

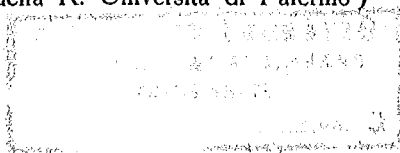
Prof. Dr. JAN VÁŽNÝ

14-F-273
~~14-F-214~~

LA FUNZIONE DELLA 'TESTATIO'

NEL DIRITTO FUNERARIO ROMANO

(Estratto dal vol. VIII degli 'Annali del Seminario giuridico
della R. Università di Palermo')



Arti Grafiche Cav. Uff. G. Castiglia
Palermo (I) 1922 — Via Saladino, 5-7

LA FUNZIONE DELLA "TESTATIO", NEL DIRITTO FUNERARIO ROMANO

Su questo argomento possiamo adesso, oltre vari accenni nella letteratura dommatica, due studi importanti dal punto di vista delle ricerche interpolazionistiche, quello del prof. Pietro de Francisci 'La legittimazione attiva nell'azione funeraria', *Filangieri* 1915, e quello del prof. Taubenschlag 'Miscellen aus dem römischen Grabrecht', *ZSS.* 1917 (1). Debbo confessare, che specialmente il lavoro del de Francisci, molto suggestivo, ha fatto su di me una grande impressione, accresciutasi vedendo i suoi risultati confermati quasi completamente dal Taubenschlag; tutti e due, infatti, sono pervenuti, indipendentemente, alle stesse conclusioni. Hanno sostenuto che il diritto romano classico non conosceva se non la 'testatio pietatis causa' del 'filius familias', cioè la dichiarazione del figlio di aver compiuto i funerali del padre 'pietatis gratia', la quale si usava per avvalersi del 'beneficium abstinendi'. I compilatori avrebbero, secondo gli autori citati,

(1) Cfr. Gradenwitz 'Zeitschrift der Savigny-Stiftung', VII, 77; H. Krüger, 'Z. S. S.', XIX, 10; Kübler, 'Z. S. S.', XXVIII, 417; Fadda, 'Diritto ereditario', II, 337; Riccobono, 'Dal diritto romano classico al diritto moderno', 247, 254, 256; Beseler, 'Beiträge', I, 64, 65; Longo, 'Studi Scialoja'; Biondi, 'Iudicia bonae fidei'. Questi ultimi due studi non ho avuto, purtroppo, a mia disposizione.

aggiunta una nuova funzione, quella di attestare l'intenzione di voler conseguire le spese.

Studiando la funzione della 'negotiorum gestio', cominciai a dubitare dell'interpolazione or ora accennata. Il dubbio divenne molto più grave, dopo di aver letto un passo di Seneca, che mi fece vedere sotto diversa luce il famoso testo di Ulpiano D. 11, 7, 14, 7, chiave del nostro problema. Dopo l'esegesi del frammento ulpiano, lo studio della 'testatio' apparirà facile.

I.

Ulpianus libro vicensimo quinto ad edictum D. 11, 7, 14, 7:

Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit. igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni: potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funeravit? oportebit igitur testari, quem quo animo funeravit, ne postea patiat quaestionem.

Il senso della prima frase è molto semplice: «talvolta, chi ha sborsato le spese pei funerali, non può ripeterle, quando le abbia sborsate 'pietatis gratia', e non con intenzione di ripeterle; e così ha rescritto il nostro imperatore.» Questo non era l'unico caso di esclusione dell'azione — come vedremo fra breve — ma era il caso più pratico e forse perciò fu oggetto del rescritto imperiale. Menzionato questo caso, Ulpiano procede ad un'analisi più minuta dell'elemento subiettivo, l'animus di colui che abbia fatto le spese dei funerali. Il senso del testo è il seguente: Perciò bisogna che il giu-

dice indagherà, quale fu la intenzione di chi abbia fatto le spese, se ebbe intenzione di gerire negozio del defunto o dell'erede (animus negotia aliena gerendi), o se agì per umanità e misericordia o per pietà ed affezione. Questa parafrase del testo Ulpiano non è — si capisce — esatta; il testo è formalmente corrotto e bisogna contentarsi di constatare questo fatto — non resta che una critica congetturale, più o meno arbitraria⁽¹⁾. Ciò nondimeno, non possiamo aver dubbi sul vero significato del testo. Ulpiano si occupa di un elemento subiettivo, l'animus di colui, che abbia fatto le spese, e distingue tre casi: a) l'intenzione di gerire il negozio del defunto o dell'erede (possiamo dire brevemente 'animus negotia aliena gerendi'); b) l'intenzione di agire per umanità e misericordia; c) l'intenzione di agire per pietà ed affezione.

