

Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab. V.3)

1. Presentazione e delimitazione del tema – 2. Un punto di partenza necessario: le XII Tavole tra tradizione e convenzione – 3. La norma ‘uti legassit’: le diverse redazioni rinvenibili nelle fonti e quelle ulteriori proposte dagli editori; un fraintendimento interpretativo dalle Istituzioni di Gaio a quelle di Giustiniano che permane ancora oggi; l’oggetto del ‘legare’: ‘suae rei’, ‘tutela’, ‘familia’, ‘pecunia’; una rivalutazione delle testimonianze di Cicerone e dell’*Auctor ad Herennium* – 4. Una congettura sulla formulazione della norma, «momento ultimo» della *patria potestas*: stabilire con testamento (o idoneo atto *mortis causa*) la sorte del proprio patrimonio per il periodo successivo alla propria morte.

1. «Un tema celebre di singolare rilievo»¹, per dirla con uno degli studiosi che se ne sono occupati, è sempre stato quello della più probabile struttura e significato della norma contenuta in *Tab. V.3* e non solo per una mera curiosità antiquaria, volta a ricostruire la formulazione di quella che si indica come «la *magna charta* della successione testamentaria»², ma anche perché, affrontando la serie dei problemi che «gli enigmatici versetti»³ pongono allo studioso, è possibile formulare alcune considerazioni su aspetti cruciali della storia primitiva delle successioni testamentarie.

Cercherò col presente scritto, dopo una breve esposizione riguardante la tradizione e la convenzione della legislazione decemvirale, di prendere posizione sui problemi posti da questa norma. In particolare, affronterò la tematica circa quale debba essere, tra le diverse riportate dalle fonti e quelle ulteriori proposte dagli editori, la redazione più vicina al tenore originario della sua formulazione. Sarà poi opportuno stabilire quale significato possa attribuirsi ad essa, tenendo sempre presente il monito, ancora attuale, del Coli, per cui «voler dare un senso alla norma decemvirale «uti legassit ...» significa mettere sul tappeto le questioni più ardue e più controverse circa gli inizi del diritto ereditario romano»⁴: va infatti rilevata l’eterogeneità di posizioni che si registrano, ancora tra i moderni, in dottrina, visto che a fronte di autori che la considerano come sanzione delle (sole) disposizioni *mortis causa* a titolo

¹) B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5.3 (Uti legassit..., ita ius esto)*, in «AUPA», XLV.I, 1998, p. 35. Emergerà, in prosieguo di testo, come le problematiche relative alla norma ‘uti legassit’ siano state, in tempi relativamente recenti, oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana. Tra gli stranieri si devono però ricordare almeno E. FERENCZY, «Uti legassit... ita ius esto», in «Oikumene», I, 1976, p.173 ss., ove ulteriore letteratura, F. WIEACKER, *Römische rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, p. 291, nt. 26, J. GAUDEMET, «Uti legassit ...»: XII Tables 5,3, in «Hommages R. Schilling», Paris, 1984, p. 109 ss., A. MAGDELAINE, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, ivi, p. 159 ss., e J. ZLINSKY, «Familia pecuniaque», in «Index», XXVI, 1988, p. 36 ss.

²) P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I, Introduzione. Parte generale*², Milano, 1967, p. 11.

³) A. GUARINO, *Ancora sugli enigmatici versetti* (1983), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 137.

⁴) U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (1920), in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, p. 85. In termini simili si esprimeva anche B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in «AUPA», XX, 1949, p. 433 ss., il quale presentava la norma come «un tormentatissimo versetto, tra i più citati dalle nostre fonti giuridiche classiche e pur tra quelli la cui redazione genuina è da considerare più incerta e difficile». In merito, L’Albanese elencava come punti fermi: il fatto che il versetto si riferisse a disposizioni patrimoniali in materia successoria; che fosse oscuro e vessato per gli stessi giureconsulti classici; che contenesse la menzione espressa del termine ‘tutela’; che rappresentasse una sanzione legislativa della validità dell’atto compiuto da un privato. Come spero di dimostrare, la menzione espressa del termine ‘tutela’ è da considerarsi tutt’altro che certa.

particolare⁵ (tanto che si è arrivati a chiamarla «la frase sul legato»)⁶ ve ne sono altri che qualificano la nostra norma come il fondamento di tutte le disposizioni testamentarie⁷, ed altri ancora che, più prudentemente, si limitano a segnalare come fonti diverse indichino il precetto contenuto in Tab. V.3 come il fondamento, volta a volta, di tutte o solo di alcune disposizioni testamentarie⁸.

2. Data la particolarità del tema, giova sempre ricordare che non ci si potrà allontanare poi molto dal campo delle ipotesi⁹: la stessa collocazione della nostra norma come terzo versetto della quinta *Tabula* è un dato che viene accettato convenzionalmente. E di convenzionalità, invero, si deve parlare sia per la tradizione scritta dell'intera legislazione decemvirale¹⁰, sia per l'interpretazione stessa dei *verba legitima*. Emblematica, a tal riguardo, è la discussione riportata da Gellio, nelle *Noctes Atticae*, tra il giurista Sesto Cecilio Africano e Favorino di Arles, il retore dagli interessi filosofici, prestigioso rappresentante della seconda sofistica¹¹: Sesto Cecilio Africano, Favorino, Gellio e molti altri si trovano nell'*area Palatina*, circondata dal palazzo di Tiberio e da quelli di Augusto, e sono in attesa di essere ricevuti dall'imperatore Antonino Pio per rendergli omaggio. Nonostante l'informalità che può caratterizzare un dialogo tra persone in attesa, la discussione, considerati gli interlocutori¹², de-

⁵) Basti considerare, a titolo esemplificativo, le affermazioni di S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932, p. 45 («E' opinione prevalente che la norma *uti legassit* rell. sia da riferire solamente ai legati, e per l'appunto che abbia concesso di ordinare legati nel testamento»), di VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 13 ss. («E' da ritenere che la norma decemvirale sanziona la validità di una disposizione a titolo particolare, analoga in gran parte al *legatum per vindicationem* dell'età classica»), e di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 718 («Tab. 5. 3 riguarda, alle origini, soltanto le disposizioni a titolo particolare, legati e manomissioni testamentarie, e solo più tardi venne posta in correlazione con la tutela testamentaria e con l'*heredis institutio*»).

⁶) O. BEHRENDIS, *La mancipatio nelle XII Tavole*, in «Iura», XXXIII, 1982, p. 49.

⁷) COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 98 ed ivi letteratura citata: «I vecchi romanisti, fedeli agli insegnamenti delle fonti, intendevano la norma di cui si tratta come la consacrazione legislativa della libertà di testare; lo stesso BEHRENDIS, *La mancipatio*, cit., p. 49, scrive sulla norma: «riguarda la libertà di testare (...) in essa lo scopo è quello di rendere disponibili le spettanze di *pecunia*, cioè dei beni liberamente permutabili, e della *familia*, cioè del patrimonio familiare vincolato e posto sotto la tutela giuridica del cittadino». Su '*pecunia*', '*familia*' e su quanto rilevi, ai fini della ricostruzione della nostra norma, il concetto di '*tutela*' tornerò più avanti.

⁸) E' il caso di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, p. 664 nt. 174.

⁹) Cfr. in questo senso ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 35, e O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, p. 9 s.

¹⁰) E ciò in virtù dell'impiego, per dirla con DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 9 s., «di criteri fondati più su moderne idee codificatorie che sulla documentazione antica» da parte della dottrina che ha affrontato l'arduo problema.

¹¹) Gell. *noct. Att.*, 20.1.1-6: '*Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustris fuit. Ad eum forte in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperimemur, philosophus Favorinus accessit conlocutusque est nobis multisque aliis praesentibus. In illis tunc eorum sermonibus orta mentios legum decemvirialium, quas decemviri eius rei gratia a populo creati composuerunt, in duodecim tabulas conscripserunt. Eas leges cum Sex. Caecilius inquisitis exploratisque multarum urbium legibus eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret, 'sit' inquit 'hoc' Favorinus 'in pleraque earum legum parte ita, uti dicis; non enim minus cupide tabulas istas duodecim legi quam illos duodecim libros Platonis de legibus. Sed quaedam istis esse animadvertuntur aut obscurissima <aut durissima> aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia'. 'Obscuritates' inquit Sex. Caecilius 'non adsignemus culpae scribentium, sed inscitiae non adsequendum, quamquam hi quoque ipsi, qui, quae scripta sunt, minus percipiunt, culpa vacant. Nam longa aetas verba atque mores veteres oblitteravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est. Trecentesimo quippe anno post Romam conditam tabulae compositae scriptaeque sunt, a quo tempore ad hunc diem anni esse non longe minus sescenti videtur'. Sulla discussione riportata da Gellio, cfr. F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 8 ss., nonché R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 596, e DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 159.*

¹²) Di Sesto Cecilio Africano, l'autore dei nove libri delle *Quaestiones*, in cui tramanda l'insegnamento di Salvo Giuliano – le opinioni del quale vengono introdotte con semplici '*ait*', '*inquit*' o '*respondit*', senza che venga mai citato il suo nome: cfr., ad esempio, D. 8.3.33.pr. (Afr. 9 *quaest.*), D. 12.6.21 (Afr. 8 *quaest.*), D. 16.1.17.pr. (Afr. 4 *quaest.*), D. 16.1.19.5 8 (Afr. 4 *quaest.*), D. 28.2.14.2 (Afr. 4 *quaest.*), D. 28.5.48(47).pr.-2 (Afr. 4 *quaest.*), 28.6.34.pr. (Afr. 4 *quaest.*), D. 29.2.49 (Afr. 4 *quaest.*), D. 35.1.32 (Afr. 9 *quaest.*), D. 37.4.14.1 (Afr. 4 *quaest.*), D. 37.10.8.pr. (Afr. 4 *quaest.*), D. 39.1.15 (Afr. 9 *quaest.*), D. 40.4.21 (Afr. 4 *quaest.*), D. 40.4.22 (Afr. 9 *quaest.*), D. 43.30.4 (Afr. 4 *quaest.*) –, è lo stesso Gellio a informarci, in apertura del ventesimo libro delle *Noctes Atticae*, che '*in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustris fuit*'; di Favorino, particolarmente devoto ad Antonino Pio, che gli aveva consentito, restituendogli il rango di *eques*, di ritornare a Roma dall'esilio impostogli da Adriano a Chio, si deve ricordare che fu maestro grandemente apprezzato da Gellio, che lo fa comparire in diciassette

ve ritenersi senz'altro autorevole. Avendo nominato la legislazione decemvirale, Africano ne loda la *'elegans atque absoluta brevitās verborum'*, la concisione voluta e precisa con cui furono redatte, che doveva spiccare nettamente rispetto alle leggi, da lui esaminate e studiate, di molte altre città. Queste affermazioni trovano Favorino solo parzialmente concorde: egli, da un lato, ha letto il testo decemvirale con non meno interesse dei dodici libri di Platone *Sulle leggi*, ma, dall'altro, ha trovato alcuni precetti troppo oscuri o troppo severi, oppure, in altri punti, troppo miti e blandi, e non applicabili così come risultano scritti. Africano, subito dopo la replica di Favorino, si affretta ad affermare che il problema delle *'obscuritates'* non è imputabile alla colpa di chi redasse quelle norme; ma neanche l'ignoranza di chi non le sa comprendere spiega pienamente il problema: i decemviri attesero alla redazione delle Tavole trecento anni dopo la fondazione di Roma, e da quel momento sono trascorsi non meno di seicento anni. Il lungo tempo trascorso ha modificato parole e costumi.

Anche noi, oggi, dovremo utilizzare le parole e i costumi del tempo come chiavi interpretative per intendere rettamente il disposto delle XII Tavole, che ancora la moderna dottrina considera un *quid unicum* nella storia di Roma, il cui significato e valore, anzitutto politico, «si innesta nella storia della lotta della plebe contro il patriziato: fissare in un testo scritto e pubblicato alcuni principii del *ius*, porvi precisazioni, determinazioni, delimitazioni, rappresentava appunto una garanzia per la classe dominata nei confronti della dominante, in quanto importava una maggiore certezza del diritto»¹³: questo doveva essere il merito principale delle XII Tavole¹⁴.

Dalla discussione tra Sesto Cecilio Africano e Favorino emerge chiaramente un problema che afflisse già gli interpreti cronologicamente più vicini alla codificazione decemvirale rispetto agli interlocutori di cui ci narra Gellio: quello dell' *'obscuritas verborum'*. Emblematico a questo proposito è il noto passo in cui Cicerone¹⁵ ci informa che, dovendo interpretare le disposizioni decemvirali che limitavano il lusso funerario, tanto Sesto Elio quanto Lucio Acilio ammettono di non riuscire a comprendere il significato della parola *'lessus'*, e anche quella di Lucio Elio Stilone, l'erudito dagli interessi filologico-antiquari, maestro di Cicerone e di Varrone, risulta essere una mera congettura.

Qualunque studio su aspetti della legislazione decemvirale¹⁶ deve tener conto della carenza di una storia della tradizione letteraria attraverso la quale essa ci è pervenuta¹⁷: i *Tripertita*, composti nel II secolo a.C. da Sesto Elio Peto Cato, il primo giurista laico, console nel 198, considerato il fondatore dell'esposizione scientifica del diritto¹⁸, saranno stati il punto di partenza: è noto come con quest'opera si interrompa una prassi di interpretazione della legge che si svolgeva *in penetralibus*, nel chiuso del collegio pontificale. Ci si è chiesti¹⁹ di quanto possa essersi discostato Sesto Elio, nel suo

sette dei venti libri delle *Noctes Atticae*. Un ulteriore indizio dell'autorevolezza della discussione è dato dal fatto che Gellio si preoccupi di riportarla come una cronaca fedele, tanto da scrivere uno dei capitoli più lunghi della sua opera.

¹³ G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, p. 15.

¹⁴ Che giustamente M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1992, p. 37, chiama «de leggi per eccellenza, (...) che non mutano mai il loro linguaggio»: linguaggio che, come vedremo in prosieguo di testo, al massimo viene ammodernato.

¹⁵ Cic. *leg.*, 2.23.59: *'Iam cetera in duodecim minuendi sumptus sunt lamentationisque funebris, translata de Solonis fere legibus. 'Hoc plus,' inquit, 'ne facito: rogum ascea ne polito.' nostis, quae sequuntur; discibamus enim pueri duodecim ut carmen necessarium; quas iam nemo discit. extenuato igitur sumptu 'tribus ricinis et tunica purpurea et decem tibicinibus' tollit etiam lamentationem: 'Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento.' hoc veteres interpretes Sex. Aelius, L. Acilius non satis se intelligere dixerunt, sed suspicari estimenti aliquod genus funebris, L. Aelius lessum quasi lugubrem eiulationem, ut vox ipsa significat; quod eo magis iudico verum esse, quia lex Solonis id ipsum vetat. haec laudabilia et locupletibus fere cum plebe communia; quod quidem maxime e natura est, tolli fortunae discrimen in morte'.*

¹⁶ Mette appena conto rilevare come la letteratura sul tema sia a dir poco sterminata: per un primo ragguaglio cfr. BRETONE, *Storia*, cit., p. 449 ss.

¹⁷ E' questo l'insegnamento che può apprendersi tanto da BRETONE, *op. cit.*, p. 86 s. (dove riprende, facendola sua, l'osservazione di F. WIEACKER, *Zwölfstafelprobleme*, in «RIDA», III, 1956, p. 462), quanto da F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 93.

¹⁸ Cfr. D. 1.2.2.38 (Pomp. *l.s. ench.*).

¹⁹ In particolare L. AMIRANTE, *Per una palingenesi delle XII Tavole*, in «Index», XVIII, 1990, p. 396 s., sulla scorta di quanto già sostenuto da F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 68 s. ed ivi letteratura. Di tutt'altro avviso A. GUARINO, *Una palingenesi delle XII Ta-*

commento, dall'esposizione dei decenviri, e ritenendo la legislazione decemvirale «primissimo frutto dell'influenza letteraria ellenistica (...), espressione di un modo di fare diritto alieno da qualsivoglia esigenza speculativa»²⁰, si è ritenuto che l'allontanamento dai *verba legitima* sia stato di ben poco rilievo: premessa l'esposizione della legge, dunque, Sesto Elio avrebbe fatto seguire un'interpretatio non subordinata al testo delle XII Tavole, ma che ad esso si equiparava, diventando, assieme alle successive *legis actiones*, una *pars iuris* nel senso inteso da Pomponio²¹.

Pare che i *Tripertita* fossero coevi a un altro commento alle XII Tavole di cui abbiamo notizia²², quello di Lucio Acilio. Circa un secolo dopo, Quinto Mucio Scevola, il pontefice, scriverà i *Libri XVIII iuris civilis*: anche se non è trattato precipuamente il tema delle XII Tavole, l'attenzione per gli istituti arcaici che ad esse si riconducono parrebbe essere notevolissima²³. E' incerto se Servio Sulpicio Rufo abbia composto un commento al testo decemvirale: sono noti i dubbi con cui Otto Lenel²⁴ individua come commenti di Servio alle XII Tavole quelli riportati nei frammenti contenuti in D. 9.1.1.4 (Ulp. 18 *ad ed.*), in D. 50.16.237 (Gai. 5 *XII tab.*), nonché in quattro frammenti festini²⁵; inoltre (ma anche in questo caso Lenel segnala i suoi dubbi) un frammento ulpiano tratto dal diciottesimo libro *ad edictum* (contenuto in D. 9.1.1.4) riporterebbe un'interpretazione di Servio circa l'esperibilità dell'*actio de pauperie*²⁶. Di un commento alle XII Tavole da parte di Labeone, successivo di due secoli a quello di Sesto Elio, ci dà notizia Gellio, in tre passi della sua opera²⁷, dai quali, però, non si può dedurre in modo preciso in quanti libri si articolasse²⁸.

