei tribunali romani ...» (così, a p. 66); in tema di *mandatum* si v. S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, p. 95-108, che pure critica in maniera persuasiva la tralaticia opinione dottrinarie maggioritaria circa l'origine del *mandatum* nello *ius gentium*, dunque – come tutti gli altri contratti consensuali – appena a partire dal III sec. a.C. e solo nei rapporti tra *cives* e *peregrini*; ribaltando (spec. p. 115-149) l'idea del primato indiscusso del *ius romanum* e analizzando in maniera più originale i nuovi vincoli alla luce della dialettica tra il *civis* e l'alterità normativa, per affermare l'«idea sostanzialmente restrittiva intorno al valore effettivo ed alla potenzialità normativa del *ius gentium*» (p. 139).

³⁶ Sul punto v. già F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, p. 23-31.

³⁷ Cfr. Gai 1.25: *Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet*

peregrinus, nec ipsi testamento facere possunt secundum id quod magis placuit; Gai 2.218: *... tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit ...*

al guscio individualistico dell'esclusivo *ius civile*: ciò si spiega con l'apertura agli stranieri a Roma nel campo dei commerci, almeno dall'età dell'espansione³⁸. Ma l'assetto delle successioni non fu reso loro altrettanto accessibile, dal momento che esso non implicava di per sé un piano relazionale, bensì poteva sottintendere una possibile appropriazione di beni dei *cives* che invece avrebbero dovuto essere trasmessi in linea (patri)familiare. In altri termini, non si volle incorrere in un indebolimento della comunità cittadina, mediante lo svuotamento dei criteri tradizionali di successione nell'appartenenza delle proprietà familiari. Lo *ius civile* non fu modificato, in fondo, neppure per figure giuridiche che restarono costantemente di *ius civile* e, pur se oggetto di adattamenti pretori, non consentirono vantaggi estremi ai non romani, come nel caso dell'usucapione³⁹. Per quest'ultima si fingeva decorso il tempo occorrente, poi anche per gli stranieri, come strumento in origine, a quanto pare, di tutela giurisdizionale a favore dei cittadini romani⁴⁰. In altre parole, è stata individuata così qual è la «tutela apprestata a Roma all'appartenenza di una *res* allo straniero. Ciò riguarda tanto le *res* che lo straniero avesse acquistato, nel proprio paese di origine, secondo il suo diritto, e che avesse portato con sé a Roma, quanto le *res* che, nel caso di un contratto di compravendita, egli potesse aver ricevuto a Roma attraverso un modo di acquisto *iuris gentium*, o se dotato di *commercium*, attraverso la *mancipatio*...»⁴¹.

Per gli scambi la disciplina giuridica non restò monoliticamente ancorata allo *ius civile*, perché una potenza mediterranea qual era Roma non sarebbe stata in grado di proseguire la sua espansione se avesse frazionato in troppi irrigidimenti giuridici attività ed energie di stranieri ed immigrati. Era labile sin dalle origini di Roma il confine di tipo giuridico tra relazioni ostili e prestazioni reciproche di scambio, con i 'noncittadini'⁴² e non costituiva un ostacolo di applicazione della tutela giudiziaria romana alcuna barriera geografica, se si pensa al caso singolare emblematico documentato di recente per gli immigrati romani a Cartagine da fonti epigrafiche confortate da quelle di tradizione manoscritta⁴³. Infatti, rispetto al fenomeno più solitamente considerato, a parti invertite i

³⁸ Sulla problematica in generale dell'espansione e della cittadinanza romana, ultimamente, cfr. M. FIORENTINI, *L'impero universale tra romanizzazione e contaminazioni culturali*, in *Diritto romano e postmodernità. Conversazioni nel XL del primo convegno di Copanello*. Maierato (Vibo Valentia), 20-22 ottobre 2022. Atti del convegno, a cura di I. Piro e P. Marra, Soveria Mannelli, 2024, spec. p. 163-179.

³⁹ Cfr. sul punto ora M. VINCI, *Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio Publiciana*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, nuova serie, 13, 2024, p. 369-378.

⁴⁰ Su questa linea interpretativa, ultimamente, si v. la disamina della E. CALORE, *La fictio usucapionis e l'ex iure Quiritium esse nella formula dell'actio Publiciana: un 'adattamento' per i cives di un rimedio pensato per gli stranieri?*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 45, 2024, p. 133-152.

⁴¹ Come specifica nella sua *Premessa*, E. CALORE, *La fictio usucapionis*, cit., p. 133.

⁴² Come precisa nel suo recente persuasivo studio F. TERRANOVA, *Osservazioni su hostes e hostire nella voce 'Status die' del lessico festino*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 17, 2024, p. 52.