Questi tre casi sono nettamente distinti. La peculiarità del primo caso è evidentissima. Ma dove è il criterio della distinzione degli altri due casi? Anche questi sono nettamente delimitati. 'Pietas' era, come ha rilevato molto bene il de Francisci, «null'altro, che un 'officium' al quale si è tenuti verso una determinata cerchia di persone, alle quali si è legati da un vincolo speciale, di sangue o di affetto,» Meno preciso, ma simile, si può anzi dire un sinonimo, era il termine 'affectio': p. es. 'affectio paterna, naturalis affectus patris, affectio maritalis, affectio amicalis etc.'⁽²⁾.

'Humanitas' e 'misericordia' sono invece termini totalmente diversi, antitetici. Hanno significato di benevolenza verso gli altri, ai quali non siamo legati da vincoli di sangue e affetto. Questo si può dedurre p. es. dalla definizione di Seneca, il quale nelle Epistole (88, 26) si esprime così: 'humanitas..... nullum alienum malum putat,

(1) Heraldus sostituisce 'hereditatis' a 'humanitatis'. Meno arbitraria e più soddisfacente è l'emendazione di Salmasius 'utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, an ipsius humanitatis, vel misericordiae vel pietati vel affectioni tribuens'. Cfr. Glück, XI, 437.

(2) Cfr. Seckel 'Heumann Handlexikon', 24; Vocabularium iurisprudentia romanae, I, 202.

bonum autem suum id maxime, quod *alicui* bono futurum est, amat'. Tutti e due i termini 'humanitas' e misericordia, si trovano spesso in questo senso insieme, p. es. presso i giuristi D. 11, 7, 14, 7; D. 11, 3, 5 pr., presso gli altri scrittori p. es. Seneca Ben. III 'non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit', Ben. VI, 29 'naturam ad se pronam ad humanitatem, ad misericordiam, ad clementiam irritet et provocet turba gratorum'. Cicerone p. es. 'humanitate et misericordia se moveri'. La divergenza concettuale fra i termini 'pietas' (affectio) e 'humanitas' (misericordia) è dunque palese. Se sono state fatte le spese per qualcuno 'pietatis causa', non si possono richiedere, perchè si reputano fatte per solvere il debito morale fra queste due persone, come risulta p. es. dalla l. 32, 2 D. 12, 6. Diversamente se si è fatta qualche beneficenza per umanità; in tal caso non c'è più la soluzione di un debito che impediva di richiedere il danaro speso; la ragione è del tutto diversa: e cioè l'intenzione di fare la beneficenza ad un estraneo, ad una persona indifferente, forse ignota al benefattore. L'intenzione di far la beneficenza — non di contrarre il negozio — e la mancanza di un rapporto di sangue o di affetto, ecco gli elementi, subbiiettivo e obbiiettivo, dei casi di umanità e di misericordia. Non c'è dunque da stupire, se Ulpiano si occupa di tutti e tre i casi, che chiameremo per brevità *gestione*, pietà, umanità; perchè la pietà, specialmente se si concepisce nel suo vero significato, mostrato dal de Francisci, è un concetto troppo angusto, per esser l'unica, o almeno la precipua causa dell'esclusione dell'azione funeraria.

Prima di passare più oltre bisogna confrontare il brano Ulpiano con un altro testo, non giuridico sì, ma interessante anche per il giurista, perchè di un autore, il quale ebbe una profonda conoscenza dei principali problemi giuridici e istituì nella sua opera 'De beneficiis' un bellissimo parallelo fra il regime giuridico e morale, fra 'res credita' e 'beneficium'. Il testo di Seneca, di cui si tratta, è il seguente:

V. 20: Patrem alicuius in solitudine exanimem inveni, corpus

eius sepelivi: nec ipsi profui: Quid enim illius intererat, quo modo dilaberetur? nec filio: quid enim commodi per hoc accessit illi? Dicam, quid consecutus sit: officio solemnem et necessario per me functus est. Praestiti patri eius quod ipse praestare voluisset nec non debuisset. Hoc tamen ita beneficium est, si non misericordiae vel humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem: sed si corpus agnovi, si filio tunc hoc praestare me cogitavi. At si terram ignoto mortuo inieci, nullum habeo huius officii debitorem, in publicum humanus.