Il commento composto da Gaio²⁹, all'epoca del principato, «è l'unico che ci è giunto in un numero congruo di frammenti»³⁰ ed è altresì l'unico che possa essere preso in considerazione ai fini di una palinogenesi del testo decemvirale, avendone utilizzato Giustiniano ventinove frammenti, ventotto dei quali conservano l'*inscriptio*³¹. Gaio, con molta probabilità, si era potuto avvalere di fonti

vole? (1991), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 84 nel senso precisato *infra*.

²⁰ AMIRANTE, *Per una palinogenesi*, cit., p. 396

²¹ Nel celebre passo contenuto in D. 1.2.2.5-6 (Pomp. *l.s. ench.*): in questo senso cfr. AMIRANTE, *op. cit.*, p. 397.

²² E' sempre il passo, già considerato, di Cic., *leg.* 2.23.59 a darci dati testuali per formulare l'ipotesi circa la composizione, da parte di Lucio Acilio, di un commento alle XII Tavole: cfr. BRETONNE, *Storia*, cit., p. 60; DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 24 s., giudica l'ipotesi «alquanto fragile», giacché nel passo ciceroniano Sesto Elio e Lucio Acilio sono accomunati in quanto *interpretes* del testo decemvirale, non anche in quanto autori di due distinti commenti ad esso. Il testo di DILIBERTO prosegue rammentando la figura di quel tal *Valerius*, che le fonti – Fest., *verb. sign.*, sv. '*Sanates*' (L. p. 426 s.) – indicano come *explanator* del testo decemvirale, da identificarsi forse con Q. Valerio Sorano.

²³ Cfr. M. BRETONNE, M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari 1981, p. 154.

²⁴ *Palinogenesi iuris civilis*, Leipzig, 1889, I, c. 325 n.1 e c. 333 n. 1

²⁵ *Palinogenesi*, cit., I, c. 334 n. 92, 93, 95, 96.

²⁶ *Palinogenesi*, cit., II, c. 325 n. 17. Cfr. D'IPPOLITO, *Questioni*, cit., p. 140 e nt. 5.

²⁷ Gell., *noct. Att.* 1.12.18 ('*Praeterea in 'commentariis' Labeonis, quae 'ad duodecim tabulas' composuit, ita scriptum est: 'Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius <in> publicum redigi aiunt. Id quo iure fiat, quaeritur*'), 6.15.1 ('*Labeo in libro 'de duodecim tabulis' secundo acria et severa iudicia de furtis abita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnatum esse, qui iumentum aliorum duxerat, quam in quem locum petierat*') e 20.1.13 ('*Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos 'ad duodecim tabulas' conscripsit, non probaret*').

²⁸ Per BRETONNE, *Il diritto*, cit., p. 157 «sbaglieremmo a considerarla molto succinta». Anche DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 30, fondandosi sull'autorità di dottrina meno recente, recente e recentissima (Dirksen, Ferrini, lo stesso Bretonne, Amirante) sostiene che «il commento non dovesse essere breve».

²⁹ S. MORGESE, *Appunti su Gaio ad legem duodecim tabularum*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista», Milano, 1981, p. 109 s. ed ivi letteratura, precisa che «almeno dal libro terzo in poi, l'opera è posteriore ai *Digesta* di Giuliano. E' stata datata intorno al 159 d.C.».

³⁰ O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in «Index», XVIII, 1990, p. 403, e *Materiali*, cit., p. 49 ss.

³¹ E' sempre ammettendo che Gaio abbia seguito nel commentarla lo stesso ordine espositivo della legge: dato, questo, sul quale possono formularsi solo congetture. Dal confronto di questi frammenti con l'*Index Florentinum*, comunque, risulterebbe che il commento gaiano dovesse dividersi in sei libri: cfr. AMIRANTE, *Per una palinogenesi*, cit., p. 391. DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 10, ci informa come proprio la successione dei frammenti a noi noti del commentario gaiano sia servita alla moderna dottrina per impostare uno dei due principali criteri su cui si fondano i tentativi palinogenetici del testo decemvirale, sulla base dell'ipotesi per cui il commento segua, nella sua esposizione, l'ordine seguito dal testo commentato. L'altro criterio si basa sull'ipotesi per cui le successive opere di diritto civile (in particolare di Quinto Mucio e di Masurio Sabino) seguirebbero il presumibile ordine delle XII Tavole. In termini analoghi si presentava,

molteplici ed autorevoli³²; ma si ritiene anche plausibile che egli abbia avuto sotto gli occhi null'altro che i primi commenti alla Legge delle XII Tavole³³, l'autorevolezza dei quali, peraltro, gli avrebbe impedito di distinguere le parole della legge dalla loro interpretazione³⁴: tanto che, si è ipotizzato³⁵, nelle sue intenzioni ci sarebbe stato il proposito di scrivere un'opera fondamentalmente storiografica, magari in forma di commentario lemmatico. Si può quindi affermare, seguendo l'insegnamento di Diliberto³⁶, che la storia degli istituti giuridici viene intesa da Gaio come caratterizzata dal procedere dell'interpretazione, che ha come punto di partenza il testo dell'antica legge, ma che ha anche il compito di pervenire ad una migliore conoscenza del *ius* vigente: non si tratta, per Gaio, di semplice gusto antiquario che lo spinge ad inserire le XII Tavole nella storia giuridica, ma la constatazione che la giurisprudenza ha aggiornato, mediante l'interpretazione, il disposto delle antiche norme, adattandone il contenuto a seconda delle situazioni e dei periodi storici³⁷.

ventinove anni prima, l'ipotesi formulata da M. LAURIA, *Ius romanum*, I.1, Napoli, 1963, p. 22, per cui «Gaio illustrò il contenuto di ogni tavola nell'ordine, dalla prima alla dodicesima, sicché la successione degli argomenti in ciascun libro del commento riproduce quella delle norme in ogni tavola, l'ordine successivo delle tavole. (...) L'assunto che il commento di Gaio riproduca l'ordine successivo delle tavole è ipotetico, ma poggia sul normale parallelismo tra le illustrazioni ed il testo analizzato; perciò soltanto un'eventuale dimostrazione contraria potrebbe escluderlo. Questa finora non è stata prospettata, sicché sembra preferibile ammettere come criterio generale quello su espresso, anziché l'opposto, che Gaio cioè non abbia seguito nel suo ragionamento l'ordine di svolgimento della *lex xii tab.*».

³² Ne sarebbero indice, secondo AMIRANTE, *op. cit.*, p. 391, la ricchezza delle citazioni, di cui Gaio è solitamente parco, e lo stretto rapporto tra i *verba* e l'*interpretatio*.

³³ GUARINO, *Una palingenesi*, cit., p. 82 ss., ritiene che «il coacervo di norme messo insieme dai decemviri, in modo da noi assolutamente inconoscibile, si era riversato finalmente, con Sesto Elio, in un ordine certo, che lasciò tracce profonde nella giurisprudenza posteriore sino a Pomponio e Gaio». In quanto al tentativo palingenetico, però, afferma (p. 84) che «una palingenesi delle *XII Tabulae*, quelle del quinto secolo anticristo, è oggi come oggi, fuori dalla nostra portata. In avvenire chi sa, forse il computer, forse l'atomica forse (sarebbe ora) la macchina del tempo. Ma, almeno per il momento, siamo più o meno nelle stesse condizioni in cui si trovava il secolo scorso David Livingstone, quando andava a piedi e con i portatori indigeni alla ricerca delle fonti dello Zambesi e dei grandi laghi equatoriali africani. Ai *Tripertita* di Sesto Elio (...), ci possiamo in qualche modo arrivare. Quindi limitiamoci ad essi». La polemica di Guarino viene sopita da DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 18 s. il quale, al fine di evitare equivoci, ricorda che «quando il moderno interprete si propone di affrontare lo studio dell'ordine delle XII Tavole, non può che far riferimento all'ordine decemvirale quale presumibilmente doveva trovarsi nei *Tripertita*: e ciò appare evidente se si tien conto della circostanza che il solo ordine eliano era probabilmente noto a quegli autori che, dal I sec. a. C. in poi, ci offrono le notizie sopra richiamate in merito proprio alla successione delle norme nelle XII Tavole». Del resto, già AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., p. 396, espressamente dichiara che «quando parliamo di ordine seguito dai decemviri ci riferiamo a quello dovuto alla riedizione delle XII tavole compiuta da Sesto Elio nei suoi *Tripertita*».

³⁴ In questo senso credo vada intesa la disamina di alcuni passi del commento gaiano effettuata da D'IPPOLITO, *Questioni*, cit., p. 163 ss.: quest'autore rinviene «tracce eliane» nel commento di Gaio, che si sarebbe svolto non sul testo originale delle XII Tavole ma su «un'opera nella quale l'originaria scrittura della norma e la relativa *interpretatio* si erano per così dire mescolate sino a confondersi, mediante quella 'tendenziosità' praticata dai giuristi antichi per piegare la legge alle ragioni del loro presente, così ben colta da Jhering, ed alla quale forse non si sarà sottratto Sesto Elio medesimo».

³⁵ Da parte di AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., p. 396.

³⁶ *Materiali*, cit., p. 63.

³⁷ E' questo l'insegnamento che può trarsi dalla lettura di DILIBERTO, *Per una palingenesi*, cit., p. 408. Del resto, è lo stesso Gaio, nel frammento contenuto in D. 1.2.1 (1 *XII tab.*), ad informarci che «*in omnibus rebus animadvertit id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est*». L. LANTELLA, *Potissima pars principium est*, in «Studi C. Sanfilippo», IV, Milano, 1983, p. 286 ss., ha sottolineato come «Questo celebre passo è stato analizzato in mille modi e l'averlo tanto martoriato ha condotto a una serie di sospetti: vi sarebbero infatti magagne sintattiche, nonché contraddizioni, tali da fare ritenere che il testo di Gaio fosse alquanto diverso da ciò che ora leggiamo nei *Digesta*. Si sono fatte in tal senso considerazioni molto dotte, talvolta molto acute, e ne sono scaturite varie ipotesi ricostruttive», tanto da (p. 314) «antiteticamente riuscire gradite a storicisti e antistoricisti, a tradizionalisti e non, e così avanti nelle solite schiere contrapposte». Lantella, comunque, individua nel passo di Gaio (p. 314) «una forte valorizzazione del passato: emerge, invero, sullo sfondo, la rappresentazione secondo cui le vicende del passato (gli *urbis initia*) si porrebbero come 'parte' nei confronti dello sviluppo successivo e p e r s i n o d e l p r e s e n t e (alcune norme che risalgono alle XII Tavole sono infatti in vigore anche ai tempi di Gaio)». In senso dichiaratamente storicista è l'insegnamento di F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino, 1993, p. 88: «Questo testo, in cui sembra già adombrata l'idea vichiana della conoscenza, è quasi un manifesto storicista. Vi si afferma che

Che le *vetustae leges* siano state, e la legge delle XII Tavole lo sia stata in particolare, un punto di riferimento notevolissimo di quel tradizionalismo etico-politico, oltre che giuridico, che è una caratteristica schiettamente romana, è un dato da rilevare; ma esso pone con più vigore una domanda cruciale: quella riguardante l'epoca in cui si può contare sull'effettiva esistenza di un testo ufficiale da consultare. Le dodici tavole bronzee (o lignee) non ebbero una lunghissima durata: esse andarono perdute dopo circa un sessantennio nell'incendio gallico della città, avvenuto intorno al 390 a.C. C'è chi suppone che la perdita fu irreparabile e definitiva³⁸. Eppure, Livio³⁹ ci lascia intendere che ci dovette essere la possibilità di una ricostruzione, di una riscrittura, del testo in tempi particolarmente rapidi.

Può sembrare interessante, a questi fini, un passo di Cipriano⁴⁰ dove il santo, che in gioventù aveva svolto studi giuridici, afferma di aver visto il testo decemvirale affisso nel foro di Cartagine, la città in cui egli visse: siamo intorno al 245 d.C. Si è sospettato non trattarsi altro che di uno di quegli «esemplari pur tardivamente ricostruiti a scopo celebrativo»⁴¹, dei quali, peraltro, non si conoscono attestazioni epigrafiche. In merito a tali esemplari si può solo ipotizzare che contribuirono a mantenere viva a lungo la memoria della legge delle XII Tavole se, come ci ricorda Federico D'Ippolito⁴², ancora nel V secolo d.C., per celebrare i meriti di Valerio Dalmazio, *praeses* della provincia *Lugdunensis tertia*, in un'epigrafe⁴³ si fa memoria della capacità con cui egli padroneggiava il sapere giuridico, contenuto, oltre che nelle costituzioni imperiali e nell'editto del pretore, anche in quelle norme '*bis sex scripta*' che sono state interpretate come un'allusione all'antica legge.

Per formulare qualche ipotesi sull'esistenza di un testo in qualche modo ufficiale, invece, credo possa risultare valida una testimonianza di Cicerone⁴⁴:

Nam sive quem haec Aeliana studia delectant, plurima est et in omni iure civili et in pontificum libris et in XII tabulis antiquitatis effigies, quod et verborum vetustas prisca cognoscitur et actionum genera quaedam maiorum consuetudine vitamque declarant; sive quem civilis scientia, quam Scaevola non putat oratoris esse propriam, sed cuiusdam ex alio genere prudentiae, totam hanc, descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus, XII tabulis contineri videbit; sive quem ista praepotens et gloriosa philosophia delectat – dicam audacius – hosce habet fontis omnium disputationum suarum qui iure civili et legibus continentur. (...) Fremant omnes licet, dicam quod sentio: bibliothecas mehercule omnium philo-

l'origine storica (*principium*) costituisce la *potissima pars* di ogni cosa, e quindi anche degli istituti giuridici dei quali il giureconsulto si occupava; donde l'esigenza, pure per penetrare questi ultimi, di conoscerne in specie l'origine storica. Si trova qui enunciato, a nostro avviso, il presupposto teorico dello storicismo da cui furono permeati, nell'età considerata, l'esperienza e la cultura giuridica romana». In quest'ottica Gallo esclude (p. 88 n. 1) «che si sia trattato di un atteggiamento isolato del solo Gaio. Il quale, anche se non può essere ridotto al comune *cliché* di modesto maestro elementare, partecipava tuttavia, nella sua qualità di maestro del diritto, se pure con aspetti personali, della cultura giuridica del suo tempo. Né si può, in specie, argomentare in senso contrario dalla crescente fortuna incontrata dal suo manuale nell'epoca postclassica. Proprio in quest'epoca, infatti, come abbiamo già notato, furono da esso tagliati rilevanti squarci storici».

³⁸) Cfr. G. BAVIERA, *Lezioni di storia del diritto romano*, Napoli, 1914, p. 73.

³⁹) Cfr. Liv., *urb. cond.* 6.1.9-10: '*Hi ex interregno cum extemplo magistratum inissent, nulla de re prius quam de religionibus senatum consulere. In primis foedera ac leges – erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges – conquirit, quae compararent, inserunt. Alia ex eis edita etiam in vulgus: quae autem ad sacra pertinebat, a pontificibus maxime ut religione obstrictos haberent multitudinis animos oppressa*'.

⁴⁰) *Ad Donat.*, 10: '*forum fortasse videatur immune, quod ab iniuriis lacessentibus liberum nullis malorum contactibus polluantur. illic aciem tuam flecte: plura illic quae detesteris inveniens, magis oculos tuos inde devertes, incisae sint leges duodecim tabulis et publice aere praefixo iura proscripita sint: inter leges ipsas delinquitur, inter iura peccatur*'. E' da considerarsi parallelo al passo di Salvian., *gubern. Dei* 8.5.24: '*interfici enim indemnatum quocumque hominem etiam duodecim tabularum decreta veterunt*'.

⁴¹) Cfr. TONDO, *Profilo*, cit., I, p. 276 e nt. 18, dove si fa anche cenno alla testimonianza di Odofredo, attestabile intorno alla seconda metà del 1200, che parla della presenza *apud Lateranum* di alcuni resti delle ultime due *tabulae, male scriptae* e difficilmente interpretabili se non a costo di *revolvere litteras*. Del resto, già BAVIERA, *Lezioni*, cit., p. 74 riferiva l'episodio relativo a San Cipriano con scarso convincimento.

⁴²) *Le XII Tavole: il testo e la politica*, in «Storia di Roma» (*dir.* A. SCHIAVONE), I («Roma in Italia»), Torino, 1988, p. 397.

⁴³) «ILS.» 8987.

⁴⁴) *De or.*, 1.43.193 e 1.44.195.

sophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontis et capita viderit, et auctoritate pondere et utilitatis ubertate superare.

