

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Pierfrancesco Arces

STUDI
SUL DISPORRE MORTIS CAUSA
DALL'ETÀ DECEMVIRALE
AL DIRITTO CLASSICO



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-7916-662-1

Copyright © 2013

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

www.lededizioni.com - www.ledonline.it - E-mail: led@lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da:
AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano
E-mail segreteria@aidro.org <<mailto:segreteria@aidro.org>>
sito web www.aidro.org <<http://www.aidro.org/>>

In copertina:

Particolare dell'interno della Basilica di Santa Croce, Lecce

Stampa: Digital Print Service

Premessa	p.	11
----------------	----	----

I IL «MONUMENTO LEGISLATIVO» DEL DIRITTO ROMANO ARCAICO

1. Il frammento del commento di Pomponio a Quinto Mucio e la <i>'latissima potestas'</i> dell'età decemvirale	p.	15
2. Il problema dell' <i>'obscuritas verborum'</i>	”	23
3. L'esistenza del testo	”	28
4. Un testo perduto. Irrimediabilmente?	”	35
5. I quattro manoscritti finora rinvenuti contenenti tentativi di ricostruzione della legge decemvirale	”	47
6. L'assenza della menzione della norma sulla successione testamentaria in <i>Reg. Lat.</i> 450	”	63
7. Il perdurare dell'esigenza palinogenetica	”	65

II LA STORIA PRIMITIVA DELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE

1. La successione mortis causa nella legislazione decemvirale. La norma sulla successione testamentaria	p.	73
2. Egesi di Gai., <i>inst.</i> 2.224, <i>Iust. Inst.</i> 2.22.pr. e D. 50.16.120: il <i>'legare'</i> decemvirale e il suo fraintendimento o mutamento interpretativo	”	78
3. I luoghi in cui è riportata la versione retorica della norma <i>'uti legassit'</i>	”	91
4. <i>'Familia pecuniaque'</i>	”	95
5. Ipotesi sul disporre <i>mortis causa</i> all'epoca delle XII Tavole ...	”	102

III

L'ESTREMO POTERE DI ESCLUSIONE DALLA PROPRIA SUCCESSIONE DEL TESTATORE

1. La diseredazione	p.	125
2. I profili di disciplina della 'sacrorum detestatio' secondo le interpretazioni dominanti in dottrina	”	128
3. Rifiuto dell'impostazione dominante	”	143
4. Le altre interpretazioni fornite in dottrina dell'istituto: sacrorum detestatio e giuramento	”	148
5. Segue. Detestatio e alienatio sacrorum	”	154
6. Segue. L'interpretazione risalente al Cuiacio	”	159
7. L'antecedente funzionale della diseredazione	”	163

IV

INTERSEZIONI DI INSIEMI CONCETTUALI: «TESTARE», «DISPORRE MORTIS CAUSA», «ACQUISTARE MORTIS CAUSA»

1. L'evoluzione delle forme di testamento dal diritto arcaico a quello classico	p.	175
2. La «tecnologia della parola» e il formulario del rito librare ...	”	187
3. L'inclusione nel testamento dei legati e il loro sviluppo storico	”	194
4. Lo sviluppo storico dei fedecommissi nelle Istituzioni di Gaio	”	201
5. La rilevanza della componente fiduciaria negli impieghi innovativi del <i>gestum per aes et libram</i>	”	216
6. L'ampio ambito del 'mortis causa'	”	221
7. Intersezioni di insiemi concettuali ed evoluzione del diritto testamentario	”	239
Indice delle fonti	p.	247
Indice degli Autori	”	255

*Studi sul disporre mortis causa
Dall'età decemvirale al diritto classico*

a Filippo Gallo

Premessa

Ne *La falce dell'ultimo quarto*¹ Piero Meldini racconta, operando una meticolosa e godibilissima ricostruzione storica dell'età della Restaurazione nello Stato della Chiesa, gli affanni e i tormenti di Bartolomeo Bartolini, ricco commerciante di granaglie, vedovo, alle prese con un figlio non interessato agli affari di famiglia quanto lui vorrebbe ed un nipote amatissimo, ma altrettanto scapestrato. Fermeamente intenzionato a indirizzare le fortune di famiglia con la stessa abilità con cui gestisce gli affari, Bartolomeo ricorre continuamente al testamento, l'unico mezzo di cui può avvalersi per fare in modo che la sua volontà gli sopravviva. Durante tutto il romanzo lo revocherà e modificherà più e più volte, a seconda delle alterne vicende dei due rampolli e delle simpatie o antipatie che nel frattempo gli susciteranno i beneficiari dei numerosi e congrui legati: il progetto imbastito, umano e successorio, risulterà in ogni caso fallimentare.

Questo libro racconta la storia più antica di come il diritto (in particolare il diritto romano) sia servito ad appagare quelle urgenze attributive che, esasperate nel romanzo di Meldini, per il mercante diventano un'ossessione. Ad essere considerati saranno ovviamente i mezzi predisposti per il soddisfacimento di esigenze del tutto sradicate dalla cornice provinciale e borghese nella quale è ritratto Bartolomeo, ma tanto gli uni quanto le altre non risulteranno così dissimili nei loro tratti essenziali.

Il disporre *mortis causa* appare una pulsione, prima ancora che un atto giuridico, e trascende persino lo strumento tipico per la sua realizzazione: il testamento, appunto. E' manifestazione – forse estrema e illusoria – di libertà, ultima affermazione di personalità, definitiva sistemazione dei sentimenti, delle ansie e della stessa filosofia di vita di un uomo o di una donna, che molto spesso persino gli stretti congiunti ignorano o equivocano: lo ricorda ancora Salvatore De Matteis², raccogliendo una serie di olografi, redatti nella metà del secolo scorso, che non hanno nulla da invidiare a quelli minu-

¹) Milano, 2004.

²) *Essendo capace di intendere e di volere. Guida al testamento narrativo*¹², Palermo, 2006, p. 11 ss.

ziosamente e pazientemente stesi dal notaio Pietro Palazzi ogni volta che, nel romanzo di Meldini, ne viene richiesto dal mercante Bartolomeo: trasmettono tutti «la medesima ansia dell'uomo di far sopravvivere le propria vera identità nella memoria, nella riconoscenza, perfino nell'odio della generazione cui passa il testimone»³, secondo una dinamica non tanto diversa da quella che avrà scandito l'apertura del polittico di cinque tavolette sulle quali fu steso, nel II secolo d.C. ad Alessandria d'Egitto, il testamento di Antonio Silvano, «cavaliere della prima ala / dei Traci di Mauretania, addetto al personale servizio del prefetto, / dello squadrone di Valerio»⁴.

Dicevo che il disporre *mortis causa* trascende persino il testamento, e ha una storia ancora più antica dell'atto di Antonio Silvano: il diritto romano, infatti, garantiva questa *latissima potestas* al *civis* almeno a far data dalla legge delle XII Tavole, che la prevedeva in un unico, scarno versetto, sul testo del quale la giurisprudenza si eserciterà per introdurre ardite innovazioni creative.

Alla considerazione della portata del fenomeno, così come ricostruibile in base alle attestazioni delle fonti, accosto un'interpretazione della storia primitiva delle successioni testamentarie, e ne considero il costante e reciproco contrappunto all'interno dell'ancora più ampio perimetro segnato dal '*mortis causa capere*', i cui confini mobili e spesso sfuggenti – segnati, all'origine, dalla precettistica pontificale in materia di preservazione del culto dei *sacra* – risentiranno di interventi autoritativi volti ad aumentare il novero delle ipotesi di limitazione della capacità di acquistare a causa di morte, per giungere poi all'assetto finale nella compilazione giustiniana, dove la menzionata '*latissima potestas*' è evocata più che altro per recare memoria della reliquia decemvirale che ne costituiva il fondamento.

Proiettata nel suo contesto storico – così come desumibile innanzitutto dal resoconto fornito da Gaio nel suo manuale istituzionale – la norma decemvirale sul disporre *mortis causa* mi sembra invece recare traccia della coesistenza delle più antiche forme di testamento conosciute dal diritto romano col travaglio precedente la definitiva trasformazione, tramite *receptio moribus*, della *mancipatio familiae* nella forma classica del testamento librato: credo infatti che la stessa scelta redazionale del versetto deponga nel senso di una marcata consapevolezza in tal senso, e risulti dunque orientata a dare attuazione, anche sul versante della sistemazione patrimoniale *post mortem*, alla signoria unitaria del *pater familias* nella legislazione decemvirale. Della memoria e dei pluriscolori tentativi di palingenesi della legge delle XII Tavole, peraltro, ripercorro la storia nel primo capitolo, anche alla luce del fervore che, da oltre un ventennio, anima un appassionato gruppo di studiosi, impegnato in un'immane ricerca ancora in corso, grazie alla quale sono stati rinvenuti manoscritti inediti e non menzionati neppure nel *Verzeichnis der Handschriften zum römischen*

³) DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 13.

⁴) Cfr. *Testamentum Antonii Silvani*, 1-3, in «FIRA.», III, *Negotia*, Firenze, 1968², p. 130.

Recht bis 1600 di Gero Dolezalek, permettendo così di suffragare con riscontri testuali le ipotesi di Oliviero Diliberto sulla retrodatazione degli esperimenti palinogenetici e sul metodo seguito nell'Umanesimo per realizzarli⁵.

* * *

Al di là di ogni scontata cortesia e senso del dovere, ringrazio con affetto la mia famiglia, che mi ha graziosamente concesso la serenità di attendere alla stesura di una parte di questo libro nell'estate 2013, a pochi passi dal mare paradisiaco di San Pietro in Bevagna, e che ora contribuisce in maniera determinante alla sua pubblicazione. Se c'è in esso anche solo un briciolo di bellezza o interesse, è stato pensato o formulato in quei giorni e in quelle notti.

Desidero altresì ringraziare Oliviero Diliberto e Ferdinando Zuccotti per l'incoraggiamento, le indicazioni bibliografiche, i suggerimenti e i preziosi consigli. Ringrazio inoltre il personale delle biblioteche «Francesco Ruffini» e «Federico Patetta» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino e della biblioteca del Dipartimento di Giurisprudenza, Scienze Politiche, Economiche e Sociali di Alessandria dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro» presso le quali ho svolto la maggior parte delle ricerche durante la preparazione di questo libro.

Scrivere (e prima ancora leggere) – persino di diritto romano, per quanto non in modo eccelso – comporta un'esigenza di solitudine piena ed estrema. Ringrazio pertanto di cuore chi ha saputo manifestare la sua presenza rispettando la mia assenza.

Torino, 12 ottobre 2013

⁵) La passione di Oliviero Diliberto per la divulgazione dei risultati della ricerca anche presso un pubblico di non specialisti ha inoltre contribuito – continuando una tradizione che, come si illustrerà nel primo capitolo, affonda le sue radici nell'antichità classica – a suscitare l'interesse e l'ispirazione di scrittori impegnati su versanti ben diversi rispetto a quello del diritto antico e delle curiosità antiquarie: a tal proposito, ho avuto la fortuna di leggere l'*Avventura delle Dodici Tavole*, un godibilissimo racconto – in corso di pubblicazione in *ebook* dall'Editore Delos – di Enrico Solito, valente pediatra e neuropsichiatra infantile, ma anche riconosciuto *alter ego* italiano di Sherlock Holmes, il quale, pur trovandosi a lavorare con Emergency in Afghanistan, mi ha gentilmente concesso di leggere in anteprima le bozze, e di apprezzarne la resa stilistica. Ambientato nel 1896, descrive l'incontro tra il detective londinese e il suo fidato assistente dottor Watson col professor Olivier Dillbert, e il viaggio dei tre alla ricerca di commentari manoscritti alle XII Tavole presso un'abbazia benedettina a Montpellier, dove però li attende una scoperta sconvolgente. In un incrocio tra una storia classica di Sherlock Holmes e le atmosfere de *Il nome della Rosa* di Umberto Eco, sono riassunti, rendendoli intellegibili anche ad un profano, l'impegno e le intuizioni di Diliberto sul tema della tradizione palinogenetica delle XII Tavole.

I.

Il «monumento legislativo» del diritto romano arcaico

1. Il frammento del commento di Pomponio a Quinto Mucio e la 'latissima potestas' dell'età decemvirale.

Nel Titolo 'De verborum significatione' del cinquantesimo libro del Digesto di Giustiniano è conservato un frammento, tratto dal quinto libro del commento di Pomponio a Quinto Mucio, nel quale si intersecano informazioni in merito al diritto ereditario romano (con particolare riguardo alla libertà di disporre per testamento e ai limiti che progressivamente la interessarono)⁶, e

⁶ Per la letteratura sul tema, cfr. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchite di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia* –, 1888-1909, XXVIII.1 (dir. P. COGLIOLO, C. FADDA, cur. A. ASCOLI), Milano, 1900, p. 258 ss., C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* (I-II, Napoli, 1900-1902), I, Milano, 1949, p. 1 ss., 22 ss., 28 ss., 49 ss., 65 ss., 145 ss., II, Milano, 1949, p. 329 ss., 335 ss., 346 ss., O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, in *Essays on Legal History*, Oxford, 1913, p. 126 ss., M. WLASSAK, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, I, Wien-Leipzig, 1933, p. 3 ss., V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*⁴ (1914), rist. Roma, 1934, p. 1 ss., 20 ss., 49 ss., 83 ss., 207 ss., U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (1920), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, Milano, 1973, I, p. 63 ss., ID., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole* (1956), ora in ID., *Scritti*, cit., II, p. 613 ss., P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*² (1930), rist. Milano, 1974, p. 148 ss., S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, p. 35 ss., 90 ss., 100 ss., 109 ss., 113 ss., 144 ss., II, Napoli, 1933, p. 201 ss., C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, I, in «AUPA.», XVII, 1937, p. 65 ss., ID., *Corso di diritto romano. Evoluzione storica dell'hereditas*, Napoli, 1946, p. 19 ss., 23 ss., 127 ss., 143 ss., B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in «AUPA.», XX, 1949, p. 3 ss., ID., *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2,104*, ivi, XLVII, 2002, p. 68 ss., B. BIONDI, *Obbietto dell'antica «hereditas»* (1950), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Diritto romano. Diritto privato*, Milano, 1965, p. 411 ss., ID., *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, p. 2 ss., ID., «Universitas» e «successio» (1955), ora in ID., *Scritti*, III, cit., p. 451 ss., ID., *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 33 ss. e 286 ss., G. GANDOLFI, «Prius testamentum ruptum est», in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962, p. 209 ss., G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. La successione. Parte generale*, Milano, 1956, p. 9 ss., 15 ss., 25 ss., 40 ss., 50 ss., 99 ss.,

alla redazione del relativo precetto contenuto nella legge delle XII Tavole, ben noto anche a chi si è occupato dell'ulteriore tema della palingenesi della legislazione decemvirale⁷:

104 ss., 165 ss., ID, *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano, 1965, p. 4 ss., 14 ss., 33 ss., 233 ss., 265 ss., e II, Milano, 1967, p. 1 ss., 10 ss., 16 ss., 64 ss., 82 ss., P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano, 1936, p. 9 ss., ID., *Diritto ereditario romano*², I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, p. 16 ss. e 89 ss., II, *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, p. 64 ss., 84 ss., 109 ss., 121 ss., 134 ss., 223 ss., 437 ss., ID., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi* (1982), ora in ID., *Studi di diritto romano pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, II, Padova, 1985, p. 3 ss., M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, I, *Lezioni di diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino, 1966, p. 75 ss., ID., *Il testamento romano* (1988), ora in ID., *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 402 ss., ID., *L'evoluzione del testamento romano classico attraverso la documentazione, in specie papirologica* (1966), ora *ivi*, p. 420 ss., ID., *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti* (1987), ora *ivi*, p. 428 ss., ID., *Prassi testamentaria e diritto romano* (1989), ora *ivi*, p. 437 ss., ID., sv. 'Testamento (diritto romano)', in «ED.», XLIV, Milano, 1992, p. 460, A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 1 ss., 8 ss., 22 ss., 35 ss., 40 ss., A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1997, p. 3 ss., 17 ss., 33 ss., 58 ss., 67 ss., 71 ss., 79 ss., 89 ss., 103 ss., 123 ss., F. TERRANOVA, *Osservazioni su Gai 2.108*, in «AUPA.», LII, (2007-2008), p. 283 ss., EAD., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, LIII, 2009, p. 301 ss., EAD., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I, *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino, 2011, *passim*, ed in particolare p. 50 ss., 72 ss., 177 ss., 192 ss., 196 ss., 230 ss., 257 ss., 271 ss., 280 ss., 305 ss., 311 ss., 331 ss., 413 ss., G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in «Lura», L, 1999, p. 161 ss., EAD., *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in «TSDP.», V, 2012, (estr., consultabile sul sito internet della rivista), p. 1 ss., L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, J. M. BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, in «RIDA.», XLVIII, 2000, p. 123 ss., A. CASTRO SAENZ, *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002, e G.M. FACCHETTI, *All'origine del 'testamentum'*, in «Index», XXX, 2002, p. 227 ss., S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, p. 63 ss. E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, in particolare p. 125 ss., 160 ss., 208 ss., M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011, in part. 1 ss., 90 ss., 212 ss., F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, p. 5 ss., 239 ss., 289 ss., 333 ss.

⁷ Argomento, quest'ultimo, che ha un costante punto di riferimento in H.E. DIRKSEN, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Leipzig, 1824, e che continua ad essere oggetto di studio da parte di numerosi studiosi, principalmente italiani, ma non solo. Tra i primi, il più attento al tema, e colui al quale vanno ascritti i risultati e le suggestioni più interessanti, risulta senz'altro essere Oliviero Diliberto: cfr. O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in «Index», XVIII, 1990, p. 403 ss., ID., *Contributo alla palingenesi delle XII Tavole. Le 'sequenze' nei testi gelliani*, in «Index», XX, 1992, p. 229 ss., ID., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, *passim*, e in particolare p. 121 ss., 333 ss., ID., *I destinatari delle Noctes Atticae*, in «Labeo», XLII, 1996, p. 277 ss., ID., *Conoscenza e diffusione delle XII Tavole nell'età del Basso Impero. Primo contributo*, in «Nozione formazione e interpretazione del di-

ritto dall'età romana alla esperienza moderna. Ricerche F. Gallo», Napoli, 1997, p. 205 ss., ID., *Una miniatura medievale in tema di decemvirato legislativo (a margine di Vat. Lat. 3340)* (1997), ora in «Miscellanea Bibliothecae Apostolicae Vaticanae», IX, 2002, p. 103 ss., ID., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (sec. XVI-XX)*, Roma, 2001, p. 1 ss., ID., *Di un modesto e (quasi) sconosciuto tentativo di palingenesi decemvirale del principio del XVI secolo*, in «Juris vincula. Studi M. Talamanca», II, Napoli, 2002, p. 447 ss., ID., *A new Chinese Translation of XII Tables Law: Some Reflection on the Situation of Our Researches* (in lingua cinese), in «Roman Law and Modern Civil Law. The Annals of Institute of Roman Law Xiamen University», III, 2002, p. 51 ss., ID., *Una palingenesi 'aperta'*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti» (cur. M. HUMBERT), Pavia, 2005, p. 217 ss., 229 ss., ID., *La palingenesi decemvirale: dal manoscritto alla stampa*, ivi, p. 481 ss., ID., *Le XII Tavole nel Digesto*, in «Ius Commune Omnium. Revista de doctrina», I, 2005, (estr. online sul sito della rivista), ID., *Umanesimo giuridico-antiquario e palingenesi delle XII Tavole. 1. Ham. 254, Par. Lat. 6128 e Ms. Regg. C.398*, in «AUPA.», I, 2005, p. 183 ss. (che in questa sede viene citato seguendo l'estratto scaricabile dal sito del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università di Palermo, alla *Sezione Annali - 2005*, la cui numerazione delle pagine non rispecchia quella risultante nel volume cartaceo), ID., «*Lex de magistratibus*». *Cicerone, il diritto immaginato e il diritto reale nella tradizione palingenetica delle XII Tavole*, in «Tradizione romanistica e costituzione» (dir. L. LABRUNA, cur. M. P. BACCARI, C. CASCIONE), II, Napoli, 2006, p. 1469 ss., ID., *Una sconosciuta monografia ottocentesca sulle leges regiae. Il Dritto Papisiano di Domenico Cassini*, in «Fides Umanitas Ius. Studi L. Labruna», Napoli, 2007, p. 1467 ss., ID., *Umanesimo giuridico-antiquario e palingenesi delle XII Tavole. 2. Reg. Lat. 450*, in M. BUONOCORE, O. DILIBERTO, A. FIORI, *Un manoscritto inedito in tela di Legge delle XII Tavole: il Reg. Lat. 450*, in «Miscellanea Bibliothecae Apostolicae Vaticanae», XV, 2008, p. 62 ss., ID., *La responsabilità nelle XII Tavole: profili palingenetici*, in «Forme di responsabilità in età decemvirale» (cur. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M. F. CURSI), Napoli, 2008, p. 1 ss., ID., *Il «diritto penale» nelle XII Tavole: profili palingenetici*, in «Index», XXXVII, 2009, p. 9 ss., ID., *Ut carmen necessarium (Cic. leg. II 59). Apprendimento e conoscenza della legge delle XII Tavole nel I sec. a. C.*, in «Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci» (cur. M. CITRONI), Napoli, 2012, p. 141 ss., ID., *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., sat. 1.3.115-117*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 387 ss. Sul tema, cfr. altresì L. AMIRANTE, *Per una palingenesi delle XII Tavole*, in «Index», XVIII, 1990, p. 391 ss., ID., *Un'ipotesi di lavoro: le 'sequenze' e l'ordine delle norme decemvirali*, in «Index», XX, 1992, p. 205 ss., F.M. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, *passim* e in particolare p. 93 ss., ID., *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003, *passim*, specie p. 132 ss., F. BONA, *Il 'de verborum significatu' di Festo e le XII Tavole*, I, *Gli 'auctores' di Verrio Flacco* (1992), ora in ID., *'Lectio Sua'. Studi editi e inediti di diritto romano*, I, Padova, 2003, p. 553 ss., A. GUARINO, *Una palingenesi delle XII Tavole?* (1991), ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 84 ss. (molto critico sulla possibilità di una palingenesi), M. ZABŁOKA, *Leges duodecim tabularum secundum ordinem Hotomanum reconstructae*, in «Czasopismo Prawo-Historyczne», XLIX, 1997, 1-2, p. 223 ss., EAD., *Il problema della ricostruzione delle fonti giuridiche romane nella scienza moderna*, in «Ius Antiquum (Accademia delle scienze di Mosca)», I.3, 1998, p. 28 ss., EAD., *Le XII Tavole - fonte dei principi del diritto contemporaneo*, in «Iura», LIII, 2002, p. 1 ss., U. AGNATI, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone De inventione 2.148 e Rhetorica ad Herennium 1.23*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 240 s., J.L. FERRARY, *Saggio di storia della palingenesi delle Dodici Tavole*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 505 ss., M. T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems²*, Göttingen, 2003, trad. it. – *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale* –, Bologna, 2005, p. 63 ss., M. BUONOCORE, *Il manoscritto*, in BUONOCORE, DILIBERTO, FIORI, *Un manoscritto inedito*, cit., p. 49 ss., A. FIORI, *Le fonti e il metodo: tra pa-*

D. 50.16.120: 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 in interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

Secoli di storia vengono condensati in poche righe. Il dato normativo di riferimento è anche quello riconosciuto come il più antico: si tratta del versetto della legge delle XII Tavole (*tab. 5.3*)⁸, contenente quella norma, mai formalmente abrogata – come del resto l'intera legislazione decemvirale⁹ – ed anzi frequentemente rammentata, sia pure in differenti formulazioni, tanto dalla tradizione retorica¹⁰ quanto da quella giuridica¹¹, che attribuiva una 'latissima potestas' al testatore nel disporre *mortis causa*.

Nel frammento in esame, i riferimenti al *testator*, al *testamentum* (o all'ideo atto *mortis causa*, o con effetti *mortis causa*, con cui stabilire la sorte del proprio patrimonio per il periodo successivo alla propria morte) e all'*hereditas* sono curiosamente rinvenibili solo *per relationem*, non essendo questi ultimi in esso espressamente menzionati: le relative nozioni andranno cercate altrove. In ogni caso, che la 'latissima potestas' menzionata da Pomponio, e probabilmente anche da Quinto Mucio, sia proprio quella concessa al testatore è comunque indubitabile, posto che l'insieme di attività elencate nel frammento (a mio avviso, e – per le ragioni che discuterò tre poco – in maniera esemplificativa e non tassativa) e ampiamente facoltizzate dalla norma 'uti legassit' (istituire l'erede, disporre legati ed affrancazioni, costituire tutele) si riferisce

linguensi ed esegesi giuridica, in BUONOCORE, DILIBERTO, FIORI, *Un manoscritto*, cit., p. 82 ss. Ulteriori osservazioni sull'attenzione riservata alla legge delle XII Tavole nel secondo secolo d.C. in M.A. LEVI, *Adriano. Un ventennio di cambiamento*, Milano, 2000, p. 101.

⁸) Cfr. A.C. HOLTJUS, *Ueber die Bedeutung des uti legassit in den Zwölfstafeln*, in «Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts», Utrecht, 1852, p. 38 ss., W.H. KIRK, *Uti legassit*, in «Classical Philology», XVI, 1921, p. 246 ss., 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. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, in, p. 159 ss., J. ZLINSZKY, «Familia pecuniaque», in «Index», XXVI, 1988, p. 36 ss., B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5.3 (Uti legassit ..., ita ius esto)*, in «AUPA», XLV.I, 1998, p. 35, P. ARCÉS, *Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab. V.3)*, in «RDR», IV, 2004 (estr., consultabile sul sito internet della rivista), p. 1 ss., TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 238 ss.

⁹) Interessata comunque in molte sue parti dal fenomeno della desuetudine, come ricorda L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, p. 19 ss., 28 ss., 32 ss., 38 ss., 62 ss., 71 ss. Cfr. COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino*, cit., p. 2.

¹⁰) Attestata da Cic., *inv.* 2.50.148, e Auct. Her., *rhet.* 1.13.23.

¹¹) Gai., *inst.* 2.224, D. 50.16.120, *Inst. inst.* 2.22.pr., *Theoph. paraprth.* 2.22.pr., Nov. 22.2.pr., *tit. Ulp.* 11.14., D. 50.16.53.pr.

evidentemente ad esso, ponendo un nesso tra lo strumento tipico di realizzazione della successione *mortis causa* e l'oggetto complessivo della medesima. L'espressione '*tributa videtur*'¹² correla inoltre la formulazione della norma al suo portato sostanziale, oltre ad alludere chiaramente all'attività interpretativa sul testo della legge; si tratta di un'attività dalla lunghissima tradizione e dall'altrettanto ampio ambito operativo, il quale spazia dall'ardita applicazione che già la giurisprudenza pontificale effettuò dei precetti contenuti nell'antico testo normativo, contribuendo all'evoluzione del diritto, ai tentativi di comprensione del significato, divenuto ormai oscuro, di suoi singoli lemmi.

E' notissima, a tal proposito, la discussione riportata da Gellio, nelle *Noctes Atticae* (20.1.1-6), tra il giurista Sesto Cecilio (molto probabilmente si tratta di Africano) e Favorino di Arles, il retore dagli interessi filosofici, prestigioso rappresentante della seconda sofistica¹³:

[1.] Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustri fuit. [2.] Ad eum forte in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperimemur, philosophus Favorinus accessit conlocutusque est nobis multisque aliis praesentibus. [3.] In illis tunc eorum sermonibus orta mentio est legum decemviralium, quas decemviri eius rei gratia a populo creati composuerunt, in duodecim tabulas conscripserunt. [4.] 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 istic esse animadvertuntur aut obscurissima <aut durissima> aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia'. [5.] 'Obscuritates' inquit Sex. Caecilius 'non adsignemus culpae scribentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui, quae scripta sunt, minus percipiunt, culpa vacant. [6.] Nam longa aetas verba atque mores veteres obliteravit, 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.

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. Per

¹² Sulla rilevanza del verbo '*videor*', cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 5 ss., sul cui insegnamento si avrà modo di ritornare.

¹³ 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.

quanto informale, la discussione, considerati gli interlocutori¹⁴, deve ritenersi senz'altro autorevole. Avendo nominato la legislazione decemvirale, Africano ne loda la *'elegans atque absoluta brevis 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.

Superata quella metodologia ipercritica di ricerca storica e storico-economica della quale si rinviene un primo esempio nella *Dissertation sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine* di Luois de Beaufort, pubblicata a Utrecht nel 1738¹⁵, e nel cui solco si inseriranno, tra gli altri, dopo oltre un secolo e mezzo, gli studi di Ettore Pais¹⁶, Édouard Lambert¹⁷, Paul Frédéric Girard¹⁸

¹⁴ Di Sesto Cecilio Africano, l'autore dei nove libri delle *Quaestiones*, in cui tramanda l'insegnamento di Salvio 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 e 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 inlustri 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 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.

¹⁵ Trad. it. – *Dissertazione sull'incertezza de' primi cinque secoli della storia romana* – (Napoli, 1786), rist. Napoli, 1990, p. 33 ss. De Beaufort, in verità, esprime in modo energico la certezza che, proprio in forza dell'interesse dei Romani per la conservazione di tutti i documenti necessari al governo dello Stato, la legislazione decemvirale sarebbe stata, dopo l'incendio gallico a cui si farà tra breve riferimento nel testo, tra quelli oggetto di «un'esatta ricerca» e di successiva conservazione, pubblica affissione e studio ancora ai tempi di Orazio.

¹⁶ *Storia d'Italia dai tempi più antichi alla fine delle guerre puniche*, II, *Storia di Roma*, Torino, I.1, 1898, p. 508 ss., I.2, Torino, 1899, p. 546 ss., ID., *Storia critica di Roma durante i pri-*

e Giovanni Baviera¹⁹ – e dalla cui reciproca e spesso aspra dialettica interna²⁰ emergerà persino un convincimento in forza del quale la legislazione decemvirale non sarebbe mai esistita²¹ –, la dottrina più recente, talora arrivando co-

mi cinque secoli, II, *La libera repubblica e la legislazione decemvirale, le guerre contro gli Equi, i Volsci e gli Etruschi*, Roma, 1915, p. 229 ss., 246 ss., 260 ss., 267 ss., 281 ss.

¹⁷⁾ *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, Paris, 1901, p. 40 ss., ID., *La question de l'authenticité des 12 tables et les annales maximi*, in «RH.», XXVI, 1902, p. 149 ss. (estr., p. 1 ss.), *Le problème de l'origine des 12 tables, quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*, Paris, 1902, p. 1 ss., ID., *L'histoire traditionnelle des 12 tables et les critères d'inauthenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen*, Lyon, 1903, p. 1 ss.

¹⁸⁾ *L'histoire des XII Tables*, in «RH.», XXVI, 1902, p. 381 ss. (estr., p. 1 ss.).

¹⁹⁾ *Lezioni di storia del diritto romano*, Napoli, 1914, p. 70 s.

²⁰⁾ Non di rado acuita ed esacerbata da vere e proprie incomprendimenti dei rispettivi scritti, ancorché caratterizzata da un comune atteggiamento di diffidenza, più o meno accentuata nei singoli autori, nei confronti del resoconto tradizionale offerto dalle fonti: cfr., ad esempio PAIS, *Storia critica*, II, cit., p. 247 s. e nt. 3, dove riferisce sconcolato: «alcune delle osservazioni che, quindici anni or sono, furono da me svolte a proposito della stratificazione e delle diverse redazioni delle XII Tavole dettero luogo ad ampi dibattiti. Per opera di P. Fr. Girard e di molti altri giuristi francesi e tedeschi (spesso anche per poca conoscenza da parte dei dotti stranieri della lingua italiana), le mie opinioni vennero fraintese, talora anche confuse con quelle successive del giurista Ed. Lambert. Il Lambert, appoggiandosi sui risultati negativi della mia critica, sostiene una teoria tutto a fatto sua sull'autenticità delle XII Tavole. Queste sarebbero collezione erudita di Sesto Elio Peto, che primo le commentò. Egli ha fatto quindi sorgere una questione sulla autenticità delle XII Tavole, che per errore è stata a me attribuita. Ma io non ho mai messo in dubbio l'autenticità di questo codice. Io sostengo solo che di esso vi furono varie redazioni». Quasi trent'anni dopo, L. CLERICI, *Economia e finanza dei Romani. Dalle origini alla fine delle guerre sannitiche*, Bologna, 1943, p. 84 nt. 7, dichiarerà di omettere di proposito di intrattenersi sulla questione dell'autenticità del codice decemvirale, ricordando comunque le opposte tendenze interpretative, delle quali riconosce quella facente capo a Girard come «tradizionalista», quella di Lambert come «demolitrice» e quella di Pais come «intermedia», e affermando comunque di schierarsi con quest'ultima in considerazione della sua coerenza con i dati desumibili dall'analisi delle condizioni sociali di Roma negli ultimi decenni del V secolo a.C.

²¹⁾ Cfr. LAMBERT, *La question*, cit., p. 15: «Plus encore que l'incertitude et la variabilité des témoignages relatifs à l'affichage de la prétendue législation decemvirale, plus encore que la modernité de l'expression *lex duodecim tabularum*, l'inspection des dispositions contenues dans le document connu sous ce nom, la lecture de ses reconstitutions modernes, m'entraîna à douter, non seulement de l'existence matérielle des tables, mais aussi de l'unité originelle et de la nature législative du recueil»; ID., *L'histoire traditionnelle*, p. 32, si dice certo che «les parcelles des XII tables qui nous ont été transmises à raison de leurs particularités philologiques, par les antiquaires, appartiendraient indubitablement, si elles avaient vraiment été détachés d'un document épigraphique, à une phase un peu plus récente de l'évolution de la langue latine que le sénatus-consulte de *Bacchanalibus*», ID., *Le problème*, cit., p. 1 ss., nel richiamare le posizioni sostenute in ID., *La question*, cit., continua a ritenere che «le document connu par le classiques sous le nom de loi des XII Tables et daté par eux des années 305 [sic, in realtà: 303]-451 et 304-450 n'est, en réalité, qu'une compilation de vieilles maximes de jurisprudence sacerdotale, rédigée seulement vers le début du se-

munque a concepire una distinzione tra l'esistenza nella realtà storica e quella nella cultura e nella coscienza giuridica romana²², non dubita più dell'attendibilità di fondo del nucleo narrativo offerto dalla tradizione annalistica²³, e considera la legge delle XII Tavole 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»²⁴; questo doveva essere uno dei meriti principali delle XII Tavole, emblematicamente indicate come «le leggi per eccellenza, ... che non mutano mai il loro linguaggio»²⁵, il quale, al massimo, viene ammodernato con «ritocchi che dovettero riguardare, in ogni caso, più l'ortografia che il lessico, lasciando certamente intatti i contenuti normativi»²⁶. Si reputa infatti ormai certo «che i frammenti del testo conservati da giuristi, lessicografi, scrittori antichi, e attraverso le loro opere a noi pervenuti, presentano forme linguistiche considerevolmente più moderne, come è facile constatare. Non abbiamo quindi un testo autentico, in questo senso»²⁷: sarà comunque necessario che, proprio attraverso il mate-

cond siècle avant notre ère, due à l'initiative d'un particulier, probablement de Sextus Aelius Petus, mais très vite transformée par la foi populaire, comme tant d'autres coutumiers, en un code attribué à des législateurs légendaires». Di diverso avviso è invece GIRARD, *L'histoire*, cit., p. 10 ss., 48 ss., 52 ss.

²² Cfr. M. MIGLIETTA, «Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». *I giuristi romani e la formazione della regola iuris*, in «Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista» (cur. P. MORO), Milano, 2012, p. 40 s.

²³ Cfr. A. ZIOLKOWSKI, *Storia di Roma*, Milano, 2000, p. 76 ss., e A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 76 s., ove si procede altresì alla fondamentale correlazione tra *lex* e *nomos*.

²⁴ G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, p. 15. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 80 s., giudica «visibilissima e non nascosta dalla tradizione» la «pressione plebea» dietro la novità rappresentata dalla legislazione decemvirale, intesa come l'espressione di un disegno mirante alla sostituzione della matrice intrinsecamente aristocratica del *responsum* con l'*isonomia*, se non proprio con la democrazia, della *lex*: la funzione principale delle XII Tavole, pertanto (p. 85), più che nell'introduzione di «sostanziali novità rispetto alle prescrizioni precedenti – nemmeno in senso più favorevole alla plebe: non erano una legislazione emancipatrice –», consisteva nello spostamento dell'«asse di riferimento da un potere all'altro: dai pontefici ai legislatori». In termini analoghi si esprimeva già A. BERGER, sv. '*Lex duodecim tabularum*', in ID., «Encyclopedic Dictionary of Roman Law» (Philadelphia, 1953), rist. Philadelphia, 1991, p. 551.

²⁵ M. BRETONI, *Storia del diritto romano*¹¹, Roma-Bari, 2006, p. 37.

²⁶ SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 84.

²⁷ S. BOSCHERINI, *La lingua della legge delle XII Tavole*, in «Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 1984», Napoli, 1988, p.45.

riale pervenuto, il moderno interprete compia lo sforzo di recuperare ed utilizzare le parole ed i costumi del tempo come chiavi interpretative per intendere nel miglior modo possibile il disposto delle XII Tavole.

Le intersezioni di cui ci si occuperà in questo libro non riguarderanno solo quelle «informative» desumibili dal riferito frammento di Pomponio. L'approfondimento del regime e dello sviluppo storico dei principali e tipici istituti a cui il *civis* poteva ricorrere per regolamentare l'assetto patrimoniale per il periodo successivo alla propria morte, la conseguente analisi della ricostruzione effettuata nelle fonti, in maniera non sempre limpida, dell'*iter* storico-giuridico che condurrà in epoca classica a determinare la tipicità stessa di molti di essi, la considerazione del precoce «sperimentalismo» della giurisprudenza che consentirà di innovare profondamente, pur facendo compiere i «salti evolutivi» di questo specifico settore del diritto (come del resto del diritto privato in generale) senza vistose deviazioni rispetto al solco tracciato dalla tradizione, condurranno a considerare le interrelazioni reciproche tra «causa»²⁸ e «natura» (giuridica) degli istituti medesimi, e a formulare ipotesi ricostruttive in merito allo stesso svolgimento di tale processo evolutivo, il quale parte, come si avrà modo di ripetere ed esaminare in più occasioni, dal testo della legislazione decemvirale e dal coacervo di disposizioni, oltre che di singole parole, spesso oscure per gli stessi interpreti dell'età repubblicana avanzata, presso i quali, comunque, «trovava ancora ascolto il lontano legislatore delle XII Tavole»²⁹.

2. Il problema dell' «*obscuritas verborum*»

Dalla discussione tra Sesto Cecilio Africano e Favorino emerge con chiarezza un tema già noto agli interpreti cronologicamente più vicini alla codificazione decemvirale rispetto agli interlocutori di cui ci narra Gellio: quello dell'*obscuritas verborum*, che rende spesso i versetti dell'antica legislazione «oscuri o controversi anche a chi li cita»³⁰. Emblematico a questo proposito è un noto passo del *De legibus* ciceroniano:

²⁸) Con riguardo allo specifico e complesso aspetto della qualifica delle disposizioni *mortis causa*, anche dal punto di vista dell'acquisto compiuto a quel titolo, cfr. S. CUGIA, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico. L'espressione «mortis causa»*. *Diritto romano classico e giustiniano*, Napoli, 1910, *passim*, e in particolare p. 1 ss., 5ss., 16 ss., 21 ss., 33 ss., 105 ss., J.A. ARIAS BONET, *Mortis causa capiones*, in «AHDE.», XX, 1950, p. 781 ss., D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, p. 1 ss., 24 ss., GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 1 ss., E. DOVERE, *Una «sfida» sistematica: la morte come occasione d'acquisto*, in «RDR.», XI, 2011 (estr. consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss.

²⁹) SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 138.

³⁰) DILIBERTO, *Ut carmen necessarium*, cit., p. 143.

2.23.59: *Iam cetera in duodecim minuendi sumptus sunt lamentationisque funebris, translata de Solonis fere legibus. 'Hoc plus,' inquit, 'ne facito: rogam ascea ne polito.'* nostis, quae sequuntur; discebamus enim pueri duodecim ut carmen necessarium; quas iam nemo discit. extenuato igitur sumptu tribus riciniis 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 vestimenti aliquod genus funebris, L. Aelius lessum quasi lugubrem euolationem, 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.

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 Varro, risulta essere una mera congettura. Il passo è peraltro particolarmente notevole perché rappresenta un'importante attestazione, peraltro non isolata³¹, relativa all'uso anche «didattico» del testo della legge delle XII Tavole: e su quest'ultimo aspetto converrà ritornare tra poco con più attenzione.

Qualunque studio su aspetti della legislazione decemvirale³² deve tener conto della carenza di una storia della tradizione letteraria attraverso la quale essa ci è pervenuta³³: i *Tripertita*, composti nel II secolo a.C. da Sesto Elio Peto Cato (il primo giurista laico, console nel 198) ai quali Pomponio nell'*Enchiridion* accosta l'immagine di *'cunabula iuris'*³⁴, 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 chiesti³⁵ di quanto possa essersi discostato Sesto Elio, nel suo commento, dall'esposizione dei decemviri, e ritenendo la legislazione decemvirale «primissimo frutto dell'influenza letteraria ellenistica ...», espressione di un modo di fare di-

³¹ Cfr. Cic., *leg.* 2.4.9: *A parvis enim, Quinte, didicimus 'Si in ius vocat', atque eius modi leges alias nominare.*

³² 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.

³³ 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 D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 93.

³⁴ Cfr. D. 1.2.2.38.

³⁵ In particolare AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., 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., con letteratura. Di tutt'altro avviso A. GUARINO, *Una palingenesi*, cit., p. 84 nel senso precisato *infra*, nt. 49.

ritto alieno da qualsivoglia esigenza speculativa»³⁶, 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 Pomponio nel celebre passo dell'*Enchiridion* conservato in D. 1.2.2.5-6³⁷.

Pare che i *Tripertita* fossero coevi a un altro commento alle XII Tavole di cui abbiamo notizia³⁸, 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 notevolissima³⁹. E' incerto se Servio Sulpicio Rufo abbia composto un commento al testo decemvirale: sono noti i dubbi con cui Otto Lenel⁴⁰ 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 festini⁴¹; 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*⁴². 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 opera⁴³, dai quali, però,

³⁶) AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., p. 396.

³⁷) Cfr. le osservazioni svolte a tal proposito da L. AMIRANTE, *Famiglia, libertà, città nell'epoca decemvirale*, in «Società e diritto nell'epoca decemvirale», cit., p. 70 ss.

³⁸) 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. BRETONE, *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 *explinator* del testo decemvirale, da identificarsi forse con Q. Valerio Sorano.

³⁹) Cfr. M. BRETONE, M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, 1981, p. 154.

⁴⁰) *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig, 1889), rist. Roma, 2000, II, c. 325 nt.1 e c. 333 nt. 1

⁴¹) *Palingenesia*, cit., II, c. 334 n. 92, 93, 95, 96.

⁴²) *Palingenesia*, cit., II, c. 325 n. 17. Cfr. D'IPPOLITO, *Questioni*, cit., p. 140 e nt. 5.

⁴³) 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 indicia de furtis habita 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*).

non si può dedurre in modo preciso in quanti libri si articolasse⁴⁴.

Il commento composto da Gaio⁴⁵, all'epoca del principato, «è l'unico che ci è giunto in un numero congruo di frammenti»⁴⁶ 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*⁴⁷. Gaio, con molta probabilità, si era potuto avvalere di fonti molteplici ed autorevoli⁴⁸; ma si ritiene anche plausibile che egli abbia avuto sotto gli occhi null'altro che i primi commenti alla Legge delle XII Ta-

⁴⁴ Per BRETONE, *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 Bretone, Amirante) sostiene che «il commento non dovesse essere breve». Cfr., inoltre, A. ZOCCO ROSA, *Il commento di Gaio alla Legge delle XII Tavole*, in «RISG.», V, 1888, p. 193 ss., A. M. HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford, p. 174, D. NÖRR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, in «ANRW.», II.15, Berlin - New York, 1976, p. 582 ss., M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, il «BIDR.», LXXX, 1977, 261 ss.

⁴⁵ S. MORGESE, *Appunti su Gaio ad legem duodecim tabularum*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista», Milano, 1981, p. 109 s., con 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.».

⁴⁶ DILIBERTO, *Considerazioni*, cit., p. 403, ID., *Materiali*, cit., p. 49 ss., ID., *Il «diritto penale»*, cit., p. 17 ss.

⁴⁷ 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, 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.*». Anche SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 85 ritiene che, nell'impossibilità di una ricostruzione certa dell'ordine dei temi toccati nelle diverse tavole, il commento di Gaio continui a rimanere «la guida migliore per farsi un'idea della sequenza» dei predetti temi.

⁴⁸ Ne sarebbero indice, secondo AMIRANTE, *op. ult. cit.*, p. 391, la ricchezza delle citazioni, di cui Gaio è solitamente parco, e lo stretto rapporto tra i *verba* e l'*interpretatio*.

vole⁴⁹, l'autorevolezza dei quali, peraltro, gli avrebbe impedito di distinguere le parole della legge dalla loro interpretazione⁵⁰: tanto che, si è ipotizzato⁵¹, 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 Diliberto⁵², che la storia degli istituti giuridici viene intesa da Gaio come caratterizzata dal procedere dell'interpretazione, la quale ha come punto di partenza il testo dell'antica legge, ma 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 della constatazione che la giurisprudenza ha aggiornato, mediante l'interpretazione, il disposto delle antiche norme, adattandone il contenuto a seconda delle situazioni e dei periodi storici⁵³, ed

⁴⁹) 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 antecristo, 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*».

⁵⁰) 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».

⁵¹) Da parte di AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., p. 396.

⁵²) *Materiali*, cit., p. 63.

⁵³) 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 animadverto 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

uniformandosi così in piena coerenza ad un atteggiamento culturale e ad un modo di tramandare la conoscenza che vedremo presto essere una caratteristica profondamente radicata nelle società antiche, e non solo in quella romana.

3. L'esistenza del testo.

Le *vetustae leges*, ed in particolare la legge delle XII Tavole, furono dunque un punto di riferimento notevolissimo di quel tradizionalismo etico-politico, oltre che giuridico, tipico dei romani. Una tale affermazione involge un problema notevole: quello 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 afferma che la perdita fu irreparabile e definitiva⁵⁴. Eppure, Livio – il

«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) «antitetivamente 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 persino del presente (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 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 questa prospettiva Gallo esclude (p. 88 nt. 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». Il manuale istituzionale gaiano è indubbiamente una preziosa fonte di informazioni sullo sviluppo storico degli istituti presi in considerazione, dovendosi in ogni caso rilevare che spesso esso è svolto in una maniera non limpida, come risulterà più avanti nel testo: in ogni caso, cfr. C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*², Milano, 1966, p. 159 ss.

⁵⁴ Cfr. LAMBERT, *La question*, cit., p. 14: «Les classiques ne nous parlent pas plus

d'ailleurs d'une reconstitution officielle des tables royales que d'une reconstitution des tables décenvirales»; BAVIERA, *Lezioni*, cit., p. 73 s., riferisce in maniera dubitativa l'ipotesi di una successiva ricerca ed un conseguente ritrovamento, in ogni caso riconducendo con certezza a Sesto Elio il testo tramandato dalla tradizione; fondandosi peraltro sulla testimonianza di Livio (*urb. cond.* 6.1.9-10) cui si farà cenno tra poco, riferisce (a p. 140 s.) il convincimento della maggior parte degli studiosi relativo alla perdita irrimediabile del testo. E' peraltro possibile rinvenire posizioni di opposto avviso, come quella espressa da GIRARD, *L'histoire*, cit., p. 5 ss. Pochi anni più tardi T. FRANK, *An Economic History of Rome to the end of the Republic*, Baltimore, 1920, trad. it. – *Storia economica di Roma. Dalle origini alla fine della repubblica* –, Firenze, 1924, p. 38 s., nt. 1, programmaticamente, afferma: «poiché v'è stata grande diversità di opinioni riguardo all'attendibilità degli storici romani primitivi è giusto che ogni storico di Roma informi il lettore della propria posizione in tale questione fondamentale. Nel volume presente Polibio, Diodoro, e perfino Livio, sono stati usati liberamente nella persuasione che essi forniscono un racconto del periodo repubblicano che può con qualche cautela venire accolto. I Romani, rispettosi della legge e delle forme legali fino ad un limite estremo, conservavano copie dei loro trattati, delle loro leggi e decreti senatorii, ed anche il breve resoconto di avvenimenti del Pontefice Massimo. Gli annali dei pontefici miravano veramente a ricordare solo avvenimenti d'importanza religiosa, ma, poiché soltanto uomini di dignità politica divenivano sacerdoti, doveva essere facile che i loro annali contenessero accenni di interesse politico. La supposizione comune che la maggior parte dei ricordi fossero distrutti dai Galli nel 390 a.C. è tutt'altro che probabile. Gli archeologi credono che la maggior parte dei templi, e per conseguenza i ricordi in essi contenuti, sfuggissero alla distruzione. A quanto sembra i Celti, come spesso avviene dei popoli primitivi, rispettavano i luoghi sacri. In ogni modo i trattati che erano conservati sul Campidoglio sopravvissero. ... I primi storici di Roma, come Fabio Pittore, furono uomini di stato abituati a procurarsi una esatta conoscenza delle leggi e dei trattati. E' inesatto ascrivere a tali uomini i metodi storici poco scrupolosi che furono seguiti dai romanzieri retorici i quali scrissero per divertire al tempo di Silla. La cura e la conoscenza che essi impiegavano negli affari di Stato, la usavano senza dubbio anche nel comporre la storia. ... Nel servirsi di storici posteriori, che hanno riempito con materiale leggendario lo scheletro fabiano, possiamo in generale supporre che la struttura principale della cronologia sia attendibile. Non badando naturalmente ad una differenza di tre o quattro anni nel periodo primitivo, le liste consolari sono egualmente sicure e in gran parte le leggi, i trattati, i senatus consulti, le date di colonie e le date di guerre importanti sono accettabili. Tuttavia bisogna tener presente che le leggi proposte ma non approvate, e le discussioni senatorie non erano menzionate, e che i ricordi dei pontefici non avevano spazio per avvenimenti come i movimenti di truppe. Quindi quando tali fatti si presentano nei racconti del periodo anteriore al 390 a.C. essi devono essere considerati come pura tradizione orale, che è prudente respingere completamente. Dopo una tale eliminazione il racconto fornito dalle nostre fonti letterarie sembra in ragionevole accordo colle conclusioni più recenti della archeologia». Sulla complessità dell'analisi dei dati desumibili da quella che Frank chiama «pura tradizione orale», cfr., in una più ampia prospettiva, ed avendo ben presente la parziale diversità dell'oggetto di studio, che non preclude comunque la possibilità di procedere ad importanti comparazioni, J. VANSINA, *De la tradition orale. Essai de méthode historique*, Tervuren, 1961, trad. it. – *La tradizione orale. Saggio di metodologia storica. Edizione aggiornata con un nuovo saggio dell'autore* –, Roma, 1976, p. 40 ss., 68 ss., 74 ss., 81 ss., 86 ss., 171 ss., 202 ss., 225 ss., 238 ss., e ASSMANN, *La tradizione orale*, cit., p. 23 ss. In quanto al disastro gallico, peraltro, va ricordata l'opinione di G. DE SANCTIS, *Storia di Roma*, I, *Roma dalle origini alla monarchia. Nuova edizione, stabilita sugli inediti* (cur. S. ACCAME), Firenze, 1980, p. 5,

quale, proprio con riguardo al resoconto da lui svolto delle imprese compiute dai Romani a partire dalla fondazione dell'Urbe sino al disastro gallico, espresamente rileva le enormi difficoltà che un tale sforzo aveva comportato proprio per la scarsità di fonti scritte e per la distruzione della maggior parte di esse (tra le quali vengono individuati i commentari dei pontefici e altri documenti pubblici e privati)⁵⁵ – ci lascia comunque intendere che ci dovette essere la possibilità di una ricostruzione, di una riscrittura, del testo in tempi particolarmente rapidi⁵⁶.

Del resto, ancora nel 1839, viene ristampata l'opera di Lodovico Valeriani⁵⁷, in cui si afferma che esse, «illese dalla ruina de' Galli, ed anche illese dal turbine, che atterrò tempj, ed altre tavole svelse nell'uccisione di Cesare, salde sin dall'età di Cajo, che le illustrò, non perirono che per istrazio de' barbari»⁵⁸: la convinzione un po' ingenua con cui si afferma la materiale sopravvivenza del testo originario – che sarebbe uscito indenne non solo dall'incendio gallico, ma anche dal «turbine» conseguente al cesaricidio, per rimanere «saldo» innanzi agli occhi di Gaio mentre ne scriveva il commento, e infine perire solo «per istrazio» dei barbari – rende comunque conto della radicata

che rileva come «in realtà che qualche quartiere di Roma sia stato incendiato dai Galli è da credere; ma la distruzione della più gran parte dei documenti, in contrasto con le notizie fededegne su iscrizioni anteriori al sec. V conservate più tardi in Roma, non è che un mito etologico destinato a spiegare come documenti antichissimi ce n'erano verso il termine della repubblica pochi. E pochi ce n'erano, infatti, non per colpa dei Galli, si bene perché nel sec. V poco si scriveva e nel sec. I poco e male si cercava». Più recentemente, SCHIAVONE, *Iur.*, cit., p. 83 s., pur ricordando che «l'originale delle tavole andò perduto nell'incendio di Roma del 390 a.C., in seguito all'invasione gallica» ammette comunque che «da sua diffusione negli ultimi secoli della repubblica si fondava sull'edizione realizzata, agli inizi del III secolo a.C., da Sesto Elio Peto Cato nei *Tripertita* (e però non c'è dubbio che egli avesse sotto gli occhi una versione fedele: era la scrittura esposta nel Foro a essere andata perduta, non le copie conservate negli archivi dei pontefici)».

⁵⁵ Cfr. Liv., *urb. cond.* 6.1.1: *Quae ab condita urbe Roma ad captam eandem Romani sub regibus primum, consulibus deinde ac dictatoribus decemvirisque ac tribunis consularibus gessere, foris bella, domi seditiones, quinque libris exposui, [2.] res cum vetustate nimia obscuras velut quae magno ex intervallo loci vix cernuntur, tum quid rarae per eadem tempora litterae fuere, una custodia fidelis memoriae rerum gestarum, et quod, etiam si quae in commentariis pontificum aliisque publicis privatisque erant monumentis, incensa urbe pleraeque interiere.*

⁵⁶ 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 – conquiri, quae comparerent, iusserunt. Alia ex eis edita etiam in vulgus: quae autem ad sacra pertinebat, a pontificibus maxime ut religione obstrictos haberent multitudinis animos suppressa.*

⁵⁷ Il quale si occupò a lungo delle XII Tavole: almeno a far data dal 1796, come riferisce DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 165 s.

⁵⁸ *Leggi delle Dodici Tavole esaminate secondo i principj e le regole della politica*, Firenze, 1839, p. 77: si registra una prima edizione dell'opera a Lucca nel 1820 ed una successiva a Napoli nel 1859: cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 165 s.

persistenza della memoria di esso attraverso i secoli. E' inoltre ben nota l'affermazione di Cipriano⁵⁹, che in gioventù aveva svolto studi giuridici, 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»⁶⁰, 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'Ippolito⁶¹, ancora nel V secolo d.C., per celebrare i meriti di Valerio Dalmazio, *praeses* della provincia *Lugdunensis tertia*, in un'epigrafe⁶² 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, può risultare utile una testimonianza di Cicerone⁶³:

[1.43.193] ... 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. (...) [1.44.195] Fremant omnes licet, dicam quod sentio: bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontis et capita viderit, et auctoritate pondere et utilitatis ubertate superare.

⁵⁹ *Ad Donat.*, 10: *forum fortasse videatur immune, quod ab iniuriis laevessentibus liberum nullis malorum contactibus pollutantur. illic aciem tuam flecte: plura illic quae detesteris inveniens, magis oculos tuos inde devertes, incisae sint leges duodecim tabulis et publice aere praefixo iura proscripta 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 vetuerunt*'.

⁶⁰ Cfr. S. TONDO, *Profilo di Storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 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.

⁶¹ *Le XII Tavole: il testo e la politica*, in «Storia di Roma» (*dir.*: A. SCHIAVONE), I («Roma in Italia»), Torino, 1988, p. 397.

⁶² «I.L.S.» 8987.

⁶³ *De or.*, 1.43.193 e 1.44.195.