Seneca si occupa della questione, se la sepoltura di un'estraneo sia o non 'beneficium'. Naturalmente si può trattare di un eventuale beneficio solamente verso colui, che è interessato moralmente e giuridicamente a questo atto, in prima linea verso il figlio del defunto. E decide: Se è stata fatta la sepoltura in luogo del figlio, che vi è obbligato, e con intenzione di fargliene la beneficenza, si può parlare di un beneficio verso il figlio, se invece colui che abbia sepolto, non ha conosciuta l'identità del defunto e perciò non poteva aver intenzione di far la beneficenza verso qualcheduno, allora non si può parlare di un beneficio, perchè non ha dato niente a nessuno, ma ha fatto un regalo all'umanità e misericordia (stilizzazione molto vicina a quella conosciuta da Ulpiano 'negotium humanitatis gerit'). Dunque per noi non è decisivo il concetto filosofico del 'beneficium', ma sono interessanti le conseguenze giuridiche, che si possono trarre dal testo citato. I due casi ulpiani dell'esclusione dell'azione funeraria, 'pietas' e 'humanitas', sono posti in modo veramente plastico. Il caso della 'pietas' vi è incluso indirettamente, però in forma molto intelligibile 'quod ipse (patri) praestare voluisset nec non debuisset'. Si tratta di un debito del figlio verso il padre (la sepoltura); non c'è dunque che soluzione di questo debito. Il caso tipico della umanità è espresso molto bene nelle parole 'misericordiae vel humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem...', si terram ignoto mortuo inieci... in publicum humanus'. Non si può esprimere più plasticamente l'elemento obbiiettivo della umanità: una tale indifferenza della per-

sona defunta, che non si può parlare di beneficio nè verso questo, nè verso i suoi figli o eredi, cosicchè il benefattore dona alla umanità stessa ('*humanitati dedit, negotium ipsius humanitatis gerit*'), è benefattore verso tutti gli uomini ('*in publicum humanus*'). E quale è la ragione dell'umanità? La formulazione di Seneca è: '*membra sumus corporis magni. natura nos cognatos edidit*' (Ep. 95). Questa formulazione pienamente corrisponde al concetto dell'umanità e giustifica la distinzione concettuale dell'umanità dalla pietà. Ritorniamo al testo di Ulpiano. Non c'è da negare a Ulpiano la minuta, ma pienamente giustificata analisi dell'animo di colui, '*qui sumptum in funus fecit*'. Abbiamo visto, con quale nettezza distingueva i vari casi dell'animo un autore non giuridico, Seneca, il quale ci dice chiaramente, *che sono specialmente i giuristi, che danno tanto peso alla ricerca dell'animo* (cfr. *De beneficiis* V, 19, '*sed ut, dialogorum intercalatione seposita tamquam iurisconsultus respondeam: mens spectanda est dantis*').

'*Potest tamen distingui et misericordiae modus*'. Questa frase e tutto il contesto seguente del § 7 l. cit. è ritenuto interpolato quasi unanimemente (Kübler, Krüger, Riccobono, de Francisci, Taubenschlag, Beseler, etc.). Credo non sia necessario di ripetere gli argomenti in sostegno dell'interpolazione, rilevati dai singoli autori, specialmente quelli addotti dal de Francisci e dal Taubenschlag, perchè sono ben conosciuti. Anche io naturalmente sono d'accordo con questi scrittori, ma sino ad un certo punto. Credo che il testo interpolato incominci precisamente colle parole '*potest tamen distingui*' e finisca colla interrogazione '*Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?*', sicchè il contesto precedente, '*igitur aestimandum.... affectioni*' e la frase finale '*oportebit igitur testari....*' sarebbero brani classici. Per quel che riguarda il contesto precedente '*igitur aestimandum erit...*', spero di aver mostrato con qualche verosimiglianza il sapore classico del suo contenuto. Ma possiamo corroborare i risultati ottenuti con argomenti formali. Si tratta — in altre parole — di dimostrare che l'interpolazione comincia pro-