Il passo, notissimo, è solitamente considerato un'importante testimonianza relativa al rilievo della legge delle XII Tavole nella coscienza giuridica e nella vita culturale romana, segnatamente del periodo tardo repubblicano e augusteo⁴⁵. Quanto mi preme sottolineare è che si è sempre stati soliti addurre all'enfasi retorica dell'Arpinate la *ratio* di fondo dell'affermazione '*bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontis et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare*' (e non si tratta di un'affermazione isolata)⁴⁶ e che quindi non la si sia mai tenuta nella giusta considerazione: in questo passo si contrappone la validità, per chi studia il diritto, di un unico libriccino ('*unus libellus*') ad intere biblioteche di filosofi. Si può dedurre che questa sia un'attestazione, da parte di Cicerone, dell'esistenza di un piccolo libro, sia pure ad uso scolastico (ma senza che ciò voglia sminuirne l'importanza⁴⁷, come invece si è soliti fare) che contiene il testo decemvirale, magari scervo di quei commenti che la giurisprudenza successiva a Sesto Eliò vi aveva stratificato così da rendere sempre meno riconoscibile il testo originario: si dovrebbe altrimenti supporre l'assurdo per cui secoli di commenti al testo decemvirale possano, assieme ad esso, rinchiudersi in *uno libello*.

Risulta senz'altro più arbitrario pensare che si tratti di una parafrasi scolastica (nel senso peggiore del termine)⁴⁸ che non accettare l'ipotesi di una tradizione scritta del testo decemvirale aderente al testo originario almeno sino all'epoca di Cicerone⁴⁹. Almeno, quindi, sino alla (seconda) metà del primo secolo a.C.

In questo caso hanno ben poca importanza le obiezioni (che pure si accettano come particolarmente rilevanti)⁵⁰ per cui la non arcaicità della lingua sarebbe un indizio gravissimo a detrimento di tale ipotesi: contro di esse già nel 1903 Charles Appleton⁵¹ sosteneva, sostanzialmente sottolineando la loro fragilità, che la naturale evoluzione della lingua non muta l'essenza del testo⁵². I principali canali di trasmissione ed utilizzo della Legge delle XII Tavole furono fondamentalmente due: quello della concreta applicazione del diritto nelle controversie sottoposte all'attenzione dei giuristi e bisogno di una soluzione o di una regolamentazione, e, almeno a partire da un certo momento⁵³,

⁴⁵ Cfr., ad esempio, l'utilizzo che ne viene fatto da BRETONE, TALAMANCA, *Il diritto*, cit., p. 147, in un paragrafo intitolato appunto *Le XII Tavole e l'immagine dell'antico*, poi ripreso in BRETONE, *Storia*, cit., p. 49.

⁴⁶ Cfr., analogamente, Cic. *de or.*, 1.57.245, dove, parlando di cause testamentarie, si ribadisce il concetto dell'anteposizione delle XII Tavole a tutte le biblioteche.

⁴⁷ E come potrebbe esserne sminuita? Sarebbe come, volendo fare un volo pindarico, attribuire minor valore al testo della Costituzione italiana solo perché riportato in un opuscolo scolastico anziché in una pubblicazione ufficiale.

⁴⁸ Di «parafrasi sorte nelle scuole» parla in quest'accezione, tra gli altri, U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole* (1956), in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1973, p. 625.

⁴⁹ Va ancora una volta segnalato il contrario avviso espresso da GUARINO, *Una palinogenesi*, cit., p. 80 s., nt. 21: «Sull'esistenza, non dico ai tempi di Gaio, ma ancora a quelli di Cicerone, di un testo 'ufficiale' e 'letterale' delle *XII tabulae* io mi permetto di avere forti dubbi. Non porta a questa conclusione nemmeno la notissima affermazione ciceroniana (*leg.* 2.23.59): *...discibamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*. Sarebbe stato veramente troppo pretendere dai *pueri* contemporanei dei giovanissimi Cicerone ed Attico che mandassero a memoria l'intero testo della non breve legge, pur nei suoi più minuti particolari: è molto probabile, invece, che Cicerone, come al solito enfatizzando, voglia solo ricordare, nel passo del *de legibus*, che ai tempi della prima giovinezza sua e di Attico non si mancava di indurre i ragazzi (e con ciò si faceva certamente bene) a memorizzare numerosi squarci caratteristici delle *XII tabulae*, non tanto per apprendere il contenuto tecnico-giuridico, quanto piuttosto per tenere a mente (unitamente ad altri di diversa provenienza) esempi rilevanti di un linguaggio più antico di qualche secolo». Il massimo che Guarino concede è la possibilità che Gaio abbia potuto avere sotto gli occhi, per la composizione del suo commento, «un testo abbastanza completo delle *XII tabulae* (...), eventualmente sulla base di un più antico commento lemmatico».

⁵⁰ Cfr., ad esempio, BRETONE, *Storia*, cit., p. 87.

⁵¹ *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'autenticité des XII Tables*, Paris, 1903, p. 10 e nt. 2.

⁵² In questa prospettiva, cfr. F. STOLZ, A. DEBRUNNER, W.P. SCHMID, *Geschichte der lateinischen Sprache*⁴, Berlin, 1966, trad. it. - *Storia della lingua latina*³ -, Bologna, 1973, p. 69, e G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, I, Bologna, 1944, rist. Bologna, 1983, p. 71 ss.

⁵³ Che si suole indicare nel passaggio, con l'avvento della repubblica, dalla «sacralità» alla «daicizzazione» del sapere: in questo senso, cfr. G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, p. 58 ss.

quello didattico dell'insegnamento del diritto ai giovani studenti: nell'un caso il testo decemvirale serviva alla giurisprudenza come fondamento delle proprie decisioni e come strumento di ardita innovazione creativa allorchando se ne presentasse la necessità⁵⁴, nell'altro la vetusta legge era utilizzata come «un exercise de lecture et d'explication pour la jeunesse»⁵⁵. L'utilizzo era, dunque, un utilizzo vivo, in continua evoluzione ed allo stesso tempo saldamente ancorato all'impostazione tradizionale, come è tipico del costume romano; questo tipo di utilizzo non poteva non implicare un rinnovamento della lingua, ma senza che esso corrompesse irrimediabilmente il testo.

3. Tornando al nostro tema, è stato rilevato⁵⁶ che, per diritto romano, lo stato attuale delle nostre conoscenze in materia di successione *mortis causa* non abbia fonti più antiche della Legge delle XII Tavole, la quale, relativamente alla delazione ereditaria, contiene norme riguardanti tanto il caso delle disposizioni dettate dall'ereditando quanto il caso del *de cuius* che sia morto intestato⁵⁷. A queste seguirebbero disposizioni relative alla tutela, alla sorte dell'eredità del liberto morto senza eredi e alla divisione della comunione ereditaria⁵⁸. Il fatto che la disposizione relativa alla successione testamentaria precedesse quelle relative alla successione *ab intestato* è confermato, secondo l'insegnamento tradizionale⁵⁹, da un duplice ordine di considerazioni: innanzi tutto dalla constatazione che, nelle loro esposizioni del diritto civile, Quinto Mucio Scevola e Masurio Sabino seguivano quest'ordine; inoltre, in un passo di Ulpiano⁶⁰, si osserva che l'ordine seguito dal pretore nel trattare la successione ereditaria è perfettamente simmetrico a quello contenuto nel testo decemvirale⁶¹.

Volendo considerare, più nello specifico, la successione testamentaria, si dovrà aver riguardo in particolare alla cd. norma «uti legassit», in relazione alla quale è noto come le fonti riportino redazioni diverse. Per comodità di esposizione, mutuo il seguente prospetto da Bretonne⁶², che ha il vantaggio di essere quello che meglio evidenzia a colpo d'occhio le diversità tra le varianti: ne vengono individuate almeno sei, ma tutte riconducibili a tre gruppi fondamentali.

1. *Uti legassit suae rei, ita ius esto*⁶³
*Uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*⁶⁴
2. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*⁶⁵
*super pecuniae tutelaeve suae*⁶⁶
3. *Paterfamilias uti super familia pecuniaeque sua legassit, ita ius esto*⁶⁷
*Paterfamilias uti super familia pecuniaeque sua legaverit, ita ius esto*⁶⁸

⁵⁴ Si pensi all'istituto dell'emancipazione in rapporto al precetto contenuto in Tab. IV.2b: BRETONNE, *Storia*, cit., p. 116 ci ricorda come «Punto di avvio è una norma delle XII Tavole. Essa stabiliva che, se il padre alienava il figlio per tre volte, la sua potestà su di lui si sarebbe estinta. E' molto probabile che la norma decemvirale sanzionasse un comportamento paterno abusivo. Ma la fantasia giuridica dei pontefici la piega in un'altra direzione. Si costruisce un complicato meccanismo, idoneo a liberare intenzionalmente (e non come conseguenza non voluta di una condotta illecita) il figlio dal potere del padre».

⁵⁵ APPLETON, *Le testament*, cit., p. 10.

⁵⁶ VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 3.

⁵⁷ Cfr. Tab. V.3-5.

⁵⁸ Cfr. Tab. V.6-10.

⁵⁹ Cfr. VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 3.

⁶⁰ D. 38.6.1.pr. (Ulp. 44 ad ed.): «Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitus fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est».

⁶¹ E questo risulta un ulteriore dato testuale a conforto della tesi, presentata in precedenza, per cui l'ordine delle disposizioni decemvirali ha costituito un modello particolarmente notevole, che ha esercitato per secoli la sua influenza.

⁶² M. BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, p. 26.

⁶³ Gai., *inst.* 2.224 (il Veronese riporta, probabilmente per una svista del copista, «legasset» e «res» al posto di «legassit» e «rei»), D. 50.16.120 (Pomp. 5 ad Q. Muc.), *Inst. inst.* 2.22.pr., e Teoph. *inst. par.* 2.22.pr.

⁶⁴ *Nov.* 22.2.pr.

⁶⁵ *Ep. Ulp.* 11.14.

⁶⁶ D. 50.16. 53.pr. (Paul. 59 ad ed.).

⁶⁷ Cic., *inv.* 2.50.148.

⁶⁸ Auct. Her., *rhet.* 1.13.23.

A queste versioni devono poi aggiungersi le ricostruzioni formulate dai moderni editori: una è quella proposta nel secondo volume dei «Roman Statutes», pubblicati a cura del Crawford⁶⁹, per cui la norma originariamente doveva essere stata redatta nella forma ‘*uti legassit super familia ?pecuniae? tutela sua, ita ius esto*’⁷⁰; un’altra è la versione ‘*uti legassit super familia pecunia tutela (?) suae rei, ita ius esto*’ proposta dagli Studiosi che hanno curato la settima edizione dei «Textes de droit romain» di Girard e Senn⁷¹; infine, va ricordata la versione ‘*uti legassit (= legaverit) super pecunia {m} tutela {ba} <v>e suae rei, ita ius esto*’⁷²: queste tre ricostruzioni presentano, ai fini del presente lavoro, un minore interesse, posto che di esse non si trova riscontro diretto nelle fonti.

Dal punto di vista della struttura, deve riconoscersi la simmetria con un’altra norma decemvirale: ‘*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*’⁷³: questa simmetria⁷⁴, che si assume rispondente ad una identità di funzioni, ha portato il Coli a supporre che la norma ‘*uti legassit*’ «è come se dicesse: (*Cum testamentum faciet*) *uti legassit, ita ius esto*. In entrambe i casi si sanziona non il negozio in sé (*nexum, testamentum*) ma ciò che si fa in esso (*lingua nuncupare, legare*)»⁷⁵; in un caso come nell’altro, si riconosce valore di legge a dichiarazioni di un semplice cittadino⁷⁶. Emergono subito, tanto dalla presentazione delle varie redazioni, quanto dal riconoscimento dell’analogia strutturale con la norma contenuta in *Tab. VI.1*, due dei temi che mi sono proposto di trattare: l’uno relativo alla redazione più vicina al tenore originario della formulazione della norma, l’altro relativo al suo significato. Temi che spesso arrivano ad essere così strettamente connessi da apparire come le due facce della stessa medaglia.

Si assume pacificamente la presenza, in ognuna delle varianti, del segno ‘*legassit*’⁷⁷, forma arcaica per ‘*legaverit*’. La redazione ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’ è quella testimoniata da più fonti. È opportuno considerare più da vicino i testi. Il primo è quello che si legge nelle *Institutiones* giurine:

Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquare praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permettere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur⁷⁸.

Sempre questa redazione è rinvenibile nelle *Institutiones* di Giustiniano ed in una sua Novella:

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositum est. cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset: ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’) ⁷⁹.

νομοθετείτω μὲν γὰρ ἕκαστος ἐπὶ τοῖς ἑαυτοῦ τὰ εἰκότα, καὶ ἔστω νόμος ἡ τοῦτου βουλή, καθάπερ καὶ ὁ παλαιότα-

⁶⁹ «Roman Statutes», ed. M.H. CRAWFORD, II, London, 1996, p. 580.

⁷⁰ Che viene tradotta «As he has disposed by will concernine his *familia* ?or goods? or guardianship, so is there to be a source of rights».

⁷¹ *Le loi des romains* (cur. V. GIUFFRÈ), II, Camerino, 1977, p. 35.

⁷² D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Stuttgart, 1994, p. 136.

⁷³ *Tab. VI.1*.

⁷⁴ Cfr. le osservazioni formulate da C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all’opera di Labone*, Torino, 1997, p.85 ss.

⁷⁵ *Lo sviluppo*, cit., p. 58, nt. 1. Vedremo in prosieguo di testo quanto acuta risulterà questa osservazione.

⁷⁶ Cfr. GAUDEMET, «*Uti legassit...*», cit., che, a p. 110, dichiara «Ici la loi cautionne l’initiative privée».

⁷⁷ Cfr. in questo senso E. NARDI, *I significati del verbo ‘lego’ come termine giuridico*, in «SDHI.», LXIII, 1997, p. 293, dove, in quanto al segno ‘lego’, si rammenta anche la concordia degli etimologisti tanto nel qualificarlo denominativo di ‘lex’ quanto nell’indicare la probabile equivalenza con l’omofono segno greco nel significato di «voce dispongo». Opportunamente il Nardi ricorda che «il testamento, invero, all’epoca delle XII Tavole era orale. Il testatore, quindi, quel che per dopo la morte circa le sue cose voleva, ‘lo diceva’: in forma solenne, e, per riconoscimento delle XII tavole, con assicurato fedele effetto di imperativo giuridico».

⁷⁸ *Gai., inst. 2.224*.

⁷⁹ *Inst. inst. 2.22.pr.*

τος ἡμῖν τῶν νόμον καὶ πρῶτος σχεδὸν τὴν πολιτείαν Ῥωμαίοις διατάξας φησί (φαμὲν δὲ τὸν δωδεκάδελτον), κατὰ τὴν ἀρχαίαν καὶ πάτριον γλῶτταν οὕτως ἵκου λέγων· *uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*⁸⁰.

Un ulteriore riferimento alla versione «breve» è rinvenibile nel commento di Pomponio a Quinto Mucio:

Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium⁸¹.

E' stato rilevato⁸² come quella «breve» sia la formula preferita da Giustiniano, che la utilizza in due luoghi differenti, ammodernando in un caso '*suae rei*' con '*de sua re*'. Buona parte della dottrina è orientata ad assumerla come quella da preferirsi rispetto alle altre: la più alta antichità della redazione si rinverrebbe nel fatto che «essa è la più difficile ad intendersi (almeno nel significato che la tradizione posteriore alle XII Tavole le attribuisce): le altre cercarono di spiegare in qualche modo il contenuto e l'estensione della norma decemvirale»⁸³. Solo il tempo che vide sorgere la statuizione, dunque, non avrebbe necessitato, nella redazione della norma, di aggiunte o chiarimenti.

Queste argomentazioni sono solo parzialmente convincenti. Se il dato della stringatezza come indice di genuinità della redazione lascia perplessi, va tuttavia rilevato come si debba indicare nelle *Institutiones* giustiniane un vero e proprio ufficiale fraintendimento⁸⁴ circa la portata, il significato, della norma. Fondano questo mio convincimento considerazioni di carattere sistematico ed esegetico relative ai due passi appena presentati, l'uno delle *Institutiones* gaiane e l'altro di quelle giustiniane, che si pongono pacificamente in rapporto di derivazione⁸⁵; una derivazione più apparente che reale: giacché se essa risulta (quasi) perfetta nella forma, ad una più attenta analisi si dovrà convenire come le *Institutiones* giustiniane tradiscano quelle gaiane nella sostanza. Il passo di queste ultime, infatti, segue la presentazione dei *quattuor genera legatorum* conosciuti nell'età classica. Gaio completa il suo *excursus* storico sottolineando i pericoli a cui potevano andare incontro gli eredi di testatori particolarmente munifici, capaci di disperdere, sulla base del precetto decemvirale che viene riportato, tutto il patrimonio in legati e affrancazioni, così da lasciare all'erede il vuoto nome d'erede e nulla più: sarà per questo che interverrà un'apposita legislazione limitatrice dell'originaria e piena libertà di disporre tanto legati (l'esposizione istituzionale, infatti, prosegue con la presentazione delle leggi Furia, Voconia e Falcidia)⁸⁶ quanto affrancazioni (Gai., *inst.* 2.228 accenna alla legge Fufia Caninia, e fa rinvio al Primo Commentario⁸⁷ dove tale tematica – quella delle affrancazioni, appunto – è trattata più specificamente). La norma decemvirale viene spiegata da Gaio con l'espressione '*ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur*', dal che discende che il '*legassit*' decemvirale è inteso nel senso di '*testatus esset*'⁸⁸.