Il passo 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 augusteo⁶⁴. Ciò che in questa sede mi preme sottolineare è che ci si è spesso limitati a correlare all'enfasi retorica dell'Arpinate la *ratio* di fondo dell'affermazione *'bibliothecas mebercule 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)⁶⁵, non considerandola come un'ideale testimonianza in merito a quella che ai nostri fini è un'informazione preziosa: in questo passo, infatti, si contrappone la validità, per chi studia il diritto, di un unico libriccino (*'unus libellus'*) ad intere biblioteche di filosofi. Esso mi sembra un'evidentissima attestazione, da parte di Cicerone, dell'esistenza di un piccolo libro, sia pure ad uso scolastico (ma senza che ciò voglia sminuirne l'importanza⁶⁶, come invece si è soliti ritenere) che contiene il testo decemvirale, magari scevro dell'intero insieme di quei commenti che la giurisprudenza successiva a Sesto Elio vi aveva stratificato così da renderne sempre meno riconoscibile la formulazione originaria: si dovrebbe altrimenti supporre l'assurdo per cui secoli di commenti al testo decemvirale avrebbero potuto, assieme ad esso, rinchiudersi in *uno libello*.

E questa deduzione è ulteriormente rafforzata alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo precedente, in relazione all'uso anche «didattico» del testo dell'antica legge, che veniva obbligatoriamente imparato a memoria (*'ut carmen necessarium'* si legge in *leg. 2.23.59*) al tempo della fanciullezza di Cicerone, quando il suo apprendimento era innanzitutto un esercizio di mnemotecnica durante «l'insegnamento primario, senza approfondimenti e non già come studio del diritto»⁶⁷, essendo imposto più che altro in ossequio alla regola implicita per cui «i partecipanti a un qualsiasi ordine sociale debbono, come condizione preliminare, possedere una memoria condivisa»⁶⁸. Il diritto sarebbe poi

⁶⁴ Cfr., ad esempio, l'uso che ne viene fatto dal primo dei due autori in 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Nello stesso ordine di idee per cui non si può, ad esempio, attribuire minor valore al testo della Costituzione italiana solo perché riportato in un opuscolo scolastico anziché in una pubblicazione ufficiale.

⁶⁷ DILIBERTO, *Ut carmen necessarium*, cit., p. 145, e *La satira e il diritto*, cit., p. 390 ss.

⁶⁸ P. CONNERTON, *How societies remember*, Cambridge, 1989, trad. it. – *Come le società ricordano* –, Roma, 1999, p. 9, ove si rileva altresì che la divergenza oltre una certa soglia delle memorie dei menzionati partecipanti nei confronti del passato del comune ordine sociale comporta il venir meno del fattore di coesione rappresentato proprio dalle esperienze e convinzioni comuni. Ciò rappresenta un grave *vulnus* alla «struttura connettiva» di ogni

stato eventualmente trattato ed approfondito durante il corso di studi superiori, presso un *rhetor* o un *orator*, secondo una ripartizione dell'approccio didattico al testo che risulta coerente con la più generale tendenza rinvenuta nelle società antiche, in forza della quale la «struttura connettiva» culturale delle medesime si basa sulle due distinte forme di riferimento della «ripetizione» («Wiederholung») e dell'«attualizzazione» («Vergegenwärtigung»), secondo le rispettive nozioni e i rapporti reciproci precisati da Jan Assmann⁶⁹, già a far data dai momenti iniziali dell'istruzione dei fanciulli, in ossequio a quella pratica dell'«arte della memoria», che è un tratto caratteristico dell'Occidente, e nel cui alveo scorre il flusso della tradizione. Risulta allora più arbitrario pensare che quella contenuta nel libriccino menzionato da Cicerone sia una parafrasi scolastica (nel senso deterioro del termine)⁷⁰ che non accettare l'ipotesi dell'attestazione indiscussa di una tradizione scritta del testo decemvirale il più possibile aderente alla sua formulazione originaria almeno sino all'epoca di Cicerone⁷¹. Almeno, quindi, sino alla (seconda) metà del primo secolo a.C.

Vedremo, peraltro, che tale tradizione avrà ancora lunghissima vita, a

cultura, come precisa J. ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, München, 1992, trad. it. – *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche* –, Torino, 1997, p. XII s.: detta struttura connettiva, che «è basata da un lato sul vincolo di comuni regole e valori, dall'altro sul ricordo di un passato condiviso», è ritenuta necessaria per l'istituzione, nella dimensione sociale ed in quella temporale, di collegamenti e vincoli idonei alla costruzione di un «universo simbolico» contenente lo spazio comune rappresentato da esperienze, attese ed azioni necessarie per fornire, con notevole efficacia aggregatrice e vincolante, fiducia e orientamento a quel particolare aspetto della cultura che nei testi antichi, non solo romani, è indicato col termine «giustizia».

⁶⁹ Cfr. ASSMANN, *La memoria culturale*, cit., p. XIII, 5 ss., 60 ss., 63 ss.

⁷⁰ Di «parafrasi sorte nelle scuole» parla in quest'accezione, tra gli altri, COLI, *Il testamento*, cit., p. 625.

⁷¹ 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».

ben poco rilevando le obiezioni (che pure si accettano come particolarmente rilevanti)⁷² per cui la non arcaicità della lingua sarebbe un indizio gravissimo a detrimento di tale ipotesi: contro di esse già nel 1903 Charles Appleton⁷³ sosteneva, sostanzialmente sottolineando la loro fragilità, che la naturale evoluzione della lingua non muta l'essenza del testo⁷⁴. A tal proposito, si è utilmente sottolineata⁷⁵ la distinzione tra linguaggio e lessico dell'antica legge: il primo, quale a noi pervenuto e generalmente riportato dai moderni editori, non è sicuramente riconducibile in via diretta ed immediata alla formulazione originaria delle disposizioni medesime; il secondo, invece, è stato riconosciuto come quello tipico agro-pastorale del V secolo, sia pure nella predetta e più moderna veste linguistica.

I principali canali di trasmissione ed impiego della legge delle XII Tavole furono fondamentalmente due: quello della concreta applicazione del diritto nelle controversie sottoposte all'attenzione dei giuristi e bisognose di una soluzione o di una regolamentazione, e, almeno a partire da un certo momento⁷⁶, 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 allorquando se ne presentasse la necessità⁷⁷, nell'altro la vetusta legge era usata come «un exercise de lecture et d'explication pour la jeunesse»⁷⁸, mediante un tipo di impiego che, pur necessitando di un rinnovamento della lingua, non ne corrompe mai in maniera irrimediabile il testo. Proprio perché imparato a memoria da tutti i fanciulli dotati almeno di istruzione primaria, esso poté godere per

⁷² Cfr., ad esempio, BRETONNE, *Storia*, cit., p. 87

⁷³ *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'autenticité des XII Tables*, Paris, 1903, p. 10 e nt. 2.

⁷⁴ 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., nonché il già considerato SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 84.

⁷⁵ Cfr. A. GUARINO, *Riflessioni conclusive*, in «Società e diritto nell'epoca decemvirale», cit., p. 299.

⁷⁶ Che si suole indicare nel passaggio, con l'avvento della repubblica, dalla «sacralità» alla «laicizzazione» del sapere: in questo senso, cfr. G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, p. 58 ss.

⁷⁷ Si pensi all'istituto dell'emancipazione in rapporto al precetto contenuto in *tab. 4.2b*: 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».

⁷⁸ APPLETON, *Le testament*, cit., p. 10.

lungo tempo di una radicata persistenza nella stessa cultura romana, in un ambito ben più ampio di quello dei soli specialisti: a tal proposito, è stata recentemente posta in dubbio⁷⁹ la stessa affermazione di Cicerone, contenuta nel riferito passo del *De legibus* (2.23.59: *‘quas iam nemo discit’*) secondo la quale, all’epoca in cui egli scrive, la prassi di imparare a memoria i versetti dell’antica legge non sarebbe più stata in voga, essendosi invece rinvenuti fortissimi indizi che l’attesterebbero come sussistente almeno sino all’epoca di Nerone.

In ogni caso, la legge delle XII Tavole fu conosciuta sicuramente sino al sesto secolo d.C., sia in Occidente che in Oriente, attraverso fonti che in qualche misura la conservavano⁸⁰, fino alla sua improvvisa scomparsa. «Le XII Tavole, dunque, ad un certo punto, per così dire, *si perdono*»⁸¹.

4. Un testo perduto. Irrmediabilmente?

La sequenza di evocazioni, rimandi e richiami che per secoli può far contare sull’esistenza di una qualche opera percepita dai contemporanei come la legge delle XII Tavole (o come una preziosa antologia di norme tratte da quella legislazione)⁸² nel VI secolo d.C. si interrompe, e «rare, incerte e frammentarie»⁸³ saranno da questo momento le notizie relative ad essa. E’ da questo momento

⁷⁹) Da DILIBERTO, *Ut carmen necessarium*, cit. p. 143 ss., 149 ss., 152 ss.,

⁸⁰) Cfr. R. SCHOELL, *Legis Duodecim Tabularum Reliquiae*, Lipsiae, 1866, p. 17 ss., L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 369 nt. 111, H. SIEMS, *Bemerkung zu sunnis und morbus soticus. Zum Problem des Fortwirkens römischen Rechts im frühen Mittelalter*, in «ZSS.», CIII, 1986, p. 409 ss., WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., p. 306 nt. 99 e 100, W. WOŁODKIEWCZ, *Le remarques d’Acurse sur les origines graecques de la Loi des XII Tables*, in «Collatio Iuris Romani. Etudes dédiées à H. Ankum», II, Amsterdam, 1995, p. 643 ss., e DILIBERTO, *Conoscenza*, cit., p. 205 ss., e *Un manoscritto inedito*, cit., p. 65.

⁸¹) DILIBERTO, *loc. ult. cit.*

⁸²) Riferimenti diretti ed indiretti alla legge delle XII Tavole continueranno comunque a persistere durante l’epoca classica del diritto romano (ed oltre, per quanto con sempre minore attendibilità) in fonti non solo giuridiche, ma anche letterarie ed epigrafiche: cfr. i già riferiti passi di Gell., *noct. Att.* 1.12.18, 20.1.1-6, Ciprian., *ad Donat.*, 10, Salvian., *de gubern. Dei*, 8.5.24, «ILS.» 8987. In letteratura, cfr. da ultimo DILIBERTO, *Conoscenza e diffusione*, cit., p. 226, ove si sostiene il convincimento che «nelle principali biblioteche e negli archivi imperiali si conservassero testi riguardanti, direttamente o indirettamente, le XII Tavole», nonostante lo scetticismo manifestato in precedenza da altri studiosi con riferimento alle testimonianze più tarde: cfr. G. BAVIERA, *Lezioni di storia del diritto romano*, Napoli, 1914, p. 74, e TONDO, *Profilo*, I, cit., nt. 18. Un’interessante analisi della memoria del testo della legge delle XII Tavole nelle opere letterarie è condotta da E. ROMANO, *Effigies antiquitatis. Per una storia della persistenza delle Dodici Tavole nella cultura romana*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 451 ss. In relazione allo studio della Romano, cfr. le osservazioni di DILIBERTO, *Ut carmen necessarium*, cit., p. 149 ss.

⁸³) DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 483.

che iniziano prepotentemente a crearsi le premesse per la sconfortata osservazione che la Fögen riferisce ai tempi moderni: «finora non è emersa neppure una sillaba originale del testo delle dodici tavole»⁸⁴. Va peraltro rilevato che da più di un ventennio si registra tra gli studiosi un rinnovato interesse in merito alla storia della tradizione palinogenetica del testo decemvirale.

Sarà la consapevolezza di questa frattura a far sorgere l'esigenza della palinogenesi⁸⁵. Questa improvvisa mancanza, o forse questa improvvisa percezione della mancanza di un testo che in realtà durava da secoli, fa sentire il bisogno di procedere ad una ricostruzione; direi quasi: di operare, dalle ceneri sparse, una resurrezione del testo, la memoria dei cui precetti continuò a sopravvivere alla loro stessa abrogazione, non cadendo nell'oblio conseguente alla desuetudine⁸⁶, e riuscendo comunque in qualche modo a perpetrarsi, per il tramite di una complessa ed eterogenea serie di citazioni, parafrasi, allusioni e falsificazioni oltre che, in ultima istanza, in forza di quella venerazione da sempre tributatagli.

La legge eterna e immutabile, «di concordia per gli antichi»⁸⁷, diviene, per quella singolare sorta di contrappasso che ha evidenziato Humbert⁸⁸, «duo-

⁸⁴) *Storie*, cit., p. 63.

⁸⁵) Una mia prima relazione sulla storia dei tentativi di palinogenesi del testo decemvirale può leggersi in P. ARCES, *Appunti per una storia dei tentativi di palinogenesi della legge delle XII Tavole*, in «RDR», VIII, 2008 (*estr.*, consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss.

⁸⁶) Tanto che a tal fine nulla poté, ad esempio, il Senatoconsulto Canuleio, con cui si permisero i matrimoni tra patrizi e plebei, giacché la memoria del divieto presente nel testo della legge continuò a persistere, così da essere ricordato da Cicerone (Cfr. *de re p.* 2.37.63: *ergo horum ex iniustitia subito exorta est maxima perturbatio et totius commutatio rei publicae; qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus, etiam quae diiunctis populi tribui solent conubia, haec illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt, quae postea plebei scito Canuleio abrogata est ...*), o, continuando nell'esemplificazione, l'evoluzione della sanzione prevista per il *furtum manifestum*, che nella forma dell'azione penale pretoria *furti manifesti* faceva conseguire al derubato il quadruplo del valore della cosa rubata, non impedì di rammentare che, in qualche modo, continuava ad esistere (pur nel suo essere inoperante) l'antica norma decemvirale che comminava al *fur manifestus* le gravi sanzioni della fustigazione e dell'*addictio* – previo esperimento della *legis actio per manus iniunctionem* – da parte del magistrato al derubato, che lo avrebbe avuto presso di sé *servi loco* o *adiudicati loco*, a seconda delle opinioni, così come ricordate da Gaio (*inst.*, 3.189: *Poenae manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex additione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequae verberatum animadvertebatur. Sed postea improbata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*). Sul meccanismo della desuetudine di talune prescrizioni contenute nel testo decemvirale, cfr. FRANCHINI, *La desuetudine*, cit., p. 20 ss., 28 ss., 32 ss., 38 ss., 62 ss., 71 ss.

⁸⁷) M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 3.

⁸⁸) *Op. cit.*, p. 3 s.

go di ogni discordia»⁸⁹ per i moderni, presso i quali si registreranno le ben note, e forse interminabili, divergenze d'interpretazione che investono ogni suo aspetto. Per questo motivo, sin dall'Umanesimo, quando «comincia un'epoca nuova per la comprensione dei maestri antichi»⁹⁰, con una vera e propria controtendenza rispetto a quell'atteggiamento «critico-demolitorio»⁹¹ che si indica come tratto comune di questo periodo, si iniziò a ipotizzare la possibilità di ricostruire l'antica legge⁹², «monumento legislativo per eccellenza dell'antichità romana»⁹³, e si sfruttarono tutte le notizie che era possibile reperire, anche le più suggestive ma non dimostrabili, come quella raccolta dal Balduinus, secondo la quale, prima dell'Ottavo secolo, presso un certo ecclesiastico di Marsiglia vi sarebbe stato un libro da lui scritto in cui, volendo provare la derivazione delle leggi romane da quelle greche, e quelle greche da quelle giudaiche, si era provveduto a rinvenire e descrivere la maggior parte del testo decemvirale⁹⁴.

All'indimostrabilità della notizia (salvo fortunosi ritrovamenti) fa da contraltare l'osservazione per cui il tema della derivazione delle leggi romane da quelle ebraiche, per il tramite della legislazione greca, non si rinviene solo in questa occasione: è stato infatti notato che essa «appare una costante»⁹⁵, tanto da condurre a suggestive congetture in merito ad uno scolio del IX secolo ad Orazio⁹⁶, ma resta una costante anche l'invito alla prudenza⁹⁷. Un'altra debole

⁸⁹) HUMBERT, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁰) M. BRETONE, *Soliloquio sul diritto antico. La filosofia di una tecnica*, Lecce-Brescia, 2013, p. 39.

⁹¹) ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 616.

⁹²) Cfr. i rilievi ancora oggi fondamentali nell'opera di DIRKSEN, *Übersicht*, cit., p. 23 ss. e 32 ss.

⁹³) DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 2.

⁹⁴) La notizia è ricordata da DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 484 e si rinviene in *Francisci Balduini. Libri duo ad leges Romuli, regis Rom., leg. XII. Tabularum. Eiusdem consilium de nova juris civilis demonstratione, singularumque ejus partium consideratione. Lugduni apud Gryphium*, 1550, opera qualificata da ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 200, nt. 73 «di una ricchezza mirabile»: ho potuto consultarla in una delle numerose ripubblicazioni che questa fortunata opera ha ricevuto: *Jurisprudentia Romana et Attica, in III tomos divisa, continens varios commentatores qui Jus Romanum & Atticum Item Classicos aliosque Auctores emendarunt, explicarunt, illustrarunt. Cum praefatione Joannis Gottliebii Heineccii. J.cti & Antecessoris. Tomus I in quo Francisci Balduini, J.cti opuscula omnia. Lugduni Batavorum, apud Abrahamum Kallevier, Johan. et Herman. Verbeek., bibliop., 1738: 'Audio ante annos octingentos scriptum abs quodam episcopo Massaliensi librum fuisse, in quo cum provare vult Romanos a Graecis et Graecos a Iudaeis suas leges reperisse, magnam XII Tabularum partem describit, ac recitat. Sed eum quoque librum qui habet, supprimit'. Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 64 s.*

⁹⁵) DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 485. BOSCHERINI, *La lingua*, cit., p. 52 s. esclude invece con una certa convinzione la derivazione dell'antica legislazione romana da quella greca.

⁹⁶) Si tratta molto probabilmente – il Crawford è di quest'avviso: cfr. «Roman Statutes» (ed. M. H. CRAWFORD) II, London, 1996, p. 570 – dello scoliasta Heinricus di

traccia fa riferimento ad uno scritto del monaco Petrus de Grañon, il quale avrebbe composto un'opera dedicata alle *Leges Gothorum et Regum* prendola col testo in latino delle XII Tavole⁹⁸: non si sa altro, neppure che tipo di testo fosse quello che il monaco Petrus indicasse come la legge delle XII Tavole.

Se si considera che le testimonianze relative alla presenza di qualche rimando alle norme della legge nelle epigrafi della Roma medioevale sono ritenute altamente inattendibili⁹⁹, si converrà che l'insieme delle informazioni non è propriamente dei più nutriti, eppure non è sfuggito all'occhio di un osservatore autorevole ed attento che «non si può escludere come in ambiente monastico e, segnatamente, in Francia – che abbiamo già in precedenza considerato come terra ove sembrerebbe esser stata più forte la persistenza di materiali decemvirali – potessero esistere ancora manoscritti che conservavano qualche testo contenente le Dodici Tavole»¹⁰⁰.

L'esigenza di una palingenesi che, come si è visto, si affaccia con una certa prepotenza¹⁰¹ durante l'Umanesimo giuridico, non dopo aver dato qualche avvisaglia nei secoli precedenti¹⁰², pone dunque un fondamentale problema: quello della totale assenza di un testo di riferimento da utilizzare in funzione di «ossatura», di «struttura portante» dell'impianto della legislazione decemvirale. Gli Umanisti, però, non si tirano indietro: il periodo che si trovano a vivere è caratterizzato da un imponente lavoro di scoperta (oltre che riscoperta) di antichi manoscritti. La mole e la qualità veramente notevoli di pubblicazioni che ne conseguono è stata indicata come una delle peculiarità di

Auxerre, che annota l'epistola di Orazio in cui i decemviri vengono chiamati *'bis quinque viri'* (epist. 2.1.23): cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 485, che rinvia a *Scholium in Horatium* (cur. H.J. BOTSCHUYVER), IV, Amsterdam, 1942, p. 418. E' indubbiamente suggestivo, nello scolio, il rincorrersi di tradizioni legislative e, conseguentemente, rapporti tra Greci, Ebrei e Romani: *'nota quod dicit tabula et cetera. Graeci tabulas quae prohibent peccare primitus invenerunt et scripserunt vel fortasse legem Moysi dicit eos prius scripsisse; quo audito a Romanis, miserunt decemvros in Graeciam qui illas tabulas transmutarent in Latinum, ubi videres saepe nominativum pro accusativo et genetivum pro dativo'*.

⁹⁷ Cfr. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 570, sull'attenzione della patristica relativamente al tema della traduzione dal greco in latino.

⁹⁸ Cfr. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 570, e DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 486.

⁹⁹ Cfr. quanto osservano TONDO, *Profilo*, cit., p. 276, nt. 18, CRAWFORD, *op. cit.*, p. 570, e DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 486.

¹⁰⁰ DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 486, dove si dichiara di aderire alla suggestione già formulata dal CRAWFORD, *op. cit.*, p. 571.

¹⁰¹ Oltre che con una estrema precocità: cfr., infatti, le osservazioni di FERRARY, *Saggio*, cit., p. 503 ss.

¹⁰² Questa osservazione assume oggi ancora più rilevanza alla luce delle recentissime posizioni assunte, sulla base dell'esame di alcuni manoscritti, da DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 491 ss., ID., *Umanesimo*, 1, cit., p. 3 ss., ID., *Umanesimo*, 2, cit., p. 62 ss., che saranno oggetto di attenzione più avanti nel testo.

questo periodo storico¹⁰³, e al fervore della riscoperta gli Umanisti aggiungono anche quello della ricostruzione, accompagnato anche dalla genialità delle intuizioni¹⁰⁴. Per le XII Tavole, si è visto, il problema è particolarmente arduo: mancando il modello archetipico riconducibile al mondo classico, più che di ricostruzione si deve parlare di vera e propria resurrezione. Si tratterà di setacciare tutte le fonti antiche, individuare citazioni di norme della legge delle XII Tavole e procedere al loro assemblaggio: un lavoro difficilissimo e arduo, condotto con la stessa sicurezza di movimento che avrebbe avuto Tesèo nel labirinto se non fosse stato fornito da Arianna del salvifico filo¹⁰⁵.

Oltre alla necessità di rinvenire il maggior numero di citazioni dell'antico codice, infatti, si trattava anche di congegnare un metodo proprio per procedere al loro assemblaggio, posto che mancando la legge, a maggior ragione mancavano anche indicazioni sul criterio seguito nel V secolo dai decemviri per costruirla. Insomma, si brancolava nel buio e si correva costantemente il rischio di lasciarsi abbagliare da fuochi fatui.

La produzione a stampa dei primi timidi tentativi di una palingenesi è riconducibile agli albori del 1500: stando alla documentazione pervenuta, infatti, si dovrebbe concordare¹⁰⁶ nel riconoscerne il primo esempio nei *Libri de Historia Juris Civilis et Pontificii* di Aymar du Rivail (Rivallius)¹⁰⁷, chiamato il «primo storico del diritto»¹⁰⁸ perché, probabilmente, si tratta della «prima trattazione che porti nel suo titolo l'espressione *historia iuris*»¹⁰⁹, e, per quanto ri-

¹⁰³ Cfr. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 606 s.

¹⁰⁴ Quali quelle del carmelitano scalzo ticinese BENEDICTUS A JESU CHRISTO, *Novae veteres vindiciae dignitatis et auctoritatis juris civilis*, riprodotto in «Thesaurus juris Romani» (cur. E. OTTO), V, Basileae, 1744, col. 1313 ss.

¹⁰⁵ Cfr. Hom., *Od.*, 11.420-425, e Plut., *Thes.* 19-20.

¹⁰⁶ Nel senso precisato nel testo, cfr., da ultimi, DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 47 s., ID., *Umanesimo*, 1, cit., p. 16, FERRARY, *Saggio*, p. 506, e AGNATI, *Sequenze decemvirali*, cit., p. 250.

¹⁰⁷ Si tratta di *Aymari Rivallii Allobrogis Jurisconsulti ac Oratoris Libri de Historia Juris Civilis et Pontificii. Venundantur in Biblioteca Ludovici Olivelli bibliopolae universitatis Valen. iurati. Icon. Regis cum lemmate: Spes alit Agricolas et Ludovicis Olivelli: l'opera è senza data, ma DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 47 segnala come da un privilegio, al verso del titolo, si ricavi la data del 1515. Questa prima edizione dell'opera del Rivallius è effettivamente di difficile consultazione: senz'altro più accessibile un'altra del 1527 (dove il sospetto che fosse questa la prima edizione): *Aymari Rivallii Allobrogis, Iureconsulti eruditissimi eloquentissimisque, Civilis historiae Juris, sive in XII Tab. Leges commentariorum libri quinque. Historiae item Juris Pont. liber Singularis. Moguntiae anno M. D. XXVII. apud Ioannem Schoeffer*.*

¹⁰⁸ Cfr. E. VON MÖLLER, *Aymar du Rivail. Der erste Rechtshistoriker*, Berlin, 1907, p. 5 ss., D. MAFFEI, *Inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano, 1956, p. 139, ORESTANO, *op. cit.*, p. 609, e J.L. FERRARY, *Naissance d'un aspect de la recherche antiquaire. Les premiers travaux sur les lois romaines: de l'Epistula ad Cornelium de Fidelfo à l'Historia iuris civilis d'Aymar du Rivail*, in «Ancient History and the Antiquarian, Essays A. Momigliano» (ed. M. CRAWFORD, C.R. LIGOTA), London, 1995, p. 33 ss.

¹⁰⁹ ORESTANO, *op. cit.*, p. 609.

guarda l'esperimento palinogenetico, essa è stata definita un'audace opera pionieristica¹¹⁰. Nonostante in passato sia stata autorevolmente messa in dubbio¹¹¹, la storiografia recentissima concorda nell'individuare la data della prima edizione dell'opera del Rivallius nel 1515¹¹². Gran parte di essa¹¹³ è dedicata alla legge delle XII Tavole¹¹⁴: viene raccolto un notevole numero di norme ricondotte all'antico codice, che lascia presupporre una confidenza con i testi classici¹¹⁵, oltre che una relativa facilità di reperimento degli stessi. L'*Historia iuris* fu scritta dal Rivallius durante gli anni giovanili del suo soggiorno italiano (più precisamente, pavese), durante il quale aveva avuto modo di entrare in contatto col fecondo ambiente degli Umanisti del XV secolo e, conseguentemente, con le opere e gli autori antichi da essi riscoperti. Un siffatto contesto permette al Rivallius di raccogliere le norme attribuite alla legislazione decemvirale in piccoli gruppi¹¹⁶, apponendo ad ognuno di essi dei commenti oltre che frequenti e lunghe digressioni sulla storia di Roma e delle sue istituzioni, che partono dall'accoglimento della tradizione sulla legazione in Grecia come prodromica alla composizione della legislazione decemvirale. Questa impostazione permette altresì al Rivallius di presentare una prima serie di frammenti in cui devono effettivamente riconoscersi norme decemvirali¹¹⁷, me-

¹¹⁰ Cfr. FERRARY, *Naissance*, cit., p. 63, ID., *Saggio*, cit., p. 509.

¹¹¹ In particolare dal DIRKSEN, *Übersicht*, cit., p. 29 ss., nt. 43. Il giudizio generale su quest'opera ai fini palinogenetici è di totale insoddisfazione da parte del Dirksen.

¹¹² I dubbi del Dirksen su una prima edizione del 1515 sono stati risolti semplicemente facendo presente la difficile reperibilità della stessa.

¹¹³ Si tratta complessivamente di 69 fogli su 130.

¹¹⁴ Vedremo tra breve che essa avrà una notevolissima influenza sulla storia successiva della palinogenesi.

¹¹⁵ Quali quelli di Cicerone, Varrone, Livio, Plutarco, Dionigi di Alicarnasso, Eutropio, Senofonte, Svetonio, Tacito, Plinio, Gellio, Festo, Macrobio. Relativamente all'abbondanza delle opere a disposizione del Rivallius e da lui consultate direttamente o indirettamente cfr. FERRARY, *Naissance*, cit., p. 57 ss.

¹¹⁶ Cfr. l'elencazione in DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 488, che cita la palinogenesi del Rivallius secondo la numerazione delle pagine dell'edizione del 1527, di più facile reperibilità.

¹¹⁷ In particolare (cc. 10v-14r), si tratta di quelle norme che tradizionalmente erano state messe in relazione, o anche solo comparate, con la legislazione solonica: *tab.* 10.1-2, *tab.* 10.9-10, *tab.* 8.4, *tab.* 7.2 *tab.* 5.3 (nella versione che vedremo essere quella preferita da Gaio e Giustiniano), *Tab.* 8.6, *Tab.* 8.12-15. ciò permette anche al Rivallius, fondandosi sull'autorità di Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.26.1-6, di prendere posizione sulla questione della derivazione greca della legge delle XII Tavole, che viene ammessa solo in parte, portando ad esempio, a fianco dei precetti di ritenuta derivazione greca, norme, quali quelle in tema di *patria potestas*, derivanti dalla legislazione romulea, oltre che sulla considerazione in base alla quale le ultime due *Tabulae* furono composte quando la legazione in Grecia si era ampiamente conclusa. Sull'attenzione di Dionigi da Alicarnasso per la legislazione romulea, cfr. F. CANTARELLI, *Introduzione*, in DIONIGI DI ALICARNASSO, *Storia di Roma arcaica*

scolate a frammenti tratti da Plutarco e Diogene Laerzio¹¹⁸. Cessata la parte di comparazione col modello greco, il Rivallius adotta un nuovo metodo sistematico di presentazione della materia: e quella tripartizione (*de religione*¹¹⁹, *de magistratibus*¹²⁰, *de privato iure*¹²¹) su cui imposterà la presentazione delle altre leggi è spiegata, per le prime due serie, se si fa riferimento alla successione di leggi ciceroniane nel *De legibus* (è la sequenza da *leg. 3.3.6* a *leg. 3.4.11*¹²², og-

(*Le antichità romane*) – cur. F. CANTARELLI –, Milano, 1984, p. 11 ss., ed E. GABBA, *Studi su Dionigi da Alicarnasso*, in *Roma arcaica: storia e storiografia*, Roma, 2000, p. 92 ss.

¹¹⁸) Cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 507.

¹¹⁹) Ff. 15v-36v.

¹²⁰) Ff. 36v-57r.

¹²¹) Ff. 57v-73r.

¹²²) III.6. *Marcus* *Justa imperia sunt, isque civis modeste ac sine recusatione parento.*

Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve cohercet, ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. Cum magistratus indicassit inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto. Militiae ab eo qui imperabit provocatio nec esto, quodque is qui bellum geret imperassit, ius ratumque esto. Minoris magistratus partiti iuris ploeres in ploera sunt. Militiae quibus iussi erunt imperant eorumque tribuni sunt. Domi pecuniam publicam custodiunt, vincula sontium servant, capitalia vindicant, aes argentum aurumve publice signant, liti contractas indicant, quodcumque senatus creverit agunt. [7.] Suntuoque aediles curatores urbis annonae ludorumque sollemnium, ollisque ad honoris amplioris gradum is primus ascensus esto. Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censent, urbis templa vias aquas aerarium vectigalia tuent, populique partis in tribus discibunt, exin pecunias aevitatis ordinis partiunt, equitum peditumque prolem discibunt, caelibes esse prohibent, mores populi regunt, probrum in senatu ne relinquunt. Bini sunt, magistratum quinquennium habent eaque potestas semper esto, reliqui magistratus annui sunt. [8.] Iuris disceptator, qui privata indicet indicare iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quocumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt. Regio imperio duo sunt, ique praeendo indicando consulendo praetores indices consules appellamino. Militiae summum ius habent, nemini parento. Ollis salus populi suprema lex esto. [9.] Eundem magistratum, ni interfuerint decem anni, ne quis capito. Aevitatem annali lege servant. Ast quando duellum gravius discordiaeve civium escunt, oenus ne amplius sex menses, si senatus creverit, idem iuris quod duo consules tenent, isque aev sinistra dictus populi magister esto. Equitatumque qui regat habent pari iure cum eo quicumque erit iuris disceptator. Reliqui magistratus ne sunt. Ast quando consules magisterve populi nec erunt, auspicia patrum sunt, ollique ec se produnt qui comitiatu creare consules rite possit. Imperia potestates legationes, cum senatus creverit populusve iusserit, ex urbe exeunt, duella iusta iuste gerunt, sociis parcunt, se et suos continent, populi sui gloriam augent, domum cum laude redeunt. Rei suae ergo ne quis legatus esto. Plebes quos pro se contra vim auxilii ergo decem creassit, ei tribuni eius sunt, quodque ei prohibessint quodque plebem rogassint, ratum esto; sanctique sunt; neve plebem orbam tribunus relinquunt. [10.] Omnes magistratus auspiciu iudiciumque habent, exque is senatus esto. Eius decreta rata sunt. At potestas par maiorve prohibessit, perscripta servant. Is ordo vitio vacato, ceteris specimen esto. Creatio magistratum, iudicia populi, iussa vetita cum consciscunt, suffragia optumatis nota, plebi libera sunt. [IV.] Ast quid erit quod extra magistratus coerari oesus sit, qui coeret populus creato eique ius coerandi dato. Cum populo patribusque agendi ius esto consuli praetori magistro populi equitumque, eique quem patres prodent consulum rogandorum ergo; tribunisque quos sibi plebes creassit ius esto cum patribus agendi; idem ad plebem quod oesus erit ferunt. Quae cum populo quaeque in patribus agentur, modica sunt. [11.] Senatori qui nec aderit aut causa aut culpa esto. Loco senator et modo orato, causas populi tenent. Vis in populo abesto. Par maiorve

getto di una trasposizione acritica e, per i motivi che si vedranno tra poco, tragicamente pregiudizievole), mentre la terza serie non presenta particolari nessi logico-sistematici e non appare ispirata a «nessun altro criterio che la volontà di passare ad altro»¹²³.

Al merito, che indubbiamente va attribuito al Rivallius, di aver compiuto uno sforzo ricostruttivo della legge delle XII Tavole nella sua interezza, fanno però da contrappunto alcuni difetti: innanzi tutto, l'impossibilità di distinguere tra frammenti della legge delle XII Tavole tramandati nelle fonti, che spesso non vengono indicate, e semplici commenti relativi ad essi in queste rinvenuti. Gli stessi frammenti sono riportati senza alcun ordine. Peraltro, per quanto la raccolta sia ricca, essa non comprende tutte le citazioni che potevano desumersi dagli autori e dalle opere conosciute all'epoca¹²⁴.

Rivallius, inoltre, fraintende completamente il riferito lungo brano ciceroniano del *De legibus*, che viene integralmente ascritto – sia pure con una serie di dubbi a volte espressamente esplicitati¹²⁵ – alla legislazione decemvirale, con la conseguenza che ad essa è ricondotta l'intera serie di precetti presentati in successione da Cicerone, il quale, invece, era impegnato ad abbozzare, nella maniera più particolareggiata possibile, il suo «manifesto legislativo» per uno Stato ideale¹²⁶, il cui ordinamento giuridico avrebbe dovuto trovare fondamento «nella legge naturale, a sua volta scaturente dalla suprema ragione divina, fonte di virtù e presupposto per la coesione sociale e la con-

potestas plus valet. Ast quid turbassitur in agendo, fraus actoris esto. Intercessor rei malae salutaris civis esto. Qui agent auspicia servant, auguri publico parento, promulgata proposita in aerario cognita agunt; nec plus quam de singulis rebus semel consulunt; rem populum docent, doceri a magistratibus privatisque patiunt. Privilegia ne inrogant; de capite civis nisi per maximum comitatum ollosque quos censores in partibus populi locassint ne ferunt. Donum ne capiunt neve danto neve petenda neve gerenda neve gesta potestate. Quod quis earum rerum migrassit, noxiae poena par esto. Censoris fidem legum custodiunt. Privati ad eos acta referunt, nec eo magis lege liberi sunt. Lex recitata est: discedere et tabellam iubebo dari.

¹²³) FERRARY, *op. ult. cit.*, p. 508: cfr., inoltre, DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1473 ss.

¹²⁴) A questo proposito, FERRARY, *Saggio*, cit., p. 509, ricorda che i *Tituli Ulpiani* saranno pubblicati solo nel 1549 e che Festo era un autore poco noto. Cfr. inoltre F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli, 1997, p. 4 ss.

¹²⁵) Cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 508, e DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1474.

¹²⁶) Cfr. C.W. KEYES, *Original Elements in Cicero's Ideal Constitution*, in «*American Journal of Philology*», XIII, 1921, p. 309 ss., 315 s., 323, F. CANCELLI, *L'interpretazione del de legibus di Cicerone*, in «*Rivista di Cultura Classica e Medievale*», XVI, 1973, p. 222 ss., A. MICHEL, *Rhétorique et philosophie dans le traité de Cicéron*, in «*ANRW*», I.3, Berlin - New York, 1973, p. 139 ss., E. RAWSON, *The Interpretation of Cicero's De legibus*, in «*ANRW*», I.3, cit., p. 324 ss., N. ZORZETTI, *Nota critica al De legibus*, in M. TULLIO CICERONE, *Opere politiche e filosofiche* (cur. L. FERRERO, N. ZORZETTI), Torino, 1974 (rist. 1986), p. 107 ss., P. STEIN, *The Sources of Law in Cicero*, in «*Ciceroniana*», III, 1978, p. 20, e F. FONTANELLA, *Introduzione al 'De legibus' di Cicerone*, I, in «*Athaeum*», LXXXV, 1997, p. 494 ss.

vivenza tra gli uomini»¹²⁷. Le fonti a cui l'Arpinate attingeva per realizzare tale intendimento erano, ovviamente, in massima parte quelle giuridiche romane, e di sicuro una particolare considerazione doveva essere riservata a quel monumento legislativo che egli stesso chiama 'antiquitatis effigies', ma il materiale a disposizione di Cicerone, senza contare quanto da lui era stato deliberatamente inventato¹²⁸, era ovviamente ben più ampio e ben più recente rispetto alla più antica legislazione scritta. Oliviero Diliberto¹²⁹ ci ricorda, a tal proposito, che a parlare è il Cicerone politico, il quale «coltiva tuttavia l'ambizione di non disgiungere troppo la politica *politicienne* dalla riflessione teorica»¹³⁰ ricorrendo ad un esempio di scrittura fortemente influenzato, sia pure tra incertezze e contraddizioni, dal modello platonico: in forza di esso Cicerone prova a immaginare delle leggi la cui formulazione appaia credibile, mediante l'evocazione di modelli (quali le *leges sacratae* e la legislazione decemvirale) ricalcati formalmente, più che sostanzialmente, mediante il ricorso all'arcaismo e alla *brevitas* tipici di quei testi, immediatamente riconoscibili dall'intellettualità romana a lui coeva, ma contestualmente forieri di non pochi equivoci nell'ambito della complessa vicenda della tradizione palinogenetica decemvirale: i più antichi studiosi dell'antica legge, infatti, commisero «l'errore di attribuire, *tout court*, l'intero *corpus* legislativo immaginato da Cicerone al testo originario delle XII Tavole medesime»¹³¹. Tale erronea attribuzione, peraltro, attraverserà tutto il XVI secolo¹³².

Infine, pur dimostrando la ricchezza dell'erudizione tipica del tempo, Rivallius procede ad una lettura acritica degli antichi¹³³, in una prospettiva storico-diacronica completamente inesistente: nella sua scrittura i secoli che separano Lorenzo Valla dalla giurisprudenza romana o dalle bolle pontificie medioevali non si percepiscono più, vivendo la sua narrazione un eterno, ir-reale presente. L'opera del Rivallius avrà una notevolissima influenza sulla storia della palinogenesi decemvirale. Numerose saranno le riedizioni della sua *Historia*, la quale sarà anche oggetto di adattamenti, miglioramenti o semplicemente beceri plagi già da parte dei suoi stessi contemporanei. In quanto

¹²⁷ DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1469 s.

¹²⁸ Secondo DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1472, Cicerone «inventa poco, attingendo, con ogni probabilità, anche a materiali preesistenti».

¹²⁹ «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1470 ss.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 1470.

¹³¹ DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 1473.

¹³² Cfr. DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1476 s., che ci ricorda come «da ritroviamo nel *Lexicon* di Jacob Spiegel (prima edizione 1538), poi nelle palinogenesi di Oldendorp (1539), di Le Sueur (1546 e 1547), di Valentin Forster (1565), di Richard White (1596) e di Étienne Wynants (Pighius, 1599)».

¹³³ Cfr. DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 490.

alle rielaborazioni o riutilizzazioni particolarmente notevoli, è il caso di segnalare quella di J. Spiegel, che allegherà alla prima edizione del suo *Lexicon Iuris Civilis per C.V.D. Iacobum Spiegel Selestadiensem ex variis probatorum autorum commentariis congestum. Iterumq. Ab ipso recognitum, ac locupletatum* il testo dell'opera del Rivallius, secondo una delle cinque edizioni che si ebbero a Magonza tra il 1527 e il 1539 presso Johann Schoeffer, e con il titolo *Verba ll. XII Tabularum iuxta seriem rivallianae editionis, cum Scholijis Iacobi Spiegel Selestadiensis. Prid. Cal. Septemb. M.D. XXXIX*¹³⁴. Le due edizioni successive riceveranno dallo Spiegel sensibili aggiunte, ma dalla terza in poi egli seguì l'ordine dato da J. Oldendorp, suo contemporaneo, il quale pure attinge abbondantemente all'opera del Rivallius facendola confluire nel suo *Iuris naturalis, gentium et civilis εἰσαγωγή. Leges XII. Tabularum, interpretationibus ad forum accomodatis, illustratae. Epitome successionis ab intestato, & alia quaedam pro tyronibus iuris. per D. Ioannem Oldendorpium. Coloniae. excudebat Ioannes Gymnicus, MDXXXIX*: quest'opera ebbe diverse edizioni, con sensibili modifiche del titolo e fu punto di riferimento per diversi autori successivi che attenderanno al medesimo compito. L'Oldendorp fu un notevole rappresentante dell'Umanesimo giuridico, oltre che, in quanto luterano convinto, acceso sostenitore della necessità di risalire al diritto naturale e divino per derivare da essi il diritto umano positivo¹³⁵: ciò lo porterà, soprattutto in questo suo scritto, a subire una forte influenza delle posizioni del Cicerone del *De legibus*, soprattutto relativamente alla derivazione delle leggi romane da quelle greche, oltre che alla sistematica stessa della sua opera, che si apre infatti col Decalogo, confrontato con brani tratti dalla compilazione giustiniana, per poi passare alle XII Tavole – che ovviamente si ammettono di derivazione greca, la quale medierebbe una derivazione ebraica – commentate utilizzando la palinogenesi del Rivallius in una versione riordinata, soprattutto nell'ultima sezione, quella concernente il diritto privato.

Nel 1522 vede la luce in Roma la prima edizione¹³⁶ dei *Dies geniales*¹³⁷ di

¹³⁴) Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 55, dove, oltre a rendere conto della completezza del titolo, si specifica che la prima edizione del *Lexicon* fu Argentorati, 1538, ma ne seguirono altre quattro a Londra e due a Basilea.

¹³⁵) Cfr. J. WITTE, *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*, Cambridge, 2002, p. 104 ss., H. J. BERMAN, *Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion*, Grand Rapids, 1993, p. 141 ss., 166 ss., ID., *Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Harvard, 2003, p. 87 ss., FERRARY, *Saggio*, cit., p. 511 ss., e DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 57 s., 119 s.

¹³⁶) Anch'essa di difficile reperibilità; il riferimento bibliografico è ora in DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 51: *Alexandri de Alexandro Dies Geniales Romae in aedibus Jacobi Mazochii Ro. Academiae bibliopolae Anno Virginiae partus. M. D. XXII*.

¹³⁷) Cfr. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 611, che sottolinea come si tratti di «una delle opere più caratteristiche del nuovo clima umanistico, che verrà detta *thesaurus omnium antiquitatum*».

Alessandro d'Alessandro, capostipite della «Scuola storica napoletana del diritto»¹³⁸. In essa non è contenuta una palingenesi in senso stretto, trattandosi di un'opera che, sul modello delle *Noctes Atticae* di Gellio, tratta degli argomenti più disparati¹³⁹, unendo all'entusiasmo per le ricerche comparate che caratterizzano il XVI secolo una maggiore precisione nel vaglio delle fonti, in forza delle quali si compie «un'approfondita analisi delle norme e della storia delle Dodici Tavole»¹⁴⁰, che ricevette l'approvazione del Dirksen¹⁴¹. Il numero di citazioni (da fonti antiche giuridiche e letterarie, senza indicazione degli autori da cui esse erano escerpitate) è approssimativamente lo stesso di quelle effettuate da Rivallius, ma, rispetto a quest'ultimo, la qualità della restituzione è decisamente migliore¹⁴², e non si ritrova l'erronea attribuzione compiuta dal Rivallius.

Del modestissimo e anonimo tentativo di palingenesi che viene stampato nel 1525 da Giovanni da Trino, detto Tacuino, non converrebbe neanche parlare, se non avesse recentemente contribuito a far ipotizzare una retrodatazione della storia della storiografia palingenetica¹⁴³: si tratta di un volume che contiene un'edizione delle *Notae* di Valerio Probo, oltre ad un insieme assai disparato di fonti antiche estremamente eterogenee tra di loro, come risulta icasticamente dal titolo¹⁴⁴. E' stato ipotizzato trattarsi «di una mera opera-

¹³⁸) ORESTANO, *op. cit.*, p. 212.

¹³⁹) In essa, che si compone di sei libri e centosettanta capitoli, si parla delle XII Tavole ma anche, ad esempio, dell'influenza del clima e dei luoghi sui popoli: cfr. il *cap.* IV.13 dell'edizione parigina del 1549. Particolarmente notevole risulta il lavoro di D. MAFFEI, *Alessandro d'Alessandro giureconsulto umanista (1461 – 1523)*, Milano, 1956, ove si rende conto (p. 11, nt. 2) della notevolissima fortuna editoriale di quest'opera (che ebbe oltre trenta edizioni in centocinquanta anni), oltre a trasporre (p. 162 ss.), al fine di renderlo ulteriormente accessibile, il capitolo VI.10, dedicato alla legge delle XII Tavole.

¹⁴⁰) DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 490, e *Umanesimo*, 1, cit., p. 18.

¹⁴¹) *Op. cit.*, p. 27 s. Per la constatazione della diffusione di ricerche comparate, oltre che dello scarso interesse dimostrato dalla storiografia contemporanea relativamente al comparatismo del XVI secolo, cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 638.

¹⁴²) Confrontando l'operato del Rivallius con quello di d'Alessandro, FERRARY, *Saggio*, cit., p. 510 rileva che «la superiorità di d'Alessandro è netta su due punti: da una parte, egli non riscrive le leggi a partire dalle sue fonti, e i frammenti che cita sono quasi tutti autentici; dall'altra, e soprattutto, non include in questo capitolo nessuna legge ciceroniana che non si richiami esplicitamente alle XII Tavole».

¹⁴³) Si tratta dell'opinione di DILIBERTO, formulata, tra l'altro, in *La palingenesi*, cit., p. 492 s. e confermata in ID., *Umanesimo*, 1, cit., p. 18 ss.

¹⁴⁴) Cfr. DILIBERTO, *Di un modesto*, cit., p. 458 ss., ID., *La palingenesi*, cit., p. 491, ID., *Bibliografia*, cit., p. 53: *Hoc in volumine haec continentur. M. Val. Probus de notis roma. ex codice manuscripto castigatio, auctiorque, quam unquam antea, factus. Petrus Diaconus de eadem re ad Conradum Primum Imp. Ro. De metribus Alabaldus de Minutiis. Idem de Ponderibus. Idem de Mensuris. Ven. Beda de Computo per gestum digitorum. Idem de Loquela. Idem de Ratione unciarum. Leges XII Tabularum. Leges Pontificiae Ro. Variarum verborum conceptiones, quibus Antiqui cui in rebus sacris, tum prophanis uterentur, sub titulo de Ritibus Romanorum Collectae. Phlegonis Trallani Epistola De Officio Tribuni Militum. Inscriptiones Antiquae variis in locis repertae, atque aliae, quae in Romano Codice*

zione di *collage* editoriale operato direttamente dallo stampatore»¹⁴⁵, secondo una prassi tutt'altro che infrequente all'epoca. Il tentativo palinogenetico, peraltro, appare di poco conto, oltre che misero nell'apparato: questa constatazione aveva portato in un primo momento Oliviero Diliberto ad inquadrarlo come un prodotto ancora tanto legato al mondo dell'Umanesimo da esser totalmente privo di ambizioni storico-giuridiche¹⁴⁶. Risultava comunque quantomeno insolito il fatto che nel lunghissimo titolo della pubblicazione del Tacuino la legge delle XII Tavole venisse presentata in forma anonima, e cioè senza l'indicazione dell'autore della restituzione del testo.

La modesta palinogenesi riprodotta nella pubblicazione del 1525 presenta, peraltro, delle singolari coincidenze con quella del Rivallius: in particolare, viene ripetuto l'errore del fraintendimento ciceroniano¹⁴⁷, vengono riportate sei norme di carattere sacrale tratte da Plinio¹⁴⁸, e le norme «ciceroniane», effettivamente riconducibili alla legislazione decemvirale, sono riportate nella medesima versione testuale, anche laddove (anzi, soprattutto nei casi in cui) si registrano diverse tradizioni testuali: e paradossalmente, tanto il Rivallius quanto l'autore della palinogenesi contenuta nel volume stampato dal Tacuino, pur nell'abbondanza di materiali ciceroniani a loro disposizione dai quali attingere norme ascrivibili alle XII Tavole, (così come entrambi avevano effettivamente fatto), nel caso della restituzione della norma '*uti legassit*' seguono la tradizione giuridica e non quella retorica, come sarebbe stato invece prevedibile: essi, infatti, riportano quella norma nella versione preferita (e conseguentemente accettata) da Gaio e Giustiniano, anziché seguire la diversa formulazione che Cicerone fornisce di essa nel *De inventione*.

Quest'aspetto risalta in tutta la sua peculiarità sol che si ricordi quanto ci insegna Oliviero Diliberto in relazione alle opere sin qui considerate, e cioè che «già sappiamo quanto tali primi tentativi palinogenetici dipendessero (si pensi a Rivail) da Cicerone»¹⁴⁹. In poche parole: tanto Rivallius quanto l'anonimo dell'edizione del Tacuino «tradiscono» Cicerone. E lo tradiscono nella stessa ipotesi, pur essendo tra loro del tutto indipendenti, come risulta evidente da una sia pur sommaria analisi dell'impianto e della mole di documen-

continentur. Haec omnia nunc primum edita. Venetiis in aedibus Joannis Tacuini Tridiniensis mense Februario M. D. XXV.

¹⁴⁵ DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 491.

¹⁴⁶ DILIBERTO, *Di un modesto*, cit., p. 466.

¹⁴⁷ E cioè la riproposizione del lungo passo contenuto in Cic., *leg.* 3.3.6 – 3.4.11 ascrivendo tutta la serie di precetti ivi contenuti alla legislazione decemvirale: cfr. DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 491 s.

¹⁴⁸ Le stesse norme erano reperibili nell'opera di Rivallius.

¹⁴⁹ DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 497.

tazione raccolta¹⁵⁰.

Rivallius e Tacuino non saranno i soli: anche la palingenesi del 1522 di d'Alessandro e quelle, cui si è fatto cenno in precedenza, a cura di Spiegel e di Oldendorp (rispettivamente del 1538-39 e del 1539), i quali pure saranno fortemente influenzati da Cicerone nei loro lavori, non lo seguiranno nella redazione della norma 'uti legassit'¹⁵¹.

E' stato a questo punto lecito supporre l'esistenza di un archetipo manoscritto di palingenesi comune a tutti gli autori considerati sinora: un archetipo, dunque, che può in qualche modo essere indicato come un qualcosa di più che un esemplare completamente legato al mondo dell'Umanesimo, e quindi ancora svincolato da qualsiasi ambizione storico-giuridica, come aveva supposto Oliviero Diliberto. Forse, ancorché *in nuce*, tracce di una tale ambizione sono invece da rinvenirsi in quelli che un primo esame aveva portato lo stesso Diliberto a catalogare puri esercizi di erudizione umanistica, e nulla più.

Il cambio di rotta che si è verificato recentemente ha fornito una base argomentativa a quella che sino a qualche anno fa era solo una labile suggestione: sono state le prime indagini sui cataloghi dei manoscritti, alla ricerca di un eventuale archetipo manoscritto cui avessero eventualmente attinto gli autori delle edizioni a stampa dei tentativi palingeneticici, a segnare un notevole punto di svolta.

5. I quattro manoscritti finora rinvenuti contenenti tentativi di ricostruzione della legge decemvirale.

In particolare, è stato l'esame di quattro manoscritti contenenti anche riferimenti alla legislazione decemvirale, e sconosciuti persino alla più specializzata delle pubblicazioni di settore¹⁵², che ha determinato il notevole cambiamento di prospettiva: si tratta del *Par. Lat.* 6128, di *Ham.* 254, *Ms. Regg.* C.398 e di *Reg. Lat.* 450.

Ham. 254, stando alle informazioni desumibili da Diliberto¹⁵³, è un manoscritto pergameneo, appartenente alla collezione Hamilton e attualmente conservato alla Staatsbibliothek di Berlino, attribuibile ai primi anni '40 del XV secolo, appartenuto al vescovo di Padova Pietro Donato¹⁵⁴, umanista, biblio-

¹⁵⁰) Cfr. DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1476.

¹⁵¹) Cfr. in questo senso DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 497, e AGNATI, *Sequenze*, cit., p. 251.

¹⁵²) DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 493 fa riferimento alla fondamentale opera di G. DOLEZALEK, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, I-IV, Frankfurt a.M., 1972.

¹⁵³) *Umanesimo*, 1, cit., p. 3 ss.

¹⁵⁴) Figlio terzogenito del patrizio Nicolò, nato a Venezia probabilmente intorno al 1390, studiò a Padova, licenziandosi ed addottorandosi in arti e diritto canonico. Non si

filo ed esperto di diritto: si tratta di una miscellanea, realizzata da diverse mani¹⁵⁵, contenente – tra i «numerosi, frammentari e disomogenei materiali tratti dalla letteratura, dalle opere di storia romana, dalle iscrizioni»¹⁵⁶ – le *Notae iuris* di Valerio Probo (f. 19v- f. 20r)¹⁵⁷ alle quali segue (al f. 20v)¹⁵⁸ un elenco di norme decemvirali, espressamente individuate come tali, ulteriormente seguite da passi del Digesto¹⁵⁹, non posti in nessuna correlazione logica con le pregresse norme decemvirali, e con queste accomunati dal solo vertere su argomenti di diritto.

Il riferimento alle XII Tavole ritorna poi nei fogli 119v-120r nei quali si rinviene una digressione tratta dal *De legibus* ciceroniano, e riportata da una

rinviene alcuna conferma della notizia – riportata da Giovanni Degli Agostini, suo primo biografo – circa una sua laurea in diritto civile. Fu probabilmente allievo del cardinale e insigne giurista Francesco Zabarella. Ebbe una carriera ecclesiastica rapida e prestigiosa e morì a Padova, forse di peste, il 7 ottobre 1447, venendo sepolto nella cattedrale di quella città: cfr. A. MENNITI IPPOLITO, sv. «Donà (Donati, Donato) Pietro», in «Dizionario Biografico degli Italiani», XL, Roma, 1991, p. 789 ss.: cfr. DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 3.

¹⁵⁵) Parti rilevanti di detto codice sono state vergate di pugno da quello stesso Ciriaco d'Ancona, amico di Pietro Donato, del quale sarà tributario Michele Fabrizio Ferrarini, personaggio di fondamentale rilievo, come si vedrà a breve, per la formulazione delle ipotesi di DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 15.

¹⁵⁶) DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 7.

¹⁵⁷) Le *Notae iuris* di Valerio Probo venivano spesso pubblicate, come ricorda DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 6, «insieme a testi o ricerche concernenti le antiche leggi o le magistrature di Roma». Di esse redigerà un'edizione il già menzionato Ferrarini: cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 6.

¹⁵⁸) Riproduco detto riferimento così come trascritto in DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 8:

Ham. 254, f. 20v:

EX LEGE XII TABVLARVM

Iudicem arbitrumue iure datum qui ob rem dicundam pecuniam

accepisse conuictus est capite puniri

Fur manifestus ei cui furtum factum est in seruitutem tradatur.

Noturnum furem occidendi ius esto.

Si quis iniuria alteri faxit xxv eris poenae sunt.

Si membrum rupit in eum e pacto talio esto.

Si in ius uocat si morbus aeuitasue ne uicium extit qui in ius uocabit iumentum dato. Si nolet arceram sternito.

Eris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunt. post deinde manus iniecio esto. in ius ducito ni indicatum factitauit. aut qui pseudo eo in iure iudicet secum ducito. Vincito aut neruo aut compedibus xv pondo ne minore. At si uolet matore incito. si uolet suo uiuio ni suo uiniit qui eum uictum habebit libras feriendo duas. Si uolet plus dato terciis nundinis partis secanto. Si plus minusue secuerint se fraudi esto. Vñ quis legasset sue rei ita ius esto.

Si plus minusue secuerint se fraudi esto. Vñ quis legasset sue rei ita ius esto.