prio colle parole '*potest tamen distingui*', non prima. E questo è molto facile. La frase '*potest tamen distingui et misericordiae modus*', le parole '*tamen*' e '*et*', non sono prove sufficienti che l'interpolazione comincia proprio qui? La parola '*tamen*' è un segno di opposizione; un giureconsulto bizantino, dopo aver riprodotto il frammento di Ulpiano, vuole modificarlo, completarlo, e perciò dice '*tamen*'. Le parole '*distingui et*' indicano il proposito di analizzare più completamente i singoli elementi dell'animo, menzionati sopra, proprio nella maniera bizantina. Vedremo fra breve, che il brano '*potest tamen distingui*' differisce sostanzialmente dal precedente '*igitur aestimandum erit*'. Ma se è così, non è possibile attribuire entrambi gli squarci ai compilatori, perchè due passi, di cui uno deve essere completato e modificato dall'altro, non possono derivare dalla stessa mano. Dove è dunque la differenza fra l' '*igitur aestimandum...*' e il '*potest tamen distingui...*'. Dalle parole '*misericae modus*' potrebbe desumersi che si tratti dell'analisi del concetto di misericordia. Ma come segue dal testo ulteriore, la misericordia è usata qui in un significato molto vago e generale, nel quale è contenuta non solamente l'umanità, ma anche la pietà ed affezione ('*in hoc misericors et pius*' non è che un'altra variazione delle parole '*misericae modus*'). Le parole '*humanitas, misericordia, pietas, affectio*' sono adesso divenute quasi sinonimi. Dunque mentre Ulpiano distingueva tre casi dell' '*animus*' di colui, '*qui sumptum in funus fecit*', che chiamiamo per brevità gestione, umanità, pietà, i compilatori hanno tendenza di fare altre distinzioni, cioè, gestione, *mera pietà* (mera misericordia, '*humanitas, affectio*') e pietà, (e simili) *mista con la gestione*. La innovazione dei bizantini consiste in ciò, che la '*pietas, humanitas*' e simili non escludono più per sè la legittimazione attiva all'azione funeraria, non escludono assolutamente l'animo di contrarre, bensì si possono accompagnare coll' '*animus contrahendi*'. La ragione della innovazione è contenuta nella interrogazione retorica: '*quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?*'. Sicchè la pietà (e simili sentimenti) è sempre contenuta tacitamente nell'atto della sepoltura e la

disarmonia col principio del testato ('sed interdum is.....') non può esser più evidente. Ma un paragone col diritto bizantino ci mostrerà ancor più apertamente la vera portata dell' interpolazione. Come è noto, la 'pietas' (e simili) esclude — nel diritto classico assolutamente — non solo l'azione funeraria, ma anche la generale 'actio negotiorum gestorum'. Dunque quella innovazione bizantina che abbiamo osservata nel campo dell'azione funeraria — analisi della 'pietas': mera 'pietas' e 'pietas' mista coll'animo di contrarre — si estende all'azione 'negotiorum gestorum'. Naturalmente non è facile di trovare le singole prove di questa nuova tendenza bizantina nel 'Corpus iuris' perchè le interpolazioni sono equivoche e in molti casi non è possibile che rilevare una certa tendenza dei bizantini appena realizzata. Ma ci sono delle prove nel diritto bizantino.

Molto caratteristico in proposito è un testo di Taleleo: *πᾶς γὰρ ἄνθρωπος φίλῃ καὶ διαθέσει κρατούμενος ἀνέχεται διακῆσαι ἀλλότριά πράγματα*. (Nemo enim nisi amicitia et affectu motus aliena negotia gerere suscipit). Questo testo (Heimbach, Supplem., 154 ad. l. 1 C. II, 18-19) è molto impressionante, perchè non è che una nuova applicazione e quasi ripetizione della nota frase compilatoria 'quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?'. Il testo di Ulpiano finisce colle parole 'oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem'. Sono anche queste parole interpolate? L'idea contenuta in queste parole è anch'essa d'origine bizantina? E così entriamo nella seconda parte della nostra trattazione.

II.