⁸⁰ *Nov.* 22.2.

⁸¹ D. 50. 16. 120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*).

⁸² SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., p. 35.

⁸³ VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 4.

⁸⁴ Fraintendimento che, come ho segnalato in apertura di questo scritto, permane ancora oggi tra i moderni.

⁸⁵ Per tutti cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano* (1901), in *Opere di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1929, p. 307 ss. Segnalo sin da ora come la derivazione del passo di Giustiniano da quello di Gaio viene resa ancora più pacifica dal Ferrini mediante un disinvolto utilizzo dei punti di sospensione in luogo delle parole del passo delle *Institutiones* di Gaio in cui devono registrarsi quelle piccole, ma significativissime, differenze rispetto al passo parallelo contenuto in *Iust. inst.* 2.22: in particolare, a p. 376, l'espressione, presente nelle *Institutiones* giustiniane, '*totum patrimonium legatis erogare*' viene indicata come diretta derivazione dell'espressione, contenuta in Gai., *inst.* 2.224, '*totum patrimonium legatis... erogare*'. L'utilizzo dei punti di sospensione, invece dell'inserimento delle parole '*atque libertatibus*' (tra '*legatis*' ed '*erogare*') se, da un lato, ha il pregio di far cogliere subito a colpo d'occhio una derivazione che sotto certi aspetti è indubbia, contribuisce, dall'altro, a far permanere quel fraintendimento in cui caddero già i giustiniane, e che presenterò subito in prosieguo di testo.

⁸⁶ Gai., *inst.* 2.225-227.

⁸⁷ Gai., *inst.* 1.42.

⁸⁸ Per un'importante conferma in dottrina, cfr. ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 37: «Così Gaio mostrava come

Prendendo ora in considerazione il passo delle *Institutiones* giustinianee, si nota subito come, formalmente, il riferimento all'impostazione gaiana sia evidentissimo: anche qui si rammenta come fosse un tempo possibile per i testatori disperdere tutto il patrimonio con disposizioni *mortis causa* a danno dell'erede. Non mi sembra, però, che Giustiniano intenda il '*legassit*' decemvirale nel senso di '*testatus esset*', così come aveva fatto Gaio: quando nelle *Institutiones* giustinianee si parla della possibilità di disperdere il patrimonio, infatti, lo si fa con riferimento alla (sola) libertà di disporre legati: '*libera erat legandi potestas*' si legge in *Iust. inst.* 2.22.pr., e lo si spiega proprio nel senso di disperdere l'intero patrimonio in forza del precetto decemvirale: '*totum patrimonium legatis erogare, (quippe ea lege ita cautum esset: 'uti legassit suae rei, ita ius esto')*' chiaramente fraintendendo il dettato della norma di *Tab.* V.3, che viene presentata qui come se autorizzasse il testatore a dilapidare (a disperdere) il proprio patrimonio (solo) tramite legati.

Credo che almeno due fattori concorrano a creare questo fraintendimento (o semplificazione). Il primo è di tipo linguistico-esegetico: per Giustiniano (e i suoi commissari) la parola '*legare*' in quel contesto non può che voler dire «disporre legati»⁸⁹; se ciò è indubbiamente vero anche per Gaio, quest'ultimo, a differenza di Giustiniano, ci informa che il '*legassit*' decemvirale va comunque inteso nel senso di '*testatus esset*', e cioè in un'accezione ben più ampia, tanto ampia da prestarsi agli eccessi denunciati in *Gai., inst.* 2.224.

Il secondo fattore che, a mio avviso, concorre a creare il fraintendimento è di tipo sistematico: conviene, a questo punto, effettuare una rapida comparazione circa la trattazione che nelle Istituzioni di Gaio ed in quelle di Giustiniano è riservata alla materia dei legati, posto che tanto le une quanto le altre collocano la versione «breve» della nostra norma in tale sede, in passi che, come credo stia emergendo, vorrebbero apparire paralleli e che in realtà lo sono molto meno di quanto sembri a prima vista.

Tanto le Istituzioni di Gaio quanto quelle di Giustiniano recano un passo, che sembra una dichiarazione d'intenti espositivi, in cui si sottolinea come il tema dei legati, essendo inserito nella *sedes materiae* dell'acquisto delle cose '*per universitatem*'⁹⁰, potrebbe apparire fuori luogo, ma essendosi già discusso dei testamenti e degli eredi istituiti per testamento, a ragion veduta si può discorrere anche della materia in questione che, come già rilevato, viene presentata, nelle Istituzioni di Gaio, illustrando i quattro generi di legato conosciuti nell'età classica⁹¹, per poi dar conto dei pericoli a cui gli eredi andavano incontro allorquando i testatori, fondandosi sul disposto decemvirale di *Tab.* V.3, dilapidavano tutto il patrimonio in legati e affrancazioni⁹².

Nelle Istituzioni di Giustiniano, invece, subito dopo la dichiarazione d'intenti espositivi⁹³ che ricalca pedissequamente Gaio⁹⁴, si rende immediatamente conto (per ovvie ragioni storiche) dell'at-

si fosse inteso (da parte degli interpreti antichi già sostanzialmente richiamati, penso) il *legare* decemvirale nel senso di *testari*; il *suae rei* nel senso di *de sua re*; *ita ius esse* nel senso di *ratum haberi*».

⁸⁹) Sembra volerlo dire anche per E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Milano, 1973, p. 64, che traduce in questa maniera il passo di Gaio che sto esaminando: «Un tempo era consentito erogare in legati e affrancazioni tutto il patrimonio, e all'erede nulla lasciare salvo il vuoto nome d'erede: appariva permetterlo la legge delle XII tavole [451-450 a.C.], da cui è disposto che come ciascuno avesse testato delle sue cose, fosse valido, con le parole 'come abbia legato le cose sue, sia legge'. Onde coloro che erano scritti eredi si astenevano dall'eredità e, pertanto, i più morivano intestati». Ora, in questa traduzione si equipara il «testare delle proprie cose» con il '*legare*' decemvirale, salvo poi tradurre il '*legare*' non nel senso di testare, ma di disporre un legato. Forse sarebbe stata meno fuorviante una traduzione con le parole del testo decemvirale lasciate in latino, posto che tradurre il '*legassit*' decemvirale come voce del verbo *legare* può apparire tragicamente pregiudizievole anche e soprattutto in sede di ricostruzione del significato della norma.

⁹⁰) *Gai., inst.* 2.191: '*de his figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur*', *Iust. inst.* 2.20.pr.: '*Post haec videamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de his figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Sed cum omnino de testamentis deque heredibus qui testamento instituuntur locuti sumus, non sine causa sequenti loco post haec iuris materia tractari*'.

⁹¹) *Gai., inst.* 2.192-223.

⁹²) *Gai., inst.* 2.224.

⁹³) *Iust. inst.* 2.20.pr.

⁹⁴) *Gai., inst.* 2.191.

tribuzione di «una natura» ai quattro generi di legato⁹⁵ e della «exaequatio» di legati e fedecommessi⁹⁶ (che vengono tenuti distinti nell'esposizione a soli scopi didattici). Non c'è più, dunque, la puntuale descrizione delle singole tipologie di legato, come era avvenuto nelle Istituzioni di Gaio, ma si illustra un'ampia casistica⁹⁷, seguita dal Titolo «De ademptione legatorum et translatione»⁹⁸, per poi giungere al Titolo «De lege Falcidia»⁹⁹: il passo ricalca quello di Gai., *inst.* 2.224, ma non così fedelmente come invece avviene in *Iust. Inst.* 2.20.pr. rispetto a Gai., *inst.* 2.191: innanzitutto l'attenzione è posta sulla *lex Falcidia*, al punto che il titolo ventiduesimo del secondo libro è intitolato ad essa¹⁰⁰. Da ciò discende una riscrittura del passo, mutuato da Gai., *inst.* 2.224, esclusivamente nell'ottica della limitazione della libertà di disporre legati (si apprende immediatamente che, con la *lex Falcidia*, «modus novissime legatis impositum est»): in questo senso credo debba intendersi la riscrittura del testo gaiano («licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare»: Gai., *inst.* 2.224) in un'accezione, per dir così, «ristretta» («libera erat legandi potestas»: *Iust. inst.* 2.22.pr.), che si ritrova anche nella parafrasi di Teofilo¹⁰¹.

Nelle Istituzioni di Giustiniano, insomma, sottolineando il pericolo di disperdere il patrimonio (solo) mediante legati, cade il riferimento alle affrancazioni (cade l'espressione «atque libertatibus»), tanto è vero che se Gaio, dopo aver elencato le leggi *Furia*, *Voconia* e *Falcidia*, menziona la legge *Fufia Caninia* (e fa rinvio al Primo Commentario) come limitatrice della libertà di affrancare, le Istituzioni di Giustiniano in merito tacciono: si può supporre che tale scelta sia dipesa dai commissari incaricati della composizione delle Istituzioni che, avendo sotto gli occhi, mentre lavoravano, anche il manuale istituzionale di Gaio, una volta terminata la lettura dei cenni da quest'ultimo fatti alle leggi *Furia*, *Voconia* e *Falcidia*, dovettero provare non poco imbarazzo nel leggere la menzione della legge *Fufia Caninia* utilizzata da Gaio come rinvio al Primo Commentario per trattare delle limitazioni della libertà di affrancare servi: la legge *Fufia Caninia*, infatti, fu abrogata da Giustiniano (che ne dà conto nelle sue Istituzioni¹⁰²). La scelta dei commissari, pertanto, può essere stata quella di eliminare ogni riferimento (anche solo in una prospettiva di ricostruzione storica) alle limitazioni della libertà di effettuare affrancazioni *mortis causa* (così da evitare anche una duplicazione del discorso che vien fatto in *Iust. inst.* 1.7), in ciò confortati anche dal dato lessicale cui prima ho fatto cenno: «legare» significava da (almeno) ottocento anni «disporre uno o più legati»; dunque la norma «uti legassit», pur nel suo linguaggio arcaizzante, non poteva che esser chiamata in causa per illustrare problematiche relative all'abuso della (sola) libertà di disporre legati. Questa scelta (o fraintendimento, o semplificazione) è stata effettuata solo nel caso delle Istituzioni, divenendo comunque il dato testuale che ha segnato, se non l'inizio, quantomeno una tappa importante dell'iter che ha portato, anche i moderni, ad identificare il precetto di Tab. V.3 come la «norma sui legati»: di più ampio respiro, infatti, è la portata della norma «uti legassit» che si ricava dai passi contenuti in D. 50.16.120 e in *Nov.* 22.2.pr.

La testimonianza di Pomponio¹⁰³, in particolare, è stata oggetto di attenta considerazione; la maggiore veridicità della formula riportata deriverebbe dal fatto che egli commenta i *libri iuris civilis* di Quinto Mucio: l'antico giureconsulto e pontefice doveva avere accesso al testo delle XII Tavole,

⁹⁵ *Iust. inst.* 2.20.2.

⁹⁶ *Iust. inst.* 2.20.3.

⁹⁷ *Iust. inst.* 2.20.4-35, che comunque resta solo un'eco della casistica presente nel Digesto.

⁹⁸ *Iust. inst.* 2.21.

⁹⁹ *Iust. inst.* 2.22, in particolare 2.22.pr.

¹⁰⁰ Segnalo un altro fattore di confusione nelle inserzioni che gli editori più o meno recenti hanno effettuato nel testo delle *Institutiones* gaiane: per tutti, cfr. «Textes de droit Romain»⁴ (cur. P.F. GIRARD), Paris, 1913, laddove al passo di Gai., *inst.* 2.224 è premessa l'inserzione: «[AD LEGEM FALCIDIAM R.]». E' appena il caso di rilevare come si tratti di una lettura, viziata dall'ottica giustiniana, del testo gaiano, che può portare il lettore poco attento al convincimento, più o meno inconscio, che anche in Gai., *inst.* 2.224 la *lex Falcidia* sia il punto principale del discorso ivi svolto: il che, per i motivi emersi e che emergeranno in prosieguo del testo, non è accettabile.

¹⁰¹ Teoph., *inst. par.* 2.22.

¹⁰² *Iust. inst.* 1.7: «Lege Fufia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertatibus impediendam et quodammodo invidiam tollendam esse censimus, cum satis fuerat inhumanum vivos quidam licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediatur libertati, morientibus autem huiusmodi licentiam adimere».

¹⁰³ Il cui testo è quello noto, contenuto in D. 50.16.120.

senz'altro custodito nell'archivio pontificio, e Pomponio doveva riportare proprio le parole che a sua volta Quinto Mucio aveva tratto dall'archivio dei pontefici. In effetti l'espressione *'verbis legis duodecim tabularum bis'* in apertura di discorso nel frammento contenuto in D. 50.16.120 sembrerebbe essere quasi un monito circa l'attendibilità, la veridicità e l'aderenza al testo decemvirale dei segni immediatamente successivi: *'uti legassit suae rei, ita ius esto'*. Pomponio, dunque, per il tramite autorevole di Quinto Mucio, attesterebbe essere questa, e non le altre, la redazione originaria. Un'ulteriore prova di ciò starebbe nel particolare utilizzo del segno *'legassit'* correlato col dativo *suae rei*¹⁰⁴: *'legare'* viene utilizzato nella antica accezione¹⁰⁵ (che regge il dativo) di *'dare'*/*'dicere'*/*'imponere legem'*¹⁰⁶; così, ad esempio, anche il verbo *curare*, «che nel latino aureo e argenteo è sempre costruito con l'accusativo, reggeva il dativo all'epoca di Plauto, il quale scriveva: *curare rebus*»¹⁰⁷. È stato osservato¹⁰⁸ come dal testo in questione emerga chiaramente il legame tra *lex* e *interpretatio*: in questo caso non c'è confusione o contaminazione, come si è supposto circa la tradizione delle XII Tavole¹⁰⁹, tra dettato legislativo e interpretazione, che invece qui si assumono concorrere ad un reciproco sostegno. Si è sottolineata l'importanza dell'utilizzo del segno *'videri'* tanto nel passo di Gaio quanto in quello di Pomponio¹¹⁰. Il fatto che Gaio usi *'videri'* all'imperfetto è correlato alla considerazione che alla sua epoca le limitazioni alla libertà di testare sono notevoli: basta ricordare il regime imposto dalle leggi *Furia*, *Voconia* e *Falcidia*, che cercarono di impedire che il testatore distribuisse tutto il suo patrimonio *'legatis atque libertatibus'*; e ciò risulterebbe, anche, dall'esposizione di Pomponio: che la *'lattissima potestas'* attribuita al testatore fosse limitata *'interpretatione vel legum vel auctoritate iura constituentium'*¹¹¹ doveva essere chiaro non a Quinto Mucio, ma a Pomponio che, commentandolo, era in grado di riferire sullo sviluppo relativo all'originaria ed ampia libertà di testare concessa dalla norma.

Si è creduto che l'esposizione pomponiana fosse più lunga e dettagliata di quella pervenutaci, la quale si ridurrebbe ad un brevissimo accenno semplicemente perché ai compilatori non interessava, non risultando loro di alcuna utilità: credo allora che vada ribadito come l'intervento dei compilatori sia un forte indizio a favore della possibile non genuinità della redazione qui riportata della norma *'uti legassit'*. Già Solazzi¹¹² aveva attaccato il testo pomponiano sospettando che fosse un rifacimento e, forse con eccessivo zelo nella ricerca dell'interpolazione (non meno nocivo di un'eccessiva trascuratezza nell'analisi critico-esegetica dei testi), arrivava ad affermare che, in esso, si smarrivano tanto il pensiero di Quinto Mucio quanto quello di Pomponio: posizione, questa, che può senz'altro mitigarsi osservando che il testo pomponiano, per quanto in forma riassunta dai commissari giustiniani¹¹³, ci informa dell'esistenza di almeno due stadi storici: quello, iniziale, delle

¹⁰⁴) L'espressione *'suae rei'* sarà un genitivo nella versione (pseudo)ulpiana: cfr., in questo senso, BREONE, *I fondamenti*, cit., p. 36, ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 58 nt. 37.

¹⁰⁵) Di cui si conserva memoria nelle Istituzioni di Gaio, a differenza di quelle di Giustiniano.

¹⁰⁶) Seppur in maniera dubitativa, anche COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 101, fa riferimento a questa ipotesi. Cfr. F. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*³, I, Torino, 1965, sv. *'lego'*, c. 1563 s., A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1959, sv. *'lego'* (dove è curioso notare come venga riportata la versione della norma *'uti legassit'* ricordata dall'*Auctor ad Herennium*), A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1972, sv. *'lego'*, p. 779 s.

¹⁰⁷) COLI, *Il testamento*, cit., p. 626.

¹⁰⁸) BREONE, *I fondamenti*, cit., p. 27.

¹⁰⁹) Cfr. GUARINO, *Una palinogenesi*, cit., p. 78 ss.