¹⁵⁹) D. 26.5.21-22.

mano diversa (probabilmente in tempi più recenti) da quella che aveva riportato la precedente serie di norme decemvirali. Nel testo è indicato: *M. T. Ciceronis ex Leg. XII. Tabularum*. Si tratta di una lunga digressione tratta da due distinti luoghi del *De legibus* (2.8.19-2.10.23; 3.2.5-3.5.12) con la convinzione del copista o della sua fonte di riportare¹⁶⁰ – evidentemente all’esito di un lavoro di schedatura e successivo raccordo dei testi – le stesse disposizioni della legge delle XII Tavole, mentre in realtà si tratta del compimento, da parte di Cicerone, dell’«astratta disamina delle leggi ideali: prima quelle di argomento sacrale, poi quelle concernenti il diritto della città (di contenuto, diremmo oggi, pubblicistico)»¹⁶¹. Il collegamento tra i diversi brani tratti dai distinti luoghi del *De legibus*, peraltro, viene effettuato mediante l’aggiunta dell’insero ‘*LEX de magistratibus*’ (f. 119v, in fine): l’espressione, idonea a separare la sequenza di norme «sacrali» da quelle di natura «pubblicistica», è sintomatica di un intervento (che ovviamente non siamo in grado di attribuire al copista o alla pregressa fonte dalla quale egli attinse) ed è volta a «restituire un (erroneo) testo normativo appartenente alle XII Tavole»¹⁶² mediante una formulazione ormai ampiamente utilizzata per indicare proprio la «parte pubblicistica» della menzionata opera ciceroniana, trasformando così un antichissimo impiego «spurio» dell’espressione, erroneamente collegata al testo decemvirale «in una consuetudine lessicale sicuramente più coerente ... rispetto agli intendimenti reali dello stesso Cicerone»¹⁶³.

Detto manoscritto non risulta comparire nell’inventario autografo, per il resto sostanzialmente completo¹⁶⁴, che il medesimo Pietro Donato realizzò della propria biblioteca¹⁶⁵ tra il 1443 e il 1445: il che ha indotto il fondato sospetto di una cessione del manoscritto medesimo prima della redazione dell’inventario.

L’analisi del manoscritto ha permesso di individuare una traccia di suo successivo possesso¹⁶⁶ da parte di un *Sacristarius de Ferrarinis*, che Diliberto ha

¹⁶⁰ Cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 7 e 15 s.

¹⁶¹ Lo ricorda DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 15 s., che comunque indica come particolarmente notevole questo approccio palinogenetico alla rielaborazione dei testi.

¹⁶² DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1481. Poco prima (p. 1480) l’autore aveva osservato che «l’espressione ‘*Lex de magistratibus*’ ... non sembra comparire – per quanto mi è stato possibile verificare – in alcuna delle prime edizioni a stampa del *de legibus* apparse nella seconda metà del ‘400».

¹⁶³ DILIBERTO, «*Lex de magistratibus*», cit., p. 1482.

¹⁶⁴ Lo rileva DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 4, attingendo da P. SAMBIN, *Ricerche per la storia della cultura nel secolo XV. La biblioteca di Pietro Donato (1380-1447)*, in «Bollettino del Museo Civico di Padova», XLVIII, 1959, p. 73.

¹⁶⁵ Nella quale era peraltro presente una copia del *De legibus* ciceroniano.

¹⁶⁶ Comunque non ottenuto direttamente da Pietro Donato: DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 6 rileva, attingendo da C. FRANZONI, A. SARCHI, *Entre peinture, archéologie et muséographie: l’Antiquarium de Michele Fabrizio Ferrarini*, in «Revue de l’art» CXXV.3, 1999, p. 23 s., che,

supposto potersi individuare nella figura di Michele Fabrizio Ferrarini, il quale è in correlazione anche con l'altro manoscritto citato, il *Par. Lat.* 6128.

L'analisi codicologica di quest'ulteriore manoscritto, avvenuta a Parigi¹⁶⁷, ha permesso di accertare che esso è un codice cartaceo, costituito da sedici fascicoli. L'analisi della filigrana ha portato a localizzare la carta come una di quelle in uso a Venezia nel 1477 e a Lucca tra il 1482 e il 1498. Il codice deve essere stato composto alla fine del secolo XV, in Italia settentrionale¹⁶⁸.

In quanto al contenuto, nel codice è vergata una versione autografa di pochi anni precedente l'*Antiquarium sive Divae Antiquitatis Sacrarium (Inscriptiones Graecae et Latinae undique collectae)*, e cioè la raccolta di iscrizioni latine e greche presenti in Italia redatta da Michele Fabrizio Ferrarini, priore dei carmelitani di Reggio Emilia dal 1481, deceduto nel 1492¹⁶⁹.

Come anticipato, anche in questo codice si rinviene un riferimento alla legislazione decemvirale¹⁷⁰: in particolare, la sequenza delle norme decemvirali

all'epoca della redazione dell'inventario della biblioteca da parte di quest'ultimo, «Ferrarini era ... troppo giovane (i suoi studi giovanili sono attestati a Ferrara, cioè vicino a Padova, sede dell'episcopato di Pietro Donato, ma solo nei primi anni '70 del XV secolo) per riceverlo direttamente dal primo proprietario».

¹⁶⁷) Presso la Bibliothèque nationale de France, sezione manoscritti latini.

¹⁶⁸) I dati dell'analisi codicologica vengono riportati da DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 494.

¹⁶⁹) Qualche dato su di lui è rinvenibile in R. ZACCARIA, sv. «Ferrarini, Michele Fabrizio», in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XLVI, 1996, p. 687 s., L. TASSANO OLIVIERI, *Notizie su Michele Fabrizio Ferrarini umanista e antiquario e sulle vicende del codice autografo di Reggio Emilia C. 398*, in *Italia Medioevale e Umanistica*, XXII, 1979, 513 ss., M. BILLANOVICH, *Michele Ferrarini, Aldo Manuzio, Marin Sanudo*, in *Italia*, cit., p. 525 ss., e DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 495.

¹⁷⁰) Ne riporto il testo, per la parte che interessa, così come proposto in DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 493 s. e ID., *Umanesimo*, cit., p. 10:

PAR. LAT. 6128

LIBER ANTIQUUS IN ANTIQUA BIBLIOTHECA REPERTUS
RES ITALIAE ANTIQUAS CONTINENS

f. 166r.: EX. LEGE. DVODECIMA. TABULAR(VM)

Indicem arbitrum iure datum qui ob rem ducendam (oppure: dicendam)

pecuniam accepisse conuictus est capite puniri.

Fur manifestus ei cum furtum factum est in

seruitutem tradatur.

Nocturnum furem occidendi ius esto.

Si quis iniuriam alteri faxit XXV aeris

poenae sunt.

Si membrum rupit in eum e pacto talio esto.

Si intus notat si morbus aenitas ne ui

tium exit qui in ius uocabit iumentum

dato: si uolet arceram sternito.

presenti nel codice parigino segue, ancorché in maniera incompleta, la serie di norme decemvirali rinvenibili nel ventesimo libro delle *Notti Attiche* di Gellio. Non si tratta, però, di una pedissequa copiatura: in alcuni casi, infatti, Gellio non riporta il (presumibile) testo della norma decemvirale, ma si limita a spiegarne il contenuto: è proprio in questi casi che si riesce ad apprezzare meglio il tentativo palinogenetico contenuto nel codice parigino¹⁷¹.

La versione definitiva dell'*Antiquarium* del Ferrarini è contenuta in un manoscritto conservato a Reggio Emilia (*Ms. Regg. C. 398*)¹⁷², nel quale egli, con un *modus operandi* che vedremo essere ripreso nel 1616 dal Gotofredo, inserisce una presunta *tabula* – riprodotta come tale anche sotto il profilo della modalità di scrittura del testo¹⁷³ – contenente versetti decemvirali. Si è però rilevato¹⁷⁴ come non sia credibile che egli abbia copiato come se fosse effettivamente stato innanzi ad una epigrafe: solo in questo caso, infatti, non riporta il luogo in cui avrebbe rinvenuto la *tabula*, senza considerare che nella precedente versione del manoscritto i versetti delle XII tavole sono riportati al di fuori (e al termine) della raccolta epigrafica propriamente detta, essendo peraltro in *Par. Lat.* 6128 le norme decemvirali riprodotte non come se si trattasse di un'iscrizione, ma di un normale testo latino non epigrafico.

*Aeris confessi reusque iure indicatus XXX
dies iusti sunt: Post deinde manus in
iectio esto: in ius ducito ni iudicatum
factitavit aut pseudo eo in iure iudicet
secum ducito: incito aut neruo aut com
pedibus XV pondo ne minore: at si
uolet maiore incito. Si uolet suo
inuito, ni suo iuuit qui eum uinctum ha
bebit libras feriendi dies. Si uolet plus
dato. Tertius nudinis partis secanto. Si
plus minus ne secuerint se frandi esto. uti quisquis legasset suae rei ita ius esto.*

¹⁷¹) Cfr. la tabella comparativa tra i passi di Gellio e le norme della legge delle XII Tavole, riportate quando Gellio le riferisce, o ricostruite quando Gellio si limita a spiegarne il contenuto senza riferirle in DILIBERTO, *La palinogenesi*, cit., p. 498.

¹⁷²) Cfr. DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 11 ss.

¹⁷³) DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 12, osserva che «quando Ferrarini redige l'ultima versione dell'*Antiquarium*, vuole dunque compiere quella che, ai nostri occhi, appare una forzatura. Certo, egli doveva essere a conoscenza della storia della codificazione decemvirale e, dunque, non gli era ignoto che la legge delle XII tavole fosse stata, all'origine, incisa in un'iscrizione. Egli sceglie, quindi, a mio modo di vedere, di sancire quella medesima origine storica, trascrivendo le norme come se avesse di fronte (o come se conoscesse) una vera e propria epigrafe antica. Non riesce, peraltro, come ovvio, a collocarla con precisione in un contesto geografico, se non, genericamente, tra le iscrizioni della città di Roma. Si tratta, quindi, con ogni probabilità, di una scelta arbitraria dell'autore della raccolta, sulla cui affidabilità già Mommsen aveva espresso più di una riserva».

¹⁷⁴) Cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 12.

Posto che gli stessi elementi di interesse si ritrovano in *Ham.* 254, si è potuto affermare che vi sono (almeno) due esemplari manoscritti che seguono lo stesso criterio di «assemblaggio»¹⁷⁵ ai fini della ricostruzione del testo perduto della legge decemvirale, osservato anche dalle successive opere a stampa¹⁷⁶. Se forse è ancora presto per affermare che tutti si sono rifatti ad un archetipo comune¹⁷⁷, per il momento si può senz'altro ritenere che i manoscritti in questione non siano il risultato di un mero esercizio erudito (come potrebbe sospettarsi, considerando un prodotto del pieno Umanesimo), ma possono qualificarsi come testimonianze di un pregresso interesse palin-

¹⁷⁵ DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 499 s., dubita che tale «assemblaggio» sia stato compiuto autonomamente dal copista: anche costui avrà vergato il testo delle XII Tavole seguendo l'esemplare (l'archetipo? uno degli archetipi?) che aveva sotto gli occhi. Non si spiegherebbe altrimenti, infatti, l'illogico inserimento della norma 'uti legassit' (che riguarda la successione testamentaria) al termine delle norme sulla procedura esecutiva, se non con la formulazione dell'ipotesi di una pedissequa riproposizione, nel testo che compare tanto nel codice berlinese quanto in quello parigino, di un lavoro di assemblaggio di norme decemvirali, estrapolate da diverse fonti ed accostate tra loro – dunque: di una timidissima operazione palingenetica – già compiuto da altri: una copiatura, appunto, con il chiaro fraintendimento, da parte del copista, della norma 'uti legassit', che egli pone in chiosa alla procedura esecutiva non comprendendo che essa aveva una diversa derivazione rispetto alle precedenti di derivazione gelliana. La norma 'uti legassit', così come riportata, infatti, appare tratta dalla tradizione giurisprudenziale. Non è inverosimile supporre, sempre assieme a DILIBERTO, *La palingenesi*, cit., p. 499, che i copisti dei manoscritti abbiano rinvenuto i frammenti delle XII Tavole «in un preesistente 'centone' miscelaneo, ove erano conservate»: indizi, questi, che depongono fortemente a favore della tesi della retrodatazione degli inizi dell'attività palingenetica (o dei lavori preparatori ad essa).

¹⁷⁶ Le quali, generalmente, portano il nome del loro autore. Si è visto che ciò non accade per la timida palingenesi contenuta nella miscellanea stampata dal Tacuino, quasi come se il (pur minimo) lavoro palingenetico ivi compiuto non valesse l'attribuzione di una qualche paternità. Sennonché, si può ipotizzare che nel caso della raccolta del Tacuino fosse stato proprio l'editore, secondo una prassi non infrequente all'epoca – volta alla realizzazione di *collages* editoriali cui si è fatto cenno in precedenza nel testo –, a rinvenire, tra i vari manoscritti da far confluire nella costituenda miscellanea, anche quello sulla legislazione decemvirale, non accorgendosi però di cosa avesse tra le mani: il Tacuino, infatti potrebbe aver ritenuto quel testo della legge decemvirale non (come in effetti era) un timido esperimento palingenetico, ma, più semplicemente, un'anonima copiatura di uno dei tanti testi legislativi di Roma antica, che in quegli anni si andavano scovando e copiando ovunque. Si spiegherebbe in questa maniera il perché della trasposizione «anonima» della legge delle XII Tavole nella sua pubblicazione: Tacuino, o chi per lui, semplicemente, non si sarebbe accorto che quello che veniva riportato era un testo ricostruito (la cui ricostruzione era bisognosa dell'attribuzione di una qualche paternità), credendolo invece la fedele copiatura di un testo di legge romana.

¹⁷⁷ Per quanto il numero di indizi in tal senso non sia del tutto irrisorio. Ho sempre tenuto presente, per le questioni filologiche e di critica e tradizione testuale il fondamentale lavoro di S. TIMPANARO, *La genesi del metodo del Lachmann*, Torino, 2004. Per un approccio al problema, cfr. ad esempio, p. 15 ss.

genetico ascrivibile come minimo all'autore dell'archetipo manoscritto, dal quale ha attinto il copista del codice più antico, e cioè *Ham.* 254.

Ciò permetterebbe di assumere per valido quanto ipotizzato in precedenza, e cioè una possibile e verosimile retrodatazione degli inizi della scienza palinogenetica¹⁷⁸. Se non proprio l'atto di nascita, dunque, nell'archetipo manoscritto di cui si è sinora discusso può vedersi, con una certa trepidazione, quantomeno la culla nella quale la scienza palinogenetica ha iniziato a svilupparsi.

Nel medesimo contesto si inserisce il manoscritto reginense (*Reg. Lat.* 450), il quale, ritenuto espressione di «un momento di travaglio (e di passaggio)»¹⁷⁹ tra i primi timidi tentativi manoscritti di esperimento palinogenetico e le successive edizioni a stampa della palinogenesi medesima, presenta alcune notevoli peculiarità; lo riporto qui così come trascritto da Buonocore¹⁸⁰, e secondo i criteri editoriali da lui indicati¹⁸¹:

[1] [f. 126r] PANDECTVM LEGIS duodecim tabularum ex toto corpore iuris ciuilis accuratissime excerptum cum alijs plerisque adiectis incubat.

[2] ANNO ab vrbe condita CCC^o exactis demum regibus Tito Romulio et Gaio Veturio consulibus Marcus Valerius et Publius Virginius tribuni plebis effecti legem suis contionibus celebrantes Titum Romulium decem milibus aeris et Publium Veturium XII milibus condemnarunt quod se non damnari plebemque et tribunos legem ferre non posse publice profiterentur. Cuius certaminis intestinaeque controuersiae ut finem imponerent tribuni plebis leuius agere cum patribus / [f. 126v] cupientes legum latores et ex plebe et patribus communiter elegerunt. Qui utrisque utilia ferrent quaeque aequandae libertatis usui essent ex diuersis graeciae ciuitatibus iura elicerentur. Unde id factum litterarum monumentis compertum est: ut sicut et regibus ad consules. Ita anno tricentesimo altero a consulibus ad decemuiros forma ciuitatis mutatur. Quo quidem anno decemuiro ex communi omnium plebis et patriciorum consensu ad scribendas leges ad Lacedemonas partim et athenienses populos missi sunt ius non scriptum ex illis. Ex istis uero ius scriptum quae populo romano utilia essent referentes. Quibus propositis legibus populum romanum / [f. 127r] ad contionem aduo-

¹⁷⁸) Non fosse altro che per le risultanze dell'analisi svolta su *Ham.* 254, che ha permesso, come si è detto, di collocarlo con sufficiente certezza nei primi anni '40 del XV secolo: per forza di cose l'archetipo manoscritto deve risalire ad una data che, se non precedente, dev'essere quantomeno coeva all'epoca di datazione della carta sulla quale il codice è stato vergato (e sempre fermo restando l'ovvio: che cioè il brano di nostro interesse è disceso dal – ed è quindi cronologicamente successivo al – pregresso archetipo manoscritto). Fortissimi, a questo punto, sono i supporti documentali a conferma dell'intuizione del DILIBERTO, *Umanesimo*, 1, cit., p. 20 ss., che ritiene possibile l'esistenza di pregressi lavori di schedatura antiquario-umanistica (se non addirittura pre-umanistica) sulla base dei quali si sarebbero articolati i lavori palinogenetici stampati a partire dal '500.

¹⁷⁹) DILIBERTO, *Umanesimo*, 2, cit., p. 80.

¹⁸⁰) *Il manoscritto*, cit., p. 51 ss.

¹⁸¹) *Op. cit.*, p. 50 nt. 7.

carunt Decemuiralis huius referendae legis gratia. Cui cum ad rumores hominum duplex deesse caput diceretur duabus adiectis fabulis totum humani iuris corpus absolui posse profiterentur. Hinc leges duodecim tabularum anno proxime sequente perpetuum sibi nomen sortitae sunt. Quas Lucius Valerius et Marcus Horatius consules priusquam in Sabinos aequos Hernicos populos urbe egredierentur in aes incisas in publico proposuerunt. Hinc responsa prudentum sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere quique iuriconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant / [f. 127v] ut iudici recedere a responso eorum non liceret. § Responsa de iure naturali gentium et civili Institutionibus. Hinc plebiscita hinc senatusconsulta hinc praetorum aedicta. Quibus omnibus sic coadunatis (seu flumina magna de paruis fontibus orta) iura civilia hac forma auctore Iustiniano redacta licet antea confusa mortalium usibus applicantur. Quae tamen natuum sibi ex lege XII tabularum robur originariamque auctoritatem assumpserunt.

[3] *Ex toto corpore iuris civilis excerpta hoc compendiolo, cui pandecto legis XII tabularum nomen est, carptim suo seruato ordine collocantur.*

[4] *Primum ex volumine Institutionum haec / [f. 128r] iura ex decemuiralibus legibus orta comperiuntur.*

[5] Agnati sunt tutores suis agnatis pupillis per legem duodecim tabularum si eis in testamentis parentum quorum in potestate fuerunt de tutoribus non sit prouisum. Vnde frater maior annis dicitur legitimus tutor sui fratris pupilli. § primo de legitima agnatorum tutela Institutionibus. Siue parens pupilli decesserit intestatus totaliter siue quo ad tutelam tantum. § Quod autem eodem titulo supra.

[6] Hac lege XII tabularum patronus est legitimus tutor sui liberti impuberis. § Uno Insti. de legitima patronorum tutela.

[7] Si tutor uel curator male administrat negocia pupilli uel adulti: ut suspectus / [f. 128r] accusari et remoueri potest ab administratione per legem XII tabularum. Insti. de suspectis tutoribus in principio.

[8] Eadem lege statuitur ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur: sed liberetur dando domino duplum aestimationis ne ciuitas ruinis deformetur. § cum in suo Insti. de rerum diuisione.

[9] Si possessor rei alienae cum titulo et bona fide rem mobilem possideat eam anno usu capiat et immobilem biennio (in italia tantum per legem XII tabularum). Hodie tamen mobilis res triennio usu capitur. Immobiles uero decennio: inter praesentes et uicennio inter absentes praescribitur. Insti. de usucapionibus in principio.

[10] Lex XII tabularum et Lex Attilia pro/[f. 129r]hibent usucapionem rerum furtiuarum. Insti. de usucapionibus § furtiuae.

[11] Hac lege omnes pariter mares et feminae utpote tam filii quam filiae nepotes quam neptes proximiores in gradu ad successionem uocantur ab intestato. Cum utraque persona maris et foeminae in hominum procreatione simili naturae officio fungatur. Insti. de exheredatione liberorum § Sed haec.

[12] Eadem lege XII tabularum filii erant necessarii heredes suis parentibus uellent nollentue. Sed a praetore est indultum eis beneficium abstinendi. Insti. de heredum qualitate et differentia § Sui.

[13] Lex XII tabularum permittebat testatoribus erogare legatis omnem suam

substantiam. Sed hodie lex Falcidia hoc prohibet saltem / [f. 129v] ne liceat ultra dodrantem. Insti. ad legem Falcidiam in principio.

[14] Hac lege XII tabularum hereditas intestati primum ad suos heredes puta ad liberos non emancipatos tempore mortis ipsius intestati. Insti. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur § intestatorum.

[15] Item hac lege filii emancipati sunt omnino exclusi a successione parentum sed beneficio praetoris succedunt patri intestato defuncto. § emancipati supra eodem titulo.

[16] Per hanc legem nepos loco patris praemortui succedit auo et pronepos loco nepotis praemortui. § Item uetustas supra eodem titulo Insti.

[17] Eadem lege deficiente ordine descendantium et ascendentium hereditas intestati defer/[f. 130r]tur ad agnatum proximum. Insti de legitima agnatorum successione in principio.

[18] Lex XII tabularum suo agnato intestato defuncto admittebat agnatos proximioris gradus ad successionem aequis portionibus: siue mares siue feminae fuerint. § Ceterum eodem titulo supra.

[19] Agnati proximioris gradus praeferruntur agnatis ulterioris gradus: Nec admittunt eos una cum eis. Vt puta frater praefertur in successione fratris sui: filio alterius fratris per legem XII tabularum. § Si plures eodem titulo supra.

[20] Hac lege mater non succedebat filio nec filius matri. Sed hodie per Orficianum senatusconsultum filius matri contraque mater filio per Tertullianum uicissim / [f. 130v] succedunt. Insti. ad senatusconsultum Tertullianum et de senatusconsulto Orficiano in principio.

[21] Hodie successiones quae deferebantur a lege XII tabularum minima capitis diminutione perimuntur. § Sciendum Insti. de senatusconsulto Orficiano.

[22] Agnati capite minuti non succedunt suis agnatis praecedentibus puta filius emancipatus a patre non succedit suo patruo per legem XII tabularum. Sed hodie secus beneficio praetoris. Insti. de successione cognatorum in principio.

[23] Inter agnatos uero est locus successioni tam lege XII tabularum quam iure praetorio usque ad decimum gradum. § finali eodem titulo supra.

[24] Patronus succedebat liberto defuncto intestato sine liberis per legem XII tabularum. Insti. / [f. 131r] de successione libertorum in principio. Sed hodie ulterius progressum est. Nam si libertus non habet ultra centum aureos in bonis potest testari patrono omnino praeterito. Sed si facultates suae transcendant centum aureos: si testatur tenetur relinquere tertiam partem patrono. § Sed nostra eodem titulo supra.

[25] Per legem XII tabularum a iure percipiendarum hereditatum quod angustissimis finibus fuerat constitutum multi excludebantur qui uocantur ad illud ius per praetorem. Ut Insti. de bonorum possessionibus § Adhuc autem.

[26] Lege XII tabularum ususfructus eorum quae possidet arrogatus tempore arrogationis acquiri arrogatori non prohibetur / [f. 131v] nec iure praetorio. Ut Insti. de acquisitione per arrogationem in principio.

[27] Poena iniuriae per legem XII tabularum erat talio cuius legis uerba haec sunt. Si membrum rupit in eum e pacto talio esto. Ut simile membrum secus iniurianti rumperetur. Sed pro ore fracto erat sola pecuniaria poena constituta: quae poena talionis hodie in dissuetudinem abiit. Et praetores pro omni iniuria

introduxerunt poenam nummariam ut aestimetur per iniuriatum et postea iudex tanti condemnet uel minoris iniuriantem prout ei uisum fuerit aequum. § poena Insti. de iniuriis.

[28] Actio furti non manifesti a lege XII tabularum manauit ad duplum. § Sunt / [f. 132r] autem de noxalibus actionibus.

[29] Primo tamen Atheniensis Draco furem cuiuscunque modi furti supplicio capitis puniendum esse statuit sensitque. Sed Solon Salaminius dupli poena uindicandum existimauit. Decemuiri qui post tabulas scripserunt neque pari seueritate in puniendis omnium generum furibus neque remissa nimis leuitate usi sunt. Nam furem qui manifesto furto prehensus esset tum demum occidi permiserunt si aut cum faceret furtum nox esset aut inter diu se telo quum prehenderetur se defenderet.

[30] Ex ceteris autem manifestis furibus liberos uerberari additque iusserunt ei cui furtum factum esset si modo / [f. 132v] id luci fecissent neque se telo defendissent. Seruos autem furti manifesti prehensos uerberibus affici statuerunt et ex saxo praecipitari. Sed pueros impuberes praetoris arbitrio uerberari uoluerunt noxamque ab his factam sanciri. Sed hodie a lege illa decemuirali discessum est. Nam si quis super manifesto furto iure et ordine experiri uelit in quadruplum datur pro non manifesto in duplum. § in duplum et § quadrupli. Insti. de actionibus.

[31] Quae lex XII tabularum punit iudicem arbitrum ut iure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepisse conuictus est.

[32] Hac lege iniuranti alteri uiginti quinque aeris poenae sumito. / [f. 133r]

[33] Eadem lege si animal meum lasciuia uel furore aut feritate alicui damnum intulerit: illi damnum passo teneor actione noxali de pauperie et liberor dando animal pro noxa. Insti. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur § Uno.

[34] Ex lege XII tabularum appellatione teli continetur quodcunque manu mittitur: ut lignum lapis ferrum et similia. Insti. de publicis iudiciis l. Lex cornelia.

[35] Hac lege debitoribus confessis aeris alieni iudicatis XXX dies sunt dati conquirendae pecuniae causa quam dissoluerant. Quos dies decemuiri iustos dies appellauerunt eo quod nihil cum his debitoribus his XXX diebus nihil agi iure posset. / [f. 133v] Cuiusquidem legis uerba haec sunt: aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sumpto post deinde manus iniectio esto. In ius ducito ni iudicatum facit.

[36] Haud qui pseudo eo in iure uim facit secum ducito. Vincito neruo aut compedibus quindecim pondo: non minore si uolet maiore vincito.

[37] Si nolet suo uiuito: ni suo uiuit qui eum uinctum habebit duas libras farri in dies dato. Si uolet plus dato.

[38] Eadem lege cauebatur ut qui falsum testimonium dixisse conuictus esset e saxo tarpeio deiiceretur.

Τελοσ duodecim tabularum ex toto Volumine Institutionum. / [f. 134r]

[39] Leges quae in digesto ueteri lege XII tabularum aliquid cautum fore ferunt inferius describuntur.

[40] Lex XII tabularum dicta est quoniam decem tabulis eburneis legum plenis a Graecis in Romanos delatis per decem uiros a romanis illuc missos quibus corrigendi interpretandiue praefatas decem tabulas concessa fuit potestas: additae fuerunt duae tabulae unde ea lex nomen sumpsit quarum auctor Hermo-

dorus ex decem uiris fuit ut l. II § postea ne diutius ff. de origine iuris.

[41] Ab hac lege XII tabularum manarunt actiones quibus in foro disceptandum foret ut dicta l. II § deinde et ex hiis legibus.

[42] Solebant constitui quaestores a populo Ro/ [f. 134v]mano qui notioni causarum capitalium praessent: quorum lex XII tabularum meminit ut dicta l. II § et quia ut diximus.

[43] Lege XII tabularum cautum fuit si quis erat ducturus uxorem prius eam in seruum peteret ut demum eo penuria probationum suae intentionis succumbente ea pronunciaretur libera quo tute matrimonium cum ea coendum esset cuius iuris transgressor Appius Claudius magistratus in persona filiae uirginii ea iussu patris per quempiam in seruitutem postulata maluit eam ancillam pronunciare ne eam ille matrimonio sibi copularet quin potius legis ipse uiolator amore uirginis bacatus sua uirginitate potiretur, quo scito Verginius / [f. 135r] castitatem filiae suae praeferens suam: de taberna lanionis arrepto gladio filiam interemit ut dicta l. II § et cum placuisset.

[44] Duodecim tabulis latis post aliquot annos dissensio plebis cum patribus orta nitentis suo de corpore sibi deligere consules inde uentum ut partim de plebeis partim de patribus tribuni militum crearentur dicta l. II § deinde cum post.

[45] Appius claudius fuit auctor praecipuus legum XII tabularum inter ceteros decem uiros quorum unus ipse fuit ut dicta l. II § Ab hoc Appius Claudius.

[46] Extabat liber Attilii Triparta nuncupatus qui ueluti nostrae institutiones iuris cunabula continebat ideo tripartita dictus: quoniam primordia legum XII tabularum / [f. 135v] primordia iuris ciuilis id est disputationis prudentum: seu interpretationis factae super lege XII tabularum quae interpretatio est digesta nostra. Item libri compositi super institutione actionum erant enim certa uerba pro quacumque proponenda actione introducta a quibus nec etiam a sillaba agentem decidere liceret alioquin iuris sui amissione percelleretur sic trini iuris principia continebat. § Atilius dicta l. II.

[47] Seruus qui furtum facit uel aliud delictum iubente domino uel sciente reddit dominum obnoxium actione noxali per legem XII tabularum l. II ff. de noxalibus actionibus.

[48] Quis tenetur actione de tigno iniuncto ad / [f. 136r] duplum per legem XII tabularum si tignum alienum aedibus suis iniunctum sit: nec patitur lex aedificium dirui ut tignum a domino excipiatur l. in rem § tignum de rei uendicando l. Gemma ff. ad exhibendum.

[49] Tigni appellatione omnis materia significatur ex qua aedificium fit per legem XII tabularum ut l. tigni ff. ad exhibendum.

[50] Digesti noui leges quae legis XII tabularum mentionem faciunt subsequuntur.

[51] Verba sunt legis XII tabularum si aqua pluuialis nocet opere manufacto a uicino in agro suo: ager alterius datur isti actione aquae pluuialis arcendae datur ut id opus tollatur. Et exponitur nocet id est nocere poterit, nam non morabitur donec sit ei nocitum. l. Labeo / [f. 136v] ff. de statu liberis.

[52] Statuliber permissu legis XII tabularum uenundari potest tamen emptoris est periculo si conditio sibi datae libertatis adueniat l. statuliberos ff. de statuliberis.

[53] Emptionis uerbum omnem alienationem amplectitur et ita cautum est lege XII tabularum ut l. statuliberi a ceteris § Labeo ff. de statuliberis.

[54] Cauetur lege XII tabularum ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur sed duplum pro eo praestet per actionem de tigno iniuncto ut l. adeo § cum in suo de acquirendo rerum dominio ff.

[55] Lex XII tabularum et lex Aquilia (*i.e. Attilia = Atinia*) inhihent usucapionem rerum furtiuarum ut lege non solum in principio ff. de usucapionibus. / [f. 137r]

[56] Si riuus aquae ducatur per locum publicum ab aliqua uniuersitate quo noceatur priuato, datur illi actio contra uniuersitatem ut sic disponat aquaeductum ne illi priuato noceat l. Si per publicum ff. ne quid in loco publico.

[57] Si arbor mea impendat agro uicini sic quod nocumentum umbra eius deferat fructibus, per legem XII tabularum succidenda est ne altior maneat quindecim pedibus a terra ut l. I ff. de arboribus caedendis.

[58] Si arbor uicini inclinata sit uento supra agrum meum, ut eam adimat, ne sic stet datur mihi a lege XII tabularum ut l. II ff. de arboribus caedendis.

[59] Omnis actio quae nomine serui mei mihi competit uel ex lege XII tabularum si / [f. 137v] alius eum castrauit uel Aquilia (*i.e. Attilia = Atinia*) quia eum uulnerauit uel furti quia eum furto subtraxit uel alia non desinit mihi competere uel manumisso uel alienato seruo l. quicumque ff. de [obligationibus et] actionibus.

[60] Tignum alienum aedibus iniunctum suis per aliquem mala fide uendicari potest ac tanti damnatur is cuius sunt aedes quanti in litem iuratum fuerit: nihilominus tamen si uelit dominus tigni consequetur duplum per actionem de tigno iniuncto ne melioris sit conditionis qui mala fide iniunxit eo qui bona fide. Id quoque cautum est lege XII tabularum ut l. qui res in fine ff. de solutionibus [et liberationibus].

[61] Per legem XII tabularum licet occidere furem interdium deprehensum si se telo defendat alioquin / [f. 138r] non l. si pignore § furem ff. de furtis.

[62] Lex XII tabularum non permittit tignum alienum aedibus meis iniunctum solui uel uendicari. Idem si uineis meis ne hoc praetextu aedificia mea diruantur uel uinearum cultura turbetur l. I ff. de tigno iniuncto.

[63] *Inferius inferuntur leges siue sancita in lege XII tabularum quorum in legibus codicis fit mentio.*

De episcopali audientia.

[64] Furiosus habet curatorem legitimum agnatum proximum ex lege XII tabularum ut III l. de creationibus C. de episcopali audientia.

[65] In successione agnati pariter admittuntur mares et feminae puta frater et soror succedunt fratri praemorienti aequis / [f. 138v] portionibus per legem XII tabularum l. lege et l. meminimus C. de legitimis heredibus.

[66] Filius sororis uterinae consanguineae uel germanae praemortuae una cum filio fratris praemortui succedit pariter auunculo suo l. lege in fine et l. meminimus C. de legitimis heredibus.

[67] Successores debitoris sunt obnoxii proportionibus hereditariis creditoribus defuncti ipso iure lege XII tabularum diuisis actionibus l. pacto C. de pactis. Ideo pactum illorum quod unus ipsorum solus conueniatur a creditoribus, ceteris omissis, non praepiudicat creditoribus, quin agere possint contra unumquemque pro portione hereditaria ut [vacat].

[68] Actiones inter successores creditoris sunt / [f. 139r] diuisae ipso iure per

legem XII tabularum, ut unusquisque agat contra debitores pro portione hereditaria l. ea que C. familiae herciscundae.

[69] Creditores conueniunt non legatarios sed heredes debitoris per legem XII tabularum l. creditores C. de hereditariis actionibus.

[70] Auunculus non est filio sororis legitimus tutor per legem XII tabularum sed patruus filio fratris bene ut l. I C. de legitima tutela.

[71] Nepos ex filio praemortuo pariter succedit auo cum patruo suo et substituitur in locum patris per legem XII tabularum l. III C. de suis et legitimis liberis.

[72] Filius posthumus defuncti praefertur in successione sorori defuncti etiam consanguineae. Et ita cauetur in lege XII / [f. 139v] tabularum ut l. intestato C. de suis et legitimis liberis.

[73] Lege antiqua id est XII tabularum debitores hereditarii sunt obligati unicuique heredum pro portione hereditaria l. I C. de exceptionibus.

[74] *Infra sunt insertae leges inforciati facientes mentionem legum XII tabularum.*

Et primo

[75] Pupillo non datur curator per legem XII tabularum etiam si est furiosus sed tutor, sic potius datur tutor ut pupillo cum aetas pupillaris insit ei a natura quam curator ut furioso qui furor inest ei ex accidenti et causa naturalis praeponderat accidentali l. qui habet in principio ff. de tutelis. / [f. 140r]

[76] Tutoris datio est mixti imperii, ideo ei competit cui facultatem dandi uel lex secus XII tabularum uel senatusconsultum uel princeps concessit l. muto § tutoris datio ff. de tutelis et quoad propositum nostrum scilicet lex XII tabularum ipsa defert agnatis proximis tutelam qui non debent suscipere administrationem sine iudicis auctoritate ut l. finali § omnem autem dubitationem C. de administratione tutorum, qui textus est singularis ad hoc secundum Aretium (*i.e. Angelo Gambiglioni*) in § Inst. de legitima agnatorum tutela. Item curator furiosi agnatus scilicet proximus debet suscipere administrationem auctoritate iudicis praestito iuramento sacramentali de bene administrando confecto inuentario et sub ipotheca / [f. 140v] rerum suarum l. de creationibus C. de episcopali audientia. Sic licet illi tutores curatoresue dentur a lege XII tabularum tamen quodammodo uidentur dati a iudice ratione susceptae administrationis auctoritatis eius ut dicto § tutoris datio.

[77] Permissum est parentibus dare tutores testamento suis liberis impuberibus maribus et feminis in eorum potestate constitutis. Et id cauetur lege XII tabularum. ut l. I ff. de testamentario tutore.

[78] Quilibet potest dari tutor etiam si sit consul uel praetor. Et id cautum est lege XII tabularum ut l. tutor incertus ff. de testamentaria tutela.

[79] Proprie iudex non dat tutorem legitimum puta fratrem maiorem fratri impuberi / [f. 141r] uel patruum filio patris quia per legem XII tabularum ipso iure factus est tutor ut l. legitimos ff. de confirmando tutore uel curatore. Sed uno respectu uidetur datus a iudice ut supra dictum est.

[80] Agnatus est legitimus tutor sui agnati impuberis, utpote frater fratris patruus nepotis per legem XII tabularum ut l. I in principio ff. de legitimis tutoribus. Item patronus liberti impuberis ut dicta lege.

[81] Manumissor sui serui impuberis nanciscitur ilico tutelam eius per legem

XII tabularum siue sponte manumittat siue grauatus in testamento sui praecessoris ut l. tutela legitima § I ff. de legitimis tutoribus.

[82] Legitima tutela liberti impuberis non defertur patrono uerbis legis XII tabularum / [f. 141v] sed coniecta mente seu per interpretationem [illicita] elicita namque iurisperiti interpretati fuere, sicut lex XII tabularum uoluit hereditatem liberti intestati decedentis pertinere ad patronum, ita eam uelle onus tutelae liberti impuberis ad eum patronum pertinere, nam ubi est commodum ibi debet esse onus l. tutela in principio ff. de legitimis tutoribus.

[83] Per legem XII tabularum potest accusari tutor suspectus et remoueri l. I in principio ff. de suspectis tutoribus.

[84] Lege XII tabularum interdicitur prodigo bonorum suorum administratio. Et ei a praetore debet dari curator l. I in principio ff. de curatore furioso uel aliis extra minores dandis. / [f. 142r]

[85] Si is qui datur a lege XII tabularum iurator furioso uel prodigo puta agnatus est inhabilis quia minor annis uel furiosus uel surdus et mutus uel alia ratione excusatur ei furioso uel prodigo datur curator a praetore. ut l. saepe ff. de curatoribus furioso uel aliis.

[86] Patronus qui accusauit libertum de capitali crimine non succedit ei intestato uita functo per legem XII tabularum ut l. is autem ff. de iure patronatus.

[87] Datur bonorum possessio unde legitimi agnatis qui uocantur ad successionem per legem XII tabularum uel aliis qui alia lege senatusconsulto uocantur l. II in fine ff. unde legitimi. / [f. 142v]

[88] Bonorum possessio ex lege quae datur ex titulo ut ex legibus senatusconsulto bonorum possessio detur et est septima extraordinaria datur ei cui aliqua lex noua defert bonorum possessionem nominatim non ei cui lex XII tabularum defert hereditatem puta agnato ut in l. unica ff. ut ex legibus senatusconsulto bonorum possessio detur.

[89] Agnatus qui est in utero matris suae tempore quo moritur agnatus suus si editur ei succedit et praefertur quibusque gradu remotioribus per legem XII tabularum ut l. intestato § utique ff. de suis et legitimis heredibus.

[90] Legitima hereditas quae defertur a lege XII tabularum uel suo heredi uel / [f. 143r] agnato proximo capitis diminutione etiam minima perit, ut si filius emancipetur a patre non ei succedit per legem XII tabularum. Vel filius fratris emancipatus non succedit patruo per legem XII tabularum ut l. capitis ff. de suis et legitimis heredibus.

[91] Sola successio quae defertur a lege XII tabularum capitis diminutione minima perimitur non ea quae alia lege senatusconsulto defertur ut l. I § capitis minutio ff. ad senatusconsultum Tertullianum.

Il ritrovamento è stato estremamente interessante; lo stesso Diliberto non è riuscito «a nascondere di aver provato una grande emozione»¹⁸², rappresentando la pubblicazione del manoscritto Reginense un'ulteriore conferma dell'intuizione, grazie ad esso ulteriormente sviluppata in misura ritenuta straor-

¹⁸²) DILIBERTO, *Umanesimo*, 2, cit., p. 62.

dinaria¹⁸³, relativa agli sforzi palinogenetici della legge delle XII Tavole tra il XV e il XVI secolo, che aveva ispirato il gruppo di ricerca.

Il codice giunge alla Biblioteca Apostolica Vaticana all'esito di una serie di passaggi di proprietà: esso era sicuramente appartenuto al giurista, consigliere presso il Parlamento francese, erudito ed antiquario Paul Petau¹⁸⁴, e prima ancora alla sontuosa raccolta bibliografica dell'avvocato, erudito e filologo Pierre Daniel¹⁸⁵, la cui magnificenza era dovuta in buona parte a quanto quest'ultimo era riuscito a salvare, appropriandosene, del patrimonio librario dell'abbazia di Saint-Benoît-sur-Loire («Fleury»), distrutta nel 1564 dagli ugonotti: non si può sostenere con certezza l'appartenenza anche di *Reg. Lat.* 450 al patrimonio dell'abbazia confluito nella disponibilità di Pierre Daniel¹⁸⁶: in ogni caso, alla morte di Paul Petau, il di lui figlio Alexandre vendette la biblioteca del padre alla regina Cristina di Svezia, e alla morte di costei, nel 1689, i suoi libri, acquisiti dal cardinale Pietro Ottoboni (il futuro papa Alessandro VIII), confluirono finalmente nella Biblioteca Vaticana¹⁸⁷.

Il testo, che potrebbe essere stato redatto in Francia settentrionale al più tardi all'inizio del '500¹⁸⁸, si presenta come una sistematica, ancorché non esaustiva, schedatura del *Corpus iuris civilis* per escerpirla tutti i riferimenti alla legge delle XII Tavole: in tal senso, il titolo stesso è pienamente indicativo degli intenti dell'opera: *'Pandectum legis duodecim tabularum ex toto corpore iuris civilis accuratissime excerptum cum aliis plerisque adiectis inchobat'*. Anche in questo caso, dunque, si tratta di un codice miscelaneo, costituendo la sua parte finale, per esplicita indicazione dell'anonimo autore, l'ordinata raccolta del materiale decemvirale reperibile nel *Corpus iuris civilis*: il che ha portato a qualificarlo un lavoro preparatorio¹⁸⁹, particolarmente notevole tanto per l'estensione, decisamente superiore a quella dei manoscritti precedentemente analizzati, quanto per il fatto che esso si basa prevalentemente su materiali giuridici, ma non solo, come ammette espressamente lo stesso autore (*'cum aliis plerisque adiectis'*) che attinge generosamente, al pari di quanto si è rilevato per i manoscritti precedenti, dalle *Noctes Atticae* di Gellio. Diversi elementi riconducono il manoscritto all'ambiente e al gusto umanistico, e Antonia Fiori¹⁹⁰

¹⁸³) Da DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 64.

¹⁸⁴) Paulus Petavius, Orléans 1568 - Paris 1614: cfr. le notizie e le fonti biografiche riportate in DILIBERTO, *Umanesimo*, 2, cit., p. 74, nt. 187.

¹⁸⁵) Anch'egli di Orléans, ove nacque nel 1530 o '31, decedendovi nel 1604: cfr. sempre le notizie e le fonti bibliografiche riportate in DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 74, nt. 188.

¹⁸⁶) Lo ribadisce con decisione DILIBERTO, *Umanesimo*, 2, cit., p. 74.

¹⁸⁷) Cfr. sempre DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 75.

¹⁸⁸) Cfr. BUONOCORE, *Il manoscritto*, cit., p. 50, e FIORI, *Le fonti e il metodo*, cit., p. 82.

¹⁸⁹) Così DILIBERTO, *Umanesimo*, 2, cit., p. 75.

¹⁹⁰) *Op. cit.*, p. 82.

ne ha elencato i più importanti: lo stesso genere prescelto, le fonti letterarie citate, l'interesse storico ed erudito per la ricostruzione della normativa decemvirale, sia pure senza alcuna ambizione filologica, finanche lo stesso vezzo di indicare in greco la conclusione di una sezione.

Si tratta dunque di un *compendiolum*, come scrive espressamente il suo autore nel terzo paragrafo dell'articolato editoriale del manoscritto (f. 127v), che, dopo un'introduzione storica (a partire dal f. 126r) desunta da passi epitomati del terzo libro della Storia di Roma di Livio, di *Inst.* 1.2.8 ed intercalata da un verso di Ovidio (*rem.* 97), riporta le norme riferibili all'antica legislazione decemvirale, parafrasandole a volte in maniera anche molto libera, sulla base del materiale giustiniano – rispettivamente, le *Institutiones*, il *Digestum Vetus* (D. 1-24.2), il *Digestum Novum* (D. 39-50), il *Codex*, e infine il *Digestum Infortiatum* (D. 24.3-28) – desumibile dalla Glossa accursiana, in merito all'uso della quale l'anonimo autore del *Pandectum* sembra possedere una particolare dimestichezza: i frammenti dell'antica legislazione decemvirale vengono infatti selezionati e raccolti o perché espressamente presentati come tali all'interno del *Corpus iuris*, o perché segnalati in una glossa. Rispetto alla *Vulgata*, comunque, il Reginense risulta accresciuto per le citazioni letterarie di Gellio, ma anche per quelle dell'epitome di Livio e del verso di Ovidio in apertura dell'esposizione¹⁹¹: nel manoscritto non è peraltro menzionato il nome di nessuno di questi autori dell'antichità, dai quali, come ricordato, generosamente si attinge: l'unico ad essere espressamente citato, infatti, è un giurista chiamato *Aretinum* del quale, nel paragrafo 76 dell'articolato editoriale del manoscritto (f. 140r), viene richiamato un commento ad un titolo delle Istituzioni giustiniane: Antonia Fiori ha osservato al riguardo che «per antonomasia, l'appellativo di Aretino è attribuito al giureconsulto quattrocentesco Francesco Accolti; in questo caso, tuttavia, i rimandi specifici all'opera e al contenuto consentono di individuare un altro celebre giurista di Arezzo, Angelo Gambiglioni»¹⁹², autore, tra l'altro, di una fortunatissima *Lectura super Institutionibus*. Tutti questi elementi, e il reciproco rapporto tra essi, hanno portato a formulare la verosimile ipotesi che l'autore del manoscritto Reginense aggiunga, alla serie degli umanisti con interessi giuridici, ricordati sino ad ora, anche la figura di un giurista con interessi umanistici¹⁹³.

L'opera in esame ha una sicura autonomia rispetto ai primi tentativi andati a stampa dei tentativi di palingenesi della legge delle XII Tavole, con particolare riguardo a quello del Rivallius¹⁹⁴, ma anche rispetto ai manoscritti

¹⁹¹ Cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 75 s., e FIORI, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹³ Cfr. DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 78 s., FIORI, *op. cit.*, p. 91 s.

¹⁹⁴ Cfr. FIORI, *Le forme*, cit., p. 82.

precedentemente considerati: Oliviero Diliberto¹⁹⁵ ha fornito un'ampia serie di argomentazioni per dimostrare che *Ham.* 254 e *Ms. Regg. C.* 398 (o loro copie) non possono qualificarsi come le fonti del *Reg. Lat.* 450: per quanto, ad esempio, anche in questo caso Gellio risulti escerpito ai fini dell'individuazione delle norme del testo decemvirale – essendo peraltro curiosamente inserito nei materiali tratti dalle Istituzioni giustinianee, i quali risultano così, a partire dal f. 131v, «interpolati aggiuntivamente»¹⁹⁶, al punto da costituire «un contesto complessivo nel quale, evidentemente, non rilevava la distinzione tra le diverse fonti utilizzate»¹⁹⁷ – rispetto ai precedenti manoscritti, che riportavano le norme della legge delle XII Tavole desumibili dal ventesimo libro delle *Noctes Atticae*, in *Reg. Lat.* 450 si leggono anche i riferimenti alla repressione del furto, notoriamente contenuti nell'undicesimo libro dell'opera gelliana (11.18.1-10, ai ff. 132r-132v). La menzione della sequenza di norme desumibili dal predetto ventesimo libro, inoltre, differisce nei primi due manoscritti rispetto a quanto avviene in quello reginense: essi, infatti «si fermano con la citazione concernente – nel testo gelliano – la possibilità dello squartamento del debitore insolvente (*'si plus minusue secuerint se fraudi esto'*: *noct. Att.* 20.1.49), nel Reginense in esame tale norma manca del tutto e si continua, invece, riportando (f. 133v), come nel prosieguo del testo gelliano (*noct. Att.* 20.1.53), la norma decemvirale concernente la falsa testimonianza punita con la precipitazione dalla rupe Tarpea (*e saxo*): legge, quest'ultima, viceversa assente in *Ham.* 254 e *Ms. Regg. C.* 398»¹⁹⁸.

6. L'assenza della menzione della norma sulla successione testamentaria in *Reg. Lat.* 450.

Un ultimo aspetto degno di nota, ai fini specifici dell'analisi che verrà sviluppata nel prossimo capitolo, è la mancata citazione, in tema di successione ereditaria, della norma *'uti legassit'* che, come ricorda in più occasioni lo stesso Diliberto¹⁹⁹, sarà costantemente presente nelle palinogenesi decemvirali a stampa sin dagli inizi del '500. A tal proposito, rilevo che l'autore del manoscritto Reginense, pur non citando espressamente la norma contenuta in *tab.* 5.3, nel tredicesimo paragrafo dell'articolato editoriale del *Pandectum* (in conclusione del f. 129r), si riferisce chiaramente ad essa secondo la spiegazione

¹⁹⁵ *Op. ult. cit.*, p. 77 ss.

¹⁹⁶ DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 76, FIORI, *op. cit.*, p. 83 s.

¹⁹⁷ DILIBERTO, *loc. ult. cit.*

¹⁹⁸ DILIBERTO, *op. ult. cit.*, p. 77.

¹⁹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 77: in precedenza, cfr. ID., *Umanesimo*, 1., cit. p. 13 s.

che della medesima viene fornita nelle Istituzioni giustinianee (2.22.pr.), dove è ricordata come il fondamento normativo sulla base del quale il testatore avrebbe potuto disperdere l'intero patrimonio ereditario in legati, creando così le premesse per le limitazioni introdotte dalla *lex Falcidia*: si legge infatti nel segnalato punto del manoscritto: *Lex XII tabularum permittebat testatoribus erogare legatis omnem suam substantiam. Sed hodie lex falcidia hoc prohibet saltem ne liceat ultra dodrantem*. Come illustrerò ampiamente nel prossimo capitolo, il passo giustiniano preso in considerazione deriva chiaramente da quello delle Istituzioni di Gaio (2.224), che pure contiene la menzione della norma decemvirale '*uti legassit*', in un contesto espositivo che (a mio avviso, solo) a prima vista sembra essere il medesimo. Anche Gaio, infatti, prima di illustrare (2.225-228) la sequenza di *leges* emanate per porre un freno a testatori che largheggiavano nella disposizione di legati e manomissioni, e che si concluderà con l'emanazione della *Falcidia* (e della *lex Fufia Caninia*, poi abrogata da Giustiniano), si premura di offrire una spiegazione tanto del significato della formulazione della norma – dimostrando un'attenzione alla facilitazione della comprensione del lessico arcaizzante non dissimile da quella dimostrata, ad esempio, in Gai., *inst.* 3.154a²⁰⁰ a proposito dell'espressione '*ercto non cito*' – quanto della sua portata sostanziale: rispetto al testo delle Istituzioni giustiniane, però, quest'ultima non viene presentata come inclusiva della (sola) libertà di erogare legati, ma viene estesa anche a quella di affrancare servi, e ciò è correlato alla spiegazione dei *verba legitima*, intesi da Gaio nel senso della piena libertà, concessa anticamente al testatore, di disporre per testamento. La menzione di legati ed affrancazioni esaurisce l'economia dell'esposizione nei menzionati paragrafi delle istituzioni di Gaio (224-228), ma non anche la portata della norma stessa che, essendo appunto spiegata nei riferiti termini di totale libertà di disporre per testamento, doveva evidentemente riferirsi a *tutte* le disposizioni in esso ricevibili, dall'istituzione di erede alla costituzione di tutele: nel Digesto, peraltro, è conservato il ben noto passo del commento di Pomponio a Quinto Mucio col quale si è aperto questo capitolo, e pertanto si può tranquillamente affermare la presenza di una duplice spiegazione della norma '*uti legassit*' conservata nelle fonti giustiniane.

Posso già qui anticipare, rinviando comunque al prossimo capitolo la più approfondita esegesi delle fonti – oltre che il rilievo di quell'ampia dottrina che continua a presentare la norma stessa riferendola alla sola libertà di disporre legati – come D. 50.16.120, per quanto sospettato di interventi compilatorii

²⁰⁰) *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare [et dividere] dicimus.*

(i quali, se proprio vi sono stati, a me sembrano consistere al massimo in un riassunto di un più lungo testo piuttosto che in una sua modifica in termini propriamente interpolazionistici), rappresenti in maniera ancora più chiara l'interpretazione della portata originaria del versetto contenuto in *tab.* 5.3, che viene inteso come fondamento di ogni disposizione testamentaria, in forza della *latissima potestas* concessa al testatore, ed evocata espressamente da Pomponio (e forse da Quinto Mucio prima di lui) nel riferito passo. Ciò contribuisce altresì a fondare il mio convincimento in merito alle motivazioni che portarono i decemviri a preferire il 'legare' (nel senso di 'legem dicere') al 'testari' nella formulazione della norma medesima; esse mi sembrano ancora oggi strettamente correlate allo stato della successione testamentaria all'epoca della redazione del versetto decemvirale: il più ampio 'legassit', infatti, a differenza del 'testari', mi appare inclusivo tanto delle antiche forme pubbliche di testamento quanto dell'idoneo atto *mortis causa* – o con effetti *mortis causa* – che avrebbe permesso al *civis* di disporre validamente delle sue sostanze per il periodo successivo alla propria morte, e che evidentemente, all'epoca della redazione delle XII Tavole, non era ancora un testamento, o comunque non condivideva con le più antiche forme pubbliche la medesima natura giuridica. La norma *uti legassit*, dunque, «fotograferebbe», a mio avviso, (e proprio la sua formulazione fornirebbe un indizio in tal senso) la *mancipatio familiae* prima della sua trasformazione nel *testamentum per aes et libram*.

7. Il perdurare dell'esigenza palinogenetica.

Il cammino della scienza palinogenetica arriva sino ai nostri giorni e mantiene intatto il suo fascino: quelli mossi dai lavori di Rivallius e di d'Alessandro, dalle rielaborazioni a cura dello Spiegel e di Oldendorp, oltre che dal timido tentativo palinogenetico contenuto nell'opera stampata dal Tacuino sono solo i primi passi.

Ad essi seguiranno quelli del Balduinus²⁰¹ e dell'Augustinus²⁰², a cui deve tributarsi il merito dell'eliminazione di quelle «leggi ciceroniane» che, co-

²⁰¹ Si tratta dei *Libri duo ad leges Romuli*, cui si è fatto cenno in precedenza. E' il caso di ricordare l'estrema fortuna, anche editoriale, che ebbe quest'opera.

²⁰² *Antonii Augustini De legibus et Sctis liber: adiunctis legum antiquarum & senatusconsultorum fragmentis cum notis Fulvi Urini. Romae ex typographia Dominaci Basae, excudebat Franciscus Zannettus MDLXXXIII*: anche se la pubblicazione avvenne nel 1583, l'opera fu composta intorno al 1544, e si è accertato che gli apporti successivi non vadano oltre il 1547. Importanti anche le note alle XII Tavole redatte dall'Umanista Fulvio Orsini che accompagnano l'opera. Cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit. p. 102 s., FERRARY, *Saggio*, cit., p. 514 ss., e AGNATI, *Sequenze*, cit., p. 251.

me si è visto, avevano profondamente influenzato l'impostazione dei precedenti e timidi tentativi palinogenetici, nei quali si arrivavano a effettuare inerti trasposizioni acritiche dalla sequenza di norme reperibili nel *De legibus* alla legge delle XII Tavole²⁰³. Ulteriormente notevole è la rinuncia, nelle opere dell'Augustinus e del Balduinus, alla impostazione²⁰⁴ del lavoro sul modello tripartito tra diritto sacro, pubblico e privato utilizzato dal Rivallius e sino ad allora molto seguito.

In particolare, l'Augustinus, a fronte della ritenuta inadeguatezza ai fini palinogenetici del commento di Gaio alle XII Tavole, preferisce la partizione seguita dalle *Institutiones*, impegnandosi in un accurato lavoro di distinzione dei frammenti della legislazione decemvirale rinvenuti nelle fonti dalle attestazioni non riportanti gli *ipsissima verba* di essa. A fronte della maggiore completezza che si deve ascrivere al lavoro dell'Augustinus, sta la diversa scelta del Balduinus, che, professandosi «studioso di leggi e non di parole»²⁰⁵, non provvede a effettuare una ricerca minuziosa come quella del collega, rinunciando a prestare attenzione a quei frammenti in cui, pur serbandosi memoria delle singole parole della legge delle XII Tavole, l'estrema esiguità dell'attestazione (limitata magari ad una sola parola) non permetteva l'impostazione di un discorso giuridico (e non solo filologico) su di essi. Sarà l'opera del Balduinus, nella versione risultante dalla terza e ultima edizione del 1557, ad avere una notevolissima fortuna e a far compere un ulteriore passo avanti alla palinogenesi delle XII Tavole²⁰⁶.