Dal punto di vista formale non ci sono gravi argomenti per ritenere l'interpolazione delle parole 'oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem'. Al contrario possiamo dire, che queste parole stanno in armonia col testo precedente di Ulpiano. Com'è noto, Ulpiano s'occupava dell'analisi dell'animo di

colui, 'qui sumptum in funus fecit'. Se dunque il giudice doveva indagare quale fu l'animo dell'attore, allora niente era così naturale come l'esistenza di una 'c. d. testatio', mediante la quale l'attore si assicurava la prova del suo animo di contrarre, di 'recipere' le spese. Tale testazione poteva essere un istituto molto pratico. Ammettiamo, che un figlio abbia fatte le spese per i funerali del padre. Dall'atto stesso nella sua obiettiva esistenza (rapporto fra padre e figlio) poteva desumersi la conclusione che le spese sono state fatte 'pietatis causa', e che il figlio abbia soluto il suo naturale debito della pietà verso il padre. Ma era tale realmente intenzione del figlio? Si capisce, che non era impossibile un'altra ipotesi, e cioè l'intenzione di richiedere le spese da colui, che vi era obbligato (cfr. l. 12 § 4 D. eod.) (1). Ma allora il figlio doveva tener conto della possibilità, che la persona obbligata, il convenuto, opponesse nel processo che le spese erano state fatte 'pietatis causa', costringendolo ad escludere queste obiezioni mediante la prova del suo animo di richiedere le spese. Ma la prova di un tale 'factum internum' è difficile, e perciò era in uso la 'c. d. testatio', cioè la dichiarazione fatta davanti ai testimoni, della intenzione di richiedere le spese.

Nella dottrina si afferma che la testazione in questa funzione non è d'origine classica, bensì *postclassica o giustiniana*, ed in armonia alle nuove idee bizantine, secondo le quali la 'pietas' si considerava come presupposto necessario dei funerali ed era decisivo, se col sentimento di pietà andava o no congiunta l'intenzione di richiedere le spese. Non lo credo. Perchè, come abbiamo visto, la nostra testazione aveva un valore molto pratico anche nel diritto romano classico. E perciò sono d'avviso, che le parole, riguardanti la nostra testazione 'oportebit igitur testari' appartengono ad Ulpiano, e che queste parole sono il punto di partenza per lo studio della testazione e della sua funzione nel diritto funerario romano. Possiamo

(1) Ai problemi della legittimazione passiva nell'azione funeraria è dedicato un interessantissimo studio del de Francisci, Roma, Athenaeum, 1920.

duuque formulare la nostra tesi. La testazione era una dichiarazione mediante la quale un tale che avesse eseguito i funerali *si assicurava la prova della sua intenzione di richiedere le spese* dalla persona obbligata. Questa testazione aveva una grande importanza pratica nell'ipotesi, che il figlio o un altro parente si riserva il diritto di richiedere le spese *escludendo la eventuale obiezione della pietà*.

Adesso vediamo, se vi siano alcuni argomenti in favore della nostra tesi. La prima conferma di essa troviamo nella l. 14 § 13 D. eod. 'quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? huic contra dici potest: 'ergo pietatis gratia funerasti?' 'sed pone me testatum...' Il testo citato sarebbe splendida conferma della tesi, se non fosse parte integrante del contesto, la cui interpolazione è certa (Ricobono, Longo, de Francisci, Taubenschlag, Beseler). Nondimeno sono persuaso, che le parole citate sono genuine, che oggetto della manipolazione compilatoria è stato il testo precedente — dove le parole 'ex causa competere tibi funerariam' hanno sostituito le genuine 'funerariam (o hanc actionem) dari' — e il contesto seguente, — dove specialmente la frase 'et generaliter puto...' è d'attribuire ai bizantini. Ma per quel che riguarda il brano citato 'quid enim testatum' non so perchè ritenere l'interpolazione. Queste parole sono continuazione e naturale conseguenza dell'idea precedente 'hanc actionem dari'. Quel 'pone me testatum' non deve interpretarsi nel senso che il figlio abbia fatte le spese per pietà, ma nello stesso tempo si sia riservato, malgrado questo sentimento, il pagamento delle spese dall'erede, bensì nel modo seguente: il figlio *per escludere l'obiezione della pietà* ha dichiarato mediante testazione di aver l'intenzione di richiedere le spese da colui, che vi è obbligato. Non è dunque necessario di interpretare le parole citate in stretta connessione colle idee bizantine che troviamo nel noto brano 'potest tamen distingu' del § 7. Abbiamo visto un'altra interpretazione la quale — se non certa — può ritenersi possibile e perciò ci permette di ritenere la genuinità delle parole citate, delle idee ivi contenute. Ma abbiamo

un'altra prova, e questa è un interessantissimo testo di Paolo nella l. 33 (34) D 3, 5.