¹¹⁰) A questo proposito VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 5 s., scrive: «*videri* è termine della lingua ufficiale: con esso può esprimere il suo *consultum* il senato; esprime la sua *sententia* il giudice, il suo responso il collegio sacerdotale, il suo parere il giurista. *Videri* indica dunque il risultato di una *interpretatio*, di un giudizio di merito, e simili; nel nostro caso, non può indicare se non ciò che *visum est* alla giurisprudenza pontificale sulla portata del precetto legislativo: come dire, che i *verba* delle XII tavole erano quelli riportati, e che l'*interpretatio* li estese oltre il loro significato letterale»: quest'aspetto dell'estensione successiva operata dalla giurisprudenza non mi convince per nulla, come risulterà tra breve in prosieguo di testo.

¹¹¹) BREONE, *I fondamenti*, cit. p. 27 ss., ipotizza una sensibile variante nel testo pomponiano, aggiungendo la parola *'voluntate'* tra *'legum'* e *'vel auctoritate'*, la cui caduta è ritenuta «spiegabilissima dal punto di vista paleografico».

¹¹²) *Diritto ereditario*, cit., p. 38 ss.

¹¹³) Soprattutto nella seconda parte, da *'sed id interpretatione coangustatum est'* alla fine.

XII Tavole, interpretato come quello della *'latissima potestas'* attribuita al testatore, e quello posteriore e restrittivo. Il Voci¹¹⁴ ne individua addirittura tre: quest'autore, infatti, rinviene un momento intermedio tra la fase delle XII Tavole e quella restrittiva in cui l'*interpretatio* avrebbe ampliato di molto la portata originaria della norma, tanto da raggiungere gli eccessi denunciati da Gaio¹¹⁵.

Questa tripartizione convince poco: il versetto decemvirale sulla successione testamentaria dovette da subito confermare l'amplissimo potere di disposizione del *paterfamilias*¹¹⁶: la successiva opera di interpretazione della giurisprudenza in senso estensivo (quello che Voci indica come secondo momento) null'altro dev'essere stato che una normale applicazione del principio generalissimo alla variegata casistica di cui ancora oggi il diritto ereditario romano ci porta numerosi esempi: non si trattò, pertanto, di una vera e propria innovazione, ma semplicemente di applicazione ai casi concreti e controversi, affrontati con frequenza, del principio – già esistente – della massima libertà di disporre delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte: questa *'latissima potestas'* doveva poi avere come fattore di controllo e contenimento l'esempio dei *mores maiorum*: soprattutto in età arcaica un *paterfamilias*, per quanto liberissimo di testare, non avrebbe mai liquidato le sostanze ereditarie (o la loro maggior parte) a soggetti diversi dai *sui* o, comunque, dai *proximi adgnati*. La fase limitativa, invece, merita una considerazione particolare: essa, infatti, interviene sul principio della libertà di testare limitandolo, al fine di non lasciare all'erede l'*inane nomen heredis*, magari in aggiunta al passivo ereditario: e ciò deve ricondursi ad un'epoca più recente, in una col venire progressivamente meno della strettissima osservanza dei *mores*.

Si è già rilevato come il principale argomento a favore della versione più breve starebbe proprio nella sua concisione: ma proprio quella concisione sembra deporre per l'esatto contrario, in null'altro traducendosi la formula breve che in un riassunto¹¹⁷ di una più lunga formulazione precedente. Essa non risulta una lezione appropriata per l'età arcaica: è stato osservato in dottrina¹¹⁸ come la nozione di *'res'* nel senso di «cosa» è così antica che sembra perdersi nelle origini dell'esperienza umana; e, in un'accezione tecnico-giuridica, ben può definirsi cosa «ogni parte limitata (o concepita come tale) del mondo esteriore, idonea ad appagare bisogni umani e suscettibili di sfruttamento a esclusione di altri»¹¹⁹, ma tale segno – da solo – non può indicare tutto quello che, con espressione più tarda, sarà chiamato *'patrimonium'*: al massimo il segno *'res'*, al plurale, è utilizzato per indicare alcuni beni.

Conviene dunque procedere oltre e considerare un'altra ipotesi. Nei *Tituli ex corpore Ulpiani* si rinviene la seconda redazione della norma:

Testamento quoque nominantim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis: 'uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto': qui tutores dativi appellantur¹²⁰.

Questa redazione ricollega un duplice oggetto al *legare*: *'pecunia'* e *'tutela'*. Sembrerebbe trovare conferma in un testo di Paolo contenuto nel Digesto¹²¹, ed è quella che «accolta dal Cuiacio e dal Gra-

¹¹⁴) *Diritto ereditario*, cit., p. 7 s.

¹¹⁵) Cfr. sempre Gai., *inst.* 2.224.

¹¹⁶) Contrario a questa impostazione, da ultimo, G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*³, Torino, 1995, p. 81, ove si ritiene che le «modulazioni» della *'latissima potestas'* del testatore (individuate nell'istituzione di erede, nella facoltà di lasciare legati, in quella di manomettere gli schiavi e di nominare tutori) siano frutto dell'«ottica tarda dei giuristi classici».

¹¹⁷) Al pari del frammento pomponiano che la contiene.

¹¹⁸) F. GALLO, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, in «Gaetano Scherillo. Atti del Convegno. Milano, 22-23 ottobre 1992», Bologna, 1992, p. 92.

¹¹⁹) GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 92.

¹²⁰) *Ep. Ulp.* 11.14.

¹²¹) D. 50.16.53.pr. (Paul. 59 ad ed.): 'Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis. Interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud veteres 'adgnatorum gentiliumque', pro separatione accipitur. At cum dicitur 'super pecuniae tutelave suae' tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus 'quod dedi aut donavi' utraque continemus'. Come emergerà in prosieguo di testo, il passo è notoriamente ritenuto corrotto.

vina, (...) figura in tutte le edizioni delle XII Tavole da quella del Dirksen in poi»¹²²: ad essa, insomma, si è sempre rivolta la preferenza degli editori¹²³, e si è sempre contesa la qualifica di maggiormente rispondente al tenore originario del disposto della norma decemvirale con la versione riportata da Pomponio, Gaio e Giustiniano. Chi preferisce la redazione ulpiana invoca, a conforto della propria tesi, l'osservazione che in diversi luoghi si trova ascritta alle XII Tavole la tutela testamentaria¹²⁴; ma già nel 1902 Charles Appleton¹²⁵, rifacendosi al noto passo di Pomponio¹²⁶, sottolineava come la menzione espressa della tutela nel versetto decemvirale sarebbe risultata inutile, vera essendo quella originaria *'latissima potestas'*, attribuita al testatore dalle parole della Legge delle XII Tavole e dalla quale sarebbe derivata, tra l'altro, anche la facoltà di *'constituere tutelae'*. Gaio afferma chiaramente che dalla Legge delle XII Tavole fu permessa la *tutela impuberum*¹²⁷: tuttavia si è supposto che il segno *'tutela'*, ipoteticamente presente nel terzo frammento della quinta *tabula*, dovesse intendersi in un'accezione estremamente ampia, tanto da avere come oggetto specifico la custodia del patrimonio¹²⁸: ma l'osservazione di Appleton ha resistito al tempo, e questo è senz'altro un indizio della sua raffinatezza. In Italia la riprese per primo nel 1920 Ugo Coli, nel suo studio giovanile sullo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano¹²⁹. In seguito, Siro Solazzi¹³⁰, pur richiaman-

¹²² COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 96 nt. 44, dove si sottolinea come sia «caldeggiata dagli autori che attribuiscono valore alla distinzione tra *pecunia e familia*»: questa affermazione, in verità, lascia il lettore un po' sconcertato, posto che gli autori «che attribuiscono valore alla distinzione tra *pecunia e familia*» dovrebbero concentrare la loro attenzione sulla versione «retorica» della norma.

¹²³ E non solo degli editori, posto che, volendo sottolineare la fortuna notevole che la versione ulpiana ha avuto anche in dottrina, COLI, *Il testamento*, cit., p. 624, nt. 43, riprendendo quanto già affermato ne *Lo sviluppo*, cit., p. 96 s. e nt. 44, scrive: «Inutile fare citazioni, la lista di coloro che adottano questa lezione sarebbe interminabile. Ricordo piuttosto i pochi che non l'adottano: Schirmer, Voigt, Lambert, Appleton, Scialoja, Pacchioni, Woess, Hägerström, Wlasak, Wieaker, Kaser, Voci: questi preferiscono la versione che anch'io preferisco; vi sono poi i pochissimi che preferiscono la versione ciceroniana. Alcuni tra gli autori meno recenti fondono insieme la versione ulpiana con quella ciceroniana: *'super familia pecuniaque tutelave suae rei'* (Turnebo, Einuccio, Bynkershoek, Huschke, Pernice)». Mette appena conto rilevare come quest'ultima redazione, derivante dalla fusione di altre due, che è sostanzialmente quella poi proposta nella settima edizione dei *«Textes de droit romain»* di Girard e Senn, non sembra essere informata a criteri di priorità filologica del testo, non trovando alcuna conferma diretta nelle fonti, al pari, come si è visto in precedenza, della versione fornita nel secondo volume dei *«Roman Statutes»*, pubblicati a cura del Crawford, e di quella proposta dal Flach. S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *«Atti e Memorie dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria»*, XL, 1975, p. 159 ss., che preferisce la redazione «retorica» della norma, si stupisce della fortuna che ha avuto tra i moderni la diversa formulazione contenuta in *Ep. Ulp.* 11.14.

¹²⁴ In particolare, rileverebbero: D. 26.2.1.pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*): *'Lege XII tabularum permissum est parentibus (...) tutores testamento dare'*, D. 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*): *'Testamento quemlibet possumus tutorem dare (...) quia lex XII tabularum id confirmat'*, D. 50.16.53.pr. (Paul. 59 *ad ed.*): *'(...) cum dicitur super pecuniae tutelae suae tutor separatim sine pecunia dari non potest'*, Gai., *inst.* 1.155: *'Quibus testamento quidam tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi'*. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1971, p. 89, nt 31.

¹²⁵ *Le testament*, cit., p. 59: «Si la loi avait expressément parlé de tutelle, Pomponius n'avrait pas lesoin d'argumenter de la généralité de ses termes pour prouver que le testateur a le pouvoir de nommer des tuteurs; il n'aurait qu'à citer le texte». Conformemente A. GUARINO, *Le «XII Tabule» e la «tutela»* (1948), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 150 ss., H. LÉVY-BRUL, *La tutelle des XII Tables*, in *«Studi S. Solazzi»*, Napoli, 1948, p. 318 ss. (in particolare p. 323) sostiene che la tutela testamentaria intesa come istituto autonomo sarebbe sorta in epoca successiva a quella delle XII Tavole.

¹²⁶ D. 50.16.120.

¹²⁷ D. 26.2.1pr (Gai. 12 *ad ed. prov.*), Gai., *inst.* 1.144-145, 1.155, 2.47.

¹²⁸ Cfr., in questo senso, ALBANESE, *La successione*, cit., p. 434 ss., e *Osservazioni*, cit., p. 58 ss. (ove si richiama l'analoga posizione sostenuta dal BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 35 e la letteratura ivi citata): L'Albanese, sostenitore della redazione della norma tramandata dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, intende l'espressione *'legare super tutela suae rei'* come il riconoscimento legislativo della *mancipatio familiae*, attribuendo quindi a *'tutela suae rei'* il significato di «custodia e destinazione del proprio patrimonio dopo la morte, custodia e destinazione di cui veniva incaricato fiduciarmente l'amico utilizzato come *familiae emptor*». Aderisce cautamente a questa ricostruzione FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., p. 81. Per il momento mi limito a segnalare tutta l'ambiguità che la parola *'tutela'* assume nelle redazioni della norma che la riportano: se le argomentazioni che la vorrebbero ricondurre alla tutela del patrimonio sono senz'altro suggestive, non si può dimenticare che il testo di Paolo contenuto in D. 50.16.53.pr., per quanto corrotto, indica chiaramente la *'tutela'* nel senso di «tutela testamentaria» e non in quello di «custodia del patrimonio».

¹²⁹ *Lo sviluppo*, cit., p. 97.

do l'osservazione di Appleton contro la presenza del segno 'tutela' in Tab. V.3, ne ammetterà comunque la presenza: fermo restando che il testo di Paolo riportato in D. 50.16.53.pr.¹³¹ è gravemente corrotto, Solazzi osserverà come un glossatore, per quanto sgrammaticato ed incompleto, non avrebbe comunque scritto 'super pecuniae tutelaevae suae' se qualche fonte non avesse fatto menzione della tutela. Sarebbe questa, per Solazzi, la prova che i classici attribuivano alle XII Tavole una clausola ad essa relativa¹³², supportata dall'ulteriore sua argomentazione, accennata in precedenza, per cui, essendo riconosciuto come gravemente corrotto anche il testo di Pomponio¹³³ contenuto in D. 50.16.120, neanche la versione della norma 'uti legassit' ivi presentata, può dirsi attendibile.

Eppure vale la pena di effettuare ancora qualche altra considerazione relativamente al significato del segno 'tutela' e al suo eventuale rapporto con la norma contenuta in Tab. V.3. Il dato testuale, anche nel caso del tormentato passo contenuto in D. 50.16.53.pr., depone per «tutela testamentaria», e non per «custodia del patrimonio»: quest'ultima lettura sembra derivare più che altro da una certa interpretazione del passo in cui Gaio, descrivendo il rito librato celebrato per compiere il negozio *mortis causa*, riporta la formula pronunciata dal *familiae emptor (mancipio accipiens)*¹³⁴, il quale si assumeva il compito di custodire il patrimonio del *mancipio dans*. Molto probabilmente i segni posti vicino al 'legassit' decemvirale, invece, concorrevano all'individuazione ed alla delimitazione dell'ambito entro il quale il *paterfamilias* avrebbe potuto 'dicere legem' per il periodo successivo alla propria morte. Ora, è chiaro che egli avrebbe potuto fare ciò in relazione a tutto quello che ricadeva sotto la sua *potestas*, autorevolmente presentata, per l'epoca arcaica, come «signoria unitaria e personale»¹³⁵ su persone e cose: sotto la *potestas* del *paterfamilias*, quindi, ricadeva tanto un elemento umano¹³⁶ quanto uno non umano¹³⁷. Accostare, nella ricostruzione del versetto contenuto in Tab. V.3, i segni 'pecunia' e 'tutela', per voler indicare, delimitandolo, l'ambito entro cui si sarebbe esplicata la *potestas* si traduce, però, in una disarmonia: ed infatti il segno 'tutela' lascerebbe «scoperte» tutte le disposizioni *mortis causa* rivolte all'elemento umano non rientranti nell'ambito tutelare (penso innanzitutto alle affrancazioni dei servi) e che non possono, per ovvie ragioni, rientrare nell'ambito indicato dal segno 'pecunia': per questi motivi neanche la lezione 'uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto' sembra quella originaria¹³⁸.

¹³⁰) *Diritto ereditario*, cit., p. 38 ss.

¹³¹) Solitamente invocato per confermare, ancorché indirettamente, la presenza della parola 'tutela' nella redazione della nostra norma.

¹³²) Con questa affermazione SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., p. 40 è però volutamente ambiguo: dire che «si ha così la prova che i classici attribuivano alle XII Tavole una clausola relativa alla tutela», non significa dire che attribuissero tale clausola proprio al versetto decemvirale.

¹³³) Al punto che egli sostiene lo smarrimento tanto del pensiero di Quinto Mucio, quanto di quello dello stesso Pomponio.

¹³⁴) Si tratta del passo riportato in Gai., *inst.* 2.104, che sarà presentato in prosieguito di testo.

¹³⁵) Cfr. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*, in «Studi P. De Francisci», II, Milano, 1956, p. 206 ss. e 229 s., «Potestas» e «dominium» nell'esperienza giuridica romana, in «Labeo», XVI, 1970, p. 21, p. 56 ss., e *Idee vecchie e nuove sui poteri del paterfamilias*, in «Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica, Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982», p. 37 ss. In senso contrario va ricordata la posizione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 61 ss., e *Ancora sui poteri del «paterfamilias»*, in «BIDR.» LXXIII, 1970, p. 1 ss. Rivaluta la posizione della signoria unitaria A. M. RABELLO, *Effetti personali della «patria potestas»*, I, *Dalle origini all'età degli Antonini*, Milano, 1979, p. 63 ss. Cfr. inoltre G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984, p. 1 ss., ove ulteriore letteratura.

¹³⁶) Bisognoso, generalmente, dell'attribuzione di tutele, ma destintario anche, nel caso degli schiavi, di affrancazioni.

¹³⁷) Si trattava, ad esempio, della globalità dei beni, che dovevano essere divisi tra eredi e legatari, e della sorte di debiti e crediti. Per un'analoga impostazione, cfr. M. F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I, Firenze, 1942, p. 20 ss.