A partire dal 1559 si assiste ad una vera e propria esplosione di palinogenesi²⁰⁷: non è solo uno sterile culto dell'antichità a determinare tutto ciò, ma una coscienza della storicità del diritto che fa riflettere, ancora oggi, chi superi il pregiudizio con cui si tende a inquadrare convenzionalmente l'Umanesimo²⁰⁸.

In una fitta selva di innovazioni, rimandi, contaminazioni, plagii più o meno espliciti, si diffonde la prassi²⁰⁹ di accorpare ricostruzioni del testo delle

²⁰³) Questa scelta troverà l'accesso sostegno di François Duaren, che la eleggerà a proprio metodo di lavoro: cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 514

²⁰⁴) Sul problema della sistematica consapevolmente posto dagli Umanisti cfr. le illuminanti osservazioni di ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 582 ss.

²⁰⁵) '*Sed legum, non verborum studiosi sumus*': BALDUINI, *Ad leges*, cit., p. 52.

²⁰⁶) In quest'ordine di idee FERRARY, *Saggio*, cit., p. 517. Peraltro, già la seconda edizione dell'opera del Balduinus aveva creato particolare interesse, tanto che discende direttamente da essa quella di Louis Le Caron, così come in rapporto anche di (non tanto velata) polemica rispetto ad essa si pone A. LE CONTE (CONTIUS) che attende ad analogo lavoro con le sue *Lectioinum subsecinarum Iuris civilis liber primis*, la cui prima edizione è del 1555: cfr. DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 66, 68, e FERRARY, *op. cit.*, p. 519 s.

²⁰⁷) Cfr. FERRARY, *op. cit.*, p. 521.

²⁰⁸) Lo segnala chiaramente ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 611 ss.

²⁰⁹) Cfr. sempre FERRARY, *op. cit.*, p. 528, ma anche DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p.

XII Tavole a edizioni delle *Institutiones* o del *Corpus iuris civilis*; la scienza della palingenesi procede nel suo cammino, ma esso a volte si rivela anche accidentato, e si registrano battute d'arresto, se non proprio regressioni²¹⁰; e così si utilizzano nuovamente le sequenze ciceroniane²¹¹, antependole ai frammenti che con fatica si erano in precedenza individuati come quelli riportanti gli *ipsisissima verba* della legislazione decemvirale, oppure si ripropone la partizione²¹², e questa volta in maniera così incisiva da segnare la palingenesi sino ad oggi²¹³, tra *ius sacrum, publicum e privatum*. Ma si provvede anche a sottolineare, ricorrendo persino all'uso di colori o caratteri tipografici diversi, la «diversità qualitativa» tra (quelli ritenuti) gli *ipsisissima verba* della legge delle XII Tavole e i semplici commenti a quelle disposizioni rinvenibili nelle fonti²¹⁴, e si formulano congetture sull'ordine²¹⁵ seguito dai decemviri nella composizione della legge, anche prendendo a modello l'ordine seguito nei frammenti del commento di Gaio²¹⁶: scelta metodologica, questa, che ha ancora oggi una gran fortuna.

Pur nella complessa stratificazione di autori e opere di cui s'è fatto cenno, un dato risulta incontrovertibilmente certo: la palingenesi compiuta da Jacques Godefroy²¹⁷ (Gotofredo, figlio di Denis) «è sicuramente il fondamento della moderna presentazione dei frammenti delle XII Tavole»²¹⁸. Sulla base dei ri-

70 ss., 92, 106 ss., 111 ss., 116, 118, 122, 145.

²¹⁰ Cfr. FERRARY, *op. cit.*, p. 524 ss.

²¹¹ Come fa ad esempio il Contius nelle sue *Lectiones subsecinarum* pubblicate a Orléans nel 1572: cfr. FERRARY, *op. cit.*, p. 524.

²¹² Come fa F. HOTMAN (HOTOMANUS), *De Legibus XII Tabularum Tripartita Franc. Hotomani Juriconsulti Commentatio. Lugduni apud Ioan. Tornaesium M. D. LXIII*: altra opera, questa, che avrà una notevolissima influenza: cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982 p. 179 ss., FERRARY, *op. cit.*, p. 525, DILIBERTO, *Bibliografia*, cit. p. 83, e AGNATI, *Sequenze*, cit. p. 251.

²¹³ Soprattutto perché anche Denis Gotofredo farà sua questa scelta.

²¹⁴ Questo è un merito che va attribuito per primo allo Hotman, seguito dai fratelli Pithou, ai quali si farà cenno tra breve, che utilizzeranno differenziare mediante l'uso di colori diversi.

²¹⁵ E' probabile che particolarmente incisivo in tal senso sia stato l'apporto di L. CARRION (CARRIO), che è tradizionalmente indicato come il primo ad aver intuito, nella sua opera *Emendationum et observationum libri duo*, pubblicata in prima edizione a Parigi nel 1583, che la legge delle XII tavole dovesse iniziare con le norme processuali, secondo l'ordine logico della sequenza del processo stesso: ma FERRARY, *op. cit.*, p. 526 è di contrario avviso. Cfr., inoltre, DILIBERTO, *Bibliografia*, cit., p. 101.

²¹⁶ Tappa indubbiamente decisiva per la storia della palingenesi, essa viene segnata dai fratelli Pierre e François Pithou, stretti collaboratori di Cujas, nel *Corpus anteinustinianum* del 1586: cfr. FERRARY, *op. cit.*, p. 526, e DILIBERTO, *op. cit.*, p. 111.

²¹⁷ *Fragmenta XII. Tabularum suis nunc primum tabulis restituta, probationibus, notis et indice munita Iacobo Gotofredo auctore Heidelbergae Typis Johannis Lancellotti MDCXVI*, oggetto di numerose riedizioni. Da ultimo, nell'estremamente più reperibile «*Thesaurus iuris romani*», cit., III.

²¹⁸ FERRARY, *op. cit.*, p. 535: cfr. DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 10 s., e AGNATI, *Sequenze*, cit. p. 252.

sultati conseguiti all'esito della ricerca sui manoscritti (che peraltro è ancora in corso), si può comunque smentire chi indica nello Hotman e in Gotofredo «i primi che (...) si dedicarono»²¹⁹ al tentativo di ricostruzione della legge decemvirale, posto che il *modus operandi* (soprattutto quello di Gotofredo) appare molto simile, come si è rilevato, a quello già seguito dal Ferrarini, in particolare in *Ms. Regg. C. 398*.

E' comunque indubbio che il lavoro di raccolta e classificazione delle informazioni reperite dalle fonti, compiuto in special modo dal Gotofredo, risulti a dir poco pregevole, se non proprio audace²²⁰: basta pensare, infatti, che il convincimento di Gotofredo era stato quello di aver ricostruito integralmente l'antica legge. L'opera è ripartita in libri. Dopo la lunga prefazione metodologica, i frammenti, divisi per tavole, sono scritti in maiuscolo (e rappresentano quasi un quarto dell'intera opera) se riportano gli '*ipsissima verba*' della legge, altrimenti, se si tratta solo di commenti alle norme decemvirali reperiti nelle fonti, vengono riportati in corsivo e parafrasati, dimostrando di preferire le fonti più antiche alle più tarde e le più brevi alle più lunghe²²¹. Al secondo libro, sulla storia delle XII Tavole, segue il terzo di *Probationes*, e cioè l'insieme di tutti i testi sui quali la ricostruzione si è basata. Il quarto libro raccoglie i commenti degli antichi giuristi (compreso, naturalmente, Gaio, in base ai frammenti del cui commento alla legislazione decemvirale procede anche la ricostruzione del Gotofredo), mentre nel quinto sono raccolte diverse annotazioni, tra cui le stesse proposte di emendazione e restituzione da parte dello stesso Gotofredo, e nel sesto si reperiscono gli indici.

Il testo viene distribuito in maniera tale che ogni tavola occupi una pagina; la Fögen parla di «tavole simulate»²²² riferendosi alle pagine in cui testo e non-testo²²³ furono trasfusi: sfogliandole, diventa possibile «vedere» le XII Tavole. E' ovvio, infatti, che una scelta del genere comporti notevoli diversità di contenuto tra pagina e pagina, posta la non omogeneità di contenuto delle tavole, e la diversa disponibilità di informazioni su ciascuna di essa reperibili dalle fonti. Peraltro, anche l'ordine seguito dalla successione delle norme, in assenza di precise indicazioni desumibili dalle fonti e salvo rarissime eccezioni, continua ad esser lasciato al gusto, all'intuito e all'arguzia del ricostrutto-

²¹⁹) FÖGEN, *Storie*, cit., p. 64

²²⁰) Non a caso esso sarà un fondamentale punto di riferimento almeno per i successivi duecento anni.

²²¹) Così FÖGEN, *op. cit.*, p. 64.

²²²) *Op. cit.*, p. 64

²²³) Si tratta delle righe bianche o punteggiate con cui Gotofredo ha segnalato la presenza di lacune testuali.

re²²⁴. Ciononostante, sino agli inizi del 1800, «la ricostruzione di Godefroy fu riconosciuta nell'insieme come un'incontestabile acquisizione»²²⁵.

Si dovrà attendere il 1824 perché possa vedere la luce un'opera capace di competere con tale ricostruzione, riuscendo anche ad andare oltre il limite tracciato da quest'ultima²²⁶. Si tratta ovviamente della palingenesi di Heinrich Eduard Dirksen²²⁷ con cui si fa il punto sullo stato dell'arte nel momento di massima espressione dell'antichistica tedesca: il lavoro di ricerca compiuto è monumentale, ma non si discosta poi così tanto dal modello del Gotofredo, rispetto al quale quella del Dirksen si atteggia come una semplice variante²²⁸, capace però di soppiantarla quasi completamente, almeno per i successivi quarantadue anni. E di concorrere con esso a costituire i «momenti fondativi»²²⁹ della moderna scienza palinogenetica.

Nel 1866, infatti, «Sulle spalle del gigante Dirksen»²³⁰ si pose Rudolph Schoell, con quello che attualmente è indicato come uno dei testi più autorevoli. L'annoso problema dell'ordine della collocazione dei frammenti è risolto nel senso che, non credendo lo studioso alla possibilità di reperire i criteri a cui l'ordine costruttivo avrebbe obbedito, si limita a riprodurre l'ordine del Dirksen per semplice comodità espositiva. Alla ricostruzione curata dallo Schoell fa riferimento la seconda edizione dei *Fontes iuris Romani antiqui*²³¹ a cura del Bruns che la riporta pedissequamente, mentre la prima edizione dell'opera di Paul Frédéric Girard²³² conserverà sostanzialmente l'ordine seguito da Dirksen²³³, a differenza della raccolta pubblicata a cura di Salvatore

²²⁴ Cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 535 s.

²²⁵ FERRARY, *Saggio*, cit., p. 538

²²⁶ In particolare laddove, accettando al pari di Gotofredo il principio per cui il commento di Gaio era organizzato in modo tale che ad ogni libro corrispondessero due tavole, Dirksen sostiene addirittura l'unitarietà di sistema che avrebbe caratterizzato ogni gruppo di due tavole: cfr. DIRKSEN, *op. cit.*, p. 15, 18 ss. Cfr. inoltre le osservazioni di FERRARY, *op. cit.*, p. 541, nt. 123, dove si rileva come «Dirksen tenta di dimostrare questa unità di ogni gruppo di due tavole. Le prime due, private del *furtum* trasposto nella Tavola VIII, hanno per tema unico il '*Civilprozess*'. Le Tavole III e IV (private delle leggi sull'usura e il deposito, anch'esse trasposte nella Tavola VIII) avrebbero come elemento unificatore la pertinenza degli *homines alieni iuris*, che sarebbero i debitori *addicti* o le persone *in potestate* o *in manu*. Le Tavole VI e VII avrebbero avuto quale elemento catalizzante '*der Gattungsbegriff der obligatorischen Rechtsverhältnisse*'. Il caso delle Tavole IX e X (diritto pubblico e sacro) e delle Tavole XI e XII (aggiunte nel secondo decemvirato) era naturalmente differente».

²²⁷ *Übersicht*, cit.

²²⁸ Cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 543.

²²⁹ DILIBERTO, *Una palingenesi*, cit., p. 220.

²³⁰ FÖGEN, *Storie*, cit., p. 65.

²³¹ Tübingen, 1871.

²³² *Textes de droit romain*, Paris, 1890.

²³³ Cfr. FERRARY, *op. cit.*, p. 548 s.: «o più esattamente quella variante dell'ordine

Riccobono²³⁴, che segue l'ordine del Bruns, ritenuto il più conosciuto, per evitare di renderne troppo difficoltosa la consultazione. In poche parole, ciò vuol dire che, negli ultimi quattrocentonovant'anni, i tentativi palinogenetici della legge delle XII Tavole hanno subito a tal punto la schiacciante influenza dell'opera di Gotofredo, anche quando nelle intenzioni di qualche curatore vi era il proposito di deviare da quel modello, che non si è riusciti a produrre null'altro che «variazioni sul tema» del modello del 1616.

Il grande cruccio, quindi, continua tra l'altro a restare quello dell'assenza di un criterio col quale ordinare i frammenti della legge: di fronte a questo problema si arrende rassegnato anche Girard²³⁵. Del resto, sin dal 1823 il Puchta²³⁶ aveva mosso delle osservazioni critiche sul metodo seguito da Gotofredo (ma anche da Dirksen), partendo dalla constatazione di testimonianze relative all'incisione epigrafica di leggi su più tavole di bronzo numerate: la continuità della scrittura rendeva materialmente impossibile quell'organizzazione geometricamente ordinata e quell'unitarietà di contenuto che invece si assumevano essere proprie di ciascuna tavola, e che, se fossero state reali, avrebbero fatto valere l'equivalenza, nella trasposizione in un libro, di una pagina con una tavola.

Si è obiettato²³⁷ che i più antichi frammenti a noi pervenuti e incisi secondo le modalità indicate dal Puchta sono approssimativamente riconducibili all'età sillana, il che vuol dire oltre trecentocinquant'anni dopo le XII Tavole: non si potrebbe pertanto riferire automaticamente una prassi così posteriore anche all'epoca decemvirale. Ma è chiaro che così ci si arresta in un vicolo cieco. Le fonti che lascerebbero supporre la non irreparabilità del disastro gallico ai fini della conservazione della memoria della legge delle XII Tavole non legittimano ad ipotizzare una nuova incisione di essa, in aggiunta a un'ipotetica (e molto più probabile) riscrittura del testo al fine della sua conservazione negli archivi. Peraltro, è convincimento pressoché unanime che un'eventuale ricostruzione non potrebbe andare oltre il modello accolto nei *Tripertita* di Sesto Elio²³⁸. In questo caso è comunque legittimo chiedersi se sia possibile che la ripartizione per tavole risalga almeno a Sesto Elio, e se sia

dirkseniano che era la V edizione dei *Fontes* di Bruns rivista da Mommsen nel 1886-1887».

²³⁴) *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani. Pars Prima: leges*, Firenze, 1909.

²³⁵) Cfr. infatti il tono sfiduciato che traspare nell'esposizione del problema e nell'accettazione di un ordine che viene percepito come «purement artificiel» in P.F. GIRARD, *La loi des XII Tables. Leçons faites à l'université de Londres en mai 1913*, London, 1914, p. 26.

²³⁶) F. PUCHTA, *Civilistische Abhandlungen* (1823), in *Kleine Civilistische Studien*, Leipzig, 1851 p. 24 ss., 58 ss.

²³⁷) Cfr. FERRARY, *Saggio*, cit., p. 551.

²³⁸) Cfr. AMIRANTE, *Per una palinogenesi*, cit., p. 396, GUARINO, *Una palinogenesi*, cit., p. 82 ss., e DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 18 s.

in qualche modo accertabile la sussistenza del rapporto numerico tra libri del commento gaiano e tavole commentate: anche relativamente a questi due nodi problematici si è verificata l'estrema disparità di vedute che divide ancora oggi gli studiosi.

Si segnala²³⁹ altresì l'«utilizzo abusivo» che Gotofredo fa di un distico di Ausonio²⁴⁰, che gli permetterebbe di individuare nella nona *Tabula* la «sede decemvirale» del *ius publicum*: ciò è sostenuto in forza dell'accettazione della tripartizione del diritto (*ius triplex*) e della «localizzazione» del diritto privato in apertura dell'antico codice, oltre che della collocazione delle norme di *ius sacrum* a partire dalla decima *Tabula*²⁴¹, ma si sono sottolineate le pure esigenze stilistiche alla base del poema di Ausonio, tutto imperniato sulla simbologia del numero tre²⁴², e che quindi lo rendono poco indicato per trarne illazioni relative all'ordine della legislazione decemvirale.

Quella scienza palinogenetica che per secoli ha dato l'impressione di essere in continua crescita e in costante evoluzione, dunque, pur con le inevitabili e non infrequenti battute d'arresto di ogni processo di ricerca, parrebbe da lungo tempo paralizzata in un sistema retto su più postulati alquanto labili: essi – dati per presupposti da Gotofredo, aspramente criticati da Puchta, ma sostanzialmente mai disattesi (per pigrizia, passiva accettazione di una lunga tradizione orientata in questo senso, incapacità di individuare valide alternative) –, si sono, infatti, sistematicamente riproposti nelle opere dei secoli successivi. La situazione di stasi si è comunque interrotta, come si è visto, da più di un ventennio: nel 1992 è sorto il progetto per una nuova palinogenesi, e gli studiosi hanno ricominciato a interrogarsi sulla possibilità di risolvere un problema di metodo vecchio di secoli. Si sono affacciate le interessantissime prospettive offerte dallo studio delle sequenze di citazioni contenute nelle fonti alternative al commentario gaiano²⁴³, seguendo (o cercando di seguire) i criteri utilizzati dal Lindsay²⁴⁴, che, pensati (e utilizzati) per la ricostruzione di

²³⁹) Sin dall'espresso rilievo in tal senso da parte di A. LONGO, *Il commento di Gaio e il sistema delle XII Tavole*, in «RIL», XXI, 1888, p. 632 s., ma cfr. ora anche DILIBERTO, *Conoscenza*, cit. p. 207 ss., nonché FERRARY, *Saggio*, cit., p. 554.

²⁴⁰) *Griphus*, 2.61-62: *Ius triplex, tabulae quod ter sanxere quaternae / Sacrum, privatum, populi comune quod usquam est.*

²⁴¹) Dato che si riteneva che le norme su funerali e sepolture, ricondotte al *ius sacrum*, fossero collocate nella decima *Tabula*: cfr. Cic., *leg. 2.25.64: Posteaquam, ut scribit Phalereus, sumptuosa fieri funerea et lamentabilia coepissent, Solonis lege subiata sunt; quam legem eisdem prope verbis nostri decemviri in decimam tabulam coniecerunt.*

²⁴²) DILIBERTO, *Conoscenza*, cit., p. 207 ss.

²⁴³) AMIRANTE, *Un'ipotesi di lavoro*, cit., p. 205 ss., DILIBERTO, *Contributo*, cit., p. 229 ss., ID., *Materiali*, cit., p. 121 ss., 333 ss., ID., *Una palinogenesi*, cit., p. 229 ss., AGNATI, *Sequenze*, p. 240 s., BONA, *Il 'de verborum significatu'*, cit., p. 553 ss.

²⁴⁴) W.M. LINDSAY, *Nonius Marcellus' Dictionary of Republican Latin*, Oxford, 1901,

opere grammaticali, glossariali ed antiquarie, hanno permesso di formulare ipotesi per la restituzione di testi arcaici, al punto da fornire addirittura un'affascinante «lettura naturalistica» del presumibile ordine della legge delle XII Tavole²⁴⁵. Resta da chiedersi se questo rinnovato fervore permetterà di percorrere vie diverse ed ulteriori rispetto a quelle contenute nei confini tracciati dal Ferrarini e dal Gotofredo.

rist. 1965, a cui va aggiunto, per gli approfondimenti ivi contenuti, L. STRZELECKI, *Zur Entstehung der 'Compendiosa doctrina' des Nonius*, in «Eos», XXXIV, 1932-33, p. 113 ss. Cfr., inoltre, i rilievi critici al non estremo rigore che talora ha caratterizzato il lavoro del Lindsay mossi da E. CADONI, *Studi sul 'De compendiosa doctrina' di Nonio Marcello*, Sassari, 1987, p. 15, 51ss., 66.

²⁴⁵) DILIBERTO, *Una palingenesi*, cit., p. 234 ss.

II.

La storia primitiva delle successioni testamentarie

1. La successione mortis causa nella legislazione decemvirale. La norma sulla successione testamentaria.

Le XII Tavole sono anche un punto di partenza obbligato per lo studio della storia primitiva delle successioni testamentarie, e il frammento del commento di Pomponio a Quinto Mucio riportato in apertura del precedente capitolo potrebbe a buon diritto riproporsi in questa sede. Lo stato attuale delle nostre conoscenze in materia di successione *mortis causa* in diritto romano, infatti, non ha fonti più antiche della legislazione decemvirale²⁴⁶. La tradizione palinogenetica, il cui travaglio storico è stato illustrato nel capitolo precedente, colloca la materia successoria nella quinta *tabula*: essa, relativamente alla delazione ereditaria, contiene norme riguardanti tanto il caso delle disposizioni dettate dall'ereditando quanto il caso del *de cuius* che sia morto intestato²⁴⁷. A queste seguirebbero disposizioni relative alla tutela, alla sorte dell'eredità del *furius*²⁴⁸ e del liberto morto senza eredi oltre che alla divisione della comunione ereditaria²⁴⁹. Il fatto che la disposizione relativa alla successione testamentaria precedesse quelle riguardanti la successione *ab intestato* è confermato, secondo l'insegnamento tradizionale²⁵⁰, da un duplice ordine di considerazioni: innanzi tutto dalla constatazione che, nelle loro esposizioni del diritto civile,

²⁴⁶) Cfr. SCIALOJA, *Diritto ereditario*, cit., p. 7, VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 3.

²⁴⁷) Cfr. *Tab.* 5.3-5.

²⁴⁸) F. ZUCCOTTI, *Il «custos» nel diritto romano arcaico. Considerazioni sistematiche e prospettive di ricerca circa la situazione degli incapaci e il sistema successorio nella normazione decemvirale*, in «RDR», IX, 2009 (*estr.*, consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss., compie un'articolata e approfondita ricognizione dell'intero sistema successorio delle XII Tavole e delle connesse norme sull'affidamento degli incapaci, anche in una prospettiva palinogenetica, partendo proprio dalla norma decemvirale sulla successione del *furius*

²⁴⁹) Cfr. *Tab.* 5.6-10.

²⁵⁰) Cfr. VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 3.

Quinto Mucio Scevola e Masurio Sabino seguivano quest'ordine; inoltre, in un passo di Ulpiano²⁵¹, si osserva che l'ordine seguito dal pretore nel trattare la successione ereditaria è perfettamente simmetrico a quello contenuto nel testo decemvirale²⁵². In quanto al più generale tema dell'ordine e della collocazione delle norme all'interno della legge delle XII Tavole²⁵³, va comunque ricordata la scarsità di fonti antiche: oltre al ricordato passo di Ulpiano, infatti, va richiamata l'affermazione di Cicerone, già menzionata nel precedente capitolo, da cui si è dedotto che la legge si aprisse con le norme «processuali» (e più precisamente con quella sulla *in ius vocatio*)²⁵⁴, l'altra sua indicazione che colloca nella decima tavola le norme sulle sepolture e sui funerali²⁵⁵, quella di Festo²⁵⁶ che ha consentito di collocare la norma sul *dies diffusus* in 'secunda tabula secunda lege' (tab. 2.2), e infine quella di Dionigi di Alicarnasso²⁵⁷ che colloca nella quarta tavola la norma relativa alla liberazione del *filius* dalla *patria potestas* all'esito della sua triplice vendita.

Il riconoscimento della libertà di disporre per testamento è ricondotto (sia pure in maniera tutt'altro che pacifica e nell'ambito di eterogenee e discordanti posizioni dottrinarie)²⁵⁸ alla norma 'uti legassit'²⁵⁹, notissima tra i romanisti per le diverse redazioni che di essa possono leggersi nelle fonti della

²⁵¹ 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.*

²⁵² 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.

²⁵³ Cfr. DILIBERTO, *Il «diritto penale»*, cit., p. 13 s.

²⁵⁴ Leg. 2.4.9. Cfr. G. LOTTI, *Nota testuale a si in ius vocat*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti», cit., p. 209 ss., con ulteriore letteratura, e G. FALCONE, *La citazione 'si in ius vocat' in Cic., leg. 2.9*, in «AUPA.», L, 2005, p. 119 ss.

²⁵⁵ Leg. 2.25.64, anch'essa già richiamata *supra*, nt. 241.

²⁵⁶ *Verb. sign.*, sv. 'reus', 336 L.

²⁵⁷ *Ant. Rom.* 2.27.3.

²⁵⁸ Si pensi alle affermazioni di LAMBERT, *La tradition*, cit., p. 5 ss., il quale ritiene che «l'existence d'un concept aussi savant que celui de l'acte à cause de mort dans la société romaine du V^e siècle serait profondément invraisemblable» ed esprime (p. 6) tutti i suoi dubbi in merito alla riconducibilità all'epoca della legislazione decemvirale di un precetto idoneo a «consacrer la légitimité de l'acte testamentaire, tal que le décrivent l'ouvrage de Gaius et les compilations de Justinien».

²⁵⁹ Ho elaborato il primo nucleo teorico dei problemi involti dal versetto decemvirale, oltre a trattare lo sviluppo storico delle forme testamentarie e il loro rapporto con le disposizioni *mortis causa* tramite esse veicolabili, in *Riflessioni*, cit., p. 1 ss., 21 ss., e in *Sulla «natura fedecommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, in «RDR.», XI, 2011 (*estr.*, consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss., e, con un parziale mutamento di prospettiva, in *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommissario*, in «RDR.», XII, 2012, (*estr.*, consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss.

tradizione giuridica e di quella retorica: Mario Bretone²⁶⁰ ne ha prospettato le sei varianti riconducibili a tre gruppi fondamentali. Il versetto decemvirale è in effetti, di volta in volta, formulato ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’²⁶¹, ‘*uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*’²⁶², ‘*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*’²⁶³, (a tale versione si accosta la variante ‘*super pecuniae tutelaeve suae*’²⁶⁴), ‘*Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*’²⁶⁵, ‘*Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto*’²⁶⁶.

A queste versioni devono poi aggiungersi le ricostruzioni formulate, in via deduttiva e senza riscontri diretti nelle fonti, dai moderni editori: una è quella proposta nel secondo volume dei «Roman Statutes», pubblicati a cura del Crawford²⁶⁷, per cui la norma originariamente doveva essere stata redatta nella forma ‘*uti legassit super familia ?pecuniave? tutelave sua, ita ius esto*’²⁶⁸; un’altra è la versione ‘*uti legassit super familia pecunia tutelaeve (?) suae rei, ita ius esto*’ proposta dagli Studiosi che hanno curato la settima edizione dei «Textes de droit romain» di Girard e Senn²⁶⁹; infine, va ricordata la versione ‘*uti legassit (= legaverit) super pecunia{m} tutela{ba} <v>e suae rei, ita ius esto*’²⁷⁰.

Dal punto di vista della struttura, deve riconoscersi la simmetria con un’altra norma decemvirale che, posta all’inizio della sesta *tabula*, è la prima immediatamente successiva alle norme sulla successione *mortis causa*: ‘*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*’²⁷¹: questa simmetria²⁷², che si assume rispondente ad una identità di funzioni, ha portato Ugo 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*,

²⁶⁰) *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*³, Roma-Bari, 1999, p. 26.

²⁶¹) 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.

²⁶²) *Nov.* 22.2.pr.

²⁶³) *Tit. Ulp.* 11.14.

²⁶⁴) D. 50.16. 53.pr. (Paul. 59 *ad ed.*).

²⁶⁵) Cic., *inv.* 2.50.148.

²⁶⁶) *Auct. Her., rhet.* 1.13.23.

²⁶⁷) «Roman Statutes», II, cit., p. 580.

²⁶⁸) 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».

²⁶⁹) *Le loi des romains (cur. V. GIUFFRÈ)*, II, Camerino, 1977, p. 35.

²⁷⁰) D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Stuttgart, 1994, p. 136.

²⁷¹) *Tab.* 6.1.

²⁷²) Cfr. le osservazioni formulate da C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all’opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 85 ss.

testamentum) ma ciò che si fa in esso (*lingua nuncupare, legare*)»²⁷³; in un caso come nell'altro, ricorrendo alla stessa tecnica di composizione normativa²⁷⁴, si riconosce, da parte dei decemviri, valore di legge a dichiarazioni di un semplice cittadino²⁷⁵.

Entrambe queste disposizioni sono state oggetto di particolare disamina in letteratura. Il precetto contenuto in *tab. 6.1* si caratterizza da subito per l'accostamento di due tra gli elementi più rilevanti nello scarno panorama del diritto privato romano arcaico, e cioè il *nexum* e il *mancipium*²⁷⁶. L'attività degli esegeti ha preso in considerazione pressoché costantemente la relazione tra questi due elementi e il '*lingua nuncupare*', pure presente nella disposizione in esame, al fine precipuo di delimitare l'ambito di operatività negoziale della disposizione contenuta in *tab. 6.1*: si è allora osservato che l'espressione '*nexum facere*' allude al compimento del rituale *per aes et libram* del *nexum*²⁷⁷. A tal proposito, va subito rilevato che la riconducibilità del *nexum* alla categoria del *gestum per aes et libram* è ormai pacificamente ammessa in dottrina²⁷⁸, anche sulla base di una serie di dati testuali rinvenibili nelle fonti, quali ad esempio:

Fest., *verb. sign.*, sv. '*nexum*' (L. 160.32): Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur.

Varr., *ling. Lat.* 7.105: '*nexum*' Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia.

Cic., *de orat.* 3.40.159: *nexum* quod per libram agitur.

E' stato decisamente più problematico prendere posizione circa la riconducibilità del segno '*mancipium*', pure presente nella norma riferita in *tab. 6.1*, all'espressione '*mancipationem facere*': alle autorevoli voci dottrinarie che negano

²⁷³) Lo sviluppo, cit., p. 58, nt. 1. Vedremo in prosieguo di testo quanto acuta risulterà questa osservazione.

²⁷⁴) Cfr. A. MAGDELAIN, *Le ius archaïque* (1986), ora in ID., *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Roma, 1990, p. 59.

²⁷⁵) Cfr. GAUDEMET, «*Utī legassit...*», cit., che, a p. 110, dichiara «Ici la loi cautionne l'initiative privée».

²⁷⁶) Cfr. F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra «res mancipi» e «res nec mancipi»* (1958), ora in «RDR», IV, 2004, p. 45 nt. 164, p. 47 nt. 166, p. 51, p. 71 nt. 270 e p. 80 ss. e nt. 316 (*estr.*, consultabile nel sito internet della rivista), M. BRETONE, *Storia*, cit., p. 91 s., e S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 53 s. e nt. 34, anche per l'amplissima letteratura citata.

²⁷⁷) Cfr. RANDAZZO, *op. cit.*, p. 56.

²⁷⁸) Cfr. M. TALAMANCA, *La polemica e l'ignoratio elenchi*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 518 ss., e B. ALBANESE, *Cum nexum faciet mancipiumque* (1992), ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, p. 87 ss. e 92 ss.

l'opportunità di una tale equivalenza²⁷⁹ se ne contrappongono altrettante²⁸⁰ propense invece a sostenerla, seguendo una linea interpretativa che risulta così essere idealmente senza soluzione di continuità rispetto a quella formulata dai classici²⁸¹. Depone peraltro per quest'ultima lettura la considerazione per cui, spesso, il termine '*mancipium*' è stato individuato come il più antico significante di (ciò che sarà successivamente rappresentato dal segno) '*mancipatio*'²⁸².

Emergono subito, tanto dalla presentazione delle varie redazioni, quanto dal riconoscimento dell'analogia strutturale con la norma contenuta in *tab.* 6.1, due dei problemi principali posti dal versetto decemvirale riferito in *tab.* 5.3: l'uno relativo alla redazione più vicina al suo tenore originario, l'altro relativo al suo significato. Si tratta di due temi che spesso arrivano ad essere così strettamente connessi da apparire come le due facce della stessa medaglia, e la seconda non è meno importante della prima, posto che la ricerca del significato del «tormentatissimo versetto, tra i più citati delle nostre fonti giuridiche classiche e pur tra quelli la cui redazione genuina è da considerare più incerta e difficile»²⁸³ continua ad essere una delle «questioni più ardue e più controverse circa gli inizi del diritto ereditario romano»²⁸⁴: ancora tra i moderni, in dottrina, è infatti possibile rinvenire autori che la considerano come sanzione delle (sole) disposizioni *mortis causa* a titolo particolare²⁸⁵ (tanto che si è arri-

²⁷⁹) Cfr. C. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»*, Paris, 1932, p. 54 ss., F. DE VISSCHER, *Mancipium et res mancipi*, in «SDHI.», II, 1936, p. 286 ss. (che ritiene che l'espressione '*mancipium facere*' vada letta nel senso di «constituer le droit de *mancipium*»), e BELLOCCI, *La struttura del negozio fiduciario nell'epoca repubblicana*, I, *Le nuncupationes*, Napoli, 1979, p. 71 ss.

²⁸⁰) Cfr. da ultimo RANDAZZO, *op. cit.*, p. 57 s. e nt. 40, con ampia letteratura.

²⁸¹) Cfr. *Vat. fr.* 50: '*et in mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*'.

²⁸²) Cfr. GALLO, *Studi*, cit., p. 47 (ove si rileva proprio che in epoca arcaica «era ancora sconosciuto il vocabolo '*mancipatio*' e il rito '*per aes et libram*' era detto, nella sua applicazione ai trasferimenti, '*mancipium*', mentre il compimento degli atti traslativi corrispondenti era indicato con l'espressione '*mancipium facere*'»), e RANDAZZO, *op. cit.*, p. 58 nt. 42.

²⁸³) ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 433 ss.

²⁸⁴) COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 85.

²⁸⁵) Basti considerare, a titolo esemplificativo, le affermazioni di SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 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 VOGLI, *Diritto ereditario*, I, 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 riguardava, 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*»).

vati a chiamarla «da frase sul legato»²⁸⁶, altri che invece la qualificano come il fondamento di tutte le disposizioni testamentarie²⁸⁷, ed altri ancora, più prudentemente, si limitano a segnalare come fonti diverse indichino il precetto contenuto in *tab. 5.3* come il fondamento, volta a volta, di tutte o solo di alcune disposizioni testamentarie²⁸⁸. In merito, Bernardo Albanese²⁸⁹ ha elencato quelli che sembravano essere punti fermi sul tema, e cioè 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 la sanzione legislativa dell'atto compiuto da un privato. Come spero di dimostrare, la menzione espressa del termine *'tutela'* nella redazione più vicina al tenore originario della norma è da considerarsi tutt'altro che certa.

2. Esegesi di Gai., inst. 2.224, Iust. Inst. 2.22.pr. e D. 50.16.120: il 'legare' decemvirale e il suo fraintendimento o mutamento interpretativo.

Si assume pacificamente la presenza, in ognuna delle varianti, del segno *'legassit'*²⁹⁰, forma arcaica per *'legaverit'*. La redazione *'uti legassit suae rei, ita ius esto'* è quella testimoniata da più fonti. Oltre che il già ricordato passo del commento di Pomponio a Quinto Mucio, conservato nel Digesto²⁹¹ e con cui si è

²⁸⁶) O. BEHREND, *La mancipatio nelle XII Tavole*, in «Dura», XXXIII, 1982, p. 49.

²⁸⁷) COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 98, con la 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 BEHREND, *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.

²⁸⁸) È il caso di M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, p. 630 nt. 190.

²⁸⁹) *Op. cit.*, p. 433 ss.

²⁹⁰) 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 concordanza degli etimologisti tanto nel qualificarlo denominativo di *'lex'* quanto nell'indicare la probabile equivalenza con l'omofono segno greco nel significato di «a voce dispongo». Opportunamente Enzo 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».

²⁹¹) Lo trascivo nuovamente: D. 50.16.120 (Pomp. 5 ad *Q. Muc.*): *Verbis legis duodecim tabularum bis 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et*

aperto il primo capitolo, è opportuno considerare più da vicino gli altri testi. Il primo è quello che si legge nelle *Institutiones* gaiane:

Gai., *inst.* 2.224: Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere 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 moriebantur.

Sempre questa redazione è rinvenibile nelle *Institutiones* di Giustiniano:

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')²⁹².

E' stato rilevato²⁹³ 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»²⁹⁴. 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* giustinianee un vero e proprio ufficiale fraintendimento²⁹⁵ circa la portata, il significato, della norma. Fondano questo mio convincimento, anticipato nel primo capitolo e che qui intendo sviluppare, considerazioni di carattere sistematico ed esegetico relative ai due passi appena presentati, l'uno delle *Institutiones* gaiane e l'altro di quelle giustinianee, che si pongono pacificamente in rapporto di derivazio-

legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

²⁹² *Inst. inst.* 2.22.pr. In *Nov.* 22.2 la versione viene peraltro riproposta, variando 'suae rei' con 'quisque de sua re'.

²⁹³ SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 35.

²⁹⁴ VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 4.

²⁹⁵ Fraintendimento che, peraltro, permane ancora oggi tra i moderni.

ne²⁹⁶; 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*)²⁹⁷ quanto affrancazioni (Gai., *inst.* 2.228 accenna alla legge *Fufia Caninia*, e fa rinvio al Primo Commentario²⁹⁸ 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*'²⁹⁹.

Prendendo ora in considerazione il passo delle *Institutiones* giustiniane, risulta evidentissimo, almeno da un punto di vista formale, il riferimento all'impostazione gaiana: 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 *In-*

²⁹⁶) 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 impiego 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.

²⁹⁷) Gai., *inst.* 2.225-227.

²⁹⁸) Gai., *inst.* 1.42.

²⁹⁹) Per un'importante conferma in dottrina, cfr. ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 37: «Così Gaio mostrava come 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*; l'*ita ius esse* nel senso di *ratum haberi*».

stitutiones 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.* 5.3, 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»³⁰⁰; 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

³⁰⁰) 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 pregiudizievole anche e soprattutto in sede di ricostruzione del significato della norma. Mi sembra invece più appropriata la traduzione proposta da SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 292, che rende la norma *'uti legassit'* nel seguente modo: «abbia valore legale quanto il *pater familias* ha disposto circa il proprio patrimonio», peraltro così aderendo, non so quanto consapevolmente, alla formulazione della norma conservata nella tradizione retorica di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium*.

'per universitatem'³⁰¹, 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 classica³⁰², per poi dar conto dei pericoli a cui gli eredi andavano incontro allorquando i testatori, fondandosi sul disposto decemvirale di *tab.* 5.3, dilapidavano tutto il patrimonio in legati e affrancazioni³⁰³.

Nelle Istituzioni di Giustiniano, invece, subito dopo la dichiarazione d'intenti espositivi³⁰⁴ che ricalca pedissequamente Gaio³⁰⁵, si rende immediatamente conto (per ovvie ragioni storiche) dell'attribuzione di 'una natura' ai quattro generi di legato³⁰⁶ e della 'exaequatio' di legati e fedecommessi³⁰⁷ (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 casistica³⁰⁸, seguita dal Titolo 'De ademptione legatorum et translatione'³⁰⁹, per poi giungere al Titolo 'De lege Falcidia'³¹⁰: 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 la richiama espressamente³¹¹. Da ciò discende una

³⁰¹ Gai., *inst.* 2.191 ('de his figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur') e *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 potest haec iuris materia tractari).

³⁰² Gai., *inst.* 2.192-223.

³⁰³ Gai., *inst.* 2.224.

³⁰⁴ *Iust. inst.* 2.20.pr.

³⁰⁵ Gai., *inst.* 2.191.

³⁰⁶ *Iust. inst.* 2.20.2.

³⁰⁷ *Iust. inst.* 2.20.3.

³⁰⁸ *Iust. inst.* 2.20.4-35, che comunque rappresenta solo un'eco della casistica presente nel Digesto.

³⁰⁹ *Iust. inst.* 2.21.

³¹⁰ *Iust. inst.* 2.22, in particolare 2.22.pr.

³¹¹ 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 dalla prospettiva 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

riscrittura del passo, mutuato da Gai., *inst.* 2.224, esclusivamente nella prospettiva 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 Teofilo³¹².

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 Istituzioni)³¹³. 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 o mutamento interpretativo) 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.* 5.3 come la «norma sui legati»: di più ampio respiro, infatti, è la portata della norma ‘*uti legassit*’ che si ricava dai passi con-

emergeranno in prosieguo del testo, non è accettabile.

³¹²) Teoph., *inst. par.* 2.22.

³¹³) *Iust. inst.* 1.7: *Legge 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.*

tenuti in D. 50.16.120 e in Nov. 22.2.pr.

La testimonianza di Pomponio³¹⁴, 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, 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 his*' 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*³¹⁵: '*legare*' viene utilizzato nella antica accezione³¹⁶ (che regge il dativo) di '*dare*' / '*dicere*' / '*imponere legem*'³¹⁷; 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*»³¹⁸. E' stato osservato³¹⁹ 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 Tavole³²⁰, tra dettato legislativo e interpretazione, che invece qui si assumono concorrere ad un reciproco sostegno. Si è sottolineata l'importanza del ricorso al segno '*videri*' tanto nel passo di Gaio quanto in quello di Pomponio³²¹. Il fatto che Gaio usi '*videri*' all'imperfetto è correlato

³¹⁴) Il cui testo è quello noto, contenuto in D. 50.16.120, e più volte ricordato.

³¹⁵) L'espressione '*suae rei*' sarà un genitivo nella versione (pseudo)ulpiana: cfr., in questo senso, BREONE, *I fondamenti*, cit., p. 36, e ALBANESE, *Osservazioni*, cit., p. 58 nt. 37.

³¹⁶) Di cui si conserva memoria nelle Istituzioni di Gaio, a differenza di quelle di Giustiniano.

³¹⁷) 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*⁴, I, Paris, 1959, p. 348 ss., 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*⁵, II, Heidelberg, 1972, sv. '*lego*', p. 779 s.

³¹⁸) COLI, *Il testamento*, cit., p. 626.

³¹⁹) BREONE, *I fondamenti*, cit., p. 27.

³²⁰) Cfr. GUARINO, *Una palingenesi*, cit., p. 78 ss.

³²¹) A questo proposito conviene ricordare nuovamente l'insegnamento di VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 5 s., sull'utilizzo del verbo '*videor*': «*videri* è termine della lingua ufficiale: con esso può esprimere il suo *consultum* il senato; esprime la sua *sententia* il giudice, il

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 ‘*latissima potestas*’ attribuita al testatore fosse limitata ‘*interpretatione vel legum vel auctoritate iura constituentium*’³²² 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 Solazzi³²³ aveva attaccato il testo pomponiano sospettando che fosse un rifacimento arrivando 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 giustiniani³²⁴, ci informa dell’esistenza di almeno due stadi storici: quello, iniziale, delle XII Tavole, interpretato come quello della ‘*latissima potestas*’ attribuita al testatore, e quello posteriore e restrittivo. Dalla trattazione del Voci³²⁵ se ne possono desumere addirittura tre: quest’autore, infatti, nel passare in rassegna le varie testimonianze sulla legislazione decemvirale, non rinviene tra di esse una contraddizione reciproca, ma ne spiega la diversa esposizione rapportandola al diverso contesto in cui sono inserite, rilevando che alcune «si contentano di indicare nell’*uti legassit* la fonte legislativa del testamento (o meglio, del testamento dei tempi più recenti: *testamentum per aes et libram*), senza accennare se a quella fonte si arrivi direttamente o per *interpretatio*; altre, invece, sottolineano

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.

³²²) BRETONÉ, *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».

³²³) *Diritto ereditario*, I, cit., p. 38 ss.

³²⁴) Soprattutto nella seconda parte, da ‘*sed id interpretatione coangustatum est*’ alla fine.

³²⁵) *Diritto ereditario*, I, cit., p. 13 ss.

lo sviluppo storico che dall'*uti legassit* conduce al testamento librato con le sue varie disposizioni»³²⁶, e individuando in queste ultime le affermazioni più precise. Si rinviene dunque un momento intermedio tra la fase delle XII Tavole e quella restrittiva in cui l'*interpretatio* avrebbe ampliato la portata originaria della norma, tanto da prestarsi agli eccessi denunciati da Gaio³²⁷.

Questa tripartizione convince poco: il versetto decemvirale sulla successione testamentaria dovette da subito confermare l'ampissimo potere di disposizione del *paterfamilias*³²⁸: la successiva opera di interpretazione della giurisprudenza in senso estensivo null'altro dev'essere stata 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 riassunto³²⁹ di una più lunga formulazione precedente. Essa non risulta una lezione appropriata per l'età arcaica: è stato osservato in dottrina³³⁰ come la nozione di '*res*' nel senso di «cosa» è così antica che sembra

³²⁶) VOGLI, *loc. ult. cit.*

³²⁷) Cfr. sempre Gai., *inst.* 2.224.

³²⁸) 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».

³²⁹) Al pari del frammento pomponiano che la contiene.

³³⁰) F. GALLO, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, in «Gaetano Scherillo. Atti del Convegno. Milano, 22-23 ottobre 1992», Bologna, 1992, p. 92.

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»³³¹, 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*, i quali si ricordano per la «singolare frequenza di citazioni di norme decemvirali, che sono quindici»³³² è riportata la seconda redazione della norma:

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis: 'uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto': qui tutores dativi appellantur³³³.

Questa redazione ricollega un duplice oggetto al *legare*: '*pecunia*' e '*tutela*'. «*Super pecunia tutelave est une incise qui précise sur quoi portent les dernières volontés*»³³⁴: sembrerebbe trovare conferma in un testo di Paolo contenuto nel Digesto³³⁵, ed è quella che, «raccolta dal Cuiacio e dal Gravina, (...) figura in tutte le edizioni delle XII Tavole da quella del Dirksen in poi»³³⁶: ad essa, insomma, si è sempre rivolta la preferenza degli editori³³⁷, e si è sempre conte-

³³¹) GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 92.

³³²) MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*», cit., p. 51.

³³³) *Tit. Ulp.* 11.14.

³³⁴) MAGDELAIN, *Le ius archaïque*, cit., p. 59.

³³⁵) 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 gentiliunque', 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.*

³³⁶) 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.

³³⁷) 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 in *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, Scialoia, Pacchioni, Woess, Hägerström, Wlassak, 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 ci-

sa 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 testamentaria³³⁸; ma già nel 1902 Charles Appleton³³⁹, rifacendosi al noto passo di Pomponio³⁴⁰, 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 *impuerberum*³⁴¹; 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 patrimonio³⁴²: ma l'osservazione di Appleton ha resistito al tem-

peroniana: '*super familia pecuniaque tutelae 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 *tit. Ulp.* 11.14.

³³⁸) In particolare, rileverebbero: D. 26.2.1.pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*: *Legge 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*) e 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.

³³⁹) *Le testament*, cit., p. 59: «Si la loi avait expressément parlé de tutelle, Pomponius n'avrait pas besoin 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*, IV, cit., p. 150 ss., H. LÉVY-BRHUL, *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.

³⁴⁰) D. 50.16.120.

³⁴¹) D. 26.2.1.pr (Gai., 12 *ad ed. prov.*) e Gai., *inst.* 1.144-145, 1.155, 2.47.

³⁴²) Cfr., in questo senso, ALBANESE, *La successione*, cit., p. 434 ss., e *Osservazioni*, cit., p. 58 ss. (ove si richiama l'analoga posizione sostenuta da BRETONE, *I fondamentali*, cit., p. 35, e la letteratura ivi citata): L'Albanese, sostenitore della redazione della norma traman-

po, 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 romano³⁴³. In seguito, Siro Solazzi³⁴⁴, pur richiamando l'osservazione di Appleton contro la presenza del segno 'tutela' in *tab.* 5.3, ne ammetterà comunque la presenza: fermo restando che il testo di Paolo riportato in D. 50.16.53 pr. – solitamente invocato per confermare, ancorché in maniera indiretta, la presenza della parola 'tutela' nella redazione del versetto decenvirale – è gravemente corrotto, Solazzi osserverà come un glossatore, per quanto sgrammaticato ed incompleto, non avrebbe comunque scritto '*super pecuniae tutelae 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 relativa³⁴⁵, supportata dall'ulteriore sua argomentazione, accennata in precedenza, per cui, essendo riconosciuto come gravemente corrotto anche il testo di Pomponio³⁴⁶ 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.* 5.3. 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 pro-

data 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 fiduciariamente 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».

³⁴³) *Lo sviluppo*, cit., p. 97.

³⁴⁴) *Diritto ereditario*, I, cit., p. 38 ss.

³⁴⁵) Con questa affermazione SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, 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 decenvirale.

³⁴⁶) Al punto che egli sostiene lo smarrimento tanto del pensiero di Quinto Mucio, quanto di quello dello stesso Pomponio.

nunciata dal *familiae emptor* (*mancipio accipiens*)³⁴⁷, 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»³⁴⁸ su persone e cose: sotto la *potestas* del *paterfamilias*, quindi, ricadeva tanto un elemento umano³⁴⁹ quanto uno non umano³⁵⁰. Accostare, nella ricostruzione del versetto contenuto in *tab. 5.3*, i segni '*pecunia*' e '*tutela*', per voler indicare, delimitandolo, l'ambito entro cui si sarebbe esplicitata 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 originaria³⁵¹.

³⁴⁷) Si tratta del passo riportato in Gai., *inst.* 2.104, che sarà presentato in prosieguo di testo.

³⁴⁸) 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., con ulteriore letteratura.

³⁴⁹) In relazione al quale si indirizzano, ad esempio, la costituzione di tutele e le affrancazioni degli schiavi.

³⁵⁰) 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.

³⁵¹) 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*, I, 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 più concisa redazione adottata da Pomponio, Gaio e Giustiniano) è

3. I luoghi in cui è riportata la versione retorica della norma 'uti legassit'

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.)³⁵². 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, e alla *memoria*, cioè la tecnica della memorizzazione dei discorsi; ed infine all'*actio*, che riguarda la tecnica dell'oratoria pubblica³⁵³. 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

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 ins esto' permette al Bretonne 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» (BRETONNE, *op. cit.*, p. X).

³⁵² 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.

³⁵³ Cfr., in questo senso, Quint., *inst. or.*, 3.3.1: *Omnis autem orandi ratio, ut plurimum maximeque auctores tradiderunt, quinque partibus constat: inventione, dispositione, elocutione, memoria, pronuntiatione sive actione (utroque enim modo dicitur). Omnis vero sermo, quo quidam voluntas aliqua enuntiat, habeat necesse est rem verba.*

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*³⁵⁴ 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 Gaio Erennio da un autore sconosciuto; lo si è ricondotto ad un certo Cornificio³⁵⁵, ma anche a Cicerone³⁵⁶, sembrando in qualche modo collegato col *De inventione*³⁵⁷. Anche in questo scritto – che risulta un interessante esempio relativamente antico di prosa latina in cui sono evidenti le influenze della dottrina aristotelica e di quella stoica³⁵⁸ – si analizzano le cinque parti della retorica.

Cic., *inv.* 2.50.148: Ex ratiocinatione nascitur controversia cum ex eo quod uspiam est ad id quod nusquam scriptum est venit, hoc pacto: Lex: Si furiosus

³⁵⁴) 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.

³⁵⁵) In forza di numerosi riferimenti, presenti nell'*Institutio oratoria* di Quintiliano, che farebbero deporre in questo senso: cfr., ad esempio, *inst. or.* 3.1.21, 5.10.2, 9.3.89.

³⁵⁶) Tanto che si registrano ancora edizioni critiche in questo 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».

³⁵⁷) Cfr. A. BELTRAMI, sv. «Retorica ad Erennio», in «Enciclopedia Italiana», XIV, Roma, 1932, p. 203 s., 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. La dottrina ha comunque da tempo abbandonato l'ipotesi che la *Rhetorica ad Herennium* sia un'opera giovanile di cicerone. E' peraltro interessante notare come, nel suo commento al Titolo ventiduesimo del Secondo Libro delle Istituzioni giustiniane, Dioniso 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.

³⁵⁸) Cfr. A. PLEBE, *Breve storia della retorica antica*³, Roma-Bari, 1996, p. 92.

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 ratiocinationem.

Auct. Her., *rbet.* 1.13.23: 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 pecuniaque 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 paullo 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 ratiocinatione.

Si tratta del cosiddetto «testamento di Publicio Malleolo»: è pacifico, tra gli studiosi che si sono occupati specificamente del problema, che tanto Cicero quanto l'*Auctor ad Herennium* si riferiscono al medesimo episodio³⁵⁹. Data

³⁵⁹) Cfr. quanto esaurientemente riportato da F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in «Studi A. Biscardi», VI, Milano, 1987, p. 230 ss., ID., *Il «furor» del patricida e il testamento di Malleolo*, in «Labeo», XXXVII, 1991, p. 174 ss., e, in precedenza, O. DILIBERTO, *Il testamento del matricida*, in «SUC.», LII, 1988, p. 177 ss. 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 si risolvibile soltanto mediante l'applicazione analogi-

la sostanziale conformità dei due resoconti, anche sotto il profilo dello stile espositivo, e appurato che Cicerone e l'*Auctor* non sono la stessa persona, si può ipotizzare che entrambi questi autori hanno lavorato attingendo da fonti comuni³⁶⁰; in considerazione, poi, della testimonianza ciceroniana, contenuta nel *De oratore*³⁶¹, 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). 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 receniorità della redazione. Si è detto³⁶² che l'assenza del soggetto è un indice della maggiore arcaicità del linguaggio; ma si è anche ipotizzato³⁶³ che il soggetto, presente nella

ca 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*), ora in ID., *Pagine*, IV, cit., p. 165 ss.

³⁶⁰ A. GUARINO, *Postilla prima: «Familia pecuniaque»* (1944), ora in ID., *Pagine*, IV, cit., p. 134 sostiene che Cicerone «ha palesemente ricalcato» l'*Auctor*.

³⁶¹ Si tratta del passo, già citato, che si può leggere in Cic., *de or.*, 1.2.5.

³⁶² 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.

³⁶³ LEPRI, *Saggi*, cit., p. 13 s. Cfr. inoltre A. GUARINO, *Le «XII Tabulae» e la «tutela»* (1948), ora in ID., *Pagine*, cit., 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*

redazione originaria, sia stato successivamente eliminato in conseguenza della generalizzazione della facoltà di testare³⁶⁴. 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*»³⁶⁵. Avendo riguardo proprio ad una tale tradizione, emergerà tra breve anche una singolare concordanza relativa al significato della norma '*uti legassit*', che permetterà di formulare un'ipotesi sullo stato dell'evoluzione storica della successione testamentaria all'epoca delle XII Tavole.

4. '*Familia pecuniaque*'.

Il ricorso, da parte di Cicerone e dell'*Auctor*, dell'espressione '*familia pecuniaque*' implica poi un'ulteriore, e, sotto certi aspetti, risolutiva, serie di problemi relativi alla delimitazione dell'ambito di questi segni: è del Wlassak³⁶⁶ l'osservazione per cui le fonti³⁶⁷ riportino il segno '*familia pecuniaque*' soltanto nella formula della *mancipatio familiae*³⁶⁸: '*familia*' avrebbe rappresentato l'insieme di quello che possiamo chiamare, con terminologia giuridica moderna, il «patri-

testamento, in «BIDR.», XLVIII, 1941, p. 74 ss. – nel senso dell'arcaica situazione di perpetua incapacità di diritti delle stesse.

³⁶⁴) Tanto che le fonti postclassiche, oltre ad eliminare il soggetto, introducono il segno '*quisque*' (cfr., infatti, *Nov.* 22.2.pr.).

³⁶⁵) 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 les oeuvres de Cicéron* (Paris, 1857), rist. Darmstad, 1969, p. 192, 388, 417 riporti, aggiungendovi il soggetto, la formulazione pseudoulpiana della norma, che viene tradotta (p. 389): «Ce que le père de famille statua 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 instituaît héritier son fils, ou bien, en le passant sous silence, conférait l'hérédité à un étranger. Son testament était toujours une loi: ITA IUS ESTO».

³⁶⁶) M. WLASSAK, *Studien zum Altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, Wien, 1933, p. 5 ss.

³⁶⁷) Gai., *inst.* 2.104.

³⁶⁸) 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*).

monio indisponibile» del *paterfamilias* e spettante ai *sui*. Il segno '*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 romanistica³⁶⁹, soprattutto quella più recente, la quale, 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 Voigt³⁷⁰ 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 pertanto sorta, secondo questa impostazione, in epoca successiva alle XII Tavole.