⁴³ V. *La pertica des Carthaginois de la constitution au démembrement (I^{er} siècle av. J.-C. - III^e siècle ap. J.-C.)*, éd. S. Aounallah, Sassari, 2024; già in *Chroniques d'Archeologie Maghrébine*, 1, 2022, p. 228-662.

Romani immigrati a Cartagine, ricostituita in comunità cittadina, dopo essere stata com'è ben noto letteralmente rasa al suolo nel 146 a.C. in seguito alla terza guerra punica, ottengono diritti simili a quelli riconosciuti agli stranieri nell'Urbe. Quindi, si può notare che lo spazio giuridico romano accolga, stavolta al suo interno trasposto in terra magrebina, i Romani e non gli stranieri immigrati. Si tratta di una sorta di significativo ribaltamento del diritto romano, che esprime un rapporto slegato dal perimetro di confini territoriali dello *ius romanum* e dai suoi strati per realizzare a favore di chi immigra una protezione giuridica non improntata da concezioni esclusivista romacentriche nonché una comunità mista, doppia, composta da cittadini e 'noncittadini', immigrati romani coloni integrati dallo *ius Latii* o *Italicum* e indigeni autoctoni, non predestinati dalla residenza a una cittadinanza come diritto localizzato rigidamente⁴⁴.

6. La tutela giudiziaria romana differenziò, dunque, il testamento dai contratti consensuali. Tuttavia, non sorsero separatezze sistematiche e classificatorie che ostacolassero nel diritto romano, come ho detto, un fraseggio tra istituti, che trovavano la loro autonomia concettuale nell'applicazione a soggettività giuridiche diverse, diremmo oggi, e con forme processuali differenti. Autonomie concettuali e spunti di sempre nuove e più adeguate risposte interpretative, comunque fino ai codici hanno permesso alla scienza giuridica di non imbattersi in ostacoli che appunto sarebbero stati creati poi sulla scorta del diritto positivo codicistico.

Ai giuristi continuerà ad essere affidato la scienza del diritto, anche in quella che appare semplice esecuzione, e che invece richiede sempre un'elaborazione concettuale composta pure di collegamenti e fluidità tra regole e istituti, che mai potranno esclusivamente essere rintracciabili nei soli codici⁴⁵. Certo, l'aspirazione ad ottenere codici chiari e che spalancassero la cd. certezza del diritto al cittadino borghese, prima sotto il torchio dei cavilli dei legulei e del *latinorum* di manzoniana memoria, aspirazione che fu una bandiera ideale del miglior illuminismo progressista, non aveva previsto l'effetto del frazionismo adesso imperante tra i settori del diritto civile, né il blocco del dialogo tra istituti giuridici, qual è il caso che Calvo così bene ha posto in evidenza a proposito di testamento e contratto.

Entrambi, testamento e contratto come dicevo, a pensarci veramente bene, in maniera profonda caratterizzati dal predominante elemento essenziale del negozio giuridico costituito dalla volontà. Da quest'ultima traggono la linfa comune, che nessun codice potrà ingabbiare in una sterile incomunicabilità tra di essi. Le esasperazioni

⁴⁴ Cfr. A.IBBA, in *L'Année épigraphique*, 2022, p. 703-707 e 708.

⁴⁵ Esemplare in tal senso, per tutti, cfr. C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 993-1013.

interpretative sono quelle che erano evitate in Roma antica e invece attualmente vi sono, giunti in tempi, in cui non si riesce a tollerare né i nostri vizi, né i nostri rimedi (né incertezza del diritto né formalismo codicistico, dunque), per dirla con Tito Livio: *donec ad haec tempora, quibus nec vitia nostra nec remedia pati possumus, perventum est*⁴⁶.

Camerino, ottobre 2025

⁴⁶ Liv. *praef.* 9.

Abstract

In occasione della discussione in un seminario a Camerino nel febbraio 2025 del volume di R. Calvo, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Napoli, Esi, 2024, il contributo ripercorre succintamente struttura elementare, discipline e connessioni della successione per causa di morte, con particolare riferimento al testamento e alle obbligazioni contratte consensualmente nella sistematica istituzionale gaiana.

This paper moves from the discussion held during a seminar in Camerino in February 2025 on the volume by R. Calvo, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti post mortem*, Naples, Esi, 2024. It outlines briefly elementary structure, disciplines and connections of inheritance, with special reference to testamentary succession and to the obligations contracted consensually in the institutional system of Gaius.

Keywords

Gai Institutiones – Res incorporales – Testamentum – Obligationes consensu contractae