¹³⁸) Ancora una volta va ricordato che spesso, affrontando queste tematiche, non si può far altro che orbitare nell'ambito della congettura, e la scelta di quale sia la redazione più attendibile della norma 'uti legassit' «costituisce un azzardo», per dirla col SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., p. 35. Di «azzardo» relativo a questa scelta parla, rifacendosi proprio al Solazzi, il BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 26 ss.; ma l'orientamento di quest'ultimo autore (che predilige la

Conviene, a questo punto, prendere in considerazione l'altro gruppo di redazioni che ricollega al *'legassit'* decemvirale un duplice oggetto: e cioè la versione ciceroniana contenuta nel *De inventione*, e quella, sostanzialmente analoga, riportata dall'*Auctor ad Herennium*. Sono tradizionalmente ritenute le meno attendibili, anche se le si è costantemente liquidate con due tipi di argomentazioni (inferiorità della tradizione retorica rispetto a quella giuridica, e inattendibilità di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium*, i quali riporterebbero imprecisamente a memoria il versetto decemvirale falsandone la formulazione) che costituiscono un sostanziale rifiuto di partenza di sottoporle ad un'analisi critica. Va preliminarmente ricordato come il *De inventione* sia un'opera giovanile sulla retorica dell'Arpinate non ancora venticinquenne (approssimativamente riconducibile all'84 a.C.)¹³⁹. Essa è solo una parte di una più ampia opera che egli contava di scrivere, avente ad oggetto appunto quella capacità di reperire il materiale pertinente ad un discorso, in ciò consistendo l'*inventio*, uno dei cinque compiti dell'oratore, assieme alla *dispositio*, che comporta la composizione dei materiali in materia organica; alla *elocutio*, che riguarda la scelta dello stile adatto per l'occasione: elevato, medio o piano; alla *memoria*, cioè la tecnica della memorizzazione dei discorsi; ed infine all'*actio*, che riguarda la tecnica dell'oratoria pubblica¹⁴⁰. Della materia oggetto della trattazione si spiega come debba essere scelta e disposta, illustrando le sezioni in cui dev'essere divisa l'orazione e il genere di esposizione adatto a ciascuna sezione: per quanto qui interessa, va rilevato come il passo che riporta la redazione della norma *'uti legassit'* si trova nel secondo libro, dove, dopo aver parlato degli aspetti controversi di un testo quali ambiguità, *ratio* e scrittura, contraddizione nelle leggi, si affronta il tema dell'analogia (che precede l'ultimo: quello della definizione). Il *De inventione* sarà rimpiazzato nel 55 dal *De oratore*¹⁴¹ il grande dialogo retorico composto da Cicerone ormai più che cinquantenne negli anni in cui la scrittura costituirà la sua consolazione, dopo il ritiro dalla vita politica della Repubblica, ormai prossima alla fine. La *Rhetorica ad Herennium*, invece, è un trattato sull'oratoria in quattro libri, scritto tra l'86 e l'82 a.C. e dedicato a G. Erennio da un autore sconosciuto; lo si è ricondotto ad un certo Cornificio¹⁴², ma anche a Cicerone¹⁴³, sembrando in qualche modo collegato col *De inventione*¹⁴⁴. Anche in

più concisa redazione adottata da Pomponio, Gaio e Giustiniano) è forse viziato dal particolare oggetto del suo studio, concernente la significatività, nel diritto privato romano, della distinzione tra cose corporee e cose incorporee, e la particolare *vis attractiva* che il segno *'res incorporalis'* avrebbe esercitato, prima ancora che nella dogmatica giuridica a partire da Quinto Mucio, già nella riflessione filosofica. In questo caso, scegliere come genuina la redazione *'uti legassit suae rei, ita ius esto'* permette al Bretone di collegare al segno *'res incorporalis'* un discorso sull'eredità, che, secondo lo Studioso, si affianca ad altre «figure» quali l'obbligazione, i diritti reali, gli istituti familiari, l'azione giudiziaria: «che reclamano di essere definite, e che rispondono ciascuna ad un problema pratico da risolvere» (BRETONE, *op. cit.*, p. X).

¹³⁹ La datazione non è pacifica: cfr., infatti, N. MARINONE, *Cronologia ciceroniana*, Roma, 1997, p. 274, dove si tende a collocare l'opera ciceroniana tra gli anni 86-83, pur dando comunque conto delle oscillazioni che si hanno tra studiosi ed editori, tanto da registrare anche datazioni che riportano il *De inventione* all'anno 87, ed altre che scendono sino all'anno 81.

¹⁴⁰ Cfr., in questo senso, Quint., *inst. or.*, 3.3.1: *'Omnis autem orandi ratio, ut plurimi maximique auctores tradiderunt, quinque partibus constat: inventio, dispositio, elocutio, memoria, pronuntiatio sive actio (utroque enim modo dicitur). Omnis vero sermo, quo quidam voluntas aliqua enuntiatur, habeat necesse est rem verba'*.

¹⁴¹ Cfr. Cic. *de or.*, 1.2.5, dove si fa preciso riferimento al *De inventione*, inquadrandolo come un'elaborazione teorica giovanile, basata su appunti di scuola, appena abbozzata e grossolana.

¹⁴² In forza di numerosi riferimenti, presenti nell'*Institutio oratoria* di Quintiliano, che farebbero deporre in questo senso: cfr., ad es., Quint. *inst. or.* 3.1.21, 5.10.2, 9.3.89.

¹⁴³ Tanto che si registrano ancora edizioni critiche in uesto senso: cfr., infatti, CICERONE, *La retorica a Gaio Erennio* (cur. F. CANCELLI), Milano, 1988, dove, in quanto alla paternità dell'opera (p. VIII) si rileva come «vano è poi riuscito ogni tentativo di trovarne l'autore; più volte si è affacciato, certo il più suggestivo e con qualche buona parvenza, il nome di Cornificio, ma le referenze di Quintiliano si rivelano illusorie a costituire la identificazione di quel retore con l'anonimo, con in più la insuperabile difficoltà cronologica, in duplice senso: non aversi un Cornificio indicabile come autore del trattatello, corrispondente al periodo della sua stesura, e il Cornificio di Quintiliano è, con ogni verosimiglianza, dell'età augustea».

¹⁴⁴ Cfr. H. CHADWICK, *The Oxford Classical Dictionary*², Oxford, 1970, trad. it. – *Dizionario di antichità classiche* – Milano, 1995, sv. *'Rhetorica ad Herennium'*, p. 1801 (dove si rileva come i primi dubbi sulla coincidenza tra Cicerone e l'*Auctor* risalgono al XV secolo) e «Oxford Companion to Classical Literature»², Oxford, 1989 (*dir.* M. C. HOWATSON), trad. it. – *Dizionario delle letterature classiche* –, Torino, 1993, sv. *'Rhetorica ad Herennium'*, p. 809. È interessante notare come, nel suo commento al Titolo ventiduesimo del Secondo Libro delle Istituzioni giustiniane, Dioniso

questo scritto, che risulta un interessante esempio relativamente antico di prosa latina, si analizzano le cinque parti della retorica.

Ex ratiocinatione nascitur controversia cum ex eo quod uspiam est ad id quod nusquam scriptum est venit, hoc pacto: Lex: Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto. Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, lignae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidem eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes in tabulis, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos qui heredes scripti sunt, et inter adgnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi eis qui in eo loco sint adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, haberitne testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem¹⁴⁵.

Ex ratiocinatione controversia constat, quum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudinem quandam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex est, Si furiosus existit, adgnatum gentiliumque in eo, pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Qui parentem necasse iudicatus erit, is obvolutus et obligatus corio, devehatur in profluentem. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestatus moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentilium esto. Malleolus iudicatus est matrem necasse; ei damnato statim folliculo lupino os obvolutum est, et soleae lignae pedibus inductae sunt, et in carcerem ductus est. Qui defendebat eum, tabulas in carcerem afferunt: testamentum ipso praesente conscribunt; testes rite adfuerunt: de illo supplicium paulo post sumitur: ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum oppugnaverit in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis. Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, e quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit, aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima est ex ratiocinatione¹⁴⁶.

Si tratta del cosiddetto «testamento di Publicio Malleolo»: è pacifico, tra gli studiosi che si sono occupati specificamente del problema, che tanto Cicerone quanto l'*Auctor ad Herennium* si riferiscono al medesimo episodio¹⁴⁷. Data la sostanziale conformità dei due resoconti, anche sotto il profilo

Gotofredo si riferisca espressamente a Cornificio, omettendo di citare Cicerone: cfr., infatti, «Corpus Juris Civilis Romani» (cur. S. VAN LUUWEN), I, Neapoli, 1828-1830, p. 46 nt. 15.

¹⁴⁵ Cic., *inv.*, 2.50.148.

¹⁴⁶ Auct. Her., *rbet.*, 1.13.23.

¹⁴⁷ Cfr. quanto esaustivamente riportato da F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in «Studi A. Biscardi», VI, Milano, 1987, p. 230 s. Il confronto tra il resoconto ciceroniano e quello dell'*Auctor* viene presentato già da E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927, rist. Roma, 1964, p. 211 ss. dove si individuano i relativi testi «come un tipico esempio di una controversia *ex ratiocinatione*, non risolvibile, come tale, mediante il ricorso ad una norma concreta di legge, ma sì risolvibile soltanto mediante l'applicazione analogica d'una o più norme, quella che riguarda la validità di un testamento posto in atto da chi, convinto di parricidio, secondo il nostro, o di matricidio, secondo l'*Auctor*, sia condannato al supplizio orrendo, comminato ad un tanto delitto. Si presuppone, in entrambi codesti luoghi, che il testamento sia dettato dal condannato, mentre egli, stretto in ceppi e già col capo ricoperto del *folliculus*, è sostenuto in carcere, nell'attesa che si appresti il sacco nel quale dovrà essere racchiuso e gettato nell'*aqua profluens*, a subirvi la fine dei parricidi. Contro gli eredi istituiti nel testamento insorgono gli eredi legittimi: gli agnati in generale, secondo il luogo del *de inventione*; solo il minor fratello del condannato ed accusatore di lui, secondo l'*Auctor ad Herennium*. Nessuno dei due testi riferiti dianzi accenna agli argomenti dedotti dagli eredi legittimi a conforto della loro istanza, per far dichiarare la nullità del testamento. Ma dal fatto che in entrambi, fra le leggi sulle quali può aggirarsi la discussione, a lato di quella relativa alla potestà del padrefamiglia di testare e di quella attinente l'ordine delle successioni intestate e la vocazione a queste degli agnati, si adduce anche l'altra relativa alla *potestas* precostituita a pro dei medesimi sopra il *furiosus*, è stato supposto che il testamento del parricida fosse impugnato, perché il parricida si avesse a trattare appunto quale *furiosus*». La vicenda di Malleolo viene considerata anche da A. GUARINO, *Le «XII Tabulae» e il caso di Malleolo* (1989, col titolo: *Variazioni sul tema di Malleolo*), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 165 ss.

dello stile espositivo, e appurato che Cicerone e l'*Auctor* non sono la stessa persona¹⁴⁸, si può ipotizzare che entrambi questi autori hanno lavorato attingendo da fonti comuni¹⁴⁹; in considerazione, poi, della testimonianza ciceroniana, contenuta nel *De oratore*¹⁵⁰, in cui la materia del *De inventione* viene ricordata come un'elaborazione teorica giovanile e scolastica, si può ulteriormente supporre che, essendo le due opere coeve, ben potrebbero essere tutte e due il prodotto di discepoli che hanno avuto lo stesso maestro (o addirittura di due compagni di scuola).

Per quanto riguarda il presente lavoro, va rilevato che entrambi gli autori riportano la redazione della norma '*uti legassit*': essa differisce dalle altre innanzitutto per l'inserimento del soggetto, *paterfamilias*, e per la sostituzione dell'espressione '*familia pecuniaque sua*' a '*pecunia tutelave suae rei*'. Ci si è chiesti se la presenza o meno del segno '*paterfamilias*' sia indicativa dell'originarietà o, al contrario, della recenziarietà della redazione. Si è detto¹⁵¹ che l'assenza del soggetto è un indice della maggiore arcaicità del linguaggio; ma si è anche ipotizzato¹⁵² che il soggetto, presente nella redazione originaria, sia stato successivamente eliminato in conseguenza della generalizzazione della facoltà di testare¹⁵³. La presenza del soggetto nella redazione della norma è confermata da una tradizione tutt'altro che recente, come è stato segnalato, senza particolare fortuna, nel 1942 da Maria Federica Lepri, la quale ribadisce come «non mancano del resto coloro che hanno pensato (anche indipendentemente dal testo ciceroniano) che le XII tavole contenessero l'indicazione: *paterfamilias*»¹⁵⁴. Vedremo tra breve come, rifacendoci a quella tradizione, apprenderemo anche una singolare concordanza relativa al significato della norma '*uti legassit*', e potremo formulare un'ipotesi sullo stato (sulla condizione) della successione testamentaria all'epoca delle XII Tavole.

L'utilizzo, da parte di Cicerone e dell'*Auctor*, dell'espressione '*familia pecuniaque*' implica poi un'ulteriore serie di problemi relativi alla delimitazione dell'ambito di questi segni: è del Wlassak¹⁵⁵ l'osservazione per cui le fonti¹⁵⁶ riportino il segno '*familia pecuniaque*' soltanto nella formula della *mancipatio familiae*¹⁵⁷: '*familia*' avrebbe rappresentato l'insieme di quello che possiamo chiamare, con terminologia giuridica moderna, il «patrimonio indisponibile» del *paterfamilias* e spettante ai *sui*. Il se-

¹⁴⁸ Alla serie di considerazioni per cui Cicerone non deve identificarsi con l'*Auctor* aggiungo la seguente: è pensabile che un ragazzo (quale era l'Arpinate all'epoca della composizione del *De inventione*) scriva un'opera e poi ne faccia circolare un'altra sotto falso nome (o in maniera del tutto anonima)? Ritengo un'ipotesi del genere parecchio inverosimile.

¹⁴⁹ A. GUARINO, *Postilla prima: «Familia pecuniaque»* (1944), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 134 sostiene che Cicerone «ha palesemente ricalcato» l'*Auctor*.

¹⁵⁰ Si tratta del passo, già citato, che si può leggere in Cic., *de or.*, 1.2.5.

¹⁵¹ P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Roma, 1925, p. 212 ss., e S. SOLAZZI, *La questione dell'autenticità delle XII Tavole*, in *Annuario dell'Università di Urbino*, 1902-1903, p. 40.

¹⁵² LEPRI, *Saggi*, cit., p. 13 s. Cfr. inoltre A. GUARINO, *Le «XII Tabulae» e la «tutela»* (1948), in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 147 dove si ricorda l'originaria incapacità di testare delle donne, spiegata – attingendo da E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in «BIDR.», XLVIII, 1941, p. 74 ss. – nel senso dell'arcaica situazione di perpetua incapacità di diritti delle stesse.

¹⁵³ Tanto che le fonti postclassiche, oltre ad eliminare il soggetto, introducono il segno '*quisque*' (cfr., infatti, *Nov. 22.2.pr.*).

¹⁵⁴ LEPRI, *Saggi*, cit., p. 13 s. e nt. 3, dove si rammenta che accolsero, tra gli altri, la presenza di '*paterfamilias*' Baldovino, Rosini, Conti, Fadda, Romano. A quest'elenco si può aggiungere anche la lezione riportata da J. GOTHOFREDUS, *Fragmenta xii tabularum, Probationes ad Tabulam V*, in «Thesaurus juris Romani» (cur. E. OTTO), Basileae, 1744, III, col. 95, dove alla norma '*uti legassit*' è addirittura premessa la dicitura 'LEX. PATERFAMILIAS'. Si deve inoltre notare come G. F. M. DE CAQUERAY, *Explication des passages de droit privé contenus dans le oeuvre de Cicéron*, Paris, 1857, rist. Darmstadt, 1969, p. 192, 388, 417 riporti, aggiungendovi il soggetto, la formulazione pseudopulpeana della norma, che viene tradotta (p. 389): «Ce que le père de famille statura sur son patrimoine et sur la tutelle de ses enfants (*suae rei*), sera le droit»: e ciò viene spiegato (p. 192) scrivendo che «Les enfants étaient la chose du père (*sua res*), et le père pouvait leur désigner un tuteur testamentaire, qui était préféré à tous autres. Quant au patrimoine, le père de famille pouvait en disposer comme bon lui semblait. Il instituait héritier son fils, ou bien, en le passant sous silence, conférait l'héritage à un étranger. Son testament était toujours une loi: ITA JUS ESTO».

¹⁵⁵ M. WLASSAK, *Studien zum Altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, Wien, 1933, p. 5 ss.

¹⁵⁶ Gai., *inst.* 2.104.

¹⁵⁷ La LEPRI, *Saggi*, cit. p. 14 nt. 1 sottolinea come anche il Wlassak non accetti la bontà della testimonianza ciceroniana (e, conseguentemente, anche di quella dell'*Auctor*).

gno ‘*pecunia*’, invece, avrebbe indicato, delimitandolo, l’ambito dei beni propri del testatore, che egli avrebbe potuto attribuire in piena libertà, costituendo ciò che oggi chiameremmo «la quota disponibile». Questa impostazione ha avuto un seguito larghissimo nella dottrina romanistica¹⁵⁸, soprattutto quella più recente, che, comunque, è arrivata a sospettare che l’espressione ‘*familia pecuniaque*’, utilizzata per indicare il patrimonio nel suo complesso, non sia la più antica, individuata, per esempio, già dal Voigt¹⁵⁹ nel sintagma ‘*domus familiaque*’; in seguito, all’inizio della Repubblica e all’epoca delle XII Tavole, tanto ‘*domus*’ quanto ‘*familia*’ avrebbero avuto lo stesso significato. L’espressione ‘*familia pecuniaque*’ sarebbe sorta in epoca successiva alle XII Tavole.