³⁶⁹) L'annoso problema del rapporto tra '*familia*' e '*pecunia*' è presentato esaurientemente da ALBANESE, *La successione*, cit., p. 258 ss. Ancora in tempi recentissimi si è dedotta una corrispondenza tra '*pecunia*' e beni mobili: cfr., infatti, SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11 s., nt. 46: «Nella Legge delle dodici Tavole *familia* indica il 'patrimonio domestico', che di regola rimane in seno alla famiglia, mentre *pecunia* alcuni beni che sono parte della *familia*, come ad es. i cavalli e gli schiavi, dal che si può desumere che *pecunia* designi in quel contesto tutti i beni mobili e, poiché *pecunia* deriva da *pecus*, che è il 'bestiame', il quale a propria volta è della *familia* la componente destinata alle transazioni commerciali, *pecunia* definisce tutte le *res* mobili e, con il passare del tempo, la *res* per eccellenza destinata agli scambi commerciali, ossia il 'danaro'; *pecunia*, pertanto, non si contrappone a *familia*, ma ne è un elemento costitutivo, il che spiega come nella Legge delle dodici Tavole l'oggetto della successione ereditaria sia indicato con il solo termine *familia*. Nelle fonti postdecemvirali (soprattutto nelle Istituzioni di Gaio) l'endiadi *familia pecuniaque* allude al patrimonio forse perché con questa formula si soddisfa l'esigenza di completezza che induce a indicare una *res* nel tutto o nelle parti, mentre in epoca più recente la diffusione nella prassi dello scambio di tutte le cose, mobili e immobili, fa sì che ogni bene si possa equiparare al danaro, con la conseguenza che *pecunia* indica l'intero patrimonio con cui si identifica l'*hereditas*, che è il nuovo termine tecnico che designa il complesso patrimoniale che dal *de cuius* si trasmette all'erede (cfr. Cic. *Topica* 6. 29)». Tornerò tra brevissimo, nel testo e nelle note, a discutere quell'aspetto che, contrariamente a quanto affermato da Francesca Scotti, mi sembra la «contrapposizione unificante» idonea a correlare '*familia*' a '*pecunia*', intesi – seguendo l'insegnamento di ZLINSZKY, «*Familia pecuniaque*», cit., p. 39 ss. – come termini identici in quanto a significato e diversi solo in quanto ad origine, i quali in seguito arriveranno a sovrapporsi, ma il cui utilizzo cumulativo in epoca arcaica avrebbe indicato l'equivalenza (la stessa validità) della regolamentazione patrimoniale – stabilita per il proprio patrimonio (anche) facendo testamento – tanto per la componente latina della popolazione quanto per quella sabina. Mi limito inoltre a rilevare sommessamente che forse '*hereditas*' non è tanto nuovo come termine tecnico, se Cicerone, proprio nel passo riferito da Francesca Scotti, deve definirlo, spiegandone il senso.

³⁷⁰) M. VOIGT, *Das Civil und das Criminalrecht der XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, p. 6 ss.

Si è però dubitato³⁷¹ 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 interpolazione³⁷², 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*³⁷³, poi oggetto di successione alla morte di costui. In particolare, Maria Federica 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'*: quest'ultima espressione, tra l'altro, è spiegabilissima per l'epoca arcaica e non anche per «epoche più avanzate, nelle quali ognuno dei suoi membri indicava tutte le componenti del patrimonio ereditario»³⁷⁴. Anche il dato semantico sembrerebbe deporre in tal senso, posto che si è fatto risalire il segno *'pecunia'* al Neolitico e *'familia'* all'età del Bronzo o del Ferro³⁷⁵. Quanto al segno *'familia'*, peraltro, si è propeso per il significato di «persone sotto la tutela di un capofamiglia»³⁷⁶, mentre per *'pecunia'* si è ricordato come originariamente le voci latine col senso di «bestiame» e «danaro» siano correlate col significato di «custodire»³⁷⁷. Pur considerando la contrarietà a questa impostazione di Bernardo Albanese, il quale si dice convinto che *'familia pecuniaque'* sia un ammodernamento di un più antico *'familia'*, idoneo ad indicare il patrimonio in epoca arcaica³⁷⁸, è tuttavia estremamente suggestiva la ricorren-

³⁷¹) LEPRI, *Saggi*, cit., p. 14 s.

³⁷²) 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.

³⁷³) LEPRI, *Saggi*, cit., p. 17 ss.

³⁷⁴) 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 altresì Tac., *hist.* 3.66, Cic., *leg.* 3.3.7, e Svet., *Nero* 4.1.

³⁷⁵) Cfr. M. ALINEI, *Origini delle lingue d'Europa*, I, Bologna, 1996, p. 243 e p. 292.

³⁷⁶) G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, sv. *'familia'*, p. 396.

³⁷⁷) SEMERANO, *op. cit.*, sv. *'pecunia'*, p. 510. Cfr., inoltre, C. AMPOLO, *Rome archaïque: une société pastorale?*, in «Pastoral Economies in Classical Antiquity» (ed. C.R. WHITTAKER), Cambridge, 1988, p. 129: «des termes *pecunia*, *peculium*, *peculatus* etc. ont des étymologies bien connues et anciennes, dérivées de *pecus*».

³⁷⁸) *Osservazioni*, cit., p. 41 ss. nt. 16 e 17 (ove rinvia, per una più ampia trattazione del tema, ad ID., *La successione*, cit., p. 298 ss.).

za di binomi in formule arcaiche, in umbro e latino, ricordata da Émile Benveniste³⁷⁹, soprattutto se rapportate ai risultati cui perviene János Zlinszky³⁸⁰, il quale 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 imprimeva al proprio patrimonio facendo testamento.

E ancora più convincente appare questa ricostruzione se solo si rammenta la singolare concordanza su quest'aspetto rinvenibile anche negli studi e nei contributi di quegli autori che, pur nella (spesso radicale) diversità di impostazione e formazione, hanno indagato la storia più antica di Roma con una marcata attenzione alla componente socio-economica³⁸¹, oltre che linguistica: già nel 1891 il ventisettenne Max Weber, fondandosi sull'autorità di Theodor Mommsen, rilevava la coesistenza di una società pastorale e di una agricola nella Roma della metà del V secolo a. C. Secondo lo studioso, infatti, all'epoca della legislazione decemvirale, e proprio grazie ad essa, lo sviluppo dell'economia cittadina si sarebbe orientato nel senso «di una consapevole tendenza di politica agraria, la quale aspirava a conseguire con mezzi alquanto

³⁷⁹) *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, trad. it. – *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* –, Torino, 1976, I, *Economia, parentela, società*, p. 36.

³⁸⁰) *Op. cit.*, p. 39 ss.

³⁸¹) R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 134 ss., svolge osservazioni sintetiche e penetranti sulla contrapposizione antichissima tra le società di cacciatori e raccoglitori e quelle di agricoltori e pastori, riflettendo in particolar modo sull'«alterazione» di molti rapporti giuridici «allorché l'uomo si fa agricoltore e pastore», e sulla conseguente maggior frequenza ed articolazione degli scambi, oltre che sull'embrionale divisione del lavoro in funzione della produzione di beni e sulla consapevole esigenza dello sviluppo di regole per dirimere i rapporti sociali, divenuti più complessi, unitamente all'affermazione di interventi volti a garantire l'osservanza di quei precetti. Un'efficacissima sintesi dell'approccio storico-economico e della progressiva, relativamente recente, inclusione in esso della direttrice antropologica negli studi sull'economia antica è inoltre effettuata da C. VIGLIETTI, *Il limite del bisogno. Antropologia economica di Roma arcaica*, Bologna, 2011, *passim*, ed in particolare p. 13 ss., 20 ss., 31 ss., 59 ss., 81 ss., 88 ss., 109 ss., 134 ss., 301 ss. Cfr. altresì F. ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, in «RDR», III, 2003, p. 412 ss.

artificiosi l'assoluta libertà di disporre, economicamente e giuridicamente, della proprietà fondiaria, nonché la sua massima mobilità possibile»³⁸². Anche Luigi Clerici riconosceva nei frammenti superstiti della legge delle XII Tavole l'immagine di «una società fondata essenzialmente sull'agricoltura»³⁸³, per poi meglio precisare e distinguere «il carattere prevalentemente pastorale dell'economia romana avanti il V secolo» da «quello agricolo-pastorale a cominciare dal V fino alla fine del IV»³⁸⁴, secondo una ricostruzione non dissimile da quella operata da Moses I. Finley – il quale, nel dissertare sull'economia di Roma dei primi secoli, considerava gli ordini e le condizioni sociali della città, indicando negli anni successivi all'emanazione delle XII Tavole un periodo cruciale per l'evoluzione di quello che iniziava a non essere più «un villaggio primitivo ... di contadini e allevatori»³⁸⁵ – e in sintonia con le osservazioni di Carmine Ampolo, il quale, prendendo in esame il testo della legislazione decemvirale, ha osservato che «l'accent est mis sur l'agriculture (céréals et vignes) mais le bétail est bien présent»³⁸⁶, così come successivamente sottolineato anche da Pietro Cerami³⁸⁷. Nello stesso senso depone l'insegnamento di Silvano Boscherini: nel disegnare il quadro socio-economico della Roma della metà del V secolo a. C., infatti, ha rilevato che «dopo la fine della monarchia il potere degli antichi *patres* (i capi delle famiglie, dai quali un tempo era formato il Consiglio del re) viene sempre più contrastato da nuovi proprietari terrieri, forse minori, di ricchezza recente. Mentre gli antichi *patres*, oltre che dall'agricoltura e dalla pastorizia, traevano la ricchezza da un fiorente commercio, i nuovi vivono solo dei beni della proprietà»³⁸⁸, il che porterà Antonio Guarino a ribadire ulteriormente che il lessico della legge delle XII Tavole rispecchia il contesto agro-pastorale del V secolo, raffigurato come «un'epoca in cui coesistono le *gentes* e le famiglie, in cui le *gentes* probabilmente vanno a decadere e le famiglie vanno viceversa ad affermarsi»³⁸⁹, secondo una dinamica coerente al quadro già raffigurato da Francesco de Martino³⁹⁰: lo studioso

³⁸²) *Die Römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart, 1891, trad. it. – *Storia agraria romana* –, Milano, 1967, p. 79 ss., 82 s.

³⁸³) *Economia e finanza*, cit., p. 65.

³⁸⁴) CLERICI, *op. cit.*, p. 84, nt. 7.

³⁸⁵) *The Ancient Economy*, Berkeley - Los Angeles, 1973, trad. it. – *L'economia degli antichi e dei moderni* – Roma-Bari, 1974, p. 51 s.

³⁸⁶) *Rome archaïque*, cit., p. 127.

³⁸⁷) *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2009, p. 24.

³⁸⁸) *La lingua*, cit., p. 47 s.

³⁸⁹) *Riflessioni conclusive*, cit., p. 299. Cfr., inoltre, F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma, I, Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, p. 109 ss.

³⁹⁰) *Storia economica di Roma antica, I*, Firenze, 1979, p. 1 ss., 9 ss.

napoletano, infatti, aveva sottolineato che, nel periodo arcaico, Roma «fu un piccolo villaggio abitato da pastori di origine indoeuropea, i quali stavano scoprendo l'agricoltura»³⁹¹, e che già «nel periodo etrusco ... l'economia non era più soltanto pastorale, ma era anche un'economia degli scambi e della produzione manifatturiera»³⁹², in un contesto idoneo a produrre «i cereali occorrenti per l'alimentazione... sul suolo romano»³⁹³ nel solo periodo latino, e poi divenuto più dinamico nell'estensione agli scambi anche per quanto riguarda i prodotti agricoli.

Inoltre, se è vero che *'familia pecuniaque'* si trova riportato dalle fonti nella formula della *mancipatio familiae*³⁹⁴, è anche vero che la formula in questione sembra derivare chiaramente dall'altra, ben più antica, del *testamentum calatis comitiis*³⁹⁵: dunque, anche quando si testava *calatis comitiis* si trattava di

³⁹¹) *Storia economica*, cit., p. 1.

³⁹²) *Storia economica*, cit., p. 9. Anche SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 89, vede nelle XII Tavole il riflesso dell'immagine «di una dura società di contadini, controllata da una chiusa aristocrazia di lignaggio rigorosamente patrilineare e patriarcale, in transizione da una comunità ancora dominata dai rapporti di clan, verso una struttura più propriamente politica, organizzata intorno a nuclei familiari che costituivano cellule economiche tendenzialmente autarchiche – lavoro agricolo soprattutto, ma anche elementari manifatture – per quanto già coinvolte entro meccanismi di scambio di una certa consistenza». Cfr., inoltre, VIGLIETTI, *Il limite del bisogno*, cit., p. 39 ss.

³⁹³) *Storia economica*, cit., p. 11.

³⁹⁴) A questo proposito è opportuno tenere presente il passo gaiano in cui si descrive lo svolgimento del testamento librare; esso, che segue immediatamente la presentazione – tra breve presa in esame – delle più antiche forme di testamento, sarà sottoposto ad una più puntuale esegesi all'inizio del quarto capitolo: 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 adiciunt, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPYA; deinde aere percutit 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. Silh.* 16 ss., in «FIRA.»², III – *cur.* V. ARANGIO-RUIZ –, Firenze, 1968, p. 130 s.)».*

³⁹⁵) Si insegna che proprio l'invocazione ai Quiriti, altisonante rispetto all'informalità che caratterizzava il testamento librare, denuncia l'origine di una formula sicuramente adatta alla solennità con cui si celebrava, come vedremo tra breve, il testamento pubblico: conviene riportare quanto esaurientemente scrive sul punto GALLO, *Interpretazione*, cit. p. 100: «Ora l'appellativo solenne di *Quirites* non è certo adeguato per indicare gli amici che –

regolamentare l'assetto della *'familia pecuniaque'*, ossia del patrimonio, o meglio della «realtà che esisteva in suo luogo»³⁹⁶, 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 legasit'* contenente il binomio *'familia pecuniaque'*, non manca di segnalare con sicurezza «un rapporto tra la formula testamentaria e la redazione retorica del nostro precetto»³⁹⁷. Si deve inoltre rilevare che la versione ciceroniana (analogamente a quella dell'*Auctor*) è più antica rispetto a tutte le altre³⁹⁸; inoltre,

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». Anche MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610 nt. 132, ritiene «assai verosimile che le parole rivolte ai testimoni nel *testamentum per aes et libram* (*'itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote'*) fossero le stesse già impiegate per i testamenti *calatis comitiis* e in *prociunctis*. G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, 2012, p. 268 e nt. 816, ricorda l'«inconfondibile stampo «curiato» del segno *'quirites'*, che è anche «l'appellativo con cui il pontefice si rivolge ai membri dell'assemblea delle *curiae* nel presentar loro la *rogatio* conclusiva del rito dell'*adrogatio*: *Haec ita ut dixi, ita vos quirites rogo* (Gell. 5.19.8). *Quirites*, inoltre, è il termine che compare in apertura e in chiusura della notissima formula con cui il magistrato o il tribuno della plebe sottopongono all'approvazione dell'assemblea popolare la loro proposta, o legislativa o elettorale o giudiziaria: *velitis iubeatis quirites ... ita ut dixi ita vos quirites rogo*; e tale formula, benché attestata per ogni sorta di decisione popolare ... deriva certamente dai *comitia curiata* (Liv. 1.46.1)».

³⁹⁶) GALLO, *Patrimonio*, cit., p. 98. Con il ricorso a 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».

³⁹⁷) BREONE, *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», Breone 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 Breone 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'*).

³⁹⁸) 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

a prescindere dai problemi di tradizione del manoscritto, 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 e di intervento (di Quinto Mucio, di Pomponio e, infine, degli stessi compilatori) presenti nel frammento contenuto in D. 50.16.120.

Pur in contrasto con le opinioni che prediligono le redazioni offerte dalla menzionata tradizione giuridica, 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 questo convincimento 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 – come può ricavarsi tanto dall'analisi del profilo strettamente lessicale dell'espressione quanto dalla più ampia considerazione del generale contesto socio-economico così come accertato per la metà del V secolo – 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.

5. Ipotesi sul disporre mortis causa all'epoca delle XII Tavole.

Permane sempre un interrogativo: perché mai i decemviri si servirono del segno *'legassit'* (nel senso di *'legem dicere'*³⁹⁹) anziché del verbo *'testari'* nel redigere il nostro versetto, posto che anche il menzionato verbo era da loro conosciuto: dato, questo, che può ritenersi certo, non fosse altro che per la presenza, nel testo della legge, della parola *'intestato'*.

Si è pensato⁴⁰⁰ 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 celebrava⁴⁰¹: pertanto, nell'intento di attuare l'egua-

all'epoca di Ulpiano, di Paolo e di Gaio».

³⁹⁹) Cfr. MAGDELAIN, *Le ius archaïque*, cit., p. 59, e TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 238 ss. e 341 ss.

⁴⁰⁰) Tra gli altri, cfr. AMELOTI, *Il testamento*, cit., p. 404.

⁴⁰¹) A questo proposito si è ipotizzato, da G. SCHERILLO, *Appunti sulla differenza tra eredità e legato* (1967), ora in ID., *Scritti giuridici*, II.1, *Studi di diritto romano*, Bologna, 1995, p. 220 e nt. 20, che il testamento *in procinctu* fosse un primo mezzo per permettere ai plebei di disporre *mortis causa*, e che anzi proprio innanzi al comizio centuriato dovesse aver luo-

gianza 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 militari⁴⁰². Di una vera e propria impossibilità per i plebei di testare *calatis comitiis* sembrerebbe dunque non potersi parlare⁴⁰³, al massimo dovendosi considerare come uno stato di fatto correlato alla situazione di indigenza in cui essi potevano inizialmente versare. Situazione, questa, poi superata dalla

go il *testamentum in procinctu*: quest'ultima ricostruzione teorica, rimasta isolata per ammissione stessa del suo autore, può rinvenirsi in ID., *Appunti sul testamento in procinctu nel diritto romano* (1967), ora in ID., *Scritti giuridici*, II.1, cit., p. 231 ss.

⁴⁰²) 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 dai 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 rinnovatisi 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 anche ai plebei. Ad assicurare la dominazione politica poteva bastare – fino a quando la plebe non si organizzasse – la superiorità economica, e la soprattutto la disponibilità che i patrizi si riservavano delle terre». Non credo che questa posizione possa modificarsi, pur dovendo aggiornare il dato di Arangio-Ruiz sulla popolazione alla luce di quanto scrive G. VALDITARA, *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 1999, p. 43 s.: «Come si sa, le fonti forniscono per l'età di Servio la cifra di 80.000 individui circa, cifra che ritengo si riferisce, secondo l'uso del tipo più arcaico di censimento, 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».

⁴⁰³) Continua invece a parlarne, al pari dell'incapacità testamentaria delle donne, SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11, nt. 44.

crescente borghesia plebea, senz'altro desiderosa di raggiungere il prima possibile la piena parificazione col patriziato. Anche nel (potersi permettere di) testare *calatis comitiis*. Peraltro, già nel 1920, Tenney Frank rilevava, da un lato, «la miserabile condizione politica e sociale dei plebei al principio dei tempi storici»⁴⁰⁴ e, dall'altro, il fatto che «le prime leggi repubblicane delle XII tavole rappresentano il plebeo come un cittadino capace di possedere proprietà»⁴⁰⁵. La «via plebea» per la giustificazione dell'utilizzo del segno '*legassit*' in *tab. 5.3* non risulta dunque soddisfacente, nemmeno alla luce dell'opposta costruzione teorica secondo la quale le *curiae* sarebbero state in origine composte esclusivamente da plebei⁴⁰⁶.

Il segno '*testor*', peraltro, derivando pacificamente da '*testis*'⁴⁰⁷, è correlato alle origini con il concetto di «rendere testimonianza»; si tratta, nell'economia della celebrazione testamentaria, di un aspetto che, nel suo essere afferente alla contestualità – oltre che alla validità – dell'atto, per quanto rilevante, è senza dubbio subordinato al profilo ontologico dell'atto medesimo, manifestantesi nel '*legem dicere*' e, quindi, nel '*legare super familia pecuniaque sua*': è dunque verso la considerazione di tale profilo che si dovrà indirizzare l'indagine.

Convieni a tal proposito interrogarsi sullo stato dell'evoluzione storica degli strumenti idonei a realizzare la 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:

Gai., *inst.* 2.101. Testamentorum autem genera inchoatio 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. [102.] 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. [103.] Sed illa quidem duo genera te-

⁴⁰⁴) *Storia economica*, cit., p. 17.

⁴⁰⁵) *Loc. ult. cit.*

⁴⁰⁶) Cfr. A. MAGDELAIN, *Les accensi et le total des centuries* (1978), ora in ID., «Jus Imperium Auctoritas», cit., p. 423 ss., ID., *La plebe et la noblesse dans la Rome archaïque* (1980), ora *ivi*, p. 471 ss. Sulla tesi di Magdelain, cfr. le osservazioni di A. GUARINO, *La tradizione e i comizi*, in ID., *Trucioli di bottega*, Napoli, 2003, p. 20 ss.

⁴⁰⁷) Cfr. ERNOUT, MEILLET, *op. cit.*, II, sv. '*testis*', p. 689, WALDE, HOFMANN, *op. cit.*, II, sv. '*testis*', p. 676, SEMERANO, *op. cit.*, II, sv. '*testis*', p. 589, e CALONGHI, *op. cit.*, sv. '*testis*', c. 2731, nonché sv. '*testor*', c. 2732.

stamentorum 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 instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratis propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

Gaio, la cui trattazione dei *genera testamentorum* è stata giudicata «tutta una ricostruzione storica, nella forma e nel contenuto»⁴⁰⁸, 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 maggio⁴⁰⁹, per adempiere funzione di testimonianza alle dichiarazioni di ultime volontà di chi faceva testamento; il secondo poteva celebrarsi, in tempo di guerra, da parte dei soldati dinanzi all'esercito schierato per la battaglia⁴¹⁰, e cioè mentre il *dux*, o meglio il *dictator / magister populi*⁴¹¹, prendeva gli auspici per la battaglia, dinanzi ad alcuni commilitoni, la cui funzione ricalca strutturalmente e formalmente la predetta convocazione due volte l'anno dei comizi per prestare testimonianza. Questo aspetto, in verità, non è pacifico in dottrina⁴¹², 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 testatore⁴¹³. Una tale questione è

⁴⁰⁸) MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 222.

⁴⁰⁹) Cfr. T. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III, Leipzig, 1887, p. 319 nt. 1, e MAGDE-LAIN, *Le ius archaïque*, cit., p. 59. Lo ricorda di recente ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole*, cit., p. 352.

⁴¹⁰) Coerentemente alla sua teoria, rimasta isolata, per cui il *testamentum in procinctu* sarebbe stato quello celebrato innanzi al comizio centuriato, SCHERILLO, *Appunti sul testamento in procinctu*, cit., p. 232, esprime tutta la sua perplessità in merito ad «un testamento fatto poco prima di uscire in battaglia», apparendogli «constatazione piuttosto ovvia e naturale che, in un momento di quel genere, ben altre dovessero essere le preoccupazioni e ben più urgenti le operazioni da compiersi data l'imminenza della guerra anzi del combattimento».

⁴¹¹) Giusta la lezione di VALDITARA, *Studi*, cit., p. 11.

⁴¹²) Lo segnala già COLI, *Il testamento*, cit., in p. 631. Di «analogia di forme tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis*» parla anche D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 107, pur rilevando la «discrasia circa i tempi, rispettivi, della produzione degli effetti giuridici». L'opinione relativa ad una funzione deliberativa del popolo nei comizi testamentari è giudicata «totalmente infondata» da ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole*, cit., p. 352 nt. 1127, al cui giudizio aderisco pienamente.

⁴¹³) Cfr. in questo senso VOGLI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 16 s.

correlata a quella relativa alla natura giuridica del *testamentum calatis comitiis*, in merito al quale istituto Ettore Pais rilevava, nel 1915, che «i filologi non sono in grado di porgere un'interpretazione sicura dei testi ed i giuristi, pur dando prova di dottrina e di acume mirabili, non riescono a mettersi d'accordo se l'antico testamento romano fosse una semplice designazione d'erede, un atto di adozione, ovvero se si limitasse a disporre su casi particolari e si riferisse soltanto alla facoltà di legare»⁴¹⁴. Deve a tal proposito rilevarsi un radicato convincimento, specialmente della dottrina italiana, ma non solo⁴¹⁵, 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*. Questa impostazione deriva dall'osservazione in forza della quale dinanzi ai comizi curiati si celebrava anche l'*adrogatio*⁴¹⁶, ossia l'adozione di un *sui iuris* da parte di un *paterfamilias*, il che parrebbe deporre per una primitiva identità tra questi due atti⁴¹⁷: si sarebbe celebrato il testamento pubblico, dunque, solo nel caso del *pater* privo di *sui*.

⁴¹⁴) *Storia critica*, II, cit., p. 249 s.

⁴¹⁵) Cfr. WLASSAK, *Studien*, cit., p. 15 («Zur *testamentum calatis comitiis* wurde ... der Bürger in alter Zeit nur zugelassen wenn er keinen *Suus* hatte»), S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 523, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1994, p. 520 s., ID., *Storia*, cit., p. 64, BIONDI, *Obbietto*, cit., p. 34 (che ricorda altresì come, in alternativa, si sia supposto anche che il *testamentum* si concretasse «in un patto successorio con l'erede designato»), P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1964, p. 562 s., ID., *Diritto ereditario*, cit., p. 16 s., M. KASER, *Römisches Privatrecht*¹⁹, München, 2008, p. 356 s., A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹¹, Napoli, 1996, p. 94, 207, AMELOTI, *Testamento (diritto romano)*⁷, cit., p. 460, D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 15 ss., FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, cit., p. 227, BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, cit., p. 128 s., CASTRO SAENZ, *Herencia*, cit., p. 56, e U. MANTHE, *Geschichte des römischen Rechts*, München, 2007, trad. it. – *Storia del diritto privato romano* –, Bologna, 2010, p. 40 s.

⁴¹⁶) Sul *adrogatio* cfr. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III.1, cit., p. 38 s., 318 ss., G. HORVAT, *Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*, in «Studi G. Grosso», VI, Torino, 1974, p. 47 ss., C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, 293, nt. 11, FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*², Torino, 1992, p. 60 ss., ID., *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino, 2003, p. 108 ss., R. MARTINI, *Testamento e adozione ad Atene e a Roma*, in «Symposion 1999. Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte, Pazo de Mariñán, La Coruña», Köln-Weimar-Wien, 2003, p. 273 ss., e A. MAIURI, *Sacra privata. Rituale domestici e istituti giuridici in Roma antica*, Roma, 2013, p. 77 ss. e 86 ss. Sulla diversa figura dell'adozione in diritto greco, e in particolare sul concetto di adozione-testamento in quell'ordinamento giuridico, cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, cit., p. 107 ss., e P. COBETTO GHIGGIA, *L'adozione ad Atene in epoca classica*, Alessandria, 1999, p. 7 ss., 71 ss. e 83 ss.

⁴¹⁷) Così VOGLI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 16 s. Di tutt'altro avviso è MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610 nt. 132, che espressamente accenna alla radicale diversità dei modelli assembleari innanzi ai quali venivano celebrati, rispettivamente, il testamento e l'*adrogatio*.

Si tratta di un insegnamento autorevole e frequentemente riferito in letteratura, come fa ad esempio Arrigo Diego Manfredini, il quale rammenta che «è ... opinione molto accreditata che questo modo di testare altro non fosse che una *adrogatio* (specie di adozione), vale a dire il fatto di un padre di famiglia, verosimilmente senza figli, comunque in età da non poterne più avere, che chiedeva il permesso al popolo di ricevere nella sua famiglia un soggetto pubere e *sui iuris*, per procurarsi un erede»⁴¹⁸. In tempi più recenti tale posizione è stata solo in parte temperata; basti pensare all'opinione di Luigi Capogrossi Colognesi: questo autore, pur ammettendo che l'«*adrogatio* appare a prima vista una forma arcaica di testamento»⁴¹⁹, riconosce che l'istituzione di erede risultava essere solo una conseguenza indiretta dell'adozione di un *sui iuris loco filio* da parte del *paterfamilias* adottante. In forza di tali premesse, egli afferma che un risultato del genere sarebbe stato «deliberatamente perseguito dalle parti ... per cui si era escogitato che questa particolare adozione, a differenza dell'*adrogatio*, avesse effetto solo alla morte del *paterfamilias* adottante, privo di figli legittimi, comportando come conseguenza solo la successione nella posizione del defunto da parte del designato»⁴²⁰. L'idea di concepire il *testamentum calatis comitiis* come una sorta di *adrogatio* a termine iniziale '*certus an incertus quando*'⁴²¹ – o, per usare un'espressione formulata in precedenza da altri stu-

⁴¹⁸) *Op. cit.*, p. 26. Non dissimile la posizione di COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino*, cit., p. 13 ss., la quale rileva, supportando le sue osservazioni col conforto di passi plautini, come «ancora nel III sec. a. Cr. si fosse soliti, in assenza di prole naturale, anziché far testamento direttamente a favore di un estraneo, adottarlo, facendogli pertanto assumere preventivamente la qualifica di *suus*»: ma anche ad ammettere la diffusione di una tale prassi, si parlerebbe comunque di due atti che, per quanto correlati, sono sempre stati distinti, come peraltro risulta dalla stessa affermazione dell'autrice, che allude al compimento dell'*adrogatio*, poi eventualmente seguito dall'istituzione di erede dell'adrogato – il quale peraltro proprio in forza dell'*adrogatio* sarebbe comunque stato *heres ab intestato* – in un testamento, evidentemente successivo al compimento dell'adozione.

⁴¹⁹) *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 41.

⁴²⁰) *Op. cit.*, p. 41 s. Del resto, lo stesso MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 26 dopo aver espresso l'idea della coincidenza tra *testamentum calatis comitiis* e *adrogatio*, già presentata nel testo, si affretta a precisare, sulla base del testo della *rogatio* rivolta dal *pater* al *populus* al fine di perfezionare l'adozione, che quest'ultima appare «non la designazione di un erede testamentario, ma l'acquisto di un figlio destinato a diventare erede legittimo». Segnalo sin da ora che già questa affermazione, oltre a contraddire l'«opinione molto accreditata», alla quale lo stesso Manfredini sembra aderire, per cui *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis* almeno in origine coinciderebbero, sembra deporre per tutt'altra lettura dell'origine e dello sviluppo di due istituti che, pur intersecandosi, non possono dirsi coincidenti.

⁴²¹) In questa prospettiva si colloca anche E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 438 s.: «Sui rapporti tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis* vi è

diosi⁴²², un'*adrogatio mortis causa*⁴²³ – per quanto suggestiva, non mi pare trovi riscontro nelle fonti, che peraltro non vengono nemmeno indicate nel riferito testo per un immediato e diretto confronto.

Sono evidentissime, in questa impostazione, tracce di derivazione e reazione alla teoria del Bonfante⁴²⁴ che intende la *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-

stata qualche discussione. Sembra tuttavia che, in realtà, si trattasse di un medesimo atto, che si differenziava solamente (anche se con conseguenze concretamente molto rilevanti) per il fatto che l'*adrogatio* produceva effetti immediati, mentre il *testamentum calatis comitiis* li produceva solo alla morte dell'adottante»: anche in questo caso, il convincimento espresso dall'autrice non viene corredato da alcuna fonte a supporto di una così suggestiva ricostruzione. In precedenza, la medesima studiosa (*Famiglia e parentela. Strutture e rapporti. La famiglia*, in «Diritto privato romano. Un profilo storico» [cur. A. SCHIAVONE], Torino, 2003, p. 194 s.) si era assestata su posizioni più probabilistiche, affermando che l'*adrogatio* «presumibilmente, in origine, serviva a chi volesse procurarsi un erede, non avendo figli naturali». Nel medesimo volume da ultimo citato anche B. SANTALUCIA, *La successione «ab intestato». L'originario sistema civilistico*, p. 233, afferma, ancora una volta non portando a sostegno alcuna fonte, che «solo se l'ereditando era privo di discendenti naturali, il costume gli concedeva di assicurarsi artificialmente un erede, adottando in qualità di figlio un estraneo alla famiglia (*adrogatio*)»: come spero di dimostrare, che l'*adrogatio* servisse anche a conseguire tali risultati non implica che essa fosse esclusivamente destinata a ciò e, soprattutto, che coincidesse col *testamentum calatis comitiis*. Per l'evoluzione del diritto ateniese in tema di testamento, cfr. U.E. PAOLI, *Note giuridiche sul «Dyscolos» di Menandro* (1961), ora in ID., *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 563 ss, e ID., *L'antico diritto di Gortina* (1968), *ivi*, p. 504 ss., nonché A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 121 ss. e L. GAGLIARDI, *Per un'interpretazione della legge di Solone in materia successoria*, in «Dike», V, 2002, p. 11 ss., 21 ss. e 34 ss.

⁴²² Cfr. G. SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 233 ss., AMELOTI, *Testamento (diritto romano)*, cit., p. 460, e FACCHETTI, *All'origine*, cit., p. 229.

⁴²³ Cfr. peraltro, l'opinione di MARTINI, *Testamento*, cit., p. 290 ss., secondo il quale non sarebbe stata originariamente possibile la distinzione, sviluppatasi in seguito, tra atto *inter vivos* ed atto *mortis causa*.

⁴²⁴ Cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino, 1946, p. 586 e nt. 1, ID., *L'origine dell'«hereditas» e dei «legata» nel diritto successorio romano* (1891), in *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Roma, 2007 (cur. G. CRIFÒ, A. MANCINELLI), p. 113 ss., ID., *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova* (1916), ora *ivi*, p. 187 ss., ID., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità* (1915), ora *ivi*, p. 429 ss., ID., *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e moderno* (1894), ora *ivi*, p. 157 ss., e ID., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco* (1910), ora *ivi*, p. 315 ss.

rio, e ciò senza rinnegare l'idea per cui si riconosce «il fulcro del testamento non ... nell'attribuzione di un patrimonio quanto piuttosto nel conferimento del titolo di *heres*»⁴²⁵. Si deve peraltro segnalare come, in tempi recenti, Oliviero Diliberto⁴²⁶ abbia individuato un notevole precedente (di almeno mezzo secolo) della teoria bonfantiana in una monografia ottocentesca di Domenico Cassini⁴²⁷, che manifesta «una purissima concezione politica della *familia romana*»⁴²⁸ nel riconoscere al *pater familias* la sovranità in ambito domestico, secondo un'impostazione culturale del resto non molto dissimile da quella che emerge dall'opera di Lodovico Valeriani⁴²⁹, ripubblicata solo due anni dopo.

E' comunque noto che il punto più debole della teoria del Bonfante consista nel fatto che non si trovi 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 svolti in questi ultimi ottant'anni hanno affrontato il problema rifacendosi alle prime critiche che si mossero a questa impostazione⁴³⁰, indirizzando la loro attenzione proprio su quell'aspetto che il Bonfante chiamava secondario, e sottolineando l'importanza del dato «patrimoniale» o «materiale» della *'hereditas'* (e della correlazione di esso con l'*'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 *vindicatio hereditatis*) e di negozi (come la futura *manipatio familiae* o l'*in iure cessio hereditatis*). Va tuttavia riconosciuto che la teoria del Bonfante continua ad esercitare ancora la sua influenza su chi scrive che «il testamento *calatis comitiis* è un atto *inter vivos* e ha lo scopo di designare, sotto il controllo dei membri delle curie, chi è destinato a subentrare al *pater familiae*»⁴³¹, peraltro rimarcando che la successiva «*manipatio familiae* fiduciaria ha, rispetto al testamento *calatis comitiis*, un contenuto accen-

⁴²⁵ COPPOLA, *Nascita e declino*, cit., p. 36.

⁴²⁶ *Una sconosciuta monografia*, cit., p. 1474.

⁴²⁷ Intitolata *Dritto Papisiano* (sic), pubblicata a Napoli nel 1837 e alla cui stesura DILIBERTO, *Una sconosciuta monografia*, cit., p. 1479 ritiene che Cassini abbia «dedicato... molti anni della sua vita. Le fonti antiche analizzate (o anche semplicemente citate) sono davvero molte, ma impressionante è soprattutto la mole della letteratura utilizzata: della quale, ancora una volta, è arduo stabilire se si tratti di citazioni dirette o indirette, ma di cui, certamente, l'autore dà sfoggio con un qualche compiacimento. Si tratta ... di autori dei secoli passati, più che di quelli a lui coevi: dei quali dimostra tranquillamente di ignorare l'esistenza».

⁴²⁸ *Op. ult. cit.*, p. 1474.

⁴²⁹ *Leggi delle Dodici Tavole*, cit., p. 92 ss., p. 264 ss.

⁴³⁰ Quali quelle di PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 522 s., V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, p. 16 s., e G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*, Firenze, 1930, p. 117 ss.

⁴³¹ SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11, nt. 44.

tuatamente patrimoniale)⁴³²: si tratta di proposizioni la cui inaccettabilità spero di dimostrare sulla base testuale dei dati desumibili dalle fonti, e accoglibili solo nella parte in cui, seguendo il resoconto gaiano (*inst.* 2.102), precisano che la «prassi della *mancipatio familiae* fiduciaria (da cui scaturirà il *testamentum per aes et libram* classico) ... è sorta per la difficoltà e rarità di convocazione dei comizi a scopo di testamento»⁴³³. 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*, sulla quale tornerò più diffusamente nel prossimo capitolo.

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 a prestare il consenso al 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 presenziare al compimento di un atto solenne.

In quest'ordine di idee, appare del tutto arbitraria l'affermazione del Voci 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*)»⁴³⁴. Circa la diffusa equiparazione (o con-

⁴³²) SCOTTI, *loc. ult. cit.*

⁴³³) SCOTTI, *op. et loc. ult. cit.*

⁴³⁴) *Diritto ereditario*, I, cit., p. 17.

fusione) tra *testamentum calatis comitiis* ed *adrogatio*, è peraltro doveroso segnalare il dissenso già espresso da parte della dottrina⁴³⁵, che ha anche formulato congetture circa la (non costante) coincidenza tra l'antico testamento e l'adozione di un soggetto *sui iuris*⁴³⁶, intesi come atti distinti che, al massimo, possono concepirsi celebrati contestualmente.

Possono inoltre anticiparsi qui delle osservazioni, che verranno riprese nei prossimi due capitoli, sulla partecipazione del popolo a ciascuno dei due atti, al fine di dimostrare la diversità di tipologia assembleare a cui si ricorreva per le rispettive celebrazioni: il che permetterà di affrontare 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 desumibile da un testo delle *Noctes Atticae* che sarà oggetto di ulteriore attenzione anche in seguito:

Gell., *noct. Att.* 15.27.1: In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeone scribere 'calata' comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. [2] Eorum autem alia esse 'curiata', alia 'centuriata'; 'curiata' per licitorem curiatum 'calari' id est 'convocari', 'centuriata' per cornicinem. [3] 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, riferendo le osservazioni di Labeone riportate da Lelio Felice nel primo libro del suo commento a Quinto Mucio, rileva le diversità tra i vari tipi di *comitia*. In particolare, viene affermato che i *comitia calata* erano quelli 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)⁴³⁷ o dei *flamines* (cioè dei sacerdoti addetti al culto di una divinità, il più importante dei quali era il *Flamen Dialis*, addetto al culto di Giove)⁴³⁸, e vengono distinti, a seconda della modalità di convoca-

⁴³⁵) Cfr. ad esempio LEPRI, *Saggi*, cit., p. 14 s. e nt. 2, COLI, *Il testamento*, cit., p. 631 s., e ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole*, cit., p. 69.

⁴³⁶) Cfr. A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*¹², Napoli, 2001, p. 428 nt. 28.2.

⁴³⁷) Cfr. H. J. ROSE, sv. 'Flamini' in «Oxford Classical Dictionary»², Oxford, 1970, trad. it. – *Dizionario di antichità classiche di Oxford* –, Roma, 1981, c. 968, A. FERRARI, sv. «Rex sacrificulus' o 'Rex sacrorum'», in «Dizionario di mitologia greca e latina», Torino, 1999, p. 606, A. BENDLIN, sv. 'Rex sacrorum', in «Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike», X, Stuttgart-Weimar, 2001, c. 937 ss.

⁴³⁸) Cfr. Rose, *op. et loc. cit.*, F. PRAYON, sv. 'Flamines', in «Der Neue Pauly», cit., IV, 1998, c. 537 ss., FERRARI, sv. «Flamini», in «Dizionario di mitologia», cit., p. 337 ss. Cfr. inoltre Fest., *verb. sign.*, sv. 'Ordo sacerdotum', p. 198 L.

zione, in 'curiata' e 'centuriata': i primi vengono convocati dal *lictor*, i secondi dal *cornix*. Apprendiamo inoltre da Gellio che, oltre alle 'inaugurationes', anche la *detestatio sacrorum* e il *testamentum* avvenivano in 'populi contione'. In merito alla 'contio' è sempre Gellio a informarci in altri passi della sua opera: in una prima occasione, infatti, il tema viene affrontato quando – attingendo ampiamente dal *De auspiciis* di M. Valerio Messala «Rufo»⁴³⁹, contemporaneo di Cicerone – correla i diversi tipi di magistratura al potere di convocazione delle assemblee previsto per ciascuna di esse:

Gell., *noct. Att.* 13.16.1: 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. Set si contionem habere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt'. [2] Ex his verbis Messalae manifestum est aliud esse 'cum populo agere', aliud 'contionem habere'. [3] 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.

Si riferisce nel passo in esame che il console poteva convocare il popolo *in comitio* e *in contione*; lo stesso potere spettava al pretore se non vi avesse provveduto il console, mentre i magistrati minori non avrebbero potuto farlo in nessun caso. Chi dei due magistrati maggiori avesse per primo convocato il popolo, l'avrebbe fatto con maggior diritto poiché lo *ius agendi cum populo* viene inteso come potere unitario ed indivisibile, al punto che non è pensabile nemmeno che l'uno proceda alla convocazione e l'altro presieda la relativa assemblea, e questa peculiarità viene resa con quell'espressione, 'quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest', «che ha tutta l'aria di essere una versione giuspubblicistica del principio di preclusione processuale vigente in ambito privatistico»⁴⁴⁰. Tuttavia è ampiamente possibile, laddove si voglia tenere una *contio* – ed a condizione che non si proceda ad un contestuale esercizio del *ius agendi cum populo* – che più di un magistrato ne convochi una.

⁴³⁹) ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., p. 180 e nt. 517, precisa – attingendo da F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, p. 263 e da R. HANSLIK, sv. 'M. Valerius Messala Rufus', in «PWRE.», VIII.A, Stuttgart, 1955, p. 166 s. – che non va confuso «con i due omonimi e congiunti, rispettivamente figlio e cugino, altrimenti soprannominati 'Corvino' e 'Nigro'». Gellio cita espressamente il titolo dell'opera nel capitolo precedente delle *Notti Attiche* (13.15.3).

⁴⁴⁰) ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., p. 183, ove si fa altresì riferimento all'«incerta natura, avverbiale o aggettivale, del termine *bifariam*».

Proprio in questa caratteristica risiede infatti la differenza strutturale tra le due assemblee: mentre lo *ius agendi cum populo* consiste nel chiedere formalmente a quest'ultimo di esprimere un pronunciamento ufficiale tramite *suffragium* ('*rogare quid populum, quod suffragiis suis aut inbeat aut vetet*'), e presuppone dunque la necessaria e rigorosa unitarietà, anche dal punto di vista soggettivo, tra *rogatio*, convocazione e direzione dell'idonea assemblea atta ad esprimersi col menzionato *suffragium*, la '*contio*' consiste invece nel '*verba facere ad populum sine ulla rogatione*', e cioè nel parlare al popolo senza rivolgergli *rogatio* alcuna, in «an informal rally»⁴⁴¹. Detta distinzione non è contraddetta dal passo dei *Saturnalia* di Macrobio⁴⁴² dal quale sembrerebbe potersi desumere una correlazione inscindibile tra '*contionem advocari*' e '*cum populo agi*': tale brano, infatti, si inserisce in una più ampia discussione su quale ora debba considerarsi quella iniziale di una giornata e, in occasione di una vera e propria digressione di cronologia comparata, l'esposizione menziona una serie di questioni giuridiche in cui avesse avuto rilievo l'esatta determinazione dell'inizio e della fine di una giornata, con particolare attenzione al rapporto tra *dies fasti, nefasti* e la celebrazione di atti pubblici e privati. E' in questo contesto che si include la menzione relativa alla convocazione di quelle assemblee che termineranno con una *rogatio* rivolta al popolo⁴⁴³, conseguentemente collegando la fase procedurale rappresentata dall'espressione '*contionem advocari*' con il necessario potere consistente nell'*agere cum populo*: si tratta quindi di un'accezione del termine '*contio*' ristretta e limitata a specifiche ipotesi.

La *contio*, dunque, prescindendo dalla connessione con una successiva fase deliberante⁴⁴⁴, può essere convocata anche da un magistrato privo di *ius agendi cum populo*, come risulta testualmente riferito da Varrone⁴⁴⁵, quando, riportan-

⁴⁴¹ J.E. STAMBAUGH, *The Ancient Roman City*, Baltimore-London, 1990, p. 104. Cfr. altresì G. HUMBERT, sv. '*Contio*', in «Dictionnaire des antiquités graecques et romaines» (dir. C. DAREMBERG, E. SAGLIO), I.2, Paris, 1892, p. 1484 s., W. LIEBMAN, sv. '*Contio*', in «PWRE.», IV, p. 1149 ss., F. GRELLI, sv. '*Contio*', in «NNDI.», IV, Torino, 1959, p. 407 s., H. HAUSMANINGER, sv. '*Contio*', in «Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike», I, München, 1964, p. 1269, e C. GIZEWSKI, sv. '*Contio*', in «Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike», III, Stuttgart, 1997, p. 154.

⁴⁴² 1.16.29: *Sed contra Iulius Caesar sexto decimo auspiorum libro negat nundinis contionem advocari posse, id est cum populo agi, ideoque nundinis Romanorum haberi comitia non posse. Cornelius etiam Labeo primo fastorum libro nundinas ferias esse pronuntiat.*

⁴⁴³ J. ZABLOCKI, '*Leges votatae*' nelle assemblee popolari, in «Diritto@Storia», X, 2011-2012, p. 4 (estr.), ritiene invece che nel caso in esame «questa espressione non si riferiva esplicitamente all'assemblea votante».

⁴⁴⁴ Cfr., in questo senso, F. PINA POLO, *Las Contiones Civiles y Militares en Roma*, Zaragoza, 1989, p. 43 ss., 65 ss., e ID., *Procedures and Functions of Civil and Military contiones in Rome*, in «Klio», LXXVII, 1995, p. 203 ss., 211.

⁴⁴⁵ *Ling. Lat.* 6.9.86: *Nunc primum ponam de Censoriis Tabulis: Ubi noctu in templum censor auspicaverit atque de caelo nuntium erit, praeconi sic imperato ut viros vocet: 'Quod bonum fortuna*

tum felix salutareque siet populo Romano Quiritibus reique publicae populi Romani Quiritium mibique collegaeque meo, fidei magistratuique nostro: omnes Quirites pedites armatos, privatosque, curatores omnium tribuum, si quis pro se sive pro altero rationem dari volet, voca inlicium huc ad me'.

[87.] *Praeco in templo primum vocat, postea de moeris item vocat. Ubi lucet, censores scribae magistratus murra unguentisque unguentur. Ubi praetores tribunisque plebei quique inlicium vocati sunt venerunt, censores inter se sortiuntur, uter lustrum faciat. Ubi templum factum est, post tum conventionem habet qui lustrum conditurus est.*

[88.] *In Commentariis Consularibus scriptum sic inveni:*

Qui exercitum imperaturus erit, accenso dicit: 'C. Calpurni, voca inlicium omnes Quirites huc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, inlicium vos ite huc ad iudices'. 'C. Calpurni,' eos. dicit, 'voca ad conventionem omnes Quirites huc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad iudices'. Dein consul eloquitur ad exercitum: 'Impero qua convenit ad comitia centuriata'.

[89.] *Quare hic accenso, illic praeconi dicit, haec est causa: in aliquot rebus item ut praeco accensus acciebat, a quo accensus quoque dicitur. Accensum solitum ciere Boeotia ostendit, quam comoediam, alii Plauti, alii Aquili esse dicunt, hoc versu: 'Ubi primum accensus clamarat meridiem'. Hoc idem Cosconius in Actionibus scribit praetorem accensum solitum tum esse iubere, ubi ei videbatur horam esse tertiam, inclamare horam tertiam esse, itemque meridiem et horam nonam.*

[90.] *Circum muros mitti solitum, quo modo inliceret populum in eum locum, unde vocare posset ad contionem, non solum ad consules et censores, sed etiam quaestores, Commentarium indicat vetus Anquisitionis M'. Sergii, Mani filii, quaestoris, qui capitis accusavit Trogum; in qua sic est:*

[91.] *Auspicio operam des et in templo auspices, tum aut ad praetorem aut ad consulem mittas auspiciam petitum; comitiatum praetor reum vocet ad te, et eum de muris vocet praeco; id imperare oportet. Cornicinem ad privati ianuam et in Arcem mittas, ubi canat. Collegam roges ut comitia edicat de rostris et argentarii tabernas ocludant. Patres censeant exquaeras et adesse iubeas; magistratus censeant exquaeras, consules praetores tribunosque plebis collegasque tuos, et in templo adesse iubeas omnes; ac cum mittas, contionem advoce.*

[92.] *In eodem Commentario Anquisitionis ad extremum scriptum caput edicti hoc est:*

Item quod attingat qui de censoribus classicum ad comitia centuriata redemptum habent, uti curent eo die quo die comitia erunt, in Arce classicus canat circumque muros et ante privati huiusce T. Quinti Trogi scelerosi ostium canat, et ut in Campo cum primo luci adsiet.

[93.] *Inter id cum circum muros mittitur et cum contio advocatur, interesse tempus apparet ex his quae interea fieri inlicium scriptum est; sed ad comitiatum vocatur populos ideo, quod alia de causa hic magistratus non potest exercitum urbanum convocare; censor, consul, dictator, interrex potest, quod censor exercitum centuriato constituit quinquennalem, cum lustrare et in urbem ad vexillum ducere debet; dictator et consul in singulos annos, quod hic exercitui imperare potest quo eat, id quod propter centuriata comitia imperare solent.*

[94.] *Quare non est dubium, quin hoc inlicium sit, cum circum muros itur, ut populus inliciatum ad magistratus conspectum, qui viros vocare potest, in eum locum unde vox ad contionem vocantis exaudiri possit. Quare una origine illici et inlicis quod in Choro Proserpinae est, et pellexit, quod in Hermiona est, cum ait Pacinius: 'Regni alieni cupiditas pellexit'. Sic Elicii Iovis ara in Aventino, ab eliciendo.*

[95.] *Hoc nunc aliter fit atque olim, quod augur consuli adest tum cum exercitus imperatur ac praecit quid eum dicere oporteat. Consul auguri imperare solet, ut inlicium vocet, non accenso aut praeconi. Id inceptum credo, cum non adesset accensus; et nihil intererat cui imperaret, et dicis causa fiebant quaedam neque item facta neque item dicta semper. Hoc ipsum inlicium scriptum inveni in M. Iunii Commentariis; quod tamen inlex apud Plantum in Persa est qui legi non paret, ibidem est quod illicet illex, fit quod I cum E et C cum G magnam habet communitatem.*

do il contenuto di antichi documenti (in particolare: le *Tabulae Censoriae*, i *Commentaria Consularia* e il *Commentarium vetus Anquisitionis Mani Sergii, Mani filii, quaestoris, qui capitis accusavit Trogum*), illustra le procedure di convocazione seguite dai censori e dai questori, oltre che dai consoli, trascrivendone il formulario, e rilevando che il popolo poteva essere convocato in assemblea (non necessariamente deliberante) innanzi a costoro (*ling. Lat.*, 6.9.90: ‘...unde vocare posset ad contionem, non solum ad consules et censores, sed etiam quaestores’). Persino un *sacerdos publicus* può convocare *contiones* secondo Festo⁴⁴⁶.

Come accennato, Gellio torna in una seconda occasione sul significato, anzi sulla pluralità di significati, del termine ‘*contio*’, riferendo un episodio al quale dichiara di aver assistito di persona:

Gell., *noct. Att.* 18.7: [1.] Domitio, homini docto celebrique in urbe Roma grammatico, cui cognomentum Insano factum est quoniam erat natura intractabilior et morosior, [2.] ei Domitio Favorinus noster cum forte apud fanum Carmentis obviam venisset, atque ego cum Favorino essem, ‘Quaeso’ inquit ‘te, magister, dicas mihi: num erravi, quod, cum vellem δημηγορίας Latine dicere, *contiones* dixi? dubito quippe, et requiro an veterum eorum qui electus locuti sunt, pro verbis et oratione dixerit quis *contionem*’. [3.] Tum Domitius voce atque vultu atrocior ‘Nulla’ inquit ‘prorsus bonae salutis spes reliqua est cum vos quoque, philosophorum inlustrissimi, nihil iam aliud quam verba auctoritatesque verborum cordi habetis. Mittam autem librum tibi in quo id reperias quod quaeris. Ego enim grammaticus vitae iam atque morum disciplinas quaero, vos philosophi mera estis, ut M. Cato ait, *mortuaria*; glossaria namque colligitis et lexicidia, res taetras et inanes et frivolas tamquam mulierum voces praeficarum. Atque utinam’ inquit ‘muti omnes homines essemus! minus improbitas instrumenti haberet’.

[4.] Cumque digressi essemus, ‘Non tempestive’ inquit Favorinus ‘hunc hominem accessimus. Videtur enim mihi επισημαίνεσθαι. Scitote’ inquit ‘tamen intemperiam istam, qua μελαγχολία dicitur, non parvis nec abiectis ingeniis accidere, ἀλλὰ εἶναι σχεδόν τι τὸ πάθος τοῦτο ἠρωικόν et veritates plerumque fortiter dicere, sed respectum non habere μήτε καιροῦ μήτε μέτρου. Vel ipsum hoc quale existimatis quod nunc de philosophis dixit? None, si id Antisthenes aut Diogenes dixisset, dignum memoria visum esset?’

[5.] Misit autem Paulo post Favorino librum quem promiserat – Verri, opinor, Flacci erat –, in quo scripta ad hoc genus quaestionis pertinentia haec fuerunt: ‘senatum’ dici et pro loco et pro hominibus, ‘civitatem’ et pro loco et oppido et pro iure quoque omnium civium et pro hominum multitudine, ‘tribus’ quoque et ‘decurias’ dici et pro loco et pro iure et pro hominibus, ‘contionem’ au-

⁴⁴⁶ *Verb. sign.*, sv. ‘*Contio*’, p. 30 L.: *contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur*. In particolare, si tratta delle *contiones* nelle quali avvenivano la *nominatio* dei candidati per le cariche sacerdotali e la *sorsitio* delle Vestali, come attestato, rispettivamente, da Auct. Her., *rhet.*, 1.11 e Gell., *noct. Att.*, 1.12.11. Cfr. F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino, 2008, p. 83 ss., 191 ss., 199 ss.

tem tria significare: [6.] locum suggestumque unde verba fierent, [7.] sicut M. Tullius in oratione quae inscripta est *contra contionem Q. Metelli*: 'escendi' inquit 'in contionem, concursus est populi factus'; [8.] item significare coetum populi assistentis, sicuti idem M. Tullius in *oratore* ait: 'Contiones saepe exclamare vidi, cum apte verba cecidissent. Etenim expectant aures ut verbis conligetur sententia'; item orationem ipsam quae ad populum diceretur.

Exempla in eo libro scripta non errant. Sed nos postea Favorino desideranti harum hominum significationum monumenta et apud Ciceronem, sicut supra scripsi, et apud elegantissimos veterum reperta exhibuimus; [9.] id autem quod potissimum expetebat, 'contionem' esse dictam pro verbis et oratione, docui titulo Tulliani libri, qui a M. Cicerone inscriptus est *contra contionem Q. Metelli*, quo nihil profecto significatur aliud quam ipsa quae a Metello dicta est oratio.

Il testo in esame si segnala come particolarmente denso di informazioni, e non ha nulla da invidiare alla migliore *fiction* psicanalitica: Favorino appare, oltre che scrupoloso indagatore del significato delle parole, anche ricco di doti pragmatiche e da attento analista in un capitolo in cui, per ironia della sorte, si registra un *lapsus* nel lemma introduttivo⁴⁴⁷, nel quale erroneamente si parla del trattamento da costui riservato ad un disturbatore inopportuno, mentre dalla lettura del capitolo medesimo si evince che è proprio Favorino a suscitare l'incontinente intemperanza del celebre e colto grammatico di Roma (soprannominato «il Matto»), al quale egli chiede – avendolo incontrato presso il tempio di Carmente, ai piedi del colle Capitolino, verso il Tevere – informazioni in merito alla correttezza o meno della traduzione dal greco in latino della parola «demegorie» con 'contiones'.

Riservandomi di approfondire ulteriormente l'argomento in un prossimo lavoro, osservo come anche questa richiesta sia indicativa dell'interesse e dello studio di Favorino sulle XII Tavole: ritengo infatti che la menzionata traduzione sia quella di un passo de *Le antichità romane* di Dionigi di Alicarnasso, e precisamente di *ant. Rom.* 2.26.5 (sul quale rivolgerà la sua attenzione, come si è visto, anche Aymar du Rivail)⁴⁴⁸, dove pure compare la parola «demegorie».