Si tratta del caso seguente. Avia procurava i negozi del suo nipote. Morta quella, morto questo, gli eredi di quella sono stati convenuti 'negotiorum gestorum'. Essi obbiettarono che la defunta prestò alimenti al nipote. Ma gli attori rispondono, che prestò 'pietatis causa' e si fanno forti di un rescritto imperiale dove era stato costituito 'ut, si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere...'. I convenuti rispondono, che il rescritto non può applicarsi, se non quando è provato, che la madre abbia prestati gli alimenti 'de suo'. Il giureconsulto dice: 'haec disceptatio in factum constituit. nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret?'. Il senso è questo: si tratta di una questione di fatto, che non si può decidere applicando semplicemente il rescritto citato. Il rescritto presuppone la 'pietas'. Ma 'quid' se questo presupposto sarà escluso mediante prova del contrario? 'Quid', se la madre si sia assicurata la prova della intenzione di richiedere le spese mediante la 'testatio'? La risposta è contenuta nella stessa domanda: allora può richiedere le spese degli alimenti prestati. Dunque il risultato è per noi molto importante. Il rescritto, di cui si parla, è molto simile all'altro, di cui si tratta nella l. 14 § 7 D 11, 7. Paolo dice del primo: 'quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum' e il senso di queste parole (come abbiamo visto) è, che il giudice deve studiare tutta la situazione del fatto, specialmente le intenzioni delle parti. Dell'altro rescritto parla Ulpiano occupandosi della legittimazione attiva all'azione funeraria e dopo averlo menzionato, giunge alla conseguenza: « e perciò deve il giudice indagare, quale fu l'intenzione delle parti. » Il lettore si ricorderà, che Ulpiano, analizzando varie ipotesi menziona tre casi: gestione, 'pietas' ('affectio'), e 'humanitas' (misericordia) e finisce in modo veramente logico colla conclusione 'igitur aestimari oportet, quem quo animo fu-

nerat, ne postea patiatur quaestionem'. Lo stesso ragionamento — e così la sua splendida conferma — troviamo presso Paolo. La madre può — malgrado il rescritto — richiedere le spese ogni qual volta abbia escluso mediante 'protestatio' l'obiezione della pietà. — Ho citato il testo di Paolo per confermare la mia interpretazione della l. 14 § 13 D 11, 7. In ambedue casi troviamo lo stesso ragionamento logico. Nel primo caso il figlio che ha fatto le spese dei funerali del padre e li richiede dall'erede, è sottoposto all'obiezione, che abbia fatto le spese 'pietatis causa', ma può paralizzare questa eccezione provando mediante la testazione la sua intenzione di richiedere le spese. Nell'altro caso la madre ha prestati gli alimenti al suo figlio. Quando chiederà (lei o i suoi eredi) il pagamento (mediante azione o eccezione), deve far conto dell'obiezione che abbia fatte le spese 'pietatis causa', ma può paralizzare l'obiezione mediante la prova del contrario, mediante 'protestatio'. Dunque la conferma non può esser più splendida. — E possiamo completare queste ricerche con testi del codice. L'imperatore Alessandro (C. 2, 18 [19] 11) dice: 'si quid autem in rebus eorum (filiorum) utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate sed recipiendi animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes'. Ecco due elementi subbiettivi antitetici, di cui uno, l'animus recipiendi, è presupposto necessario della legittimazione attiva all'azione 'negotiorum gestorum', l'altro, 'pietas', ('liberalitas' e così via), è invece causa dell'esclusione dell'azione. L'obbiezione della pietà avrà luogo fra le parti che stanno in un rapporto di sangue o affetto. In tal caso si presuppone l'intenzione della pietà e liberalità. Ma si capisce, non è esclusa un'altra intenzione, quella di richiedere le spese, che deve essere naturalmente bene provata, come dice l'imperatore colle parole 'si recipiendi animo fecisse ostenderis'. Similmente si esprime l'imperatore Alessandro nel caso di un marito che aveva fatte le

spese al 'funus' della moglie, e decide, che può ripetere le spese, che abbia erogate 'quasi recepturus' ⁽¹⁾.

Ritorniamo al testo di Ulpiano, l. 14 § 7. Mi pare di aver dimostrata la genuinità delle parole 'oportebit igitur testari...', dalle quali risulta che esisteva nel diritto classico una testazione, avente la funzione pratica di assicurar la prova dell'intenzione di richiedere le spese forse non solo nel campo dell'azione funeraria, ma anche in quello dell'actio negotiorum gestorum'.