Si è però dubitato¹⁶⁰ della possibilità di un ritorno ad una duplice espressione dopo che uno dei termini che la componevano (‘*familia*’) era già divenuto idoneo a indicare il complesso patrimoniale del *paterfamilias*; inoltre è stata messa in dubbio la stessa arcaicità dell’espressione ‘*domus familiaque*’, vuoi perché riferita in fonti che si sono riconosciute poi oggetto di interpolazione¹⁶¹, vuoi perché, quand’anche l’attestazione sia risultata di una certa antichità, il binomio in questione non riusciva comunque a delimitare esaustivamente il complesso degli elementi sottoposti, in epoca arcaica, alla *potestas* del *paterfamilias*¹⁶², poi oggetto di successione alla morte di costui. In particolare, la Lepri ha dimostrato come col segno ‘*domo*’ non si sia mai indicato in senso tecnico, oltre che la sede, il domicilio, anche, e più in generale, la sostanza domestica: di conseguenza, il binomio ‘*domus familiaque*’ non risulta essere adatto ad indicare ciò che, invece, è indicato da ‘*familia pecuniaque*’, che, tra l’altro, è spiegabilissimo per l’epoca arcaica¹⁶³ e non anche per «epoche più avanzate, nelle quali ognuno dei suoi membri indicava tutte le componenti del patrimonio ereditario»¹⁶⁴. Inoltre, se è vero che ‘*familia pecuniaque*’ si trova riportato dalle fonti nella formula della *mancipatio familiae*¹⁶⁵, è anche

¹⁵⁸) L’annoso problema del rapporto tra ‘*familia*’ e ‘*pecunia*’ è presentato esaustivamente da ALBANESE, *La successione*, cit., p. 258 ss.

¹⁵⁹) M. VOIGT, *Das Civil und das Criminalrecht der XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, p. 6 ss.

¹⁶⁰) LEPRI, *Saggi*, cit., p. 14 s.

¹⁶¹) E’ il caso, ad esempio, del frammento contenuto in D. 37.11.11.2 (Papin. 13 *quaest.*), cfr. «Index interpolationum», III, Weimar, 1929, c. 49.

¹⁶²) LEPRI, *Saggi*, cit., p. 17 ss.

¹⁶³) Anche il dato semantico depone in tal senso, posto che M. ALINEI, *Origini delle lingue d’Europa*, I, Bologna, 1996, p. 243 e p. 292 data ‘*pecunia*’ al Neolitico e ‘*familia*’ all’età del Bronzo o del Ferro. In quanto al segno ‘*familia*’, G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, sv. ‘*familia*’, p. 396 propende per il significato di «persone sotto la tutela di un capofamiglia», mentre per ‘*pecunia*’: ID., *op. cit.*, sv. ‘*pecunia*’, p. 510, ricorda come originariamente le voci latine col senso di «bestiame» e «danaro» siano correlate col significato di «custodire». Contrario a questa impostazione è ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 41 ss. nt. 16, 17 (ove rinvia, per una più ampia trattazione del tema, ad ALBANESE, *La successione*, cit., p. 298 ss.). Questo autore è convinto che ‘*familia pecuniaque*’ sia un ammodernamento di un più antico ‘*familia*’, che avrebbe indicato il patrimonio in epoca arcaica. E’ tuttavia suggestiva la ricorrenza di binomi in formule arcaiche, in umbro e latino, ricordata da E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, trad. it. – *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* –, Torino, 1976, I, p. 36, soprattutto se rapportate ai risultati cui perviene J. ZLINSZKY, «*Familia pecuniaque*», cit., p. 39 ss., che sottolinea la interessante ambiguità («Doppelzüngigkeit») che si può rinvenire, tra l’altro, nel concetto espresso da ‘*familia pecuniaque*’: esso viene spiegato in funzione della compresenza di una società pastorale e di una contadina (o di una fusione tra stirpi di pastori e di agricoltori); più precisamente dei Latini pastori e dei Sabini agricoltori. ‘*Familia*’ e ‘*pecunia*’ sarebbero quindi entrambi concetti patrimoniali, l’uno della tradizione agricola sabina e l’altro di quella pastorale latina: i segni, identici in quanto a significato e diversi solo in quanto ad origine, in seguito arriveranno a sovrapporsi, ma il loro utilizzo cumulativo («nebeneinander») in epoca arcaica avrebbe indicato l’equivalenza (la stessa validità), tanto per i Latini quanto per i Sabini, della statuizione, della regolamentazione patrimoniale (quale era, ad esempio, quella che si stabiliva per il proprio patrimonio facendo testamento).

¹⁶⁴) GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 99. Attestazioni letterarie del binomio in questione, anche se tarde, sono rinvenibili in Gellio (ed il suo gusto antiquario dovrebbe fornire una qualche certezza sulla arcaicità del binomio): cfr. *noct. Att.*, 1.9.12, 2.24.11, 16.10.11, ma cfr. anche Tac., *hist.* 3.66, Cic., *leg.* 3.3.7; Svet., *Nero* 4.1.

¹⁶⁵) A questo proposito è interessante considerare il passo gaiano (il quale segue immediatamente la presentazione – che considereremo tra breve – delle più antiche forme di testamento) in cui si descrive lo svolgimento del testamento librare: Gai, *inst.* 2.104: ‘*Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis pueribus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ESSE AIO ET EA, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adi-*

vero che la formula in questione deriva dall'altra, ben più antica, del *testamentum calatis comitiis*¹⁶⁶: dunque, anche quando si testava *calatis comitiis* si trattava di regolamentare l'assetto della '*familia pecuniaque*', ossia del patrimonio, o meglio della «realtà che esisteva in suo luogo»¹⁶⁷, per il periodo successivo alla propria morte. Del resto, anche chi non ammette come genuina (o, quantomeno, vicina al tenore originario della sua formulazione) la versione della norma '*uti legassit*' contenente il binomio '*familia pecuniaque*', non manca di segnalare con sicurezza «un rapporto tra la formula testamentaria e la redazione retorica del nostro precetto»¹⁶⁸. Si deve inoltre rilevare che la versione ciceroniana (analogamente a quella dell'*Auctor*) è più antica rispetto a tutte le altre¹⁶⁹; inoltre, problemi di tradizione del manoscritto a parte, essa risulta senz'altro immune dall'intervento dei compilatori. Quest'osservazione, invece, non può valere per la tradizione giuridica: basta ricordare quanto è stato rilevato in letteratura sulle stratificazioni di pensiero (di Quinto Mucio, di Pomponio e, infine, dei compilatori) presenti nel frammento contenuto in D. 50.16.120.

Pur in contrasto con le opinioni attualmente dominanti, dunque, si dovrà indicare nella lezione fornita da Cicerone (e dall'*Auctor ad Herennium*) la testimonianza più aderente alla redazione della norma '*uti legassit*' presente nel testo decemvirale: i principali motivi che concorrono a supportare questa posizione consistono, come si è visto, nell'esistenza di una tradizione scritta della Legge delle XII Tavole all'epoca di Cicerone e dell'*Auctor*, nella maggiore antichità delle loro testimonianze, nell'immunità di esse dall'intervento dei compilatori, e nell'idoneità dell'espressione '*familia pecuniaque*' ad indicare l'insieme delle persone e cose soggette, in epoca arcaica, alla *potestas* del *paterfamilias*, e interessate al fenomeno successorio alla sua morte.

4. Permane sempre un interrogativo: perché mai i decemviri si servirono del segno '*legassit*' (nel senso di '*legem dicere*') anziché del verbo '*testari*' nel redigere il nostro versetto, posto che anche quest'ultimo era da loro conosciuto¹⁷⁰.

ciunt, AENEAEQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percussit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO, ITA TESTOR ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane qua testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. La formula del testatore, come rileva GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 99, «si rinviene anche in documenti testamentari a noi pervenuti (cfr. *test. Silv.* 16 ss., in «FIRA», III² – cur. V. ARANGIO-RUIZ –, Firenze, 1968, p. 130 s.)».

¹⁶⁶) Si insegna che proprio l'invocazione ai Quiriti, altisonante rispetto all'informalità che caratterizzava il testamento librato, denuncia l'origine di una formula sicuramente adatta alla solennità con cui si celebrava, come vedremo tra breve, il testamento pubblico: conviene riportare quanto esaustivamente scrive sul punto GALLO, *Interpretazione*, cit. p. 100: «Ora l'appellativo solenne di *Quirites* non è certo adeguato per indicare gli amici che – analogamente a quanto avviene ancora adesso – accettavano di intervenire, in qualità di testimoni, alla *mancipatio* o ad altro negozio per cui era richiesta la loro presenza. Esso risulta per contro l'unico appropriato per rivolgersi al *populus* adunato nei comizi e può ancora ritenersi calzante, specie in relazione alle vedute romane, nei riguardi dell'esercito schierato per la battaglia».

¹⁶⁷) GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 98. Con l'utilizzo di questa espressione, l'autore prosegue coerentemente la sua idea, espressa poco prima nel testo (p. 97 s.) per cui «Nell'esperienza romana arcaica non era ancora determinata la distinzione, delineatasi lentamente in seguito, tra persone e patrimonio. Esisteva già, come ho detto, la distinzione tra persone (esseri umani) e cose; tuttavia si aveva anche per le prime una diretta considerazione, sul piano giuridico, del valore economico. Persone e cose risultavano sottoposte, in tratti essenziali, alla medesima disciplina giuridica».

¹⁶⁸) BRETONE, *I fondamenti*, cit. p. 39 ss. Questo autore, pur escludendo che la formula non garantisca l'originarietà della redazione ciceroniana rispetto alle altre, è convinto che essa ci permetta «di comprenderne il processo formativo». Risulta suggestiva la ricostruzione proposta: chiedendosi «dove si trovarono l'una accanto all'altra, per la prima volta in un libro, la norma decemvirale sul *legare* e la formula del testamento mancipatorio», Bretone ipotizza che ciò sia avvenuto nei *Tripertita* di Sesto Elio. La formulazione «retorica» del versetto decemvirale sarebbe, dunque, il risultato della fusione tra il precetto sul *legare* (che Bretone accetta nella formulazione «breve» riportata dalle fonti) e la formula del testamento mancipatorio pronunciata dal *familiae emptor* (che inizia, appunto, con le parole '*familiam pecuniamque*').

¹⁶⁹) In questo senso si esprime anche LEPRI, *Saggi*, cit., p. 11: «Cicerone era più vicino ad un'epoca nella quale le XII Tavole erano ancora più vitali di quello che non lo fossero all'epoca di Ulpiano, di Paolo e di Gaio».

¹⁷⁰) E questo dato può ritenersi certo, non fosse altro che per la presenza nel testo delle XII Tavole della parola '*intestato*'.

Si è pensato¹⁷¹ che ciò sia avvenuto per permettere anche ai plebei di disporre *mortis causa*, nel convincimento che ad essi non fosse concesso di partecipare ai *comitia calata* e, conseguentemente, nemmeno di fare il testamento che in quella sede si celebrava¹⁷²: pertanto, nell'intento di attuare l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, il riferimento al verbo 'testari' nella Legge delle XII Tavole sarebbe volutamente evitato. Sennonché si rileva come, al quesito se i plebei potessero o meno partecipare ai *comitia calata*, si debba rispondere in maniera affermativa, e ciò in considerazione del fatto che, sin dalle origini, l'appartenenza all'assemblea popolare fosse inscindibile dagli obblighi militari¹⁷³. Di una vera e propria impossibilità per i plebei di testare *calatis comitiis* sembrerebbe dunque non potersi parlare, al massimo dovendola considerare come uno stato di fatto correlato alla situazione di indigenza in cui essi potevano inizialmente versare. Situazione, questa, poi superata dalla crescente borghesia plebea, senz'altro desiderosa di raggiungere il prima possibile la piena parificazione col patriziato. Anche nel (potersi permettere di) testare *calatis comitiis*. La «via plebea» per la giustificazione dell'utilizzo del segno 'legassit' in Tab. V.3 non risulta dunque soddisfacente.

Conviene allora domandarsi quale fosse la situazione della successione testamentaria all'epoca della Legge delle XII Tavole: prendendo posizione su questo punto, infatti, si potrà formulare qualche ipotesi. E' opportuno considerare più da vicino le informazioni contenute nel testo istituzionale gaiano.

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proemio exituri. 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 vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. Sed illa quidam duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Nacque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento institui-

¹⁷¹) Tra gli altri, cfr. M. AMELOTTI, *Il testamento romano* (1988), in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 404.

¹⁷²) A questo proposito si è ipotizzato, da G. SCHERILLO, *Appunti sulla differenza tra eredità e legato* (1967), in *Scritti giuridici*, II.1, Bologna, 1995, p. 220 e nt. 20, che il testamento *in procinctu* fosse un primo mezzo per permettere ai plebei di disporre *mortis causa*.

¹⁷³) Coerentemente alla sua opinione per cui la plebe avrebbe rappresentato la comunità latina originaria ed il patriziato, invece, gli Etruschi fondatori dell'Urbe, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1982, p. 20 s., chiedendosi «quali fra gli abitanti di Roma fossero compresi tra i cittadini attivi, partecipanti ai comizi curiati», scrive: «Se è vero che la primitiva popolazione della città etrusca fu costituita dei conquistatori toscani e degli indigeni latini, e se è da credere che i primi costituissero il patriziato e i secondi la plebe, sorge spontanea la domanda circa la posizione che i vincitori hanno fatta ai vinti. Ora, se si ricorda che anche nei primi secoli della Repubblica è considerato come privilegio del patriziato quello di militare a cavallo; – se si tiene conto della impossibilità che un numero limitato di famiglie, quale in antico dovettero essere i patrizi, fornisse al tempo dei re per campagne rinnovate di anno in anno contingenti di 3000 fanti e 300 cavalieri; – se si pensa che per poter contare su un simile contingente era necessaria una popolazione totale di oltre ventimila anime, e che la Roma primitiva non poteva averne molte di più; – ne deriva che i patrizi, tenendo per sé i posti di comando, diedero luogo nell'esercito e nel comizio alla popolazione romana complessiva, e non calcolasse dunque soltanto coloro *qui arma ferre possent*, come sosteneva invece Fabio Pittore. In un recente studio il Coarelli ha ipotizzato un'estensione del territorio di Roma attorno al 500 a. C. di circa 2.000 km² e non di 822 km² come calcolato invece dal Beloch». Dunque, Valditara, riprendendo lo studio di F. COARELLI, *Demografia e territorio*, in «Storia di Roma» (dir. A. SCHIAVONE), I («Roma in Italia»), Torino, 1988, p. 322, ritiene che, sulla base dei calcoli della produttività del terreno, e pur non tenendo conto dello sviluppo di attività artigianali e commerciali, sia ipotizzabile «un numero massimo di abitanti viventi esclusivamente sulla produzione del territorio pari a 150.000 persone».

tur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratis propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur¹⁷⁴

Gaio ci informa che le più antiche forme di testamento, entrambe pubbliche, conosciute a Roma furono il *testamentum calatis comitiis* e quello *in procinctu*: il primo, che poteva celebrarsi in tempo di pace, era un atto formale che si compiva oralmente dinanzi ai comizi curiati, appositamente convocati (*'calata'*) due volte l'anno, forse il 24 marzo e il 24 maggio¹⁷⁵, per adempiere funzione di testimonianza¹⁷⁶ alle dichiarazioni di ultime volontà di chi faceva testamento; il secondo poteva celebrarsi,

¹⁷⁴ Gai., *inst.* 2.101-103.

¹⁷⁵ Cfr. T. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III, Leipzig, 1887, p. 319 nt. 1.