⁴⁴⁷) *Quem in modum Favorinus tractaverit intempesivum quendam de verborum ambiguitatibus quaerentem, atque ibi quot significationes capiat 'contio'*: a tal proposito, G. BERNARDI-PERINI, in AULO GELLIO, *Le Notti Attiche*, Torino, 1992, p. 1300 s., nt. 1, ipotizza che possa «trattarsi di negligenza da parte di Gellio, che dovette comporre i lemmi in un secondo tempo, con una rilettura talvolta frettolosa e distratta dei capitoli già composti da tempo». Rilevo peraltro che il lemma introduttivo al quattordicesimo capitolo (non pervenutoci, come del resto tutti gli altri capitoli del libro, salvo alcuni frammenti giudicati di dubbia autenticità) del libro ottavo inizia menzionando una '*Lepidissima altercatio Favorini philosophi adversus quendam intempesivum de ambiguitate verborum disserentem*': il *lapsus* a cui faccio riferimento nel testo deriva probabilmente dalla confusione tra l'episodio riportato nel capitolo di quest'ultimo libro e quello riferito nel settimo capitolo del diciottesimo libro.

⁴⁴⁸) Cfr. *supra*, nt. 117.

La risposta di Domizio, resa ‘*voce atque vultu atrocior*’, fa splendere sulla scena, e soprattutto nell’animo di quest’ultimo, il *Sole nero* di cui ci parla ancora Julia Kristeva⁴⁴⁹. La furia dell’esplosione verbale di Domizio, infatti, è quella dell’uomo permanentemente ustionato dal quel lugubre sole, il quale è portato, nel II secolo d.C. come oggi, a ripetere l’incessante lamento: «Io vivo una morte vivente, carne tagliata, sanguinante, cadaverizzata, ritmo rallentato o sospeso, tempo cancellato o gonfiato, riassorbito nella pena»⁴⁵⁰. La reazione di Domizio si informa alla ritualità connessa alla riemersione dell’odio e del desiderio di potenza nutrito nei confronti di coloro che evidentemente lo hanno tradito o abbandonato (i *philosophi inlustrissimi* verso i quali rivolge la sua invettiva?), e che ne hanno sollecitato la melanconia, quella «sintomatologia manicomiale di inibizione e di asimbolia che si impadronisce, in modo saltuario o cronico, di un individuo, per lo più in alternanza con la fase detta maniaca dell’esaltazione»⁴⁵¹. Nell’episodio riferito da Gellio non siamo di fronte ad un caso di depressione nevrotica, che si ha «quando i due fenomeni dell’abbattimento e dell’eccitazione sono di minore intensità e frequenza»⁴⁵²: Favorino conosce bene la natura di quegli attacchi, individua precisamente il nome che contraddistingue tale *intemperies* – una specie di «afflizione eroica» (*σχεδόν τι τὸ πάθος ἥρωικόν*) che porta le sue vittime a dire «spesso la verità coraggiosamente, ma senza rispetto né della moderazione né della misura» (*et veritates plerumque fortiter dicere, sed respectum non habere μήτε καιροῦ μήτε μέτρου*) – e ammette prima di ogni cosa di aver avvicinato Domizio in un momento poco opportuno (*‘non tempestive’ inquit Favorinus ‘hunc hominem accessimus’*). Del resto, il soprannome stesso di Domizio reca traccia della sua condizione, evidentemente nota a molti per la reiterazione delle sue manifestazioni, nelle quali doveva emergere in maniera plastica il «doppio oscuro della passione amorosa»⁴⁵³; e qui l’amore tradito è quello per le *disciplinae vitae atque morum*, indagate dal grammatico e neglette dai filosofi a tutto vantaggio della loro ricerca sui *verba auctoritatesque verborum*, sui *mortualia* di cui questi ultimi si sarebbero sterilmente occupati già secondo la denuncia di Marco Catone, compiendo un’attività idonea a portare Domizio nell’anticamera di quella «triste voluttà»⁴⁵⁴ ed «ebbrezza amara»⁴⁵⁵ che costituiscono «il fondo banale»⁴⁵⁶ sul quale spic-

⁴⁴⁹) *Soleil noir. Dépression et mélancolie*, Paris, 1987, trad. it. – *Sole nero. Depressione e melanconia. Nuova edizione italiana con una Introduzione 2013* – Roma, 2013, p. VII ss.

⁴⁵⁰) KRISTEVA, *Sole nero*, cit., p. 8.

⁴⁵¹) KRISTEVA, *op. cit.*, p. 11 s.

⁴⁵²) KRISTEVA, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵³) KRISTEVA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁵⁴) KRISTEVA, *loc. ult. cit.*

⁴⁵⁵) KRISTEVA, *loc. ult. cit.*

⁴⁵⁶) KRISTEVA, *loc. ult. cit.*

cano i suoi ideali e le sue euforie, impantanati «nelle contrade paludose del mito narcisistico»⁴⁵⁷, nell'«ombra della disperazione»⁴⁵⁸. In questa occasione, però, la salvezza di Domizio, il freno che gli impedirà di sprofondare «nel bianco dell'asimbolia o nel troppo pieno di un caos ideativo non ordinabile»⁴⁵⁹, comporterà anche il mantenimento della promessa fatta dal grammatico, che, a dispetto di tutto, si manifesta come un gesto di attenzione al linguaggio ed alle questioni – anche quelle solo apparentemente secondarie e stucchevoli – concernenti la sua resa e la sua trasmissione: infatti, proprio nell'invio *'paulo post'* del libro, che Gellio sospetta essere di Verrio Flacco, promesso a Favorino da Domizio si deve individuare una benefica conseguenza della componente sedativa, «oppiacea», riconosciuta caratteristica del linguaggio, nella sua potente idoneità ad esercitare quell'effetto di attivazione virtuosa sui circuiti neurobiologici che l'odierna esperienza clinica si limita ad ammettere, non sapendo ancora spiegare i processi che presiedono ad una tale traslazione⁴⁶⁰.

Nel testo fatto pervenire da Domizio a Favorino, dunque, oltre ad apprendere della pluralità di significati delle parole «senato», *'civitas'*, «tribù» e «decurie», si rinvengono tre distinti significati del termine *'contio'*: esso allude tanto al luogo e al palco da cui si parla (e viene riferito, come conferma di tale assunto, un passaggio dell'orazione *'Contra contionem Q. Metelli'* di Cicerone, in cui la parola è utilizzata in tal senso), quanto all'assemblea del popolo che vi si riunisce (ed ancora una volta si trova conferma in un passo di Cicerone che, nell'*Orator*, usa la parola in questo senso ulteriore), quanto, infine, allo stesso discorso rivolto al popolo⁴⁶¹. Non è questa la sede per approfondire il rapporto tra il *'vocare illicium'* e il *'vocare ad con(ven)tionem'*, intesi quali atti distinti⁴⁶² e prodromici rispetto ai *comitia*, come ha ampiamente illustrato Giuseppi-

⁴⁵⁷) KRISTEVA, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁸) KRISTEVA, *loc. ult. cit.*

⁴⁵⁹) KRISTEVA, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁶⁰) Cfr., in questi termini, KRISTEVA, *op. cit.*, p. 36 s.

⁴⁶¹) In quest'ultima accezione, il termine *'contio'* rappresenterà in maniera paradigmatica l'arte dell'oratore colta nel suo manifestarsi vivo e palpitante, tesa a trasmettere i valori di condivisione culturale ritenuti il collante fondamentale della comunità. Mi sembra particolarmente notevole, in questa prospettiva, l'uso della medesima parola per indicare il luogo in cui si tiene il discorso, ma anche il popolo radunato per ascoltarlo, oltre che il discorso stesso. Su questi aspetti cfr. R. MORSTEIN-MARX, *Mass Oratory and Political Power in the Late Roman Republic*, Cambridge, 2004, p. 3 ss., 7 ss., 34 ss., ID., *'Cultural Hegemony' and the Communicative Power of the Roman Elite*, in «Community & Communication. Oratory & Politics in Republican Rome» (ed. C. STEEL, H. VAN DER BLOOM), Oxford, 2013, p. 29 ss., e K.J. HÖLKERSKAMP, *Friends, Roman, Countrymen. Addressing the Roman People and the Rhetoric of Inclusion*, in «Community & Communication», cit., p. 17 ss.

⁴⁶²) Nonostante l'affermazione di Fest., *verb. sign.*, sv. *'Illicium vocare'*, p. 100 L.: *antiqui dicebant ad contionem vocare*. L'asserita coincidenza tra il *vocare illicium* e il *vocare ad contio-*

na Aricò Anselmo studiando il riferito passo del *De lingua Latina* (6.9.86-95) di Varrone ed individuando «tra *contio* e *inlicium* un nesso strutturale per cui l'una dipende dall'altro, e tale strutturale dipendenza dall'*inlicium* sembra esser parte integrante della nozione stessa di *contio*, quale si rivela nella forma antica di questa parola»⁴⁶³; in questa sede basta rilevare che, dopo la convocazione *ad contionem* del popolo, la sequenza procedurale dei comizi nei quali si celebravano *testamentum* e *detestatio sacrorum* si arrestava in questo stadio, non passando a quello successivo del *suffragium*, evidentemente non necessario. E' questo un dato importante che gioca a favore dell'esclusione dell'ipotizzata natura di *lex publica* dell'antico testamento comiziale⁴⁶⁴. Va inoltre rilevato come pur parlando Gellio (in *noct. Att.* 15.27.3) del compimento, oltre che del testamento, anche della *detestatio sacrorum* nei *comitia calata* (e cioè '*in populi contione*'), ciò non autorizza a supporre che anche l'*adrogatio* potesse svolgersi *calatis comitiis*, e cioè anch'essa '*in populi contione*': sarebbero mancate quelle '*rogationes*' all'adottante, all'adottando e al popolo che ne erano l'elemento qualificante, posto che, come si è ricordato, la *contio* consiste nel '*verba facere ad populum sine ulla rogatione*'.

Illustrerò nel prossimo capitolo i motivi che mi spingono a non considerare la *detestatio sacrorum* secondo la tradizionale interpretazione che la ritiene un necessario presupposto della *adrogatio*: in ogni caso, anche a volerla intendere nei riferiti termini, ben avrebbe potuto essa trovare attuazione in quel momento – caratterizzante tutte le assemblee come momento iniziale, a differenza della fase successiva del *suffragium* – che era la *contio*. Posso pertanto dissentire dal Voci⁴⁶⁵, il quale ipotizza l'utilizzo da parte di Gellio di una terminologia impropria affermando che «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

nem, infatti, contrasta nettamente con il riferito passo del *De lingua Latina* (6.9.86-95) di Varrone nel quale, come si ricorderà, riportando i testi degli antichi formulari, le procedure relative all'uno e all'altro atto vengono chiaramente tenute distinte. La minore attendibilità della testimonianza festina è sottolineata in maniera netta da ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., p. 48.

⁴⁶³ *Antiche regole procedurali*, cit., p. 49 (ove prosegue affermando che «*conventio*, nel significato di 'adunanza' con cui ricorre nelle *ensoriae tabulae* e nei *commentaria consularia* costituisce una rarità quasi mai attestata altrove, essendo stata nel significato ora detto sostituita peccocemente dalla forma sincopata *contio*»), 82 ss., 89 ss., 91 ss., 93 ss., 96 ss., 155 ss. e 179 ss. Cfr., altresì, L. ROSS TAYLOR, *Roman voting Assemblies. From the Hannibalic war to the Dictatorship of Caesar*, Ann Arbor, 1966, p. 16 ss. e 110 ss.

⁴⁶⁴ In questo senso, cfr. COLI, *Il testamento*, cit., p. 642 s.

⁴⁶⁵ *Diritto ereditario*, I, cit., p. 17.

un termine improprio, cosa che del resto non ha molta importanza, data la precedente menzione dei *comitia*».

Gaio ci presenta inoltre un terzo genere di testamento, celebrato col ricorso al rito librare (*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur* è scritto, come si ricorderà, in Gai., *inst.* 2.102), in una successione di paragrafi in cui, è bene segnalarlo sin da ora, la ricostruzione storica non è così limpida come potrebbe apparire nel suo scandire le tappe evolutive che portarono all'assetamento dell'istituto: di questo specifico aspetto, e delle notevoli conseguenze che ne derivano, mi occuperò più specificamente nel quarto capitolo. Per il momento è sufficiente rilevare come, secondo l'insegnamento tradizionale, esso, formatosi mediante il normale strumento della «interpretatio-recezione»⁴⁶⁶, si aggiunse ai primi due – stando alla motivazione riferita da Gaio, peraltro giudicata riduttiva e semplicistica⁴⁶⁷ – 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 asserita natura di espediente⁴⁶⁸ 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 desuetudine⁴⁶⁹, e di essere perfezionato, sempre mediante il sistema della «interpretatio-recezione»: l'originaria configurazione dell'atto, tradizionalmente indicato con l'espressione «*mancipatio familiae*», subì una profonda trasformazione e divenne il *testamentum per aes et libram*, ovviando così ai problemi che inizialmente si ponevano⁴⁷⁰. Se le appena riferite informazioni sono pressoché costantemente ripetute in questi termini dalla letteratura che se ne occupa, il testamento librare continua comunque a essere oggetto di marcate disparità di vedute tanto con riguardo alla sua collocazione storico-cronologica,

⁴⁶⁶) Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 90.

⁴⁶⁷) Cfr. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 61 s.

⁴⁶⁸) A questo proposito, BRETONE, *I fondamenti*, cit., p. 40, ricorda espressamente il Magdelain, che «denuncia il carattere artificiale del testamento mancipatorio».

⁴⁶⁹) 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. 610 ed ivi nt. 133.

⁴⁷⁰) Tali problemi, che determinarono il passaggio dalla *mancipatio familiae* al *testamentum per aes et libram*, sul quale tornerò diffusamente più avanti nel testo, sono 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».

quanto alla natura giuridica della sua forma primitiva⁴⁷¹: anche tali aspetti sa-

⁴⁷¹) La questione viene presentata, in tutta la sua complessità, da SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, 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 librare era passato non prova la sua origine recente (o, comunque, più recente rispetto all'epoca delle XII Tavole), soprattutto ricordando a 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: cfr., infatti, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 14 ss. che elenca i diversi argomenti in forza dei quali si potrebbe ammettere «che le XII tavole non conoscessero il testamento librare ..., ma quello comiziale»: essi vengono individuati nell'asserita incompletezza, all'epoca della legislazione decemvirale, dello sviluppo della *Mancipatio* e dei patti ad essa aggiunti, che vengono individuati come necessario presupposto del testamento librare; nella scarsa verosimiglianza dell'ipotesi dell'individuazione solo indiretta, *per relationem* (in base al combinato disposto di *tab.* 6.1 e *tab.* 5.3), di un istituto così importante quale il testamento librare, presentato invece nella solita accezione (p. 15) di «ritrovato della pratica, ... ripiego, tollerato perché introduce benefici che altrimenti non si potevano conseguire»; nell'asserita impossibilità dell'ipotesi di un regime, quale quello del testamento librare, che (p. 15) «non poteva concludersi in una disposizione sulla forma di esso, e nella ammissione di una illimitata libertà di testare»: la mancata individuazione anche solo del rigoroso regime della *exheredatio* dei *sui* parrebbe confermare quella che, francamente, mi sembra più che altro una petizione di principio. D'altro canto, cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 717 s., per il quale addirittura la *Mancipatio familiae* risalirebbe all'epoca della monarchia etrusca, in cui si conoscevano già i *gesta per aes et libram*, e nell'ambito della quale sarebbe stato ammissibile procedere all'*exheredatio* dei discendenti in potestà. Più cauta la posizione di MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 611: «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, di Ludwig Mitteis e André 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». Sempre al SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 100, si deve la formulazione della ricostruzione tradizionalmente accettata dell'istituto proprio nei termini che, qui e soprattutto nel quarto capitolo, cerco di sottoporre a radicale contestazione: «la *familiae Mancipatio* non era un testamento in nessun senso; né il vero testamento romano con l'istituzione di erede, né il così detto testamento di legati. Era un negozio fidu-

ranno analizzati con più attenzione nel quarto capitolo.

Con riguardo al quadro sin qui delineato, la formulazione della norma riportata in *tab. 5.3* mi porta ad ipotizzare che l'utilizzo, da parte dei decemviri, del segno 'legassit' (nel senso di 'legem dicere') nella sua redazione sia indice di un'epoca in cui si assiste alla compresenza delle due antiche forme di testamento *calatis comitiis* ed *in procinctu* – ancora in uso, per quanto «erose» dal fenomeno della desuetudine – e della *mancipatio familiae*, o, comunque, della più antica forma di disposizione *mortis causa* effettuata col ricorso al rito librato. In particolare, quest'ultimo modo di disporre doveva in quel periodo rivelare tutte le sue potenzialità alla giurisprudenza: essa, attraverso una serie di tentativi ed adattamenti, avvierà il processo storico che, all'esito di un «intenso lavoro ermeneutico della giurisprudenza»⁴⁷², si concluderà nel riconoscimento come *ius receptum* del *testamentum per aes et libram*, così come può desumersi dall'analisi dei paragrafi del secondo commentario delle Istituzioni di Gaio che saranno ulteriormente esaminati nel quarto capitolo.

Si ricorre al 'legassit', dunque, per indicare (per sanzionare), da parte dei decemviri, non solo il testamento⁴⁷³ (che all'epoca poteva essere solo *calatis comitiis* o *in procinctu*), ma anche l'idoneo atto *mortis causa*, ancorché privo di

ciario tra vivi, per cui il *familiae emptor* diveniva proprietario delle *res Mancipi* dell'alienante ed assumeva l'incarico, giuridicamente non obbligatorio, di trasmettere parte di queste cose» – (nota 3) «Di regola dobbiamo supporre che il *familiae emptor* non fosse pregato di trasmettere a terzi tutto ciò che egli acquistava» – «alle persone indicategli dal mancipante. I Romani si appigliarono alla *familiae Mancipatio*, non perché fossero così sciocchi da rinunciare alla possibilità di un successore immediato nella persona dell'erede testamentario, ma perché erede non poteva essere nel testamento altro che il *suus* ed essi invece volevano beneficiare persone estranee alla famiglia. A quest'uopo si servirono di un espediente ed è concepibile che l'espediente non conseguiva interamente lo scopo; sarebbe anzi da meravigliare che fosse perfetto». Per il momento, ed ancora una volta rinviando alla discussione che verrà svolta nel quarto capitolo, mi limito a rilevare l'estrema somiglianza della descrizione del rito del *gestum per aes et libram*, così come ricostruito e presentato da Solazzi, con l'istituto del fedecommesso (Solazzi ricorre, non a caso, al verbo «pregare» per riferirsi alle richieste di distribuzione indirizzate dal disponente al *familiae emptor*, che non sarebbe peraltro stato giuridicamente obbligato ad adempiere), oltre che l'estrema discutibilità degli assunti per cui il menzionato *familiae emptor* sarebbe diventato effettivamente proprietario del patrimonio del disponente, e l'unico erede possibile nelle più antiche forme pubbliche di testamento avrebbe potuto essere il *suus* (quest'ultimo aspetto, in particolare, verrà discusso e contestato diffusamente nel prossimo capitolo).

⁴⁷² D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 9.

⁴⁷³ In senso contrario CANNATA, *Per una storia*, cit., p. 85, il quale precisa anche che la norma «si riferisce al testamento librato, e precisamente al testamento, cioè al contenuto delle tavole testamentarie, e non alla *mancipatio* fittizia che serviva (...) a dar loro valore giuridico».

natura testamentaria, con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte. A tal proposito, va ricordato l'insegnamento del Ferrini, che si riallaccia ad una tradizione tutt'altro che recente⁴⁷⁴, 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»⁴⁷⁵, in perfetta sintonia con la 'latissima potestas' che Pomponio (e Quinto Mucio prima di lui) facevano discendere dalla norma 'uti legassit', la quale sembra sancire, soprattutto in epoca arcaica, il «momento ultimo»⁴⁷⁶ della *patria potestas*. In relazione alla sfera potestativa del *pater familias*, dunque, la legge delle XII Tavole, e in particolare la norma 'uti legassit', attestano il mutamento della *potestas* in *ius*: da questo punto di vista, il *pater familias* «riceve così un suo statuto dalla legislazione decemvirale. Egli è *sui iuris*, di proprio diritto, egli è autorizzato dalla legge a *facere ius*, a modificare cioè il *ius* degli altri componenti il gruppo, i quali, perciò, sono *alieni iuri subiecti*. E il *ius alienum* è quello del *pater familias*»⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴) 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».

⁴⁷⁵) 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».

⁴⁷⁶) 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*.

⁴⁷⁷) AMIRANTE, *Famiglia*, cit., p. 74.

III.

L'estremo potere di esclusione dalla propria successione del testatore

1. La diseredazione

L'estensione della signoria unitaria del *paterfamilias*, nella sua declinazione del compimento di disposizioni *mortis causa*, e con riguardo alla più specifica attività del testare, era talmente ampia – ed eventualmente temperata dai *mores maiorum*, prima degli illustrati limiti giurisprudenziali e legislativi menzionati da Pomponio in D. 50.16.120 e riferiti da Gaio nelle sue Istituzioni – da permettere al *civis*, oltre che di intervenire con disposizioni integrative degli *status* dei sottoposti alla sua potestà, di compiere anche l'esatto opposto dell'istituzione di erede, ossia la diseredazione⁴⁷⁸.

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'istituto, indirettamente riconosciuto dalle XII Tavole (e quindi ad esse preesistente), elaborato dalla successiva giurisprudenza pontificale in rapporto alla *mancipatio familiae*⁴⁷⁹, sarebbe

⁴⁷⁸) Per i riferimenti generali sulla diseredazione, cfr. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, cit., p. 310, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit. p. 410, A. BURDESE, sv. 'Diseredazione (Diritto romano)', in «NNDI», V, 1960, p. 1113 ss., e F. CANCELLI, sv. 'Diseredazione (Diritto romano)', in «ED.», XIII, 1964, p. 95 ss.

⁴⁷⁹) Cfr. G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano, 1975, p. 135: «per superare la contraddizione fra la prassi della *mancipatio familiae mortis causa* e l'ordinamento istituzionale della famiglia, la giurisprudenza ha probabilmente previsto la necessità della *exheredatio*: considerato cioè che la prassi della *mancipatio familiae (mortis causa)* poneva *loco heredis* degli estranei (non *sui*), che se ciò (in sostanza) equivaleva, alla stregua dell'ordinamento familiare, alla nomina di un *suus* fittizio, in contraddizione con l'ordinamento stesso e con la chiamata dell'agnato *ex lege* e che, d'altronde, il *suus* reale era comunque erede (*nudum nomen heredis*), essa fu portata ad ammettere, forse sulla base dell'*uti legassit*, la possibilità di escludere (*exheredatione remove*) il *suus* dalla successione legittima»: in questo capitolo proverò a dimostrare che il testatore avrebbe potuto nominare erede un estraneo già all'epoca delle antiche forme pubbliche di testamento, previa eliminazione della qualità di *heres* dai soggetti *in potestate*, in tal modo diversamente regolamentando l'ordine della successione rispetto alla sequenza prevista dalla legislazione decemvirale, e proprio in forza della norma *uti legassit*, secondo quella dinamica che già risulta intuita ed esplicitata da

rimasto sostanzialmente immutato, al pari dell'originaria libertà di disporre per testamento, sino all'ultimo secolo della repubblica: durante tutto questo lungo periodo si sarebbe precisato solo il regime formale in forza del quale i *sui heredes* non avrebbero potuto essere ignorati nel testamento medesimo, dovendo risultare istituiti eredi o, appunto, diseredati, al fine di evitare il pericolo di *praeteritio*, le cui concrete conseguenze vengono ricordate da Cicerone, quando rammenta nel *De oratore* (1.38.175) la questione sottoposta al tribunale centumvirale, chiamato a pronunciarsi sul quesito '*possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*' da quel figlio militare il cui padre, credendolo erroneamente morto in guerra, mutò il testamento, istituendo erede un estraneo, essendo poi il testatore deceduto una volta ritornato a casa il figlio medesimo sano e salvo, e nulla più avendo disposto proprio in merito a quel figlio creduto defunto.

L'episodio è ricordato anche da Valerio Massimo (*mem.* 7.7.1):

Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, inprudencia alienorum domum sibi clausam repperit: quid enim illis inverecundius? florem iuventae pro re publica absumperat, maximos labores ac plurima pericula toleraverat, adverso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut avitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.

Sulla base delle menzionate testimonianze di Cicerone e di Valerio Massimo potrebbe sostenersi che il principio si sia affermato in età repubblicana avanzata, proprio nella prassi del tribunale centumvirale; l'idea è stata effettivamente sostenuta in dottrina ancora in tempi recenti: tuttavia già nel 1927 Emilio Costa, rilevando altresì l'affermazione del ruolo del *suius* nella *familia*, argomentava con limpide osservazioni in merito alla risalente esistenza della «norma che richiedeva, per la validità di un testamento in cui fossero istituiti eredi degli estranei, la contestuale *exheredatio* del figlio *suius heres*»⁴⁸⁰, precisando inoltre, proprio con riguardo al caso concreto, che «la ricognizione ed applicazione della detta regola poteva essere inceppata soltanto dal fatto che il testatore non si fosse trovato in condizione d'aver presenti i termini veri, dei

ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, cit., p. 151, quando afferma che il principio della necessaria istituzione o diseredazione dei *sui* «accenna ad una qualità di *heres* che appartiene in proprio al figlio di famiglia, e di cui deve essere formalmente spogliato perché possa esserne rivestito un estraneo». In termini analoghi, cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 371.

⁴⁸⁰ Cicerone *giureconsulto*, I, cit., p. 230.

quali nella sua disposizione doveva tener conto. E le difficoltà incontrate dal figlio per far pronunciare dai centumviri la nullità del testamento paterno, di contro agli estranei che vi erano istituiti, dipesero per molta parte dalla *improbitas* di costoro. Ma la piena fondatezza del suo diritto, che riposava sopra la detta norma, non già sopra un principio nuovo e formale, finì per trionfare presso le varie sezioni del tribunale, innanzi alle quali si trovò impegnato a farlo valere».

E' peraltro indubitabilmente pacifica la maggiore antichità, rispetto all'epoca della media e tarda repubblica, delle espressioni '*exheredare*' ed '*exheres*': all'epoca di Plauto, infatti, esse sono in uso a tal punto nel linguaggio comune, con un significato coincidente con quello del lessico tecnico-giuridico, da venire utilizzate con una disinvoltura che raggiunge i vertici del paradossale, al punto che nella *Mostellaria*, Filolachete – che da giovane diligente e studioso si è trasformato, in assenza del padre Teopropide, in uno spendaccione dissoluto e gozzovigliatore – non solo si innamora della flautista prostituta Filemazia e si indebita con l'usuraio Misargiride per liberarla, ma arriva addirittura a bramare di avere la notizia della morte del padre per diseredarsi e fare erede l'amata di tutti i suoi beni (vv. 233-234: '*Utinam nunc meus mortuos pater ad me nuntietur, / ut ego exheredem meis bonis me faciam atque haec sit heres*'); nelle *Bacchidi*, inoltre, l'arrogante soldato Cleomaco, *dominus* della prostituta Bacchide, amata dal giovane Mnesiloco, irrompe in scena minacciando di sbudellare il giovane e farlo (v. 849) '*exheredem vitae suae*'.

Anche nel linguaggio comune, dunque, e – sulla base delle riferite espressioni presenti nelle commedie plautine – almeno a far data dalla metà del terzo secolo a.C., l'espressione '*exheredem facere*' era plasticamente correlata ad una pregnante idea di privazione estrema: delle sostanze ereditarie e addirittura, iperbolicamente, della propria vita. A tale proposito risulta fortemente suggestivo il passaggio di un'orazione di Quinto Metello Numidico, censore nel 102 a. C., nei termini riportati nelle *Noctes Atticae* (1.6.8):

Verba Metelli haec sunt. 'Di immortales plurimum possunt; sed non plus velle nobis debent quam parentes. At parentes, si pergunt liberi errare, bonis exheredant. Quid ergo nos ab immortalibus dissimilius exspectemus, nisi malis rationibus finem facimus? Is demum deos propitios esse aecum est, qui sibi adversarii non sunt. Dii immortales virtutem adprobare, non adhibere debent'.

Non si ripeterà mai a sufficienza quale preziosissima fonte di informazioni risulti in più occasioni essere Gellio. Nel riferito testo dell'orazione è espressa l'esortazione a non aspettarsi dagli dei immortali, che molto possono, una benevolenza maggiore rispetto a quella dei propri genitori: conseguentemente, se la reazione genitoriale alla persistenza nell'errore dei figli si traduce nella

diseredazione (*At parentes, si pergunt liberi errare, bonis exheredant*), viene posta la domanda retorica in merito a quale potrà essere la reazione della divinità nella medesima situazione. Lo stesso Cicerone, nel raffigurare la «gerarchia dei doveri», pone quelli verso i genitori ai gradi più alti, subito dopo quelli verso gli dei immortali e verso la patria⁴⁸¹.

Per quello che qui interessa, si deve rilevare la persistenza dell'idea di punizione estrema correlata alla diseredazione, rappresentante quella che oggi chiameremmo un'esclusione radicale delle aspettative successorie dei discendenti gravemente irriguardosi nei confronti dei genitori, e praticamente consistente in un'abominazione di questi ultimi, in una *detestatio*, appunto. Ora, è noto il riferimento, nelle fonti romane, ad un istituto denominato *sacrorum detestatio*, solitamente presentato in maniera completamente diversa dalla lettura che vorrei provare a fornire⁴⁸².

2. I profili di disciplina della 'sacrorum detestatio' secondo le interpretazioni dominanti in dottrina

La *sacrorum detestatio* viene comunemente presentata dalla moderna dottrina, che segue un'ipotesi formulata dal Savigny⁴⁸³, come l'abbandono dei *sacra* fa-

⁴⁸¹ Cfr. Cic., *off.* 1.17.57, 1.45.160.

⁴⁸² Per una prima elaborazione del tema, cfr. P. ARCÉS, *Note in tema di sacrorum detestatio*, in «Diritto@Storia», V, 2006, (*estr.* consultabile sul sito internet di tale rivista), p. 1 ss.

⁴⁸³ F.C. VON SAVIGNY, *Üeber die juristische Behandlung der sacra privata bei den Römern und über einige damit verwandte Gegenstände*, in «ZGR.», II, 1815-1816, p. 362 ss., p. 401 ss.: la si ritrova in T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1 (1886), rist. Basel, 1952, trad. fr. – *Le droit public romain* –, VI.1, Paris, 1889, p. 41 s., G. WISSOWA, *Religion und Kultur der Römer*², München, 1912, p. 401, nt. 8, p. 512, C.G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund-Leipzig, 1912, p. 137, nt. 1, M. KASER, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p.181 nt. 18, p. 342 nt. 39 e p. 343 nt. 45, G. HUMBERT, sv. *detestatio sacrorum*, in «Dictionnaire des antiquités graecques et romaines», cit., II.1, Paris, 1892, p. 113, J. PAOLI, *Le testament 'calatis comitiis' et l'adrogation d'Octave*, in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962, p. 541 s., L. LANGE, *Römische Alterthümer*, I (1876), rist. Hildesheim - New York, 1974, p. 132 ss., e G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque. Avec un appendice sur la religion des étrusques*², Paris, 1973, trad. it – *La religione romana arcaica. Miti leggende realtà della vita religiosa romana con un'appendice sulla religione degli etruschi* –, Milano, 2001, p. 528 («Il passaggio da una *gens* all'altra comportava una *detestatio sacrorum*, una pubblica rinuncia ai *sacra*, che si compiva nei *comitia calatis*): la celebrazione dell'*adrogatio* innanzi agli stessi comizi che parrebbero essere gli stessi innanzi ai quali si celebrava il testamento ha portato a sottolineare accostamenti che sono parsi estremamente significativi a SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 233: «Posto, infatti, che la forma originaria di testamento era il *testamentum calatis comitiis* (il quale, come sappiamo, aveva luogo davanti ai comizi curiati) non è trascurabile o casuale coincidenza la circostanza che anche l'adozione di un *paterfamilias*, ossia l'arrogazione, avesse luogo avanti i comizi medesimi e che sempre da-

miliari, mediante una rinuncia solenne e pubblica. Verosimilmente tra il periodo monarchico e protorepubblicano⁴⁸⁴, avrebbe costituito il presupposto necessario (o, comunque, una ineliminabile formalità), da attuarsi sotto il controllo dei pontefici, per il «transito» ai *sacra* di un'altra *gens*⁴⁸⁵, e cioè uno

vanti ai comizi curiati si compisse la *detestatio sacrorum*, cerimonia religiosa – o piuttosto negozio di diritto sacro – di contenuto non ben noto, ma, data la connessione dei *sacra* con la *familia*, indubbiamente collegata con l'arrogazione e verosimilmente anche con il testamento». Cfr., inoltre, TALAMANCA, *Istituzioni.*, cit., p. 126, FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., p. 61 – «La procedura dell'*adrogatio*, che in antico comportava la presenza dei *comitia curiata (calatis comitiis)* presieduti dal *pontifex maximus*, prevedeva la *detestatio sacrorum*, cioè la rinuncia ai propri *sacra familiaria* (e *gentilia*) che si estinguevano a seguito di un rituale a noi ignoto» – e MAIURI, *Sacra privata*, cit., p. 123 ss.

⁴⁸⁴) Cfr. F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, in «SDHI.», XLV, 1979, p. 544.

⁴⁸⁵) Come già rilevava Einuccio. Cfr., infatti, J.G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum. In quo nulla Juris Romani atque Auctorum Veterum loca explicantur & illustrantur. Tomus primus. Accedit vita Jo. Gottl. Heineccii a Jo. Chr. Gottl. Heineccio ejus Filio conscripta. Editio caeteris Italicis. Longe auctior & castigatior.* Neapoli, MDCCLXIV, Prostant Venetiis Apud Jo. Baptistam Pasquali. Superiorum Venia, ac privilegio, p. 213: «Pontificum vero auctoritate opus videbatur, non ob jurisjurandi religionem, quo adrogatio ab omni calumnia & fraude pura praeretur, (...) sed quia adoptivi, relictis sacris familiae, in alterius gentis sacra transitabant». Cfr., inoltre, M. KASER, *Römisches Privatrecht*¹⁷, München, 2003, p. 380, dove il compimento della *detestatio sacrorum* è presentato in termini di necessaria preliminarità all'atto successivo (e contestuale) dell'*adrogatio*: «Dem Beschluss geht ein Akt voran, mit dem sich der Anzunehmende vor der Versammlung von seinen bisherigen Hausheiligtümern löst (*detestatio sacrorum*)». M. CAREDDU, *La «sacrorum detestatio» nel diritto romano*, in «Studi C. Fadda», I, Napoli, 1906, p. 393, riferisce come la *communis opinio* della dottrina ai primi del Novecento parli di essa come di una formalità sacrale complementare all'*adrogatio*. Eppure, ancora in tempi recenti, cfr. J. ZABLOCKI, *Appunti sulla «sacrorum detestatio»*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 525 il quale esordisce sottolineando la poca chiarezza caratterizzante l'istituto che TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 126, ritiene essere «per noi poco più di un nome»; BRETONE, *Storia*, cit., p. 110, pur non facendo espresso riferimento alla *sacrorum detestatio*, rileva come l'*adrogatio*, assieme al *testamentum calatis comitiis*, «non erano irrilevanti sul piano religioso, perché determinavano il destino dei culti familiari». Inoltre va ricordata l'ipotesi per cui anche la donna sposata (*cum manu*) dovesse celebrare la *detestatio sacrorum*, uscendo dal proprio gruppo familiare in occasione del matrimonio: cfr. E. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, I, Paris, 1891, p. 217: «La femme qui se mariait hors de sa *gens* devait être détachée du groupe dont elle faisait partie et rattachée à la *gens* de son mari. Il fallait pour cela une *sacrorum detestatio*, comme dans l'*adrogation*. C'est là ce qui explique la présence du grand pontife, les paroles solennelles que l'on avait à prononcer; c'est aussi pour ce motif qu'il était question de la *confarreatio* dans les commentaires des pontifes»; cfr. anche J. ZLINSKY, «*Familia pecuniaria*», in «Index», XXVI, 1988, p. 36 ss. Questa lettura, che ha portato all'accostamento tra *sacrorum detestatio* e *coemptio sacrorum interimendorum causa* (cfr. in questo senso O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 98) non ricostruisce comunque l'istituto di cui ci stiamo occupando in maniera diversa da come viene presentato e interpretato dalla dottrina oggi dominante in rapporto all'*adrogatio*, così che anche per essa potrà valere la *pars destruens* riservata in questo scritto all'interpretazione oggi dominante della *sacrorum detestatio*.

degli elementi caratterizzanti l'*adrogatio*. Di tale antichissima *species adoptionis* – già presa in considerazione nel paragrafo conclusivo del precedente capitolo, e pressoché pacificamente ritenuta anteriore alla legge delle XII Tavole – sono ben note le informazioni fornite da Gaio e da Gellio:

Gai., *inst.* 1.98: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris.*

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 eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in protestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineat, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis pronepos proneptis.*

100. *Et quidem illa adoptio quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet.*

101. *Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumve etiam feminae solent adoptari.*

102. *Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si iusta causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Apud praetorem vero et in provinciis apud proconsulem legatumve cuiuscumque aetatis personas adoptare possumus.*

103. *Illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.*

104. *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in protestate habent.*

105. *Item si quis per populum sive apud praetorem vel apud praesidem provinciae adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare.*

106. *Sed et illa quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est.*

107. *Illud proprium est eius adoptionis quae per populum fit, quod is qui liberos in protestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.*

Gell., *noct. Att.* 5.19.1. *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum. [2.] Quod per praetorem fit, 'adoptatio' dicitur, quod per populum, 'arrogatio'. [3.] Adoptantur autem, cum a parente, in cuius protestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur; [4.] adrogantur hi, qui, cum sui iuris sunt, in alienam sese potestate tradunt eiusque rei ipsi auctores fiunt. [5.] Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; [6.] nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae 'curiata' appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiosae adpetita sint, consideratur, iusque iurandum a*

Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. [7.] Sed adrogari non potest, nisi iam vesticeps. [8.] 'Adrogatio' autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit.

[9.] Eius rogationis verba haec sunt: 'Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo'.

[10.] Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis protestate non est, adrogari possunt: quondam et cum feminis nulla comitorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae dictioni subiciant. [11.] Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidam iure posse Masurius Sabinus scripsit. [12.] Sed id neque permitti dicit neque permittendum esse umquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant'. [13.] 'Alioquin' inquit 'si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest. [14.] Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse.

[15.] Animadvertimus in oratione P. Scipionis, quam censor habuit ad populum 'de moribus', inter ea, quae reprehendebat, quod contra maiorum instituta fierent, id etiam eum culpavisse, quod filius adoptivos patri adoptatori inter praemia patrum prodesset. [16.] Verba ex ea oratione haec sunt: 'In alia tribu patrem, in alia filium suffragium ferre, filium adoptivum tam procedere, quam si se natum habeat; absentis censer iubere, ut ad censum nemini necessus sit venire'.

L'*adrogatio*, individuata e qualificata da Gaio '*adoptio populi auctoritate*', viene distinta dall'*adoptio imperio magistratus, veluti praetoris*⁴⁸⁶: era tramite essa che a Roma, e solo a Roma, si poteva adottare – e quindi assoggettare alla propria *patria potestas*, unitamente alle persone⁴⁸⁷ e cose⁴⁸⁸ eventualmente sottoposte alla potestà dell'adottando – un individuo *sui iuris*, mediante un rito solenne che prevedeva una triplice interrogazione: l'etimologia stessa della denominazione dell'istituto viene ricondotta da Gellio (5.19.8) alla triplice *rogatio*, riportata

⁴⁸⁶ Quest'ultima poteva celebrarsi anche in provincia (Gai., *inst.* 1.100), poteva riguardare anche le donne (Gai., *inst.* 1.101) e rendeva possibile l'adozione di persone di qualunque età (Gai., *inst.* 1.102), non ponendosi quindi i problemi di adottabilità dell'impubere che invece caratterizzarono l'*adrogatio*.

⁴⁸⁷ Gaio (*inst.* 1.107) precisa che questa è una delle caratteristiche tipiche dell'*adrogatio*: *Illud proprium est eius adoptionis quae per populum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.*

⁴⁸⁸ Cfr. Gai., *inst.* 3.83: *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit ... omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debita sunt, patri adoptivo ... adquiruntur, exceptis his quae per capituli deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertinorum quae per insiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio.*

nei suoi precisi termini⁴⁸⁹, del pontefice che presiedeva i comizi curiati, il quale, in «un dialogo solenne tra i soggetti interessati»⁴⁹⁰, chiedeva al *pater adrogans* se volesse l'adottando come suo figlio legittimo, all'adottando se intendesse subire ciò⁴⁹¹, e, infine, al popolo⁴⁹², sulla sua volontà di autorizzare il compimento dell'atto. Elementi caratterizzanti erano la solennità del rito, introdotto dalla convocazione dei comizi curiati da parte dei pontefici⁴⁹³, la rigorosa istruttoria preliminare, attraverso la quale valutare la congruità dell'età dell'adottante, la sua eventuale incapacità ad aver figli, l'assenza, in costui, di eventuali bramosie nei confronti del patrimonio dell'adottando, e la conclusione del rito medesimo con il solenne giuramento dell'adottante secondo l'apposita formula prescritta, probabilmente, dal pontefice massimo Quinto Mucio⁴⁹⁴. L'istruttoria era particolarmente rigorosa, soprattutto nel caso in cui fosse parte un impubere. A tal proposito, va sottolineato che la possibilità per un impubere di essere arrogato (al pari di una donna) è esclusa espressamente da Gellio, che ne qualifica la condizione come decisamente ostativa a questo tipo di adozione, così come l'ipotesi dell'arrogazione del pupillo da parte del tutore (l'*aucloritas* del quale, infatti, non arriva a consentirgli di sottoporre all'altrui *potestas* una persona libera affidata alla sua protezione).

La versione di Gaio relativa agli impuberi è decisamente più possibilista: infatti se, con riguardo alle donne, condivide la medesima posizione di Gellio (esse non potevano adrogare sia perché, come riferito dallo stesso Gaio, non avevano in potestà nemmeno i propri figli naturali, sia perché, come ricordato da Gellio, non erano ammesse a partecipare a quei comizi al cospetto dei quali si compiva l'*adrogatio* stessa⁴⁹⁵), si sarebbe tuttavia vagliato caso per caso, anche

⁴⁸⁹) *Noct. Att.* 5.19.9.

⁴⁹⁰) SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 246.

⁴⁹¹) Il che avrebbe comportato una *capitis deminutio minima*.

⁴⁹²) Popolo che in questo caso, volendo utilizzare un'espressione mutuata dalla terminologia giuridica moderna, era presente in funzione deliberante. SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 246, osserva che «*iubere* non vuol dire, qui, comandare, bensì autorizzare».

⁴⁹³) All'uopo appositamente convocati, stando a quanto può desumersi dal riportato passo di Gellio, quando si sottolinea che le *adrogationes* «*non temere nec inexplorate committuntur*».

⁴⁹⁴) Ancora una volta è il passo di Gellio già preso in considerazione che ci permette di formulare questa congettura. Cfr., inoltre, D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 125, dove si indica il giuramento dell'adrogante come «prova della sua lealtà», e ciò per frenare quell'involuzione dell'istituto per cui «si sceglieva di arrogare per procurarsi un *filius*); ma anche, sovente, per impossessarsi del suo patrimonio».

⁴⁹⁵) Probabilmente, per questo motivo, si preferì anche evitare che le donne potessero essere adrogate per mezzo dell'*adoptio populi auctoritate*: tuttavia in età classica, e sicuramente con Diocleziano, essendosi diffusa la meno complessa forma dell'*adrogatio per rescriptum principis*, anche una donna potrà adrogare o essere adrogata. Cfr. CI. 8.47.6 del 293, oltre che l'espressa affermazione in tal senso contenuta nel passo riportato in *Iust. inst.* 1.11.1.

sulla base dei criteri contenuti in un'*epistula* rivolta ai pontefici da parte dell'imperatore Antonino, la possibilità di adrogare un impubere.

Più in generale, si può ritenere che quella sorta di rigorosa istruttoria preliminare precedente il rito dell'*adrogatio* era intesa nel senso di una verifica dell'opportunità dell'adozione, e non (anche) di un'analisi della sussistenza di un tassativo elenco di requisiti la cui presenza o assenza ne avrebbe, a seconda dei casi, validamente consentito o irrimediabilmente compromesso la realizzazione. Venivano dunque presi in considerazione importanti aspetti quali la differenza d'età tra l'adottando e l'adottante, o l'eventuale incapacità a procreare da parte di quest'ultimo, il quale, inoltre, non doveva essere mosso dal compimento dell'atto dal desiderio di appropriarsi dei beni dell'adottando: va ribadito, infatti, che la conseguenza patrimoniale dell'assoggettamento di un *pater familias* alla *potestas* di un altro *pater familias* comportava altresì l'assoggettamento di persone e cose⁴⁹⁶, che già si trovavano sotto la *potestas* dell'adottando, alla *potestas* del *pater adrogans*, al quale pure si trasmettevano i crediti, ma non anche i debiti, che invece si estinguevano⁴⁹⁷, facenti capo al soggetto adrogato, realizzandosi così una vera e propria ipotesi di successione universale *inter vivos*⁴⁹⁸. Gellio riporta altresì l'opinione di Masurio Sabino in forza della quale era ritenuta valida l'adozione di liberti da parte di uomini liberi, ma si escludeva che, attraverso l'adozione, ai liberti fosse consentito usurpare i diritti degli uomini liberi: il rispetto di questo antico precetto, in merito al quale Sabino assicura la testimonianza di molti autori, consentiva persino l'adozione del servo da parte del padrone. Concludendo la sua presentazione delle diverse forme di adozione, Gellio rammenta di aver notato che Publio Scipione, nel discorso *Sui costumi*, tenuto innanzi al popolo nella sua qualità di censore, riprovava, tra le altre cose, il fatto che i figli adottati profitassero dell'adozione medesima per impossessarsi dei vantaggi correlati alla paternità, e si premura di riportare un brano del discorso in questione.

Mi sembra che l'analisi della cospicua serie di dati desumibili dai riferiti testi di Gaio e di Gellio porti a dissentire da quella posizione, rinvenibile in letteratura⁴⁹⁹, in forza della quale ciò che sarebbe detto da Gellio, risulterebbe omesso in Gaio, e viceversa, sulla base della eterogeneità dei percorsi culturali che conducono al II secolo d.C., così come evincibili dalle testimonianze dell'antiquario e del giurista. In particolare, mi sembra discutibile, almeno per un duplice ordine di considerazioni, l'idea per cui Gellio mostrerebbe «di non

⁴⁹⁶ Cfr. Gai., *inst.* 3.83.

⁴⁹⁷ Ma, al fine di evitare facili collusioni, vi furono interventi pretori sin dal I secolo a.C.; cfr. GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 548, e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 126 s.

⁴⁹⁸ Cfr. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 235., e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 126 s.

⁴⁹⁹ Cfr. quanto affermato da D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 127 ss.

credere che l'*adrogatio* sia *species adoptionis*»⁵⁰⁰ per il semplice fatto che egli conduce una puntuale comparazione, sottolineandone le differenze, tra *adrogatio* e *datio in adoptionem*: in primo luogo, la classificazione per genere e differenza specifica, effettuata mediante l'individuazione di tratti distintivi e precipui delle singole *species* riconducibili ad un unico *genus*, era prassi normale della tradizione retorica, di certo non sconosciuta a Gellio. In secondo luogo, è lo stesso Gellio ad affermare testualmente⁵⁰¹ che tanto l'*adoptio* (in senso stretto) quanto l'*adrogatio* permettono ad estranei di entrare, come figli, in un'altra *familia*: il che mi pare proprio la presentazione di due *species* riconducibili ad un medesimo *genus*⁵⁰². Non mi sembra poi conferente l'enunciazione del dato, ricordato da Gellio e omesso da Gaio, relativo alla riconducibilità a Quinto Mucio del giuramento imposto al *pater adrogans*, quale prova della sua fedeltà: molto più banalmente di quanto si è sostenuto, infatti, è probabile che la fonte gelliana fosse più articolata in merito al relativo punto.

Gaio risulta decisamente più preciso nel riferire l'organizzazione del rito svolto innanzi ai comizi; Gellio, invece, si premura di diffondersi maggiormente sull'illustrazione delle ragioni di opportunità che si ritenevano necessario presupposto per la celebrazione dell'adozione. A tal proposito, va rilevato che la considerazione dell'impossibilità, da parte dell'aspirante *pater adrogans*, di non aver figli è solo uno degli aspetti presi in considerazione, ed elencati da Gellio nella sua esposizione, all'esito della quale non si precisa se l'elenco sia semplicemente esemplificativo o rigorosamente tassativo: una differenziazione di tal fatta sarebbe stata fondamentale, dato che la sua assenza ha senz'altro contribuito a suggestionare il fervore esegetico degli interpreti, nei termini riferiti. In verità, deve sottolinearsi che l'elencazione gelliana comprende aspetti decisamente eterogenei, la cui contestuale sussistenza non doveva evidentemente concorrere con pari efficacia alla formulazione di un giudizio di ammissibilità sul compimento del rito: e così, ai fini della valida celebrazione di quest'ultimo, con ogni probabilità si sarà intesa come altamente opportuna l'assenza di una bramosia dell'*adrogans* nei confronti dei beni dell'*adrogando*, ma non anche l'impossibilità del primo ad avere figli.

Non è dato rinvenire nelle fonti, infatti, un divieto espresso per il *pater*

⁵⁰⁰) D'ORTA, *loc. ult. cit.*

⁵⁰¹) Cfr. Gell., *noct. Att.*, 5.19.1-2: *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum. Quod per praetorem fit, 'adoptatio' dicitur, quod per populum, 'arrogatio'.*

⁵⁰²) Per non parlare del lemma introduttivo di *noct. Att.*, 5.19, peraltro riferita dallo stesso D'ORTA, *op. cit.*, p. 124, che testualmente recita *'Quid sit adoptatio, quid item sit adrogatio, quantumque haec inter se differant; verbaque eius quae qualiaque sint, qui in liberis adrogandis super ea re populum rogat'*, e che non fa altro che confermare tale impressione.

con figli di procedere ad un'*adrogatio*. Al massimo, sulla base di quello che scrive Gellio – e col conforto di quanto riportato da Gaio a proposito dell'indiscussa possibilità, concessa a chi non fosse in grado di generare figli, di ricorrere a qualsiasi tipo di adozione⁵⁰³ – sarebbe stato giudicato più opportuno concedere ad un uomo senza figli, anziché ad uno dotato di prole, di ricorrere all'*adrogatio*, il compimento della quale aveva indubbe ripercussioni sull'assetto della *civitas*, che assisteva all'estinzione di una *familia*, quella appunto dell'*adrogando*, correlata ad un'inevitabile spostamento della ricchezza a favore (di quella) del *pater adrogans*. E' comunque fondamentale rilevare che, con l'eccezione, peraltro non conferente, che verrà subito presentata, non una parola viene spesa per creare, se non proprio una sovrapposizione, quantomeno una correlazione tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis* nel senso riferito da quel convincimento dottrinario – già più volte menzionato, discusso e rifiutato – che sostiene la coincidenza di questi due atti: tale affermazione, priva del supporto di riferimenti testuali, e basata solo in forza di generici rinvii della dottrina moderna ad «opinioni molto accreditate», può trovare un riferimento, tanto fugace quanto inconsistente, proprio nel riferito passo di Gellio, ma a condizione di fargli dire più di quanto effettivamente dica: a condizione, cioè, che si interpreti la riferita elencazione gelliana come la presentazione di un elenco tassativo dei requisiti che dovevano sussistere in capo al(l'aspirante) *pater adrogans* perché costui potesse validamente procedere all'*adrogatio*. E, come abbiamo visto, sostenere una posizione del genere, se non proprio inaccettabile, è quantomeno poco credibile. Nelle Istituzioni di Gaio, del resto, il collegamento tra *adrogatio* e *testamentum* è effettuato più che altro per considerare i profili di invalidità del testamento, tanto con riguardo a quello disposto dall'adottante, quanto a quello dell'adottato:

Gai., *inst.* 2.138: Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum, qui sui iuris est, aut per praetorem eum, qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.

Gai., *inst.* 2.147: Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt. nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. nam si ideo inritum factum sit testamentum, quod puta civitatem vel etiam libertatem testator amisit aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

⁵⁰³) Cfr. il riferito passo, contenuto in Gai., *inst.* 1.103.

E' altresì agevole constatare come, nella descrizione del rito dell'*adrogatio*, oltre che nei paragrafi delle Istituzioni di Gaio appena riferiti, manchi il benché minimo accenno al compimento della *sacrorum detestatio*. Ad essa invece si fa riferimento in un altro passo dell'opera gelliana, che in parte si è già considerato nel precedente capitolo, e che conviene ora esaminare nella sua interezza:

15.27.1 In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere *calata* comitia esse, quae pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. [2]. Eorum autem alia esse *curiata*, alia *centuriata*; *curiata* per licorem *curiatum calari*, id est *convocari*, *centuriata* per cornicinem.

[3]. 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 adhiberetur.

[4]. In eodem Laelii Felicis libro haec scripta sunt: 'Is qui non universum populum, sed partem aliquam adesse iubet, non *comitia* sed *concilium* edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios neque ad eos referre ulla de re possunt. Ita ne *leges* quidam proprie, sed *plebiscita* appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patrici non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset omnes Quirites tenerentur'. [5]. Item in eodem libro hoc scriptum est: 'Cum ex generibus hominum suffragium feratur, *curiata* comitia esse; cum ex censu et aetate, *centuriata*; cum ex regionibus et locis *tributa*; *centuriata* autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit. Propterea *centuriata* in campo Martio haberi exercitumque imperari presidii causa solitum, quondam populus esset in suffragiis ferendis occupatus'⁵⁰⁴.

Tutte le diverse letture che si sono fornite dell'istituto della *sacrorum detestatio* non hanno potuto prescindere da questo passo in cui Gellio attinge dall'opera di Lelio Felice, riportando quei brani che attualmente si ritengono essere ciò che di essa ci rimane⁵⁰⁵, e indica, sulla base delle indicazioni di Labeone in essa riportate, le differenze, a cui già si è fatto cenno nel capitolo precedente, tra i vari tipi di *comitia*. In particolare, come si è già accennato nell'ultimo paragrafo del precedente capitolo, si rammenta come i *comitia calata* erano quelli tenuti in presenza del collegio dei pontefici per procedere alla *inauguratio* del *rex sacrorum* o dei *flamines*, precisandosi altresì che i *comitia calata* si distinguevano in '*curiata*' e '*centuriata*', e che l'una e l'altra tipologia erano soggette a di-

⁵⁰⁴) Noct. Att. 15.27.

⁵⁰⁵) E che avrebbe dovuto, stando al testo preso in considerazione, comporsi di almeno due libri: cfr. SCHULZ, *Storia*, cit., p. 363, e A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 160 e nt. 22.

verse modalità di convocazione, provvedendovi per le prime il littore curiato, e per le seconde il suonatore di corno.

I *comitia calata*, inoltre, vengono indicati come le assemblee deputate anche alla realizzazione della *sacrorum detestatio* e dei testamenti (*Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant*). Subito dopo questa indicazione, nel testo gelliano si apre una digressione sulle diverse forme di testamento, dove, come ho già rilevato, si rammenta che il *testamentum calatis comitiis* avveniva *'in populi contione'*, per poi riprendere a citare testualmente dall'opera di Lelio Felice, nella parte in cui si pone la differenza tra *comitia* e *concilia*, specificandosi che questi ultimi sono quelle assemblee in cui viene convocata una parte soltanto del popolo. Anche in questo punto si apre una digressione sull'incapacità dei tribuni della plebe a convocare i patrizi, o a riferire loro su qualsiasi questione, e si pone l'accento sull'originaria inefficacia dei plebisciti nei confronti dei patrizi, sino al cambiamento introdotto con l'approvazione della *lex Hortensia*⁵⁰⁶.

Il testo del ventisettesimo capitolo procede, poi, con un'ulteriore citazione testuale da Lelio Felice, nella parte in cui si continuano ad evidenziare le differenze tra le diverse assemblee comiziali a seconda della tipologia di voto propria di ciascuna di esse: nei *comitia curiata* il voto si esprimeva per classe di persone (*ex generibus hominum suffragium*); nei *comitia centuriata*, invece, esso si esprimeva in base al censo e all'età; infine, nei *comitia tributa* la votazione si esprimeva secondo le tribù distrettuali di appartenenza (*ex regionibus et locis*).

La conclusione del capitolo continua ad essere affidata alla citazione del medesimo passo di Lelio Felice, dove si specificano ulteriori peculiarità dei *comitia centuriata*, e cioè l'impossibilità della loro convocazione all'interno del pomerio (poiché l'esercito deve radunarsi fuori della città, essendo illecita la sua convocazione all'interno dell'Urbe), e l'individuazione nel Campo Marzio del luogo deputato ad ospitare tali comizi e le relative votazioni.