Vediamo adesso il testo seguente, cioè il § 8 della l. 14 D eod. Anche questo paragrafo fu oggetto di acuti studi da parte di molti scrittori, quali p. es. il Gradenwitz, il de Francisci e il Taubenschlag, in base ai cui risultati possiamo dire, che la struttura genuina del testo era press'a poco la seguente:

'Plerique filii cum parentes suos funerant, ne miscuisse se videantur solent testari pietatis gratia se facere sepulturam. Quod si fuerit actum ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur'. Quale è il significato di questo testo? De Francisci ragiona così: « lo mi rappresento il pensiero, che Ulpiano doveva originariamente esprimere in questi due paragrafi, nel modo seguente. Il giurista affermava anzi tutto che chi ha fatto spese per un 'funus alienum' può agire coll' 'a. funeraria' per essere rimborsato: eccezionalmente non lo potrà, secondo un rescritto imperiale, quando risulti che il funerale è stato fatto 'pietatis gratia'. Ulpiano volendo dare un esempio, richiamava appunto il caso dei 'filii' eredi necessarii, che per conservarsi l'esercizio del 'ius abstinendi', usavano far rilevare mediante la 'testatio' che i funerali erano stati compiuti 'pietatis gratia', e che in tal modo si precludevano l'esercizio dell' 'a. funeraria'. Questo e null'altro doveva scrivere Ulpiano. » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ C. 2, 18, (19) 13. — Lo stesso ragionamento logico troviamo nel rescritto dell'imperatore Gordiano, C. 2, 18 (19) 15, dove le ipotesi antitetiche sono formulate nel modo seguente: 'si paterno adfectu... aluisti seu... expendisti' e 'quod si ut repetiturus... aliquid erogasti'.

⁽²⁾ l. cit., 10.

Questo ragionamento è necessario per chi ritiene interpolata l'ultima frase del precedente § 7 'oportebit igitur testari'. Reputandola invece genuina siamo davanti ad un enigma: quale significato ha il § 8, in cui si parla di una testazione con una funzione diversa da quella che riteniamo la funzione morale della nostra testatio? La risposta non è però difficile. Ulpiano, dopo aver menzionata la testazione importante per l'azione funeraria, si occupa, di passaggio, di un'altra testazione, che si faceva di solito *in una situazione eguale*, — vale a dire quando un figlio curava i funerali del padre — ma di cui oggetto, scopo, funzione, erano però diversi: era cioè la dichiarazione della 'pietas', per poter servirsi del 'beneficium abstinendi'. La funzione di questa 'testatio' era dunque fuori dell'azione funeraria. Ciò nondimeno, non è strano, che Ulpiano ne faccia menzione anche nel suo commento a questa, costituendo un'interessante paragone fra due istituti, i quali, sebbene con funzione diversa e struttura antitetica, avevano grande affinità. Perciò il § 8 è tutt'altro che incomprensibile; ma lo diviene invece ammettendo l'interpolazione del precedente 'oportebit igitur testari', giacchè allora non si sa punto, perchè Ulpiano parli nel commento all'azione funeraria così all'improvviso di una testazione funzionante totalmente nel diritto ereditario.

Il diritto romano classico conosceva dunque *due testazioni* le quali avevano non solo la struttura e funzioni antitetiche, ma anche — l'una e l'altra — un grande valore pratico. I compilatori non potevano comprendere la nettezza concettuale di questi due istituti, perchè la 'pietas' (e simili sentimenti) per loro non è più causa di esclusione dell'azione funeraria, bensì presupposto necessario di ogni sepoltura (de Francisci). E così hanno ammessa *la combinazione di due istituti* — cosa per diritto classico assurda! —. Per quanto riguarda specialmente la testazione menzionata nel § 8, essi l'hanno applicata non solo ai 'liberi qui necessarii esistunt', ma anche agli 'alii qui heredes fieri possunt' ed hanno ammesso che può esser non solo prova delle 'pietas', assicurando così il 'beneficium abstinendi', bensì nello stesso tempo anche prova dell' 'animus recipiendi'. L'unica te-

stazione deve, adesso, servire di prova della 'pietas' e dell' 'animus recipiendi', garantire il 'beneficium abstinendi' e il pagamento delle spese. Questo è dunque lo stato del diritto giustiniano. Lo storico del diritto romano si trovava davanti ad un interessantissimo compito: ricercare cioè le origini di quell'istituto giustiniano. Ed io credo di aver mostrato con qualche probabilità la soluzione del problema.

Bratislava, Marzo 1922.