¹⁷⁶ Questo dato non è pacifico in dottrina (lo segnala già COLI, *Il testamento*, cit., p. 631) posto che è stato autorevolmente sostenuto come la presenza del popolo abbia avuto la funzione non solo di testimoniare, ma anche di approvare le ultime volontà del testatore: cfr., in questo senso VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16 s. Questa problematica si riconnette ad altre due, riguardanti l'essenza e la natura del *testamentum calatis comitiis*. In quanto all'essenza, deve rilevarsi un radicato convincimento della dottrina, specialmente di quella italiana (basta citare, tra i tanti, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 520 s., e *Storia*, cit., p. 64) che vede il *testamentum calatis comitiis* consistere in un'adozione volta a supplire all'assenza di *sui* da istituire eredi da parte del *'pater adoptans'*, così da evitare la successione dei *proximi adgnati* o dei *gentiles*. Questo convincimento deriva dall'osservazione che dinanzi ai comizi curiati si sarebbe celebrata anche l'*adrogatio*, ossia l'adozione di un *sui iuris* da parte di un *paterfamilias*, il che parrebbe deporre per una primitiva identità tra questi due atti (così VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16 s.): si sarebbe celebrato il testamento pubblico, dunque, solo nel caso del *pater* privo di *sui*. Sono evidenti, in questa impostazione, le tracce della reazione alla teoria del Bonfante della *familia* come «organismo politico», per cui il *pater* sceglierebbe tra i discendenti il più degno di succedergli nella sovranità familiare: secondo questa visione la successione delle origini avrebbe, pertanto, trasceso il dato «patrimoniale» per concentrarsi tutta sull'aspetto «personale» dell'indicazione del nuovo capo (*'heredis institutio'*), risolvendosi gli aspetti patrimoniali in una mera conseguenza di carattere accessorio: cfr. in questo senso P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino, 1946, p. 586 e nt. 1, *L'origine dell'hereditas* e dei *'legata'* nel diritto successorio romano (1891), in *Scritti giuridici vari*, I. *Famiglia e successione*, Torino, 1916, p. 101 ss., *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, in *Scritti*, cit., p. 188 ss., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità* (1915), in *Scritti*, cit., p. 469 ss., *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e moderno* (1894), in *Scritti*, cit., p. 152 ss., e *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco* (1910), in *Scritti*, cit., p. 337 ss. E' ormai noto come il punto più debole della teoria del Bonfante consista nel fatto che non si trova mai ricordata nelle fonti un'epoca in cui ad un fratello fosse riconosciuta la potestà (in particolare, quella che già fu del *pater*) sopra gli altri: gli studi che, in questi ultimi settant'anni, hanno affrontato il problema rifacendosi alle prime critiche che si mossero a questa impostazione (quali quelle di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 522 s., V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, p. 16 s., G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, Firenze, 1930, p. 117 ss.) indirizzano la loro attenzione proprio su quell'aspetto che il Bonfante chiamava secondario e sottolineano l'importanza del dato «patrimoniale» o «materiale» della *'hereditas'* (e della correlazione di esso con *'heredis institutio'*), individuata nel complesso delle cose ereditarie e ricostruita come una *res corporalis*: solo in questa prospettiva si spiegherebbero la considerazione di essa come oggetto unitario di azioni (quali la *vindictio hereditatis*) e di negozi (come la futura *mancipatio familiae* o *in iure cessio hereditatis*). In quanto all'ipotesi del testamento-adozione, poi, deve segnalarsi che essa, per quanto radicata, deriva forse da una confusione tra *testamentum calatis comitiis* ed *adrogatio*. Il fatto che i due istituti fossero simili nella loro celebrazione, non autorizza a pensarne l'originaria identità: innanzitutto perché Gaio ci informa che i comizi erano convocati due volte l'anno espressamente per i testamenti, e questa modalità non è riferita per l'*adrogatio*, come si può infatti leggere in Gai., *inst.*, 1.99: *'Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eumquem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri iubeat'*. Qui Gaio è chiarissimo nel descrivere la modalità di svolgimento dell'*adrogatio* e non sembra che si soffermi ad indicare analogie con il *testamentum calatis comitiis*. Del resto, il fatto che un *pater adrogans* istituisse erede l'*adrogatus* contestualmente all'*adrogatio* si qualifica come una delle possibili combinazioni (coerentemente all'idea per cui è cosa normale considerare un adottato alla stregua di un figlio, e quindi di un erede), ma ben potevano esserci anche casi in cui l'*adrogatus* fosse escluso dal novero dei beneficiari in un testamento successivo all'*adrogatio* o, ancora, casi in cui all'*adrogatio* non seguisse l'*heredis institutio*: ed è appena il caso di rilevare come, nell'ottica del testamento-adozione, con ciò si perderebbe l'essenza stessa dell'atto. Il dato testuale fornitoci da Gaio, inoltre, ci permette di effettuare delle osservazioni sulla diversa funzione dei Quiriti che, nel caso dell'*adrogatio*, sono chiamati ad approvare (o disapprovare) il compimento di un atto comportante la *capitis deminutio* del *civis adrogatus*, mentre nel caso del *testamentum calatis comitiis*, non facendosi riferimento nelle fonti ad alcuna *rogatio* ad essi rivolta, sono chiamati a testimoniare il compimento di un atto solenne. In quest'ordine di idee, appare del tutto arbitraria l'affermazione del VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 17, quando ritiene impensabile «che l'assemblea abbia approvato la nomina dell'erede senza sentire personalmente il designato (analogamente a quanto ci vien detto in materia di *adrogatio*)». Circa la diffusa equiparazione (o confusione) tra *testamentum calatis comitiis* ed *adrogatio*, è doveroso segnalare il dissenso espresso dalla

in tempo di guerra, da parte dei soldati dinanzi all'esercito schierato per la battaglia, ovvero dinanzi ad alcuni commilitoni, mentre il *dux*, o meglio il *dictator / magister populi*¹⁷⁷ prendeva gli auspici per la battaglia. Gaio ci presenta anche un terzo genere di testamento, celebrato col ricorso al rito librato. Formatosi mediante il normale strumento della «interpretatio-recezione»¹⁷⁸, si aggiunse ai primi due per venire incontro alle esigenze di chi, temendo una morte imminente, desiderasse testare in un tempo di pace lontano dalle date fissate per celebrare il testamento pubblico. La primitiva natura di espediente¹⁷⁹ di questo sistema non impedì ad esso di avere una diffusione larghissima, tanto da fargli prendere il posto delle due forme più antiche, poi cadute in desuetudine¹⁸⁰, e di essere perfezionato, sempre mediante il sistema della «interpretatio-recezione»: l'originaria *mancipatio familiae* subì una profonda trasformazione e divenne il *testamentum per aes et libram*, avviando così ai problemi che inizialmente si ponevano¹⁸¹. Se questi dati sono pressoché pacifici, altrettanto non può dirsi circa la

LEPRI, *Saggi*, cit., p. 14 s. e nt. 2, e di COLI, *Il testamento*, cit., p. 631 s. Anche A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*¹², Napoli, 2001, p. 428, nt. 28.2, formula congetture circa la (non costante) coincidenza tra l'antico testamento e l'adozione di un soggetto *sui iuris*. Si possono ancora svolgere delle osservazioni sulla partecipazione del popolo ai due diversi negozi presi in considerazione: apprenderemo trattarsi di due distinte tipologie di assemblee e potremo affrontare brevemente l'altro grande problema concernente l'antico testamento, e cioè quello della sua natura di *lex publica* o meno. A questi fini risulta notevole l'informazione fornita da Gell., *noct. Att.* 15.27.1-3: «*In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeone scribere 'calata' comitia esse, quae pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse 'curiata', alia 'centuriata'; 'curiata' per lictorem curiatum 'calari' id est 'convocari', 'centuriata' per cornicinem. Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhibetur*». Nel passo appena presentato, Gellio indica le diversità tra i vari tipi di *comitia*; in particolare i *comitia calata*, tenuti in presenza del Collegio dei Pontefici per procedere alla *inauguratio* del *rex sacrorum* (cioè del sacerdote che soprintendeva ai sacrifici prima spettanti al re) o dei *flamines* (cioè dei sacerdoti addetti ad una divinità, il più importante dei quali era il *Flamen Dialis*, addetto al culto di Giove). Apprendiamo da Gellio che, oltre alle «*inaugurationes*», anche la *detestatio sacrorum* e il *testamentum* avvenivano in «*populi contione*». Di cosa sia la «*contio*» è sempre Gell., *noct. Att.* 13.16.1-3 a informarci: «*Idem Messala in eodem libro de minoribus magistratibus ita scripsit: 'Consul ab omnibus magistratibus et comitatum et contionem avocare potest. Praetor et comitatum et contionem usquequaque avocare potest nisi a consule. Minores magistratus nusquam nec comitatum nec contionem avocare possunt. Ea re, qui eorum primus vocat ad comitatum, is recte agit, quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest. Sed si contionem habere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt*». Ex his verbis Messalae manifestum est aliud esse «*cum populo agere*», aliud «*contionem habere*». Nam «*cum populo agere*» est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet, «*contionem*» autem «*habere*» est verba facere ad populum sine ulla rogatione». Attingendo da Messala, Gellio, dunque, sostiene che la «*contio*» consiste nel «*verba facere ad populum sine ulla rogatione*». I *comitia calata* iniziavano con la convocazione *ad contionem* del popolo, ma alcuni di essi, come quelli in cui si celebravano *testamentum* e *detestatio sacrorum*, si fermavano in questo stadio, non passando a quello successivo del *suffragium*: dato importante, questo, che gioca a favore dell'esclusione dell'ipotizzata natura di *lex publica* dell'antico testamento comiziale (in questo senso, cfr. COLI, *Il testamento*, cit., p. 642 s.). Va inoltre rilevato come pur parlando Gellio (nel primo dei due passi presentati) del compimento, oltre che del testamento, anche della *detestatio sacrorum* nei *comitia calata* (e cioè «*in populi contione*»), ciò non autorizza a supporre che a n c h e l'*adrogatio* potesse svolgersi *calatis comitiis*, e cioè «*in populi contione*» (sarebbero mancate quelle «*rogationes*» all'adottante, all'adottando e al popolo che ne erano l'elemento qualificante, posto che la *contio* consiste nel «*verba facere ad populum sine ulla rogatione*»). In quanto presupposto necessario dell'*adrogatio*, infatti, ben poteva la *detestatio sacrorum* trovare attuazione in quel momento – caratterizzante t u t t e le assemblee come momento iniziale, a differenza della fase successiva del *suffragium* – che era la *contio*. Il VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 17 minimizza il problema, ipotizzando l'utilizzo da parte di Gellio di una terminologia impropria: «se la deliberazione del popolo è una semplice *contio*, non può aversi né deliberazione né *lex*, ma una mera funzione di testimonianza (parallela alla funzione che svolgono i commilitoni *in acie*, nel *test. in procinctu*). Ma può risponderci che il termine tecnico tradizionale è di *comitia*, mentre le parole *in contione populi* sono personali di Gellio: può darsi che l'antiquario – pur edotto del significato di *contio*, XIII 16, 1-3 – abbia usato un termine improprio, cosa che del resto non ha molta importanza, data la precedente menzione dei *comitia*».

¹⁷⁷) Giusta la lezione di VALDITARA, *Studi*, cit., p. 11.

¹⁷⁸) Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 90.

¹⁷⁹) A questo proposito, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 40, ricorda espressamente il Magdelain, che «denuncia il carattere artificiale del testamento mancipatorio».

¹⁸⁰) Cfr. Cic., *nat. deor.* 2.3.9: «*nulli viri vocantur ex quo in procinctu testamenta perierunt*». Verosimilmente il *testamentum calatis comitiis* dev'essere andato scomparendo tra la fine dell'età arcaica e il primo periodo preclassico, mentre il *testamentum in procinctu* in età repubblicana avanzata: in questo senso, cfr. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 644 ed ivi nt. 2.

¹⁸¹) Tali problemi, che determinarono il passaggio dalla *mancipatio familiae* al *testamentum per aes et libram*, sono

collocazione temporale, ancorché con forti approssimazioni, dei tre generi di testamento, soprattutto di quello librale¹⁸².

La formulazione della norma *'uti legassit'* può fornire una soluzione a questo problema. Si potrebbe infatti ipotizzare che l'utilizzo, da parte dei decemviri, del segno *'legassit'* (nel senso di *'legem dicere'*) nella norma contenuta in *Tab. V.3* sia indice di un'epoca in cui si assiste alla compresenza delle due antiche forme di testamento *calatis comitiis* ed *in procinctu* – ancorché fortemente «erose» dal fenomeno della desuetudine – e della *mancipatio familiae*. Quest'ultima doveva in quel periodo rivelare tutte le sue potenzialità alla giurisprudenza che provvederà poi a tramutarla nel *testamentum per aes et libram*. Si ricorre al *'legassit'*, dunque, per indicare (per sanzionare), da parte dei decemviri, non solo il testamento¹⁸³ (che all'epoca poteva essere solo *calatis comitiis* o *in procinctu*), ma anche l'idoneo atto *mortis causa* (che testamento ancora non era) con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte, e cioè la *mancipatio familiae*. Del resto, il segno *'testor'*, derivando pacificamente da *'testis'*¹⁸⁴, è correlato alle origini con il concetto di «rendere testimonianza»: aspetto, questo, senz'altro meno rilevante (perché afferente alla contestualità dell'atto) rispetto a quell'altro, riguardante l'essenza stessa dell'atto, tralucendosi nel *'legem dicere'* e, quindi, nel *'legare super familia pecuniaque'*.

A conforto della ricostruzione proposta si può ricordare l'insegnamento del Ferrini, che si riallaccia ad una tradizione tutt'altro che recente¹⁸⁵, per cui alle origini il segno *'legare'* non andava inteso solo nel senso di «lasciare legati», «ma in genere si riferiva ad ogni espressione di ultima volontà»¹⁸⁶, in perfetta sintonia con la *'latissima potestas'* che Pomponio (e Quinto Mucio

quelli indicati da GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 98: «Non si aveva, ancora, nello stadio descritto, la nomina dell'erede, né quindi una successione testamentaria. Il che dava, o poteva dare, luogo ad inconvenienti, ad esempio in ordine ai *sacra* e ai rapporti di debito e credito, sia che si aprisse sia che non si aprisse, alla morte del *mancipio dans*, una successione legittima».

¹⁸² La questione viene presentata, in tutta la sua complessità, da SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., p. 90 ss., il quale, partendo dal passo contenuto in Gai., *inst.* 2.101, argomenta nel senso per cui «si potrà discutere sulla maggiore o minore antichità della *familiae mancipatio*; ma certamente questo modo di testare è sorto in epoca posteriore e non molto remota, se Gaio (II.103) sapeva le fasi per cui era passato»: in realtà a quest'ultima osservazione del Solazzi si può subito obiettare che il fatto che Gaio conoscesse le fasi storiche attraverso le quali il testamento librale era passato non prova la sua origine recente (o, comunque, più recente rispetto all'epoca delle XII Tavole), soprattutto ricordando quanto si è scritto in precedenza sul senso della storia in Gaio. Del resto, la posizione sostenuta dal Solazzi era, già all'epoca in cui scriveva, tutt'altro che pacifica: a p. 91 nt. 1, in particolare, egli rende conto dell'ampia e contrastante letteratura esistente sul punto. Neanche in tempi più recenti è dato riscontrare una maggiore concordanza tra gli autori: basti pensare alle divergenze che emergono dalla lettura di VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16 per il quale «l'età delle XII tavole conosceva non il testamento librale, ma quello comiziale», e di TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718, per il quale addirittura la *mancipatio familiae* risalirebbe all'epoca della monarchia etrusca, in cui si conoscevano già i *gesta per aes et libram*. Più cauta la posizione di MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 644 s.: «Non sappiamo se sia stato ad opera della stessa giurisprudenza pontificale o della prima giurisprudenza laica che la *mancipatio familiae* subì una profonda trasformazione – per la quale non mancarono agganci in taluni precetti delle XII Tavole – e divenne il *testamentum per aes et libram*», mentre BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 40 assume una posizione senz'altro più netta nello scrivere che non è disposto «ad ammettere che il legislatore arcaico abbia inventato o disciplinato la *mancipatio familiae*», espressamente aderendo alle ipotesi, sostanzialmente concordanti, del Mitteis e del Magdelain, «i quali pensano che l'*uti legassit* riguardasse il testamento pubblico dinanzi alle curie riunite, il *testamentum calatis comitiis*. La *mancipatio familiae* sembra una creazione della giurisprudenza, coeva o posteriore alle XII Tavole».

¹⁸³ In senso contrario CANNATA, *Per una storia*, cit., p. 85, il quale precisa anche che la norma «si riferisce al testamento librale, e precisamente al testamento, cioè al contenuto delle tavole testamentarie, e non alla *mancipatio* fittizia che serviva (...) a dar loro valore giuridico».

¹⁸⁴ Cfr. ERNOUT, MEILLET, *op. cit.*, sv. *'testis'*, p. 689, WALDE, HOFMANN, *op. cit.*, sv. *'testis'*, p. 676, SEMERANO, *op. cit.*, sv. *'testis'*, p. 589, e CALONGHI, *op. cit.*, sv. *'testis'*, c. 2731 nonché sv. *'testor'*, c. 2732.

¹⁸⁵ Che viene ricordata dalla LEPRI, *Saggi*, cit. p. 41 nt. 1, ove si riportano le interpretazioni concordi di Macrilio, Balduino, Hortman, Rosini, per i quali la parola *'legare'* va intesa nel senso di «fare testamento».

¹⁸⁶ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, Milano, 1889, p. 8 s., posizione, questa, non molto dissimile da quella già sostenuta da C. MAYNZ, *Cours de droit romain*⁴, III, Bruxelles, 1887, p. 234, nt. 2, che sostiene come «Dans l'ancien langage, LEGARE se dit de toute disposition testamentaire, y compris l'institution d'héritier», e ancora tenuta presente da COLI, *Il testamento*, cit., p. 629, quando afferma che «il *legare* delle XII Tavole corrispondeva a *testari* e concerneva tutto il patrimonio».

prima di lui) facevano discendere dalla norma «*uti legassit*», la quale sembra essere, soprattutto in epoca arcaica, il «momento ultimo»¹⁸⁷ della *patria potestas*.

¹⁸⁷) Mette appena conto rilevare come l'espressione «momento ultimo» sia utilizzata non già in senso «cronologico», ma per indicare una modalità di esplicazione della *potestas* che doveva informarsi alla nota affermazione di Cic., *Phil.* 2.109: «*In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*».