Si sono sottolineate le numerose oscurità⁵⁰⁷ che il ventisettesimo capitolo del quindicesimo libro delle *Notti Attiche* presenta, ponendosi in dubbio che tutte le informazioni in esso contenute risalgano, per il tramite di Lelio Felice, a Labeone. Mette appena conto rilevare, infatti, come nel passo in esame la difficoltà esegetica consista nel distinguere le stratificazioni di pen-

⁵⁰⁶) Fatta approvare nel 287 o 286 a.C., alla fine della secessione della plebe, dal dittatore Quinto Ortensio: come è noto, con essa si stabilì che i plebisciti avrebbero avuto efficacia vincolante anche nei confronti dei patrizi: cfr. BERGER, sv. *'Lex Hortensia de plebiscitis'*, in «Encyclopedic Dictionary», cit., p. 553, GUARINO, *Storia*, cit., p. 275 s., e G. MANCUSO, *Profilo pubblicistico del diritto romano*, I, Catania, 2002, p. 139 ss.

⁵⁰⁷) Cfr. ad es. DAVERIO, *op. cit.*, p. 530 s.

siero (e di scrittura) proprio di Lelio Felice⁵⁰⁸ e dello stesso Gellio. Peraltro, in quanto alla fonte gelliana, e cioè il commentario di Lelio Felice a Quinto Mucio, si è affermato che «resta dubbio se l'opera avesse carattere giuridico oppure antiquario e aneddótico»⁵⁰⁹: per quanto autorevole, naturalmente, questa affermazione non può andare oltre il campo delle congetture, visto che, come affermato, il più ampio passo di Lelio Felice di cui attualmente disponiamo è proprio quello presentato nel riferito capitolo delle *Notti Attiche*, e ben poco si può dire di questo giurista del II secolo.

E' noto, infatti, come già il Lenel⁵¹⁰ non poteva far altro che congetturare circa la coincidenza tra il Lelio Felice da cui attinge Gellio, e il tal Lelio 'qui in digestis laudatur': il riferimento è a due passi della medesima opera di Paolo in cui si cita un Lelio che, in un caso, avrebbe approvato l'impostazione seguita dallo stesso Paolo, e contraria a quella di Aticinio, relativamente alla eventualità della restituzione del legato conseguito dal legatario che avesse poi promosso, per errore e non temerariamente, la *petitio hereditatis*⁵¹¹. In un altro caso il riferimento è molto più aneddótico, dato che si parla di un Lelio che avrebbe scritto di aver visto nel Palatino una donna libera, proveniente da Alessandria per essere presentata all'Imperatore Adriano, che aveva cinque figli, dei quali quattro sarebbero stati partoriti contemporaneamente, e il quinto dopo quaranta giorni⁵¹². Vi è stato addirittura chi ha preso in considerazione l'ipotesi dell'identificazione di Lelio Felice con Gaio⁵¹³: ma, pur ricordando che il giurista antoniniano gode di una certa tradizione nell'essere identificato con qualcun altro⁵¹⁴, va rilevato come le argomentazioni addotte per identificarlo con Lelio Felice risultino veramente labili, poco suggestive e in un caso addirittura smentite dallo stesso dato testuale invocato per supportarle.

A tal proposito si è infatti affermata la «coincidenza fra un brano di Lelio

⁵⁰⁸) Che riporta, non si sa con quanta precisione, le informazioni tratte da Labeone.

⁵⁰⁹) SCHULZ, *Storia*, cit., p. 363. E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 16 nt. 33, dubita che l'opera di Lelio Felice costituisca un precedente rispetto all'*ad Quintum Mucium* di Pomponio.

⁵¹⁰) *Palingenesia*, I, cit., c. 557 n. 1 e nt. 1.

⁵¹¹) Cfr. D. 5.3.43 (Paul. 2 *ad Plaut.*).

⁵¹²) Cfr. D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

⁵¹³) G. SCHERILLO, *Adnotationes gaiane. 3. Il nome di Gaio*, in «Antologia giuridica romanistica e antiquaria», I, 1968, p. 84 ss. Questa interpretazione veniva già accennata nel 1967 dall'autore in *Appunti sul testamento in procinctu*, cit., p. 234 e nt. 7.

⁵¹⁴) Cfr. W. KUNKEL, *Die Römische Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, (1967), Köln-Weimar-Wien, rist. 2001, p. 186 ss.; non si può inoltre dimenticare la «ricostruzione radicale» proposta da D. PUGSLEY, *Gaius or Sextus Pomponius*, in «RIDA», XLI, 1994, p. 539 s., ora in *Justinian's Digest and the Compilers*, Exter, 1995, p. 89 s., in forza della quale Gaio e Pomponio sarebbero la stessa persona: ipotesi giudicata «praticamente inservibile» da STOLFI, *Studi*, II, cit., p. 30, nt. 39.

Felice in G.» (*scilicet*: Gellio) «e uno tratto dalle Institutiones gaiane»⁵¹⁵, accostando, proprio per evidenziare visivamente tale ipotizzata coincidenza, il passo contenuto in Gell., *noct. Att.* 15.27.4, e quello delle istituzioni gaiane (*inst.* 1.3) ritenuto coincidente. Giova riproporre entrambi i passi presi in considerazione, ma per sottolineare come non vi sia affatto coincidenza tra di essi:

... ita ne 'leges' quidem proprie, sed 'plebiscita' appellantur quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator legem tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenetur.

Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit... unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent.

Ora, appare evidentissimo che non è accettabile anche solo sospettare l'eventuale comune paternità di tali passi, come pure si tende a fare l'Astarita scrivendo che «hanno in comune la notizia sulla *lex Hortensia*. Il fatto che essa non è espressa con le stesse parole non inficia l'ipotesi dell'identificazione, poiché ovviamente le due citazioni sono tratte da due opere diverse»⁵¹⁶. Credo che risulti in maniera abbastanza evidente l'incongruità di un ragionamento che identifica due soggetti solo perché hanno affrontato il medesimo argomento, sia pure con parole diverse, e, soprattutto, come emergerà in prosieguo di testo, sicuramente attingendo a fonti diverse. Il testo della Astarita, peraltro, prosegue modulando in tono lievemente dubitativo la perentorietà delle sue precedenti affermazioni: «Se poi queste due opere risalgano allo stesso autore (Lelio Felice – Gaio?) resta comunque un problema aperto»⁵¹⁷.

Va inoltre sottolineata la diversa definizione che Gellio, riportando Lelio Felice, dà di «plebiscito» rispetto a Gaio: se per quest'ultimo, infatti, il plebiscito è «*quod plebs iubet atque constituit*», per Lelio Felice invece, sono plebisciti «*quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt*». La differenza non è da poco. Nel caso di Lelio Felice, infatti, emerge l'idea che autori dei plebisciti siano, di volta in volta, i magistrati (e cioè i tribuni), i quali ne «portavano a conoscenza» della plebe il testo, che da questa veniva poi approvato nel *concilium*. L'efficacia vincolante (prima nei confronti della sola plebe, e poi, dopo la *lex Hortensia*, nei confronti sia dei patrizi che dei plebei) del plebiscito, analoga-

⁵¹⁵) M. L. ASTARITA, *La cultura nelle «Noctes Atticae»*, Catania, 1993, p. 131.

⁵¹⁶) *Loc. cit.* In forza di analogo ragionamento si potrebbe, ad esempio, affermare che Mario Rossi e Giulio Bianchi sono la stessa persona, perché dell'uno si conserva uno scritto che dice: «Roma è in Italia», mentre dell'altro si conserva un altro scritto che dice: «Roma è la capitale d'Italia».

⁵¹⁷) *Loc. cit.*

mente a quella della *lex*, era conseguentemente frutto della collaborazione del magistrato rogante e dell'assemblea deliberante. A questa stessa dinamica fa riferimento Capitone, stando all'informazione che, ancora una volta, ci fornisce Gellio (*Noct. Att.* 10.20.2):

Ateius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid 'lex' esset, hisce verbis definivit: 'Lex' inquit 'est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu'.

Anche in questo caso si rende conto della «collaborazione» tra il *legis lator*, e cioè il magistrato rogante, il quale «portava la legge» a conoscenza dell'assemblea popolare, e l'assemblea stessa che, approvandola, la forniva appunto di quell'efficacia vincolante che in precedenza non aveva. Per Gaio, invece, il plebiscito è «ciò che la plebe prescrive e stabilisce»: in piena rispondenza alla realtà costituzionale della sua epoca, il giurista antoniniano omette del tutto di rendere conto della dinamica «collaborativa» tra magistrato e assemblea, e individua nel solo *iussum* assembleare il momento genetico rilevante del plebiscito⁵¹⁸.

Pur senza approfondire le complesse tematiche che emergono dal confronto di tali testi, basti qui rilevare un dato fondamentale: l'impostazione seguita da Lelio Felice attinge da una fonte che, rendendo conto di quella «dinamica» di cui resta traccia in Capitone ma non più in Gaio, è sicuramente più antica di quella gaiana. Inoltre, vanno ricordate le considerazioni di chi⁵¹⁹ ha individuato proprio nell'eclittismo e nell'interesse storico e antiquario di Lelio Felice i fattori che giocarono a sfavore dell'inclusione del suo commento a Quinto Mucio nella compilazione giustiniana, in cui si sarebbe invece ampiamente prediletta la «prospettiva analitica pomponiana, palesemente 'tecnicista'»⁵²⁰. Tutte queste argomentazioni dovrebbero portare ad escludere un'identificazione tra Lelio Felice e Gaio.

Sempre al Lenel⁵²¹ risalgono i primi dubbi sulla integrale riferibilità del testo gelliano all'opera di Lelio Felice. Ed in effetti una lettura anche solo poco più che superficiale del testo in questione contribuisce a fondare l'idea che esso sia il prodotto della combinazione tra un testo base di riferimento e delle aggiunte⁵²² ad esso. Credo che a favore di questa impressione depongano an-

⁵¹⁸) In questo senso, cfr. M. FIORENTINI, *Ricerche sui culti gentilizi*, Roma, 1988, p. 330 e nt. 65, e G. VALDITARA, *Gai. 3,218 – I. 4.3.15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 1999, p. 104 s.

⁵¹⁹) D'ORTA, *Saggio*, cit., p.158 ss.

⁵²⁰) D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 162. Cfr., inoltre, SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 171 ss.

⁵²¹) *Loc. cit.*

⁵²²) In questo senso, DAVERIO, *op. cit.*, p. 530, chiedendosi quanto di labeoniano vi sia nel passo delle *Notti Attiche* che stiamo considerando, sospetta che la parte del testo di Gellio in cui si riporta quella che ho indicato come una digressione sui diversi tipi di te-

che quelle digressioni cui s'è fatto cenno in precedenza, l'una sulle tipologie di testamento e l'altra sui limiti tanto dei poteri dei tribuni della plebe, quanto della forza dei plebisciti nei confronti dei patrizi. Esse, infatti, si inseriscono chiaramente in un discorso compiuto, determinandone delle periodiche interruzioni. Il discorso in questione è quello sulle tipologie di *comitia*: tutte e tre le volte in cui Gellio afferma di citare testualmente dall'opera di Lelio Felice, infatti, l'*incipit* è costantemente riferito a tale argomento, che costituisce ogni volta occasione per effettuare le digressioni a cui si è più volte fatto cenno.

In virtù di queste considerazioni si potrebbe dunque affermare che il primo libro del commentario a Quinto Mucio di Lelio Felice trattasse delle forme comiziali romane, e non dei testamenti, come invece ritiene il Lenel⁵²³: ma a questa congettura si contrappone l'insegnamento in forza del quale «le esposizioni delle *leges*, degli *iura* compresi nell'*ius* civile seguirono costantemente uno schema unico»⁵²⁴. Conseguentemente, i commenti a Quinto Mucio, strutturati in forma lemmatica, avrebbero seguito l'ordine espositivo dell'opera commentata, la quale appunto si sarebbe dovuta aprire con la materia testamentaria.

Pertanto, volendo applicare al passo gelliano preso in esame i criteri appena enucleati, si dovrà argomentare nel senso che il primo libro di un'opera di commento a Quinto Mucio, nel parlare delle differenze tra i tipi di comizi, non poteva che riferirsi alla materia testamentaria e, trattando del *testamentum calatis comitiis*, effettuare digressioni sulle tipologie di assemblee comiziali. Si dovrà a questo punto convenire che, in forza di quest'ultima impostazione, tutto il ventisettesimo capitolo del quindicesimo libro delle *Notti Attiche* appare essere il risultato di ribaltamenti continui della fonte di riferimento, e cioè del primo libro del commento di Lelio Felice a Quinto Mucio.

Infatti, posto che il tema principale del capitolo gelliano concerne le differenze tra assemblee comiziali romane, è curioso che Gellio, per trattarne, abbia fatto riferimento a un'opera nella parte in cui essa non si occuperebbe specificamente di tale argomento, ma di altro, e cioè di diritto testamentario, o, più in generale, delle successioni. Peraltro, il tema delle assemblee comi-

stamento più che riferibile a Labeone «sembrerebbe una nota aggiunta: se non da Gellio stesso, da Lelio Felice».

⁵²³) *Palinnesia*, cit., I, c. 557 nt. 2.

⁵²⁴) M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*³, Napoli, 1967, p. 203. Cfr., altresì, ID., *Ius romanum*, cit., p. 9 ss., 55 ss., G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico* (1953), ora in *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 15 ss., e ID., *Adnotationes*, cit., p. 68 ss. (ove dedica la propria attenzione alla possibile influenza esercitata dal «sistema civilistico» sulle *Institutiones* gaiane), ID., *Gaio e il sistema civilistico*, in «Gaio e il suo tempo. Atti del simposio romanistico», Napoli, 1966, p. 145 ss., e R. ASTOLFI, *I Libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001, p. 199 ss.

ziali consentirebbe a Gellio di fornire incidentalmente anche informazioni sulle tipologie di testamento (che paradossalmente è – o meglio: dovrebbe essere – il tema principale della relativa parte dell'opera da cui attinge), oltre che sui poteri dei tribuni della plebe e sull'efficacia dei plebisciti.

Si potrebbe osservare che, in fin dei conti, una costruzione di tal fatta ben si attaglierebbe ad un'opera come quella gelliana, vero zibaldone di curiosità antiquarie, la cui raccolta e presentazione, però, non può pretendersi informata a quella sistematicità che si insegna essere propria di un'opera giuridica. Sia allora concesso segnalare questa strana e disordinata tendenza che dovrebbe ascrivarsi alla tecnica compositiva di Gellio, consistente nello stravolgere la propria fonte di riferimento. Infatti, ciò che dovrebbe essere l'argomento principale del primo libro del commento di Lelio Felice a Quinto Mucio viene, per così dire, «declassato» in digressione nelle *Notti Attiche*, e, viceversa, ciò che verosimilmente nella fonte di riferimento non poteva essere che una digressione viene «elevato», nel capitolo gelliano, ad argomento principale. Tuttavia, a dispetto di questo disordine, che caratterizzerebbe l'opera nel suo insieme e parrebbe essere ammessa dall'erudito stesso quando parla dell'abitudine di annotare alla rinfusa tutto ciò che avesse colpito la sua attenzione⁵²⁵ – e che lo porterà a compiere veri e propri *lapsus*, come quello clamoroso nel lemma introduttivo di *noct. Att.* 18.7, già preso in considerazione esaminando il relativo passo nell'ultimo paragrafo del precedente capitolo – si deve notare come Gellio, «uomo erudito e colto, attento raccoglitore e lettore di opinioni che riteneva degne di menzione»⁵²⁶, manifesti comunque attenzione per il dato filologico, laddove lascia intendere l'autenticità del manoscritto che lui o il suo interlocutore ha la ventura di visionare, come si può leggere in:

Gell. *noct. Att.* 2.3.5-6: Sed quoniam 'aheni' quoque exemplo usi sumus, venit nobis in memoriam Fidum Optatum, multi nominis Romae grammaticum, ostendisse mihi librum Aeneidos secundum mirandae vetustatis emptum in sigillariis viginti aureis, quem ipsius Vergilii fuisse credebatur. In quo duo isti versus cum ita scripti forent:

vestibulum ante ipsum primoque in limine Pyrrus
exultat telis et luce coruscus aena,

addita supra vidimus 'h' litteram et 'haena' factum. Sic in illo quoque Vergilii versu in optimis libris scriptum invenimus:

'aut foliis undam trepidi despumat aheni'.

⁵²⁵) Cfr. Gell., *noct. Att. praef.* 2: *Usi autem sumus ordine rerum fortuito, quem antea in excerpando feceramus.*

⁵²⁶) SCHERILLO, *Appunti sul testamento in procinctu*, cit., p. 233.

Non mancano inoltre i luoghi in cui, facendo riferimento agli *Annales* di Fabio (*Noct. Att.* 5.4.1), si parla di *'bonae atque sincerae vetustatis libri, quos venditor sine mendis esse contendebat'*; o quelli nei quali allude all'autorevolezza delle antiche opere consultate (*'veteribus libris inspectis exploravimus'*)⁵²⁷, e all'antichità e attendibilità di un manoscritto del *Giugurta* di Sallustio (*'summae fidei et reverendae vetustatis libro'*)⁵²⁸, o di un esemplare degli *Annales* di Ennio (*'librum summae atque reverendae vetustatis'*)⁵²⁹. Non manca, inoltre, la cura per la ricerca di lezioni attendibili⁵³⁰, oltre al rammarico, non avendo una copia del libro, di non essere in grado di riportare le precise parole di Catone (*'Ea Catonis verba huic prorsus commentario indidissem, si libri copia fuisset id temporis, cui haec dictavi'*)⁵³¹, e, più in generale, l'attenzione con cui attende alla lettura di Capitone o Varrone⁵³².

3. Rifiuto dell'impostazione dominante

Da quanto si è detto sinora possono trarsi alcuni punti fermi. Dovrebbero risultare abbastanza chiari i motivi che conducono a rigettare l'impostazione oggi dominante che vede nella *sacrorum detestatio* l'atto, prodromico all'*adrogatio*, col quale l'adrogando rinunziava ai propri *sacra* familiari prima di entrare nella nuova famiglia. Il significato dell'istituto inteso come «rinunzia solenne ai riti sacri» viene spiegato facendo riferimento al passo di Gellio da ultimo preso in esame⁵³³, dove in realtà non si fa altro che elencare gli atti che si compivano nei *calata comitia*. Come si è rilevato, Gellio attinge da Lelio Felice, attratto da una citazione labeoniana contenuta nell'opera di costui, ma si limita ad effettuare appunto un'elencazione: con l'eccezione di alcune rapide informazioni sulle tipologie di testamento⁵³⁴, infatti, egli non spiega in cosa consistano o come si svolgano le *inaugurationes*, o la *sacrorum detestatio*, che si

⁵²⁷) Gell., *noct. Att.* 9.14.1.

⁵²⁸) *Noct. Att.* 9.14.26.

⁵²⁹) *Noct. Att.* 18.5.11.

⁵³⁰) Cfr. in questo senso Gell. *noct. Att.* 1.7.1-3 e 13.21.16-17.

⁵³¹) *Noct. Att.* 1.23.2.

⁵³²) Cfr. Gell. *noct. Att.* 2.24.3, 2.25.5, 3.18.5 e 14.7.

⁵³³) Cfr. anche CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*, cit., sv. *'detestatio'*, c. 826, dove espressamente si fa riferimento al nostro istituto indicandolo, coerentemente a quanto esposto nel testo, come l'«atto solenne del figlio al momento della sua arrogazione, cioè della sua adozione in un'altra famiglia, Gell. 15, 27, 3».

⁵³⁴) In quella parte del testo (*noct. Att.* 15.27.4) che ho già indicato apparirmi come una sorta di digressione: infatti, Gellio sottolinea come il *testamentum calatis comitiis* avvenisse *in populi contione*, mentre quello *in procinctu* era destinato agli uomini chiamati alle armi per combattere, e quello *per aes et libram* avveniva *'per familiae emancipationem'*.

celebravano in quelle forme di comizi.

Salvo rarissime eccezioni⁵³⁵, però, la dottrina ha pressoché unanimemente ricollegato la *sacrorum detestatio* allo svolgimento dell'*adrogatio*⁵³⁶, che, già perfezionatasi su quello che potremmo chiamare il piano del diritto pubblico con la triplice interrogazione (all'adrogante, all'adrogando e al popolo), avrebbe comunque necessitato di un'ultima formalità «pour consacrer le changement de gens au point de vue du droit sacré»⁵³⁷. Con la solenne rinunzia da parte dell'adottato ai culti della famiglia d'origine, la *sacrorum detestatio* appunto, l'*adrogatio* si sarebbe completata anche dal punto di vista sacrale. Al silenzio delle fonti in tal senso, si è sempre contrapposto il generale accordo degli studiosi che vedeva in tale dinamica l'applicazione principale della *sacrorum detestatio*⁵³⁸, il ricorso alla quale, in verità, è stato poi spiegato con diverse sfumature.

Per alcuni⁵³⁹, infatti, il ricorso a essa sarebbe stato necessario solo in occasione del «transito» da parte di un patrizio ad una nuova *gens*, potendosi trasmettere i *sacra familiaria* e non anche i *sacra gentilicia*; altri ancora, rifacendosi ad una nota ipotesi del Mommsen, poi abbandonata dallo stesso studioso⁵⁴⁰, ne ammettevano l'uso per il solo caso del patrizio che, col «transito» in una nuova *familia*, subisse anche un cambiamento di stato sociale, facendosi adottare da un *pater* (e divenendo quindi un) plebeo. Va segnalato, però, come quest'ultima interpretazione non abbia avuto particolare fortuna, non fosse altro che per l'abbandono da parte dello stesso Mommsen della sua idea originaria⁵⁴¹.

Giova a questo punto ribadire come a tanta varietà di sfumature inter-

⁵³⁵ Cfr. C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della «adrogatio»* (1967), in *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptiae*, Genova, 2002, p. 322; DAVERIO, *op. cit.*, p. 534, rileva espressamente che «nessuna fonte, infatti, collega *adrogatio* a *sacrorum detestatio*: al contrario, molti indizi inducono a ritenere che i due istituti hanno poco in comune», non fosse altro che per le differenti tecniche secondo le quali essi si sviluppano.

⁵³⁶ FAYER, *La familia*, cit., p. 295, nt. 16 ricorda come la ricostruzione presentata nel testo è quella reperibile nella generalità dei manuali di diritto romano.

⁵³⁷ CUQ, *op. cit.*, p. 236. La necessità di questa dinamica viene anche presentata, sia pur con tutti i dubbi che ne muovono l'indagine, dal CAREDDU, *op. cit.*, p. 393.

⁵³⁸ Di tale accordo della dottrina pur nel silenzio delle fonti, e di questa interpretazione dell'istituto della *detestatio sacrorum*, parla già CUQ, *op. cit.*, p. 236: «Aucun texte ne rattache explicitement la *detestatio sacrorum* à l'adrogation; cependant on est d'accord aujourd'hui pour admettre qu'elle trouvait ici son application principale».

⁵³⁹ Cfr. H.J. ROSE, sv. '*Detestatio sacrorum*', in *Dizionario di antichità classiche*, cit., c. 644 s. Precedentemente si era espresso in questo senso anche M. LEMOSSE, *L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 387 ss. e 487 ss. Cfr. inoltre LANGE, *Römische Alterthümer*, I, cit., p. 133 s.

⁵⁴⁰ *Op. cit.*, p. 42, nt. 1: «J'ai précédemment, en restreignant à tort la sphere des *comitia calata* aux comices d'ordre testimonial, limité la *detestatio sacrorum* à la *transitio ad plebem*, pour la quelle nous la retrouverons assurément; mais le cas principal est celui de l'adrogation».

⁵⁴¹ Cfr. in questo senso ZABŁOCKI *op. cit.*, p. 531.

pretative connesse all'accostamento tra *adrogatio* e *sacrorum detestatio*, corrisponda in concreto il silenzio delle fonti, dalle quali anzi si possono trarre argomenti a favore della diversità e indipendenza dei due istituti: vi è stato, infatti, chi⁵⁴² ha sostenuto questa posizione in virtù della differente tipologia di comizi nei quali essi venivano compiuti, stando proprio all'informazione che è data reperire nel passo di Gellio da ultimo preso in considerazione⁵⁴³: si è dunque osservato⁵⁴⁴ che la *sacrorum detestatio* si compiva nei *comitia calata*; non invece l'*adrogatio*, che dal diciannovesimo capitolo del quinto libro delle *Notti Attiche* abbiamo appreso celebrarsi in seno ai *comitia curiata*. I sostenitori di questa interpretazione hanno conseguentemente escluso, o comunque presentato in maniera dubitativa, un eventuale rapporto *genus/species* tra queste due tipologie comiziali. Senonché è proprio dal passo di Gellio contenuto in *noct. Att.* 15.27 che si apprende come anche i *comitia curiata* sono riconducibili alla più ampia categoria dei *comitia calata*. Non è inoltre mancato chi⁵⁴⁵ ha forse confuso i *comitia calata* in cui si compiva la *sacrorum detestatio* con i comizi con funzioni (anche e soprattutto) «deliberanti» in cui si compiva l'*adrogatio*.

Lo stesso Daverio rileva che «la *adrogatio* si compiva con l'intervento dei *comitia curiata*, dice Gellio; la *sacrorum detestatio* si svolgeva nei *calata comitia*, come lo stesso Gellio riferisce in luogo diverso»⁵⁴⁶: ora, il «luogo diverso» in cui Gellio riferisce quest'ultima informazione è il passo contenuto in *noct. Att.* 15.27, dal quale, giova ripeterlo, si apprende che tanto i *comitia curiata* quanto i *comitia centuriata* sono riconducibili alla categoria dei *comitia calata*, tra loro però differenziandosi già per la diversa modalità di convocazione, oltre che per le differenti competenze ad essi riservate. Dire, in assenza di altre precisazioni, che «la *sacrorum detestatio* si svolgeva nei *calata comitia*» può comportare una generica allusione ai *comitia curiata* e ai *comitia centuriata*, ossia a due tipologie comiziali che lo stesso autore poco prima⁵⁴⁷ aveva ipotizzato essere radicalmente differenti, tanto da non potersi neppure porre in rapporto di genere a specie. Risulta evidente come la differenza sia da individuarsi in un altro elemento, peraltro fornito dalla stessa testimonianza gelliana, contenuta in *Noct. Att.* 15.27, dove, nell'affermare che il *testamentum calatis comitiis* 'in populi contione fieret', attira l'attenzione del lettore sul momento della *contio*, in merito al quale possono trarsi informazioni, come si è avuto modo di vedere in con-

⁵⁴²) P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino, 1960, p. 238 s. e 243 ss.

⁵⁴³) *Noct. Att.* 15.27.

⁵⁴⁴) CATALANO, *op. cit.*, p. 243 ss.

⁵⁴⁵) J. BLEICKEN, *Oberpontifex und pontifikal Kollegium*, in «Hermes», 1957, p. 352 ss.

⁵⁴⁶) *Op. cit.*, p. 535.

⁵⁴⁷) Cfr. p. 531.

clusione del precedente capitolo, proprio dal riferito passo dalle *Noctes Atticae* (13.16.1-3) in cui, attingendo da Messala, Gellio sostiene che la 'contio' consiste nel 'verba facere ad populum sine ulla rogatione', riguarda cioè quel momento in cui non si ha il *suffragium*, posto che, da parte del magistrato che ha convocato i comizi, non si tratta di altro se non di «parlare» al popolo senza rivolgergli *rogatio* alcuna: ma ciò, come si ricorderà, è impensabile per l'*adrogatio*, visto che in tal caso sarebbero mancate proprio quelle *rogationes* (all'*adrogante*, all'*adrogando* e al popolo) che ne erano l'elemento qualificante: conseguentemente, in occasione di un'*adrogatio*, e più in generale ogniqualvolta si dovesse passare ad una successiva votazione, la *contio* rappresentava «un'assemblea regolare ma preparatoria»⁵⁴⁸, durante la quale «il popolo era riunito senza distinzioni di gruppi, di centurie o di tribù»⁵⁴⁹ ed era informato sulle questioni da trattare. Lo stesso non può dirsi invece per la *sacrorum detestatio*, circa la quale va pertanto ribadito che non siamo informati dell'esigenza di alcuna *rogatio* e che quindi avrebbe potuto tranquillamente celebrarsi, al pari del testamento pubblico, in *populi contione*.

Risulta allora opportuno guardare l'accostamento tra *adrogatio* e *sacrorum detestatio* con quel «sospetto» di cui già parlava il Daverio, affermando che «nulla autorizza quella ovvia sicurezza»⁵⁵⁰, che troverebbe, a detta di molti, una base argomentativa in un passo di Servio⁵⁵¹, ove si afferma che '*consuetudo apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea, in qua fuerat, et sic ab alia acciperetur*'. Si tratta, in verità, di un appiglio abbastanza labile, tanto che si è prontamente osservato⁵⁵² come il passo, peraltro ritenuto «sradicato dal proprio contesto»⁵⁵³ e quindi non probante, parli di una *consuetudo*, così da far pensare che il compimento o meno della *sacrorum detestatio* fosse rimesso al giudizio dei pontefici, i quali avrebbero potuto permettere che chi entrava a far parte di una nuova famiglia conservasse i propri culti familiari accanto a quelli di quest'ultima. Va poi tenuto in considerazione l'uso che Servio fa del verbo '*abdicare*'. Nell'impiego di esso, infatti, si è voluto trovare⁵⁵⁴ il riferimento alla *sacrorum detestatio* come ineliminabile formalità connessa all'*adrogatio*, essendosi rinvenuti nel verbo in questione tutti quei

⁵⁴⁸ C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*², Paris, 1979, trad. it. – *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma* –, Roma, 1980, p. 326.

⁵⁴⁹ NICOLET, *loc. cit.*, che fa riferimento a Dio. Cass., *hist. Rom.* 37.27.3.

⁵⁵⁰ *Op. cit.*, p. 534.

⁵⁵¹ *Ad Aen.*, 2.156.

⁵⁵² CASTELLO, *op. cit.*, p. 322, nt. 56.

⁵⁵³ ZABLOCKI, *op. cit.*, p. 528, nt. 9, dove si rileva come in seguito si legga '*quod hic ostendit; dicit enim Sinon, iure iam se Troianorum civem esse, quia apud Graecos ostia fuerit, adeo nec pro nomine, nec pro cive habitus sit*'.

⁵⁵⁴ Cfr. la presentazione e critica di tale ipotesi formulata da DAVERIO, *op. cit.*, p. 535 s.

significati di «negazione», «allontanamento da sé» e «disconoscimento» ritenuti probanti per ricondurlo alla solenne e preliminare rinuncia ai *sacra* della famiglia di provenienza, che Servio presenterebbe come «una consuetudine presso gli antichi». In realtà, emerge chiaramente dal passo in questione che Servio non procede alla benché minima correlazione tra il segno ‘*abdicare*’ e i *sacra* della famiglia di provenienza. E’ anzi quest’ultima nella sua globalità ad essere oggetto dell’*abdicatio* di chi si accingeva ad effettuare il «transito» (*‘prius se abdicaret ab ea, in qua fuerat’*) in una nuova *familia* o *gens*. Questa solenne rinuncia alla *familia* di provenienza o alla *gens* di appartenenza (e non ai relativi *sacra*) può allora intendersi come un’interpretazione (o una spiegazione) di Servio della *rogatio* rivolta dal pontefice al soggetto adrogando sulla sua intenzione di permettere l’acquisto, in capo al *pater adrogans*, della *potestas* su di lui e sui soggetti eventualmente a lui sottoposti⁵⁵⁵.

Va inoltre ricordato il passo del *de legibus* ciceroniano (2.9.22) che termina affermando il principio di diritto pontificale, poi ulteriormente discusso e sviluppato in seguito⁵⁵⁶, ‘*Sacra privata perpetua manent*’. Analogamente al principio ‘*perpetua sint sacra*’, anche in questo caso si può affermare di non essere in presenza di un precetto generico, o immaginato come ideale, e quindi inesistente: a prescindere dalla sua precisa formulazione la norma – antichissima, visto che Attico non ha difficoltà a ricondurla alle leggi di Numa oltre che ai *mores*⁵⁵⁷ – che imponeva la perpetuità del culto faceva ancora percepire in Cicerone «il peso giuridico di quel principio nella *civitas* romana»⁵⁵⁸. Il principio della perpetuità del culto – anche di quello privato –, sulla cui effettività avrebbero dovuto vigilare i pontefici, si pone in netto contrasto con la ricostruzione della *sacrorum detestatio* nel senso inteso dalla dottrina dominante. In particolare, qualora il soggetto adrogato fosse l’ultimo tenuto alla prosecuzione di un determinato culto, e proprio in funzione della sua perpetuità, innanzi ai pontefici non se ne sarebbe potuta effettuare (o, comunque, essi non l’avrebbero permessa) la pubblica abiura. E’ invece più coerente immaginare l’eventuale impostazione contraria, e cioè un’*adrogatio* compiuta per permettere all’adrogante – ultimo obbligato alla celebrazione di un culto – di avere un continuatore del culto stesso. Queste argomentazioni risultano decisive per ritenere non accettabile l’attuale interpretazione dominante che intende la *sacrorum detestatio* come

⁵⁵⁵) In questo senso, cfr. sempre DAVERIO, *op. cit.*, p. 536 che giunge a qualificare «abusiva» la «irriflessa e tralasciata citazione di questo passo».

⁵⁵⁶) Cfr. infatti la parte finale del passo contenuto in Cic., *leg.* 2.19.47, che si conclude rimarcando il principio ‘*perpetua sint sacra*’.

⁵⁵⁷) Cic., *leg.* 2.9.23: *Conclusa quidem est a te, frater, magna lex sane quam brevi; sed, ut mihi quidem videtur, non multum discrepat ista constitutio religionum a legibus Numae nostrisque moribus.*

⁵⁵⁸) DAVERIO, *op. cit.*, p. 542.

la pubblica abiura dei propri culti effettuata dal soggetto adrogando prima di effettuare il «transito» in una nuova *familia* o *gens*⁵⁵⁹.

4. Le altre interpretazioni fornite in dottrina dell'istituto: *sacrorum detestatio e giuramento*

Sono state seguite anche altre vie per fornire un'interpretazione del nostro istituto. Una lettura⁵⁶⁰ collega la *sacrorum detestatio* col giuramento prestato davanti ai *comitia calata*. In questo senso, Livio risulterebbe particolarmente rilevante:

Iurare cogeabant diro quodam carminem, in exsecrationem capitis familiaeque et stirpis composito, nisi isset in proelium quo imperatores duxissent, et si aut ipse ex acie fugisset, si quem fugientem vidisset, non extemplo occidisset.⁵⁶¹

Quippe in oculis erat omnis ille occulti paratus sacri et armati sacerdotes et promiscua hominum pecudumque strages et respersae fando nefandoque sanguine arae et dira exsecratio ac furiale carmen, detestandae familiae stirpique compositum iis vinculis fuae obstricti stabant, civem magis quam hostem timentes⁵⁶²

Si tratta dei passi in cui Livio testimonia del giuramento prestato dai Sanniti prima di muovere battaglia contro i Romani. Il rituale, sicuramente connesso ad usanze religiose arcaiche, prevedeva l'accompagnamento individuale all'altare (accompagnamento che sembrava più quello di una vittima che di un partecipante al sacrificio)⁵⁶³ di coloro che, innanzi ad esso, avrebbero giurato di mantenere il segreto su quanto avrebbero visto. Seguiva la terribile formula

⁵⁵⁹) In dottrina si sono peraltro adottati ulteriori argomenti: cfr. ad esempio DAVERIO, *op. cit.*, p. 543, dove si rammenta come il principio dell'adozione implicava che la successione universale *inter vivos* dall'adrogato all'adrogante avveniva *tacito iure*, con la conseguenza che i pontefici, per evitare la possibilità che i *sacra* dell'adrogato si estinguessero, li avrebbero fatti passare all'adrogante, «dacché non si dava acquisto di universalità senza i relativi obblighi». Inoltre si ribadisce l'importanza della presenza del popolo riunito in pubblica assemblea, alla quale si attribuisce, oltre che una funzione testimoniale, anche una di controllo in ossequio al principio per cui, nell'interesse della *civitas*, il popolo è responsabile di fronte alle divinità della condotta dei singoli. Conseguentemente, sarebbe stato ben difficile ipotizzare l'assemblea del popolo, riunita per esercitare anche le funzioni da ultimo menzionate, pronta ad approvare una pubblica abiura dei propri culti da parte di un *civis*, ancorché adrogando, in tal modo correndo «il pericolo di compromettere, con l'inoservanza religiosa dei *sacra* così abiurati, la salute della comunità».

⁵⁶⁰) Che si deve a H.A.A. DANZ, *Der sacrale Schutz in römischen Rechtsverkehr*, Jena, 1857, p. 90 ss., le cui posizioni verranno meglio specificate in un lavoro successivo: cfr., infatti, ID., *Das sacramentum und die lex Papiria*, in «ZRG.», VI, 1867, p. 351 s.

⁵⁶¹) Liv., *urb. cond.* 10.38.10.

⁵⁶²) Liv., *urb. cond.* 10.41.3.

⁵⁶³) Liv., *urb. cond.* 10.38.9: *magis ut victima quam ut sacri particeps*.

di giuramento con la quale si invocavano gravi sciagure su se stessi, sulla propria famiglia e sulla propria discendenza (attraverso il *carmen in execratione capitis familiaeque et stirpis compositus*, del quale non si conserva il formulario) per il caso in cui il giurante non si fosse recato in battaglia secondo gli ordini dei comandanti, o l'avesse abbandonata, o non avesse immediatamente ucciso l'eventuale commilitone sorpreso a fuggire.

Livio sottolinea come il rifiuto di giurare da parte di alcuni fu utilizzato come monito per gli altri, che ebbero modo di vedere i cadaveri martoriati dei primi ai piedi dell'altare, assieme agli animali sacrificati, così da andare poi in battaglia, una volta indotti a prestare il giuramento (*'detestatione obstrictis'*)⁵⁶⁴, con l'orrida immagine ancora davanti agli occhi, e le inquietanti parole della formula del giuramento ben impresse nella mente, tanto da temere, in quanto ad infauste conseguenze, più gli stessi concittadini che i nemici.

La procedura è senz'altro cruenta: facendo riferimento ad essa, un autore⁵⁶⁵ ha sottolineato come il rituale dei Sanniti sia tecnicamente riconducibile al compimento dell'*exsecratio*, e cioè dell'automaledizione per il caso in cui non si ponga in essere quanto promesso con la formula di giuramento. Tra gli studiosi che hanno affrontato *ex professo* il tema del giuramento nel mondo romano (e, più in generale, nell'antichità) è discusso se l'*exsecratio* possa farsi coincidere col giuramento⁵⁶⁶ o se non debba piuttosto qualificarsi solo come una parte di esso⁵⁶⁷, ancorché molto importante. Quale che sia la posizione da prendersi relativamente a quest'ultimo aspetto, risulterà chiaro che, soprattutto per chi identifica il giuramento con l'*exsecratio*, l'accostamento ulteriore tra giuramento e *sacrorum detestatio* deriva proprio dall'identificazione del primo

⁵⁶⁴) Liv., *urb. cond.* 10.38.12.

⁵⁶⁵) A. CALORE, «Per Iovem lapidem». *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, p. 65, nt. 45. Sul rituale sannitico, si veda M. SORDI, *Il giuramento della legio linteata e la guerra sociale*, in «I canali della propaganda nel mondo antico», Milano, 1976, p. 160 ss.

⁵⁶⁶) F. KLINGMÜLLER, sv. 'sacramentum', in «PWRE» I, A.2, 1920, c.1673 s. ed E. WESTERMARK, *The Origin and development of Moral Ideas*, II, London, 1908, p. 115 s.

⁵⁶⁷) Propendendo per quest'ultima ipotesi, e ricostruendo il giuramento come un atto complesso, CALORE, *op. cit.*, p. 49 nt. 45 rileva come «La *exsecratio*, pertanto, costituisce una parte molto importante ma pur sempre una parte di un tutto, articolato in più elementi, a volte esplicitati altre volte sottintesi: la chiamata a testimone della divinità (*audire* + l'essere divino; *obtestor deum*; *testor deos*; *esto testis*; *testem facio*; ecc.); l'affermazione o la promessa giurata; la richiesta al dio di aiuto e prosperità ... e, poi, l'invocazione dell'automaledizione». Va però sottolineata l'osservazione di R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, p. 211, n. 147, per cui «In talune fonti il termine *exsecratio* è utilizzato senz'altro per indicare il 'giuramento': cfr. Sall. *Cat.* 22.2; Cic. *Sest.* 15; Serv. *ad. Aen.* 2.154» (si veda in ogni caso la recensione di F. ZUCCOTTI, *In tema di sacertà*, in «Labeo», XLV, 1998, p. 417 ss., e ID., *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica proto-repubblicana*, in «Studi G. Melillo», III, Napoli, 2009, p. 1549 ss.).

con la *exsecratio*. Secondo questa lettura, dunque, l'interpretazione dell'istituto della *sacrorum detestatio* presupporrebbe un'equiparazione semantica tra il segno 'detestare' ed il segno 'exsecrare', mentre il riferimento ai 'sacra' alluderebbe all'oggetto dell'automaledizione per il caso in cui il giurante non avesse mantenuto la promessa giurata. In sostanza, non si sarebbe trattato dell'abbandono dei *sacra* da parte dell'adrogando, ma del giuramento (o di un'importante componente di esso) che, al pari dei Sanniti, il *civis* avesse compiuto però innanzi ai comizi: il riferimento a questi ultimi viene ricavato dall'informazione fornita da Gellio nel passo, già presentato⁵⁶⁸, in cui espressamente si dichiara che i *calata comitia* erano il luogo deputato, tra l'altro, ad effettuare anche la *sacrorum detestatio*. Si può qui rilevare come nel passo gelliano in questione non si effettui nessun collegamento o allusione col giuramento, e già questa argomentazione potrebbe bastare per escludere l'interpretazione appena presentata dell'istituto di cui ci stiamo occupando.

Va peraltro segnalato come in dottrina si sia seguita un'altra via per mettere in relazione il giuramento con la *sacrorum detestatio*: risale al Careddu l'ipotesi in forza della quale quest'ultima costituirebbe in realtà la fondazione dei *sacra*, «cioè quell'atto solenne col quale il cittadino romano istituiva i sacrifici, le cerimonie e le feste, con cui intendeva che fossero onorati ed avessero culto perpetuo i trapassati, ossia i Lari della propria famiglia, atto solenne che doveva compiersi alla presenza del popolo, con l'intervento dei Pontefici»⁵⁶⁹. Rispetto all'interpretazione oggi dominante, questa ipotesi capovolge addirittura i termini della questione: non si tratta più di un ripudio, di un abbandono del culto, ma al contrario di una dichiarazione istitutiva. Pur parendo caduta nell'indifferenza generale, tale ricostruzione, già presa comunque in considerazione da Max Kaser⁵⁷⁰ e Pierangelo Catalano⁵⁷¹, è stata definita addirittura «una geniale ipotesi» da Fabrizio Daverio⁵⁷², il quale espressamente vi accede, e da Carla Fayer⁵⁷³. A fondamento di essa si è utilizzato il significato tecnico della parola 'detestatio' che è ancora conservato nel Digesto:

Detestatum' est testatione denuntiatum⁵⁷⁴; 'Detestatio' est denuntiatio facta

⁵⁶⁸) *Noct. Att.* 15.27.

⁵⁶⁹) *Op. cit.*, p. 404 ss.

⁵⁷⁰) M. KASER, *Das Altrömische 'ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 342.

⁵⁷¹) *Contributi*, cit., p. 243, nt. 119, il quale ribadisce come permanga «comunque grande incertezza sul significato di questo atto».

⁵⁷²) *Op. cit.*, p. 544.

⁵⁷³) *Op. cit.*, p. 296 nt. 16.

⁵⁷⁴) D. 50.16.238.1 (Gai. 1 *ad XII Tab.*).

cum testatione⁵⁷⁵; 'Detestari' est absenti denuntiare⁵⁷⁶.

Da questi passi si è dedotto che la *detestatio* «era una dichiarazione *cum testatione*, ossia fatta in presenza di testimoni espressamente assunti»⁵⁷⁷. La considerazione, poi, che questa solenne dichiarazione in presenza di testimoni avveniva innanzi ai comizi, porta alla conseguenza che, nella *sacrorum detestatio*, chiamato a rendere testimonianza è il popolo. E possiamo aggiungere che la testimonianza era resa 'in populi contione' (esattamente come per il caso del *testamentum calatis comitiis*), dovendosi procedere solo ad essa e non anche a votazione.

Resta comunque ancora poco chiaro quale fosse l'oggetto di tale testimonianza, posto che l'area semantica coperta dal segno 'detestatio' va ben oltre il significato, sino ad ora preso in considerazione, di «pubblica dichiarazione in presenza di testimoni», come sembrerebbero suggerire i riportati frammenti gaiano e ulpiano, che comunque attestano l'esistenza di una gamma di significati del segno in questione più antica e più ampia di quella che, secondo alcuni⁵⁷⁸, a seguito della diffusione del cristianesimo⁵⁷⁹, si stabilizzerà in epoche più recenti, nelle quali si avranno per acquisiti, per il segno 'detestatio', significati quali «rinunzia» o «abiura», e che indubbiamente avranno costituito fattore di persuasione (o quantomeno di suggestione) per quella ricostruzione oggi dominante dell'istituto in esame.

Una maggiore attenzione all'area semantica coperta dal segno 'detestatio' porta ad associare ad esso un'ulteriore serie di significati, in particolare quelli di «maledizione», come può leggersi già in Orazio: '*dira detestatio nulla expiatur victima*'⁵⁸⁰; ovvero «abominazione», «esecrazione», come nel già considerato passo di Livio⁵⁸¹, oltre che in Ovidio: '*Damnavit meritumque nihil pater eicit urbe / Hostilique caput prece detestatur euntis*'⁵⁸², dove emerge peraltro con una certa chiarezza il senso di «esecrare, maledire con l'invocazione degli Dei»⁵⁸³. In più occasioni il senso è quello di «disprezzo», come attestato, tra gli altri, da Valerio Massimo (*licet Athenae doctrina sua glorientur, uir tamen prudens Fabricii*

⁵⁷⁵ D. 50.16.40.pr. (Ulp. 50 *ad ed.*).

⁵⁷⁶ D. 50.16.39.2 (Paul. 53 *ad ed.*).

⁵⁷⁷ CAREDDU, *op. cit.*, p. 398; in quest'ordine di idee DAVERIO, *op. cit.*, p. 544, intende la *detestatio* come «la dichiarazione recettizia fatta innanzi a testimoni».

⁵⁷⁸ Tra cui DAVERIO, *op. cit.*, p. 544.

⁵⁷⁹ Il segno 'detestatio', nel senso precisato nel testo di «rinunzia» o «abiura», è usato così dagli scrittori cristiani: cfr. Tert., *test. anim.* 3 ('*Satanan denique in omni et aspermatone et detestatione pronuntias*') e Cypr. *epist.* 30.8 ('*acta poenitentia et professa suorum detestatione peccatorum*').

⁵⁸⁰ Hor., *ep.* 5.89.

⁵⁸¹ Liv., *urb. cond.* 10.38.11.

⁵⁸² Ovid., *Met.* 15.505.

⁵⁸³ Cfr. DAVERIO, *op. cit.*, p. 538, nt. 14.

*detestationem quam Epicuri malu(er)it praecepta*⁵⁸⁴; *'uno enim facto et illas in profundum praecipitavit et omnem nominis sui memoriam inexpressibili detestatione perfudit'*⁵⁸⁵), da Cesare (*'Catuolcus, rex dimidiae partis Eburonum, qui una cum Ambiorige consilium inierat, aetate iam confectus, cum laborem aut belli aut fugae ferre non posset, omnibus precibus detestatus Ambiorigem, qui eius consilii auctor fuisset, taxo, cuius magna in Gallia Germaniaeque copia est, se exanimavit'*⁵⁸⁶), e da Seneca (*'inde ille affectus otium suum detestantium querentiumque nihil ipsos habere quod agant'*⁵⁸⁷; *'Familia petit vestiarius victumque; tot ventres avidissimorum animalium tuendi sunt, emenda vestis et custodiendae rapacissimae manus et fletium detestantiumque ministeriis utendum'*)⁵⁸⁸.

Conseguentemente, il significato di «pubblica dichiarazione in presenza di testimoni», proposto per sostenere la sua ipotesi dal Careddu, anche in forza dei frammenti gaiano e ulpiano contenuti nel Digesto può essere sostituito senza particolari difficoltà con quello di «pubblica esecrazione» o «pubblica maledizione in presenza di testimoni». Si osserverà più avanti come quest'ultima proposta può forse contribuire a spiegare meglio il significato del frammento di Paolo contenuto in D. 50.16.39.2.

Per il momento osserviamo che l'oggetto di questa «pubblica esecrazione» è rappresentato dal segno *'sacrorum'*. Esso viene spiegato ricordando che i Romani utilizzavano il termine *'sacra'* «per dinotare un insieme di riti, di cerimonie e di sacrifici che si celebravano a scopo di culto»⁵⁸⁹: sono notissime le informazioni in merito fornite da Festo, che in un caso attinge da Labeone:

Publica sacra quae publico sumptu pro populo fiunt, quaequae pro montibus pagis curis sacellis at privata quae pro singulis hominibus familiis gentibus fiunt⁵⁹⁰.

Popularia sacra sunt, ut ait Labeo, quae omnes cives faciunt, nec certis familiis attributa sunt: Fornacalia, Parilia, Laralia, porca praecidania⁵⁹¹.

I *sacra*, dunque, si distinguevano in *publica* e *privata* a seconda che si celebrassero a spese del popolo o si compissero privatamente⁵⁹², e, pur potendo alcuni culti

⁵⁸⁴ Val. Max., *mem.* 4.3.6.

⁵⁸⁵ Val. Max., *mem.* 6.4.5.

⁵⁸⁶ Caes., *bell. gall.* 6.31.5.

⁵⁸⁷ Sen., *tranq. an.* 2.10.

⁵⁸⁸ Sen., *tranq. an.* 8.8. In questo stesso senso possono intendersi i passi riportati in Sen., *ben.* 1.9.2, 2.14.1, 4.16.2 e 7.20.4. Cfr. inoltre, conformi, *Æ. FORCELLINI, Totius latinitatis lexicon*, II, Patavii, MDCCCXXXI, sv. *'detestatio'*, e *CALONGHI, op. cit.*, sv. *'detestatio (detestor)'*, c. 826.

⁵⁸⁹ CAREDDU, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁹⁰ Fest., *verb. sign.*, sv. *'Publica sacra'*, p. 284 L.

⁵⁹¹ Fest., *verb. sign.*, sv. *'Popularia sacra'* p. 298 L.

⁵⁹² Cfr. FIORENTINI, *Ricerche*, cit., p. 106 ss., 250 ss., 255 ss., 284 s., 288 ss., e G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli, I, 1975, p. 47 e nt. 42.

privati divenire pubblici, si tende ad ammettere pacificamente «una totale indipendenza del culto gentilizio, e privato in genere, rispetto a quello pubblico»⁵⁹³. La *sacrorum detestatio* viene ricondotta⁵⁹⁴ al solo ambito di quest'ultimo.

Pur ammettendo il silenzio delle fonti in merito, e conseguentemente procedendo in via meramente congetturale, il Careddu ritiene possibile che alla *sacrorum detestatio*, intesa nel senso di «fondazione dei *sacra*», potesse accompagnarsi un giuramento imprecatorio, la cui funzione sarebbe stata quella di ulteriormente rafforzare quel «vincolo obbligatorio al cui adempimento stava garante il popolo e vegliava, nell'interesse del culto, il collegio dei pontefici»⁵⁹⁵: istituire e fondare perpetuamente nuovi *sacra familiaria* con la solenne procedura necessitante il ricorso alla pubblica assemblea e alla presidenza pontificale, infatti, avrebbe importato la conseguenza, per chi avesse proceduto alla loro istituzione, di attendere regolarmente al relativo culto, sopportandone anche gli oneri economici. Va infatti tenuto presente che «tali *sacra* avevano, come è ormai pacifico, contenuto patrimoniale, e sovente gravoso»⁵⁹⁶. Il ricorso da parte del *civis* alla testimonianza del popolo unitamente al riconoscimento pontificale, pertanto, viene interpretato come l'unica procedura istitutiva ufficiale di nuovi culti privati; in merito risulterebbero probanti un passo di Cicerone ed uno di Livio:

Non solum ad religionem pertinet, sed etiam ad civitatis statum, ut sine iis qui sacris publice praesint, religioni privatae satisfacere non possint⁵⁹⁷.

An gentilitia sacra ne in bello quidem intermitti, publica sacra et Romanos deos etiam in pace deserui placet, et pontifices flaminesque neglegentiores publicarum religionum esse quam privatus in sollemni gentis fuerit?⁵⁹⁸

Cicerone sottolinea come spettasse ai pontefici dirigere tutto il culto privato e pubblico; analoga, e da un angolo visuale che pone l'accento sulla perpetuità dei culti, tanto pubblici quanto – se riconosciuti dai pontefici – privati, è la posizione di Livio.

L'ipotesi del Careddu, pertanto, partendo da questa premessa, ritiene logicamente ammissibile anche l'«istituzionalizzazione» della procedura di creazione di nuovi culti: essa, oltre che con la pubblicità garantita dalla dichiara-

⁵⁹³) FIORENTINI, *op. cit.*, p. 284.

⁵⁹⁴) Cfr. per tutti CAREDDU, *op. cit.*, p. 404 che rileva testualmente come il nostro istituto «si riferiva agli atti di culto privato familiare», che poco prima vengono esemplificativamente indicati nelle cerimonie, nelle feste e nei sacrifici.

⁵⁹⁵) CAREDDU, *op. cit.*, p. 406.

⁵⁹⁶) DAVERIO, *op. cit.*, p. 541 nt. 17.

⁵⁹⁷) Cic., *leg.* 2.30.

⁵⁹⁸) Liv., *urb. cond.* 5.52.4.

zione compiuta innanzi all'assemblea del popolo riunito in funzione testimoniale, sarebbe avvenuta sotto quello stesso controllo pontificale poi esercitato successivamente anche in relazione al loro esercizio. Ed anzi, sulla scia dell'insegnamento di Jhering⁵⁹⁹, egli ritiene che proprio il giuramento accedente all'istituzione dei nuovi culti, con la sua caratteristica componente di sacralità, avrebbe costituito il *trait d'union* con il quale determinare l'estensione del potere dei pontefici agli affari civili. Eppure questa suggestiva ricostruzione continua a scontrarsi con l'autorevole obiezione⁶⁰⁰ che sottolinea come fosse in facoltà dei pontefici procedere ad istituzione di *sacra* senza la necessità della presenza dell'assemblea popolare riunita col compito di rendere testimonianza: non si spiegherebbero pertanto i motivi di questa diversità procedurale, e del resto nelle fonti non è dato rinvenire nessuno spunto per procedere ad alcun tipo di giustificazione o differenziazione. E' per questi motivi che neanche la ricostruzione proposta dal Careddu e sviluppata dal Daverio appare decisiva.

5. Segue. Detestatio e alienatio sacrorum

Simmetricamente all'interpretazione da ultima presentata, un'ulteriore lettura⁶⁰¹ ha posto il nostro istituto in relazione alla *sacrorum alienatio* di cui si trova notizia in diversi passi ciceroniani, e addirittura se ne è ipotizzata la coincidenza⁶⁰².

Cic., *Orat.* 42.144. 'At dignitatem docere non habet'. Certe, si quasi in ludo; sed si monendo, si cohortando, si percontando, si comunicando, si interdum etiam una legendo, audiendo, nescio [cur] cum docendo etiam aliquid aliquando [si] possis meliores facere, cur nolis? An quibus verbis sacrorum alienatio fiat docere honestum est[, ut est]: quibus ipsa sacra retineri defendique possint non honestum est?

Si tratta di un passo della digressione⁶⁰³ in cui nell'*Orator* Cicerone discute se convenga o meno ad un uomo di stato trattare questioni retoriche, e dopo aver risolto affermativamente la questione egli sottolinea la necessità di dare anche all'insegnamento, se non esercitato '*quasi in ludo*', la dignità che gli spetta:

⁵⁹⁹) R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1878, trad. fr. – *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*² –, Paris, 1880, p. 291 ss.

⁶⁰⁰) Cfr. SAVIGNY, *Über die juristische Behandlung der sacra privata*, cit., p. 401, e BERGMAN, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁰¹) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 402.

⁶⁰²) Cfr. L. SCHMITZ, sv. 'Gens' in «A Dictionary in Greek and Roman Antiquities», London, 1875, p. 568.

⁶⁰³) *Orat.* 41.140-143 e 148.

insegnare a mantenere e tutelare i *sacra* è infatti parimenti decoroso che insegnare con quali parole sia possibile effettuare la rinunzia ad essi. Non c'è nessun riferimento, dunque, all'istituto della *sacrorum detestatio*, posto che qui l'*alienatio* non è intesa nel senso di pubblica abiura, come invece vuole l'interpretazione che si è vista essere oggi dominante, ma di eliminazione dell'onere dei *sacra* (generalmente derivante da un lascito ereditario, ma non solo). Quest'aspetto ritorna con una certa chiarezza in un lungo passo tratto dal *De legibus* ciceroniano:

Cic. *leg.* 2.19.47: Sed iuris consulti sive erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videantur, sive, quod similis veri est, ignoratione docendi (nam non solum scire aliquid artis est, sed quaedam ars etiam docendi) saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinitam disperdiuntur, velut in hoc ipso genere quam magnum illud Scaevolae faciunt, pontifices ambo et eidem iuris peritissimi! 'Saepe' inquit Publilii filius, 'ex patre audivi pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset'. Totumne? quid ita? quid enim ad pontificem de iure paretium aut aquarum aut ullo omnino nisi eo, quod cum religione coniunctum est? id autem quantum est! de sacris, credo, de votis, de feriis et de sepulchris, et si quid eius modi est. cur igitur haec tanta facimus, cum cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conservarentur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, *perpetua sint sacra*?

[48] Expositae haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essente adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur iuris consultorum libri. quaeruntur enim, qui astringatur sacris. heredum causa iustissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrat, proprius accedat. deinde, qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes. id quoque ordine; est enim ad id, quod propositum est, adcommodatam. tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possedendo. Quarto, qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet. [49] extrema illa persona est, ut is, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

[2.20.(49)] Haec nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis. nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris astringi, aut ereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.

[50] Sed pontificem sequamur. videtis igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt isdemque ferias et caerimonias adscribendas putant. atque etiam dant hoc Scaevolae, cum est partitio, ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsisque minus ceperint, quam omnibus heredibus relinquatur ne alligentur. in donatione hoc idem secus interpretantur, et, quod pater familias in eius donatione, qui in ipsius protestate est, adprobavit, ratum est; quod eo in sciente factum est, si id non adprobat, ratum non est.

[51] His propositis quaestiunculae multae nascuntur, quas quis qui intellegat non, si ad caput referat, per se ipse facile perspiciat? veluti, si minus quis cepisset, ne sacris alligaretur, et post de eius heredibus aliquis exegisset pro sua parte id, quod ab eo, cui ipse heres esset, praetermissum fuisset, eaque pecunia non minor esset facta cum superiore exactione quam heredibus esse relicta, qui eam pecuniam exegisset, solum sine coheredibus sacris alligari. quin etiam cavent, ut, cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per aes et libram heredes testamenti solvat, propterea quod eo loco res est ita soluta ereditate, quasi ea pecunia legata non esset.

[2.21.52] Hoc ego loco multisque aliis quaero a vobis, Scaevolae, pontifices maximie et homines meo quidem sudicio acutissimi, quid sit quod ad ius pontificium civile appetatis; civilis enim iuris scientia pontificum quodam modo tollitis. nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt. itaque si vos tantum modo pontifices essetis, pontificalis maneret auctoritas, sed quod idem iuris civilis estis peritissimi, hac scientia illam eluditis. placuit P. Scaevolae et Ti. Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris, eos, qui tantundem caperent, quantum omnes heredes, sacris alligari. [53] habeo ius pontificium; quid huc accessit ex iure civili? partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur; inventa est ratio cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. quasi hoc, qui testamentum faciebat, cavere nolisset, admonet iuris consultus hic quidem ipse Mucius, pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur; super dicebant quicquid cepisset, astringi; rursus sacris liberantur. hoc vero nihil ad pontificium ius et e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant et eodem loco res sit, quasi pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non⁶⁰⁴.

Viene qui presentata e criticata la tendenza dei giuristi i quali, a giudizio di Cicerone più che altro per ignoranza di metodo, tendono a effettuare innumerevoli ripartizioni in seno ad un unico concetto⁶⁰⁵. In particolare, poi, si sottolinea anche la tendenza dei pontefici a estendere le competenze proprie dello *ius pontificium* anche ad aspetti del diritto civile che poco hanno a che vedere con tutto quanto è connesso all'oggetto specifico di esso, e cioè il culto, il suo esercizio e, in ultima analisi, la sua perpetuità⁶⁰⁶. Nello specifico, Cicerone rileva come il problema della perpetuazione del culto, connesso alla distribuzione dei beni ereditari, era dagli antichi risolta in tre possibili modi, in forza dei quali l'onere dei *sacra* era addossato agli eredi, o a chi avesse perce-

⁶⁰⁴) A questo punto inizia una lacuna che Turnebo propone di colmare con *'legata'* ovvero *'sacris non astricta'*: cfr. CICERO, *De legibus*, Cambridge (Mass.)-London, 1928, rist. 2000, p. 436, nt. 2.

⁶⁰⁵) Lo rilevava già CUGIA, *Indagini*, cit., p. 37 s.

⁶⁰⁶) Cfr. GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 90 ss., e F. FONTANELLA, *Politica e diritto naturale nel De legibus di Cicerone*, Roma, 2012, p. 71 ss.

pito la maggior parte del patrimonio oppure a chi, pur essendo dispersa in legati la maggior parte dei beni, avesse comunque conseguito qualcosa. Da questa tripartizione è poi derivata tutta una serie di corollari volti a creare ulteriori regole per individuare chi sia tenuto alla sua continuazione del culto: vengono così presi in considerazione innanzitutto gli eredi, ovvero chi consegua per testamento una quota pari alla somma di quelle spettanti alla totalità degli eredi. Per il caso di loro assenza, poi, l'onere viene accollato a chi abbia comunque conseguito la maggior parte dei beni appartenenti al *de cuius* al tempo della sua morte, ovvero, se nessuno sia venuto in possesso di qualcosa, a quello dei creditori che abbia la disponibilità della maggior parte delle sostanze ereditarie o, infine, a colui che, essendo debitore del *de cuius* al tempo della morte di questi, e non avendo liquidato ad altri il suo debito, si considera come se avesse conseguito quella somma.

Cicerone considera poi le ulteriori conseguenze a cui si perveniva da tale regolamentazione, prendendo in esame la situazione di chi avesse conseguito meno di quanto gli spettasse per legge, al fine di evitare di accollarsi l'onere del culto, e delle eventuali pretese dell'erede di costui in relazione a quanto non conseguito dal proprio dante causa (in questo caso se costui avesse percepito un'integrazione tale da equiparare la quota del suo dante causa a quella percepita dagli altri coeredi, egli avrebbe tuttavia dovuto addossarsi l'onere dei *sacra* senza dividerlo con costoro). Viene inoltre rappresentata anche la situazione contraria, e cioè il caso di chi avesse percepito tramite legato più di quanto conseguito dagli eredi: anche tale legatario avrebbe potuto liberarsi dall'onere della continuazione dei *sacra* mediante liquidazione del relativo valore agli eredi, quasi come se quel denaro non fosse mai stato legato. Questa tendenza dei pontefici a elaborare regole, che in concreto si rivelano *escamotage* per liberare il patrimonio dall'onere della continuazione del culto, è evidentemente avversata da Cicerone, il quale altrove è ancora più esplicito, affermando che gli antichi non approvarono mai la derelizione dei *sacra*⁶⁰⁷: l'Arpinate individua le cause di una tale deprecabile prassi nell'abitudine dei pontefici a estendere le proprie competenze, e ad appannare la specificità delle proprie conoscenze, tanto che si può concordare con quell'opinione che legge l'atteggiamento dei pontefici, riportato nella testimonianza ciceroniana, come un'attività «poco onesta, contraria agli antichi principi: chiaramente, è tutt'altra cosa, nonostante certi immotivati accostamenti che si sono fatti, dalla *sacrorum*

⁶⁰⁷) Cic., *pro Mur.* 12.27: *Sacra interire illi noluerunt. Horum ingenio, senes ad coëmptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt.* Sull'attenzione di Cicerone nei confronti di libri e *commentarii* sacerdotali, e sulla sua competenza nell'accedere ad essi e nel consultarli, cfr. F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, *Libri e commentarii*, Sassari, 1983, p. 91 ss.

detestatio»⁶⁰⁸. Ad ulteriore riprova di ciò, va sottolineata l'assenza totale di riferimenti alla *sacrorum detestatio* nella *De domo sua* di Cicerone, soprattutto laddove egli ricorre a tutto l'armamentario giuridico per far invalidare la confisca della sua proprietà effettuata dall'odiato Publio Clodio Pulcher⁶⁰⁹, sostenendo la nullità di tutti gli atti da lui compiuti in qualità di tribuno della plebe proprio perché per assumere tale carica egli, senatore patrizio trentacinquenne, si era fatto adottare (in realtà: adrogare) da un *pater plebeo* ventenne⁶¹⁰, che

⁶⁰⁸ DAVERIO, *op. cit.*, p. 546. Cfr., inoltre, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. – *I principii del diritto romano* – Firenze, 1946, rist. 2005, p. 22 s.

⁶⁰⁹ Cfr. J.C. CLASSEN, *Recht, retorik, politik. Untersuchungen zu Cicero rhetorischer strategie*, Darmstadt, 1985, trad. it. – *Diritto, retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone* –, Bologna, 1985, p. 219 ss., E. NARDUCCI, *Perceptions of Exile in Cicero: The Philosophical Interpretation of a Real Experience*, in «American Journal of Philology», CXVIII, 1997, p. 55 ss., ID., *La 'de domo': Cicerone di fronte all'esilio*, in CICERONE, *La casa*, Milano, 1998, p. 5 ss., ID., *Cicerone e i suoi interpreti. Studi sull'Opera e la Fortuna*, Pisa, 2004, p. 95 ss., ID., *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari, 2009, p. 237 ss., e J. TAN, *Publius Clodius and the Boundaries of the Contio*, in «Community & Communication», cit., p. 117 ss.

⁶¹⁰ Cfr. Cic. *dom.* 32-38: *Intellego, pontifices, me plura extra causam dixisse quam aut opinio tulerit aut voluntas mea; sed cum me purgatum vobis esse cuperem, tum etiam vestra in me attente audiendo benignitas provexit orationem meam. Sed hoc compensabo brevitate eius orationis quae pertinet ad ipsam causam cognitionemque vestram; quae cum sit in ius religionis et in ius rei publicae distributa, religionis partem, quae multo est verbosior, praetermittam, de iure rei publicae dicam. [33] Quid est enim aut tam adrogans quam de religione, de rebus divinis, caerimoniis, sacris pontificum conlegium docere conari, aut tam stultum quam, si quis quid in vestris libris invenerit, id narrare vobis, aut tam curiosum quam ea scire velle de quibus maiores nostri vos solos et consuli et scire potuissent iure publico, legibus iis quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eius modi calamitate adfici sine iudicio: hoc iuris in hac civitate etiam tum cum reges essent dico fuisse, hoc nobis esse a maioribus traditum, hoc esse denique proprium liberae civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum qui de quaque re constituti iudices sint detrahi possit. [34] Videsne me non radicitus evellere omnis actiones tuas neque illud agere, quod apertum est, te omnino nihil gessisse iure, non fuisse tribunum plebis, hodie esse patricium? Dico apud pontifices, augures adsunt: versor in medio iure publico. Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus. Quae deinde causa cuique sit adoptionis, quae ratio generum ac dignitatis, quae sacrorum, quaeri a pontificum conlegio solet. Quid est horum in ista adoptione quaesitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberatorumne causa? At procreare potest; habet uxorem, suscipiet ex ea liberos; exheredabit igitur pater filium. [35] Quid? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est? quae omnis notio pontificum, cum adoptarere, esse debuit: nisi forte ex te ita quaesitum est, num perturbare rem publicam seditionibus velles et ob eam causam adoptari, non ut eius filius esses, sed ut tribunus plebis fieres et funditus everteres civitatem. Respondisti, credo, te ita velle. Pontificibus bona causa visa est: adprobaverunt. Non aetas eius qui adoptabat est quaesita, ut in Cn. Aufidio, M. Pupio quorum uterque nostra memoria summa senectute alter Oresten, alter Pisonem adoptavit, quas adoptiones sicut alias innumerabilis hereditates nominis pecuniae sacrorum secutae sunt. Tu neque Fonteius es, qui esse debebas, neque patris heres, neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti. Ita perturbatis sacris, contaminatis gentibus, et quam deseruisti et quam polluisti, iure Quiritium legitimo tutularum et hereditatum relicto, factus es eius filius contra fas cuius per aetatem pater esse potuisti. [36] Dico apud pontifices: nego istam adoptionem pontificio iure esse factam: primum quod eae vestrae sunt aetates ut is qui te adoptavit vel filii tibi loco per aetatem esse potuerit, vel eo quo fuit: deinde quod causa quaeri solet*

dunque avrebbe potuto essere suo figlio, peraltro facendo seguire l'immediato affrancamento dalla *patria potestas*. In forza di queste osservazioni, pertanto, non mi sembra corretto a procedere a un'equiparazione tra la *sacrorum detestatio* e quell'*alienatio* a cui fa riferimento Cicerone.

6. Segue. L'interpretazione risalente al Cuiacio

Il titolo '*De verborum significatione*' del cinquantesimo libro del Digesto di Giustiniano rappresenta, ancora una volta ai nostri fini, il luogo di partenza per ulteriori percorsi argomentativi: un'interpretazione, risalente al Cuiacio, infatti, e contenuta nel suo commento ai frammenti conservati in D. 50.16.39.2 (Paul., 53 *ad ed.*) e in D. 50.16.40 pr. (Ulp., 50 *ad ed.*), ha posto il nostro istituto in relazione al testamento:

Legem 39 putem etiam referendam ad ius Pontificium. Multa iuris antiqui vestigia sepulta sunt in hoc titulo, et indicabimus inde multa procedente tempore. Videtur autem haec lex referenda ad eam partem juris pontificii, quae est de sacris detestandis. Nam ea explicat quid sit *detestari*, quod est vetum Pontificum, et

*adoptandi, ut et is adoptet qui quod natura iam adsequi non potest legitimo et pontificio iure quaerat, et ita adoptet ut ne quid aut de dignitate generum aut de sacrorum religione minuatur: illud in primis, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne qui dolus adhibeatur: ut haec simulata adoptio filii quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur. [37] Quae maior calumnia est quam venire imberbum adulescentulum, bene valentem ac maritum, dicere filium senatorem populi Romani sibi velle adoptare; id autem scire et videre omnis, non ut ille filius instituat, sed ut e patriciis exeat <et> tribunus plebis fieri possit, idcirco adoptari? neque id obscure; nam adoptatum emancipari statim, ne sit eius filius qui adoptarit. Cur ergo adoptabat? Probate genus adoptionis: iam omnium sacra interierint, quorum custodes vos esse debetis, iam patricius nemo relinquetur. Cur enim quisquam vellet tribunum plebis se fieri non licere, angustiorem sibi esse petitionem consulatus, in sacerdotium cum possit venire, quia patricio non sit is locus, non venire? Vt cuique aliquid acciderit qua re commodius sit esse plebeium, simili ratione adoptabitur. [38] Ita populus Romanus brevi tempore neque regem sacrorum neque flamines nec Salios habebit, nec ex parte dimidia reliquos sacerdotes neque auctores centuriarum et curiatorum comitiorum, auspiciisque populi Romani, si magistratus patricii creati non sint, intereat necesse est, cum interrex nullus sit, quod et ipsum patricium esse et a patriciis prodi necesse est. Dixi apud pontifices istam adoptionem nullo decreto huius conlegi probatam, contra omne pontificum ius factam, pro nihilo esse habendam; qua sublata intellegis totum tribunalatum tuum concidisse. Cfr. le osservazioni di F. SINI, *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, p. 111 ss.; cfr. inoltre DAVERIO, *op. cit.*, p. 547, il quale, facendo riferimento all'«ampia irruenza» che caratterizza il *de domo* ciceroniano, rileva proprio come neanche in questo luogo «si fa il minimo cenno ad alcuna *sacrorum detestatio*. Quand'anche fosse ormai in disuso, non v'ha dubbio che Cicerone avrebbe sfruttato un'allusione ad essa; e se fosse stata compiuta, ci sarebbe stato riferito da Cicerone o da altri». Anche F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 76 ss., ricostruisce l'*adrogatio* di Clodio presentandola come un'abile strumentalizzazione per favorire le ambizioni politiche di quest'ultimo.*

Decemvirorum verbum: detestari, ut Florent. scriptum est, non attestari, ut in *l. seq.* quod Graeci recte *δισμαρτόρασθαι* interpretantur. Servius Sulpit. JC. scripsit *libros de sacris detestandis*. Solebant enim antiqui JC. juris civilis cognitionem conjungere cum jure Pontificio. Idem Pontifices factitabant, nec erat Jurisconsultus qui Jus Pontificium ignorasset, nec Pontifex, qui jus civile. Igitur non mirum si de his libros scripserit Servius Sulpitius. Gellius *lib. 6 cap. 12* citat. Servium *lib. 2 de testamentis*. Libri scripti omnes habent, *de sacris detestandis*, Servius Sulpitius dixerit testamentum dici *a mentis contestatione*, quae est origo verbi concinna et scita potius, quam vera, sicut illa mutuuum dici, *quod de meo fiat tuum*, et illa Trebatii, Sacellum dici *a sacra cella* cum sacellum, et testamentum sit verbum simplex, non duplex. Sed ideo libri de *sacris detest. et de test.* tractarunt, quod testamenta sequantur sacra, quodque et testamenta, et *sacrorum detestatio* fieri solerent calatis comitiis, Gellius *lib. 15 cap. 27*. igitur cum in hac *l. 39* Paulus dicat, detestari esse absenti denuntiare, detestari sacra interpretatur *hoc esse absenti denuntiare, testato scilicet et prodere sacra, ut ea suscipiat, et faciat, vel quod sit haeres defuncti, vel quod ex legato tantam partem bonorum ceperit, quantam omnes haeredes, vel quod de bonis, quae ejus fuerunt, cum moreretur, usuceperit plurimum*, hic cum bonis debet etiam suscipere sacra, si velit capere haereditatem, et bona. Et ita *detestari* in 12 tabulis accipitur pro absenti denuntiare cum testatione, *l. 238 inf. in §. 1.* quae est ex libris ad 12 tabulas. His autem omnibus personis, id est, haeredibus, et legatariis, quibus tanta pars bonorum relicta est, quanta haeredibus, et iis, qui usuceperunt plurimum bonorum defuncti, ut Cicero exposuit *2. de legibus*, feriae, et ceremoniae, id est, sacra familiare, et gentis defuncti adscribuntur: *adscribuntur* dixit, quod hic *subsignantur*, et videtur *subsignandi* verbum, ipsius juris Pontificii fuisse, simulque civilis pro *subscribere*, ut haeredibus subsignarentur, id est, subscriberentur feriae, et ceremoniae, sic veteres loquebantur. Festus in verbo *signare*. Signare ponebant antiqui pro scribere, *ut subsignare, et consignare*, pro scribere, et conscribere. Antiquum etiam *detestandi* verbum pro denuntiatione, quae fiebat testato; sane antiquum, cum usurpatum sit in 12. tabulis. Ergo hujus legis, in qua explicatur quid sit subscribere, quid subsignare, su menda est interpretatio ex jure antiquo, et pene jam obsoleto. In eo autem jure ad quod retuli hanc legem, docet subsequenter Paulus hic, *bona* accipi deducto aere alieno, cum dicimus eum alligari sacris, et detestari sacra, et subsignare, qui partem bonorum jure legati ceperit, vel usucapionis jure. Bona intelleguntur deducto aere alieno, ut in lege Falcidia, et in edicto de collatione bonorum, quod exposui in *l. 21. sup.* Et nominatim proditum est de legato partitionis, quod alligat sacris, *l. 8. §. ult. de leg. 2* ubi dicitur, eum, cui pars haereditatis legata est, etc. atque ideo non capit eam partem legatarius sine sacris, et religione, nisi aes alienum ei nominatim injunctum sit: tunc enim liberabitur sacris. Certo etiam possessori bonorum defuncti subsignantur sacra, non incerto. Id evidens est: ob id ultimo loco incertum possessorem definit, quem ignoramus: cum non est, quem sciamus possedere, non est etiam cui subsignemus sacra, sicut in titulo *de rei vindicatione*. Incerta pars est, si ignoretur quota sit. Ad tandem partem juris Pontificii de sacris detestandis

posset referri initium l. 40. ubi eodem modo, quo in 39. detestatio definitur, denuntiatio facta cum testatione, id est, μετὰ μαρτύρων, absenti scilicet⁶¹¹.

Anche se si è rilevato⁶¹² che questo accostamento, rispetto a quello oggi dominante con l'*adrogatio*, presenta quantomeno il carattere della discutibilità, e non, come accade nell'altro caso, dell'arbitrarietà, esso, dopo aver avuto un certo seguito nella dottrina meno recente⁶¹³, viene oggi generalmente rifiutato.

I motivi principali sono da ravvisarsi in una lettura del commento di Cuiacio che lo orienta verso l'individuazione della *sacrorum detestatio* come un atto «mediante il quale il testatore, dopo aver fatto testamento nei *comitia calata* addossava all'erede il peso dei *sacra*»⁶¹⁴. La *sacrorum detestatio*, pertanto, viene qui presentata come atto distinto e parallelo ad una delle più antiche forme di testamento, volto a concorrere con essa per completare e perfezionare il fenomeno successorio nella sua interezza: col testamento si sarebbe provveduto a trasferire i *corpora hereditaria* e, più in generale, quelli che, con terminologia giuridica moderna, possiamo chiamare i rapporti giuridici trasmissibili facenti capo al testatore; con la *sacrorum detestatio*, invece, si sarebbe provveduto a regolamentare il «passaggio» dell'onere del culto. Questa lettura, che pone in correlazione *sacrorum detestatio* e testamento ha poi senz'altro tratto argomenti anche dalla radicata, ancorché a mio avviso inaccettabile, impostazione dottrinale che ha identificato l'antico testamento pubblico con l'*adrogatio*, procedendo conseguentemente ad operare un abusivo collegamento con la *sacrorum detestatio*⁶¹⁵.

E' sufficiente rimandare al lungo passo tratto dal *de legibus*, considerato poc'anzi, per rigettare questa interpretazione, non fosse altro che per la chiara affermazione ciceroniana in forza della quale si evince il principio per cui «l'obbligo al culto era indissolubilmente legato alla successione dei beni, indipendentemente dal fatto se uno lo avesse imposto o meno all'erede»⁶¹⁶. Abbiamo anzi considerato il sostanziale sfavore con cui l'Arpinte guardava all'impegno pontificale volto a ricavare regole per ottenere l'effetto contrario, e cioè liberare l'eredità dall'onere dei *sacra*.

⁶¹¹) Ho avuto modo di consultare l'edizione di J. CUJACI IC. TOLOSATIS, *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatio-
ra*, VI, Prati, MDCCCXXXVIII. Il commento in esame è quello riportato alle c. 1657 ss.

⁶¹²) DAVERIO, *op. cit.*, p. 546 nt. 25.

⁶¹³) Cfr. B. KÜBLER, sv. '*Sacrorum detestatio*', in «PWRE.», I.A.2, Stuttgart, 1920, c. 1682.

⁶¹⁴) ZABLOCKI, *Appunti*, cit., p. 527. Questa posizione riflette quella già espressa dal CAREDDU, *op. cit.*, p. 403, che non condivide la più antica opinione «di coloro che ritennero essere la *detestatio sacrorum* un modo solenne di disporre intorno alla trasmissione dei *sacra* agli eredi, cioè una specie di testamento religioso»: e questa interpretazione è espressamente ricondotta dal Careddu al Commento di Cuiacio.

⁶¹⁵) In questo senso cfr. anche DAVERIO, *op. cit.*, p. 535, nt. 11.

⁶¹⁶) ZABLOCKI, *Appunti*, cit., p. 527.

Questi aspetti non sembrano essere tenuti nella debita considerazione da Cuiacio nel suo commento: se, infatti, è vero che, mentre attendeva ad esso, egli doveva almeno conoscere, se non proprio avere sotto gli occhi, il *De legibus* ciceroniano, unitamente agli scritti di Gellio e Festo, visti gli espressi e numerosi riferimenti da lui effettuati per presentare una rassegna della casistica in merito alla regolamentazione della perpetuità dei *sacra*, purtuttavia, trovandosi a commentare il titolo *De verborum significatione* del Digesto, e avendo ben presente che «multa juris antiqui vestigia sepulta sunt in hoc titulo», la sua attenzione, più che sul fastidio con cui Cicerone guardava alla tendenza dei pontefici ad ampliare l'ambito delle proprie competenze al fine di formulare regole per eliminare l'onere dei *sacra*, è rivolta a tracciare percorsi semantici idonei a spiegare il significato di termini antichi e tecnici. 'Detestatum' (e quindi anche 'detestatio') è uno di questi: risale sicuramente alle XII Tavole visto che si fa menzione di esso nel frammento contenuto in D. 50.16.238.1, in cui è riportato il frammento tratto dal sesto libro del commento di Gaio alle XII Tavole. Conseguentemente Cuiacio, nel commentare i frammenti contenuti in D. 50.16.39.2 (Paul., 53 *ad ed.*) e in D. 50.16.40.pr. (Ulp., 56 *ad ed.*), dove Paolo e Ulpiano riportano l'interpretazione dei segni 'detestari' e 'detestatio', evidentemente contenuti nell'editto, effettua un pronto rinvio al frammento gaiano.

La riferibilità all'alta antichità del materiale contenuto nel titolo in esame, peraltro, lo porta a sottolineare la compresenza, nei temi in esso inclusi, di *ius civile* e *ius pontificium*⁶¹⁷. Essa non è guardata con lo stesso fastidio di Cicerone, ma è anzi presentata come un qualcosa di così normale, che non doveva stupire il fatto che anche dei giuristi si erano cimentati nella composizione di opere di *ius pontificium*. Tuttavia, non risulta opportuna esemplificazione di quest'assunto il riferimento all'opera *De sacris detestandis* del giurista Servio Sulpicio: per quel che possiamo sapere essa, infatti, non trattava del diritto sacro, ma concerneva la materia testamentaria. Se questo dato non sembra riferito con piena consapevolezza nel commento di Cuiacio, esso appare più evidente da una sia pur superficiale comparazione con la fonte gelliana:

noct. Att. 7.12.1. Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex scripserit, non reperio; [2.] nam compositum esse dixit a mentis contestatione. [3.] Quid igitur calciamentum, quid paludamentum, quid pavimentum, quid vestimentum, quid alia milia per huiusmodi formam producta, etiamne ista omnia composita dicemus? [4.] Obrepsisse autem videtur Servio, vel si quis

⁶¹⁷) E' appena il caso di ricordare quello che egli scrive: «Solebant enim antiqui J.C. juris civilis cognitionem conjungere cum jure Pontificio. Idem Pontifices factitabant, nec erat Jurisconsultus qui Jus Pontificium ignorasset, nec Pontifex, qui jus civile».

est, qui id prior dixit falsa quidem, sed non abhorrens neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabolo significatio, sicut hercle C. quoque Trebatio eadem concinnitas obrepsit. [5.] Nam in libro de religionibus secundo: 'sacellum est' inquit 'locus parvus deo sacratu cum ara'. Deinde addit verba haec: *Sacellum* ex duobus verbis arbitror compositum *sacri* et *cellae*, quasi *sacra cella*. [6.] Hoc quidem scripsit Trebatius; sed quis ignorat *sacellum* et simplex verbum esse et non ex *sacro* et *cella* copulatum, sed ex *sacro* deminutum?⁶¹⁸

E se Gellio risulta particolarmente notevole per permettere a Cuiacio, nel parlare delle «commistioni» tra diritto pontificale e diritto civile, di ricordare comunque l'opera di Servio Sulpicio Rufo e permettergli, facendo riferimento anche al *De religionibus* di Trebazio, di effettuare digressioni sulla derivazione delle parole – digressioni che chiaramente non dovevano risultare poi tanto inopportune commentando il titolo *De verborum significatione* –, sarà sempre Gellio a rivelarsi fondamentale per far procedere Cuiacio, e non solo lui, all'accostamento tra *sacrorum detestatio* e testamento. In dottrina non si è peraltro mancato di sottolineare l'antichità di un tale accostamento, avendo proprio riguardo all'opera di Servio Sulpicio Rufo menzionata da Gellio nel passo appena riferito: «evidentemente, se un giurista si preoccupava di dare la definizione del testamento in un trattatello in cui si parlava di un istituto completamente diverso, la *detestatio sacrorum*, ciò accadeva perché egli verosimilmente aveva riscontrato nessi che collegavano i due istituti: nessi non puramente casuali, ma fondati su un elemento comune»⁶¹⁹.

7. L'antecedente funzionale della diseredazione

Il collegamento con il testamento, dunque, merita forse una maggiore attenzione. Il dato certo che si ricava dall'informazione gelliana è che *sacrorum detestatio* e *testamentum* si compivano *calatis comitiis*. Peraltro, l'assemblea in cui si

⁶¹⁸) Cfr. il cenno a parte del passo in esame che viene compiuto da MIGLIETTA, «*Determinare infine la regola*», cit., p. 45. Cuiacio, peraltro, scrive nel suo commento che si tratta del dodicesimo capitolo del sesto libro delle *Notti Attiche*. In realtà il libro è il settimo: egli doveva avere a disposizione uno di quei manoscritti in cui tale libro è anteposto al sesto: cfr. la segnalazione di Luigi Rusca in AULO GELLIO, *Notti Attiche*³, I, Milano, 1997 (cur. C. M. CALCANTE e L. RUSCA), p. 455.

⁶¹⁹) SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 234, il quale prosegue affermando: «E tali elementi comuni in altro non consistevano se non nella struttura analoga degli istituti e nella circostanza che tali atti venivano compiuti davanti ai comizi curiati. Né varrebbe opporre che qui si tratta della *detestatio sacrorum* e non dell'arrogazione, giacché l'analoga tra la *detestatio sacrorum* e l'arrogazione non pare possa in alcun modo revocarsi in dubbio»: spero, invece, di aver revocato in dubbio tale analogia sulla base di quanto discusso nei precedenti paragrafi di questo capitolo.

celebrava il *testamentum* non coincideva con quella in cui invece si celebrava l'*adrogatio*, per la semplice considerazione in forza della quale quest'ultima prevedeva le più volte ricordate *rogationes*: in particolare, quella rivolta al popolo necessitava che esso non rimanesse nello stato disordinato della *contio*; il *testamentum*, invece, avveniva *in populi contione*. Il fatto, poi, che nessuna fonte ci informi della necessità, per la *sacrorum detestatio*, di procedere ad una qualsivoglia forma di *suffragium*, unitamente all'osservazione per cui Gellio accosta *testamentum* e *sacrorum detestatio*, mi porta ad ipotizzare che anche quest'ultima potesse celebrarsi *in populi contione*, e quindi nella medesima assemblea in cui si celebrava il testamento.

Tanto il testamento quanto la *sacrorum detestatio*, inoltre, presentano la medesima caratteristica di compiersi pubblicamente in presenza di testimoni: anche la comune radice semantica è chiarissima in questo senso, e al medesimo risultato conduce l'analisi dell'accezione del verbo e del sostantivo relativi, presenti nella legge delle XII Tavole, e dei quali, come si è evidenziato, ancora resta memoria nel Digesto. Ma se il testamento consiste nella pubblica dichiarazione in presenza di testimoni delle proprie volontà per il periodo successivo alla propria morte, per formulare un'ipotesi su cosa sia la *sacrorum detestatio* si deve compiere una duplice operazione: da un lato è necessario rammentare quella serie di significati «negativi» («maledizione», «abominazione», «esecrazione», «disprezzo»), che si sono ricondotti al segno '*detestatio*' sulla base delle fonti presentate, e, col conforto di quei dati testuali, assumere come ipotesi di lavoro che la *detestatio* consista proprio in una delle attività negative. Conseguentemente, così individuato il contenuto di tale attività, si dovrà procedere alla delimitazione del suo oggetto, indicato dal segno '*sacrorum*'.

Relativamente a quest'ultimo punto, credo sia emerso con una certa evidenza come l'analisi che generalmente si conduce del segno '*sacrorum*' porta a legarlo con i sacri culti familiari, chiaramente distinguendoli, in forza di quanto evidenziato in precedenza, da quelli pubblici. Si deve rilevare, inoltre, la tendenza a non approfondire ipotesi che prendessero in considerazione l'altra serie di significati, anch'essi, come nel caso del segno '*detestatio*', tutti dal contenuto «negativo», riconducibili alla parola '*sacer*'⁶²⁰, che, essendo inizial-

⁶²⁰) Cfr., nel senso che verrà precisato nel testo, FORCELLINI, *op. cit.*, IV, sv. '*sacer*', e ERNOU, MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., II, p. 585 s., sv. '*sacer*', dove si rileva (soprattutto p. 586) la particolare ambiguità del termine: «La notion de *sacer* ne coïncide pas avec celle de «bon» ou de «mauvais»; c'est une notion à part. *Sacer* désigne celui ou ce qui ne peut être touché sans être souillé, ou sans souiller; de là le double sens de «sacré» ou «maudit» (à peu près). Un coupable que l'on consacre aux dieux infernaux est *sacer* (...), d'où le sens de «criminel» (*auri sacra fames*)»; cfr. anche CALONGHI, *op. cit.*, sv. '*sacer*', c. 2433. Non si sottolinea il valore dell'ambivalenza evidenziata nel testo in WALDE, HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, cit., sv. '*sacer*', p. 459 s.

mente termine tecnico del linguaggio religioso⁶²¹, assume poi il significato traslato e generico di «maledetto», «esecrato», «empio», «criminale», «infame», «sbarrato a piede profano», «isolato», «scomunicato come indegno dalla sociale convivenza»: «*Sacer esto* è dunque 'sia bandito', 'sia interdetto'»⁶²². Eppure l'uso in tal senso del segno '*sacer*' non è estraneo alla lingua latina: lo si rinviene, ad esempio, in Plauto⁶²³, in Orazio⁶²⁴ – che richiama la formula decemvirale, in cui pure il segno in questione era contenuto, e con la quale si sanzionava la malafede del patrono (*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*'⁶²⁵) –, in Livio⁶²⁶, Virgilio⁶²⁷, in Seneca⁶²⁸, senza dimenticare poi la sua più antica attestazione epigrafica nell'espressione '*sakros esed*', vetusta forma della clausola '*sacer esto*', presente sul *Lapis Niger* nel Comizio⁶²⁹, la quale ha portato Aldo Schiavone ad affermare che «se la sua datazione deve davvero farsi risalire all'ultimo periodo monarchico, ci troveremmo di fronte all'anello di congiunzione, nell'uso di questa clausola, fra regalità etrusca e primissima legislazione repubblicana»⁶³⁰.

Va inoltre segnalato come l'indicazione dell'ambivalenza del segno '*sacer*' nella sanzione rappresentata dal '*sacer esto*' sia ben presente nelle trattazioni che, anche in tempi recenti, hanno affrontato il tema⁶³¹: in letteratura, infatti,

⁶²¹ Macr., *Sat.* 3.7.3: *Quicquid destinatum est dis, sacrum vocatur*. Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2005, p. 242, e M. MORANI, *Lat. «sacer» e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in «Aevum», LV, 1981, p. 30 ss.

⁶²² G. SEMERANO, *L'infinito: un equivoco millenario. Le antiche civiltà del Vicino Oriente e le origini del pensiero greco*, Milano, 2004, p. 253.

⁶²³ Plaut., *Bacch.* 783 s.: *ego sum malus, Ego sum sacer, scelestus*; in Plaut., *Poen.*, *prol.* 90, si usa anche il superlativo: *homo sacerrimus*.

⁶²⁴ Hor., *sat.* 2.3.181: *is intestabilis et sacer esto*.

⁶²⁵ *Tab.* 8.21, Serv. *ad Aen.* 6.609, ma cfr. anche Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.10.3. E' discusso se la norma sia riconducibile all'età decemvirale o addirittura all'epoca regia: cfr., in questo senso, B. ALBANESE, '*Sacer esto*', in «BIDR.», XCI, 1988, p. 149, e FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 226.

⁶²⁶ Liv., *urb. cond.* 3.55.8: *Hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosantum esse, sed eum qui eorum cuiquam nocuerit sacrum sanciri*.

⁶²⁷ Verg., *Aen.* 3.56-7: *auri sacra fames*.

⁶²⁸ Sen., *ep.* 95.33: *homo, sacra res homini*.

⁶²⁹ Cfr. H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, p. 109, BRETONE, *Storia*, cit., p. 87, L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica* (1990), ora in *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, p. 21, e FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 208 s.

⁶³⁰ *Ius*, cit., p. 79.

⁶³¹ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 313 ss, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 8 e nt. 13 (ove ulteriore letteratura) e p. 11, G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur*, in «Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique», Roma, 1984, p. 459 ss, p. 464, FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 36 ss, p. 179 ss. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., p. 145 ss., FUGIER, *Recherches*, cit., p. 224 ss., 236 ss.; GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., p. 13 ss. Cfr. per spunti interdisciplinari G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005.

non si è mancato di sottolineare questa interessante ambiguità semantica del segno 'sacer' che, anzi, nelle sue formulazioni più antiche, addirittura riconducibili alle cosiddette *leges regiae*⁶³², tende spessissimo ad indicare anche persone e cose in senso altamente negativo, soprattutto in esito alla loro dichiarazione di sacertà⁶³³. Lo studio delle varie ipotesi ha comportato l'individuazione di alcuni casi qualificati come colpe inespiabili ed espressamente sanzionati nelle fonti con la comminazione della sacertà, e di altri solo interpretabili in tal senso⁶³⁴. In particolare, limitatamente al periodo arcaico, si possono ricordare i casi⁶³⁵ che prevedevano e punivano la *verberatio parentis*⁶³⁶, dove il *sacer esto* è comminato al *puer* o alla *nurus* che avessero fustigato un *parens*, comportando la *ploratio* di costui; gli atti di abuso della *patria potestas* (quali il ripudio ingiustificato della moglie⁶³⁷, o la soppressione di infanti minori di tre anni se non storpi o mostruosi⁶³⁸), le offese alla *pudicitia*⁶³⁹, la ri-

⁶³² Cfr., tra gli altri, ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 148 ss.

⁶³³ Pensando all'*homo sacer* nella sua particolarissima condizione, AGAMBEN, *op. cit.*, p. 88, ne ha parlato come di «Una figura enigmatica del diritto romano arcaico, che sembra riunire in sé tratti contraddittori»: a tal proposito, relativamente alla nota definizione di Festo, secondo cui sarebbe *homo sacer* 'is (...) quem populus iudicavit ob maleficium' (Fest., sv. 'sacer mons', p. 423 L.) è stato ricordato da GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., p. 41, quanto osservato da G. MACCORMACK, 'Terminus motus', in «RIDA», XXVI, 1979, p. 249, e cioè che si tratta del riferimento al caso specifico di colui il quale abbia violato la *sacrosanctitas* dei tribuni.

⁶³⁴ Cfr. CRIFÒ, *Exilica causa*, cit., p. 460; FIORENTINI, *Ricerche*, cit., p. 285 s.; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 9 s.; FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 187 ss.

⁶³⁵ Cfr. L'elencazione effettuata da CRIFÒ, *Exilica causa*, cit., p. 460, comprendente l'ipotesi della *verberatio parentis*, della violazione del termine, del furto di *fruges aratro quaesitae*, gli eccessi nell'esercizio della potestà maritale, le colpe della donna maritata o nubile, la *fruns* del patrono verso il cliente, il sacrilegio, la colpa della vestale, lo spergiuro, le ipotesi previste da varie *leges sacratae*, *perduellio* e *parricidium*, e, infine, ipotesi ricostruibili solo dalla sanzione della *sacertus*, come nell'ipotesi che si riscontra in Fest., *verb. sign.*, sv. 'aliuta', p. 5 L. ('*aliuta antiqui dicebant pro aliter (...) hinc est illud in legibus Numae Pompilii: 'si quisquam aliuta faxit, ipsos Iovi sacer esto'*): in questo caso si conosce la sanzione, ma non anche l'illecito. È evidente che si tratta di un elenco quanto mai eterogeneo ancorché, per ammissione stessa dell'autore, non esauriente e, paradossalmente, anche troppo ampio, giacché la comminazione della *sacertus* è testimoniata solo nelle ipotesi della *verberatio*, della violazione del termine, della frode nel rapporto clientelare, delle *leges sacratae*, mentre nelle altre è «solo supposta, con ragioni più o meno buone».

⁶³⁶ Cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. 'plorare', p. 260 L.: *Plorare, flere [inclamare] nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: et apud antiquos plane inclamare. in regis Romuli et Tatii legibus: 'si nurus...', <nurus> sacra divis parentum estod'. in Servii Tullii haec est: 'si parentem puer verberit asto olle plorassit paren<s>, puer divis parentum sacer esto'. id est <in>clamarit dix<erit diem>.*

⁶³⁷ Plut., *Rom.* 22.

⁶³⁸ Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.15.2.

⁶³⁹ Cfr. le testimonianze contenute in Liv., *urb. cond.* 3.44.1, e Val. Max., *mem.* 6.1.13, e il commento che ne fornisce FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 200 ss. Sullo *stuprum* commesso da Appio Claudio ai danni di Virginia cfr. inoltre FÖGEN, *Storie di diritto romano*, cit., p. 53 ss.

mozione dei *termini* dei campi⁶⁴⁰ (è discusso se possano qualificarsi ipotesi specifiche di questa previsione la maledizione 'sakeros esed' nel cippo del Foro, ossia la maledizione nei confronti di chi avesse osato violare quel luogo⁶⁴¹, e la comminazione della sacertà nei confronti di chi avesse osato rimuovere il corpo dell'uomo colpito e ucciso dal fulmine)⁶⁴², lo spergiuro⁶⁴³, e, come si è accennato in precedenza, l'infrazione della *fides* nel rapporto clientelare. Con maggiori dubbi⁶⁴⁴ si considera anche l'ipotesi della sepoltura di una donna gravida senza averne estratto il feto⁶⁴⁵.

Sin dalle sue più remote manifestazioni, dunque, la *sacratio* risulta essere la sanzione irrogata in capo a colui il quale abbia violato la *pax deorum*, ossia abbia spezzato «la situazione di armonia che deriva dal rispetto dei criteri che garantiscono la conservazione dell'equilibrio cosmico»⁶⁴⁶. Conseguentemente, soprattutto in epoca arcaica, è *sacer* colui il quale abbia infranto «basilari regole di comportamento»⁶⁴⁷.

Rimane oggetto di vivace discussione se la sacertà insorgesse automaticamente in capo all'autore della violazione, o se essa conseguisse necessariamente all'esito di un'apposita procedura; inoltre, sempre ricorrendo a terminologia e concetti giuridici moderni, ci si è interrogati circa la natura di essa, se dichiarativa o addirittura di accertamento e costitutiva⁶⁴⁸: ma, a tal propo-

⁶⁴⁰ Fest. *verb. sign.* sv. 'Termino', p. 505 L.; Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.74.3.

⁶⁴¹ Cfr. anche CANTARELLA, *I supplizi*, cit., p. 236 s.

⁶⁴² Cfr. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 208 s., 229 ss.

⁶⁴³ Gran. Flacc. (?) *indig.* fr. 8 (HUSCHKE, 109): *Flaccus scribit, Numam Pompilium, cum sacra Romanis concederet, voto impetrasse, ut omnes dii falsum iuramentum vindicarent.* Cfr. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 182, p. 209.

⁶⁴⁴ Cfr. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 10 e nt. 18.

⁶⁴⁵ Si tratta della testimonianza contenuta nel ventottesimo libro dei *digesta* di Marcello riportata in D. 11.8.2.

⁶⁴⁶ FIORI, *op. cit.*, p. 291. Cfr. SINI, *Sua cuique*, cit., p. 262 ss., dove si parla (p. 263) di «situazione di amicizia nei rapporti tra uomini e divinità».

⁶⁴⁷ FIORENTINI, *Ricerche*, cit., p. 285. Tali infrazioni si riferiscono dunque a quei criteri «cosmici» che FIORI, *op. cit.*, p. 231 ss., individua nella lesione della *maiestas*, del *terminus* e della *fides*: ciò risulta provato sia nelle ipotesi espressamente previste come comportanti la comminazione del *sacer esto*, sia in quelle in cui tale conseguenza è solo ricavabile per interpretazione, ancorché con forti margini di attendibilità.

⁶⁴⁸ Quest'ultima ipotesi è da escludersi decisamente per ALBANESE, *op. cit.*, p. 157: «in nessuno dei casi si coglie alcun indizio d'un accertamento giudiziario pregiudiziale all'irrogazione della sanzione della sacertà; e soprattutto è vero, poi, che il regime attestato per il caso del *parens verberatus* (...) induce fortemente (e, a mio avviso, anzi, costringe) a pensare che, in quel caso, la sacertà veniva in essere *ipso facto* e senza alcun procedimento giudiziario (...). Nelle più antiche sue manifestazioni, la sanzione del *sacer esto* diveniva operante ed efficace in concreto già solo per il fatto che un soggetto aveva compiuto un particolare atto delittuoso, sanzionato in quel singolare modo». In senso contrario, cfr. CANTARELLA, *op. cit.*, p. 242, per la quale «Nata come rito religioso, in età cittadina essa

sito, non si può che procedere a formulare congetture, vista l'alta antichità del tema trattato e l'esiguità e non esaustività dei dati testuali in nostro possesso. Ciononostante, la considerazione del periodo (soprattutto di quello predecemvirale) come proprio di una civiltà che attribuiva un'enorme importanza all'oralità e alla gestualità rituale⁶⁴⁹ porterebbe a propendere per la necessità, ai fini della produzione di determinati effetti, di una ritualità precisa, la quale, se non arriva a richiedere l'organizzazione e la solennità di un processo, necessita comunque della solenne pronuncia di determinate parole, a cui ovviamente corrispondono precise conseguenze. A tal proposito, in quanto alla *sacertus*, si è osservato⁶⁵⁰ che la sua automatica operatività sul piano sacrale non escludeva la necessità di un'apposita delibera assembleare, costituente il momento a partire dal quale l'*homo sacer* veniva considerato tale da tutta la società⁶⁵¹. In realtà, nulla esclude che, per determinate ipotesi, più che di una delibera dell'assemblea del popolo, ci fosse bisogno solo di una presa d'atto da parte di quest'ultima, la cui funzione, pertanto, era quella di conferire solennità, assumendo funzione testimoniale, alle gravi dichiarazioni che innanzi ad essa il *civis* avesse compiuto, e anzi la letteratura più recente tende ad escludere la necessità di qualsiasi processo o anche solo intervento umano a tal proposito⁶⁵². Forse quest'ultima ipotesi è quella più verosimile, se solo si rammenta l'osservazione⁶⁵³ per cui la serie di casi al verificarsi dei quali era

appare inequivocabilmente come la conseguenza di una pronuncia giudiziaria». Più complessa la posizione di GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., p. 37 ss., per il quale la *sacertus* poneva chiunque ne fosse colpito nella poco piacevole situazione di poter essere ucciso da chiunque. Ucciso non proprio impunemente, però, visto che in tal caso l'uccisore sarebbe stato comunque sottoposto a processo con l'accusa di omicidio, e solo la dimostrazione della *sacertus* gravante sull'individuo ucciso ne avrebbe comportato la non punibilità. Lo studioso, peraltro, si premura anche di non «escludere che l'*homo* divenuto *sacer* a causa del delitto perpetrato potesse qualche volta essere dichiarato tale in sede giudiziaria, attraverso un procedimento definibile, sulla base di una moderna terminologia, di mero accertamento, idoneo ad escludere il rischio per il terzo che lo volesse mettere a morte di doversi disculpare in un giudizio per omicidio. E proprio su questo primitivo regime della sacertà avrebbe inciso la legge delle XII Tavole richiedendo che l'eventuale uccisione dell'*homo sacer* per mano di qualsiasi consociato fosse sempre preceduta da una decisione del comizio centuriato diretta ad appurare l'effettivo compimento da parte sua di un atto comportante la sacertà». Del resto, cfr. Gai., *inst.* 2.4, per il quale non si considerava '*sacer*' ciò che non fosse stato consacrato '*ex auctoritate populi Romani*'.

⁶⁴⁹ Cfr. BRETONE, *Storia*, cit., p. 74 s., 198 ss. per un confronto con il diritto attico e l'istituto della ἀποκήρυξις, cfr. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., p. 105 ss.

⁶⁵⁰ In questo senso cfr. ZABLOCKI, *Appunti*, cit., p. 540 ss.

⁶⁵¹ E quindi di fatto escluso da essa.

⁶⁵² Cfr. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà*, cit., p. 1549 ss., e C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in «Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica», Napoli, 2013, in corso di pubblicazione e consultato grazie alla gentilezza dell'autore.

⁶⁵³ Formulata da CRIFÒ, *Exilica causa*, cit., p. 460.

prevista la *sacertas* per il loro autore è costituita da un elenco tutt'altro che esaustivo ed omogeneo. Tale eterogeneità, peraltro, si riflette anche sulle conseguenze per il colpevole: se, infatti, la morte ne era la principale, tuttavia essa non si caratterizza per la sua ineluttabilità, apparendo la *sacertas* «come una sanzione elastica»⁶⁵⁴.

L'istituto della *sacrorum detestatio* può forse leggersi alla luce di quanto si è rilevato sin qui. Si potrebbe, infatti, escludere il riferimento del segno '*sacrorum*' ai sacri culti familiari, per effettuarlo, invece, ai *sacri*, e cioè agli empì, agli esecrandi. E l'«esecrazione pubblica degli empì» mi pare dunque essere l'attività in cui consisteva la *sacrorum detestatio*.

In questa maniera si supererebbe l'osservazione di chi⁶⁵⁵, considerando le accezioni negative della sola parola '*detestatio*', e correlandola ai *sacra*, ne escludeva la riferibilità all'istituto in esame, posto che la «maledizione» o il «disprezzo» dei sacri culti familiari si sarebbe tradotta in un'inconcepibile ammissione, da parte dei Romani, di «una sorta di bestemmia contro i loro riti più preziosi»⁶⁵⁶.

In quanto alla provenienza soggettiva di tale pubblica esecrazione, nel silenzio delle fonti, le alternative mi sembrerebbero essere due: essa sarebbe provenuta o dal *pontifex* che presiedeva il comizio o dal *civis* stesso. Nel primo caso, l'istituto così inteso e ricostruito si caratterizzerebbe per la sua finalità di pubblica abominazione dell'autore di un atto lesivo affidata a chi presiedeva il comizio: non abbiamo dati testuali che in qualche modo facciano riferimento ad un siffatto procedimento verosimilmente volto a creare una nuova ipotesi, tipica o meno, di *sacertas*, e pertanto non siamo in grado di dire se, in epoca arcaica, all'esito di esso ne sarebbe conseguita l'impossibilità, per colui il quale ne fosse stato colpito, di partecipare all'assemblea curiata: il che ne avrebbe comportato l'estromissione dalla comunità stessa, come vorrebbe l'acuta ricostruzione dell'istituto proposta dal Danz⁶⁵⁷.

Per il caso in cui la pubblica esecrazione fosse effettuata dal *civis*, invece, si sarebbe realizzata – in un'epoca in cui, volendo ricorrere all'efficace immagine evocata da Luigi Amirante⁶⁵⁸ e riferita in conclusione del precedente capitolo, la *potestas* non è ancora divenuta *ius* – un'ipotesi che avvalorerebbe di molto la tesi di Zablocki⁶⁵⁹, il quale interpreta la *sacrorum detestatio* come l'archetipo della diseredazione. In questo caso il nostro istituto accedrebbe a quelle ipotesi, già ricordate, di offesa o indebita limitazione della *potestas* da

⁶⁵⁴) CRIFÒ, *loc. ult. cit.*

⁶⁵⁵) DAVERIO, *op. cit.*, p. 539, nt. 14.

⁶⁵⁶) DAVERIO, *loc. ult. cit.*

⁶⁵⁷) *Der sacrale Schutz*, cit., p. 70 ss.

⁶⁵⁸) *Famiglia*, cit., p. 74 s.

⁶⁵⁹) *Appunti*, cit., p. 537 ss, e '*Leges votatae*', cit., p. 13.

parte di soggetti ad essa sottoposti, e si caratterizzerebbe come una «modalità di reazione» concessa dall'ordinamento arcaico predecemvirale a quel *civis* che avesse subito un affronto ritenuto particolarmente grave da uno o più soggetti alla sua *potestas*, in particolare da quelli che, alla morte di costui, avrebbero mutato *status*, divenendo *sui iuris*, e sarebbero subentrati al *de cuius*, in forza di quella che sarà poi chiamata la successione *ab intestato*: i *sui*, e più precisamente i figli e le donne *in manu*⁶⁶⁰. Sul piano patrimoniale, la conseguenza minima immaginabile nei confronti di costoro sarebbe stata, all'esito della loro pubblica e solenne esecrazione, l'eliminazione di ogni eventuale aspettativa successoria. L'individuazione di questi soggetti col ricorso al plurale (*sacrorum*) può verosimilmente interpretarsi nel senso di un riferimento alla totalità degli *alieni iuris* come possibili destinatari dell'esecrazione stessa. Il ricorso al plurale, peraltro, non mi sembra una tecnica di scrittura particolarmente insolita: in apertura del primo capitolo, infatti, considerando il frammento di Pomponio conservato in D. 50.16.120, se ne è visto un paradigmatico esempio (*'legata et libertates', 'tutelas quoque'*).

Questa impostazione contribuirebbe inoltre a dare una coerente lettura alla dinamica della successione romana arcaica che, in condizioni per così dire «di normalità», sarebbe affidata alle regole proprie della successione legittima, salvo che il *pater*-testatore non modificasse tale ordine mediante l'esclusione dal consorzio domestico di quei sottoposti alla sua *potestas* (e nei confronti dei quali si sarebbe aperta la successione ereditaria *ab intestato* nel momento della morte di lui) che avessero in qualche modo proceduto a turbarla o offenderla, giustificando e comportando così la loro pubblica e solenne esecrazione⁶⁶¹, in palese contrasto con quella lettura⁶⁶² che asserisce l'originaria coesione del gruppo familiare, manifestantesi dopo la morte del capofamiglia nel *consortium erecto non cito*, e la intende come il limite estremo all'esercizio della signoria del *pater familias* in termini di radicale esclusione delle aspettative successorie dei sottoposti alla sua *potestas*. E' appena il caso di ricordare, infatti, lo stesso «atteggiamento culturale» di cui serba memoria Gel-

⁶⁶⁰) Soggetti, questi, che, come noto, non avevano titolo a presenziare nel comizio: indubbiamente sarà poco più che una suggestione, ma, con la consapevolezza di questa loro assenza dal luogo in cui venivano pubblicamente esecrati, si spiegherebbe maggiormente anche il frammento paolino contenuto in D.50.16.39.2 (Paul. 53 *ad ed.*) in cui si afferma che *'Detestari' est absenti denuntiare*'.

⁶⁶¹) DILIBERTO, *Una sconosciuta monografia*, cit., p. 1474 s. osserva come nel *Dritto Papisiano* di Domenico Cassini si ritiene che «da successione testamentaria ... violerebbe in qualche misura l'ordine naturale della successione (quella dei discendenti diretti) e dunque sarebbe stata necessaria una legge che stabilisse questa che» il Cassini «interpreta come 'eccezione' alla regola 'della continuità e della contiguità'».

⁶⁶²) Ribadita recentemente da COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino*, cit., p. 9 ss.

lio, nel passo riportato in conclusione del primo paragrafo del presente capitolo (*noct. Att.* 1.6.8), quando riferisce il punto dell'orazione attribuita a Quinto Metello Numidico, nel quale si correla la reazione genitoriale alla persistenza nell'errore dei figli alla diseredazione. Possiamo dunque osservare che una tale reazione avrebbe comportato la necessità, dal punto di vista giuridico, di una nuova regolamentazione dell'assetto successorio: a questo sarebbe (anche) servito il testamento pubblico che, come si è evidenziato, poteva celebrarsi nella medesima assemblea della *sacrorum detestatio*. L'accostamento di questi due istituti si giustifica così per un motivo funzionale, che nell'eterogenea mole di informazioni riversata da Cuiacio nel suo commento sembra essersi smarrita, emergendo maggiormente le correlazioni tra successione testamentaria e problemi di perpetuazione del culto, che abbiamo visto essere la preoccupazione principale di Cicerone, a cui Cuiacio, come è emerso, deve molto.

L'antico testamento pubblico, pertanto, può porsi in relazione con la *sacrorum detestatio* solo in questo senso di atto conseguente, volto a regolamentare in maniera nuova e diversa la successione, e rende pertanto logicamente concepibile «la possibilità di nominare in un testamento un erede estraneo in un'epoca anteriore alle XII Tavole»⁶⁶³. Il fatto che Cicerone non ne faccia cenno può spiegarsi ribadendo l'osservazione per cui, nei passi presi in esame, la sua preoccupazione è un'altra: gli sforzi dell'Arpinate, infatti, sono volti a presentare in maniera tutt'altro che favorevole la più volte ricordata tendenza pontificale ad ampliare la propria sfera di competenze per poter poi elaborare regole in forza delle quali, invece di garantire e sorvegliare la perpetuità dei *sacra*, ne permettevano l'abbandono. Il problema va quindi impostato in altra maniera, e rapportato con l'epoca arcaica, precedente la legislazione decemvirale, che vide le celebrazioni, oltre che della *sacrorum detestatio*, anche delle antiche forme pubbliche di testamento: tanto dell'una quanto delle altre, lo stesso Cicerone non poteva che conservarne solo un ricordo. Si è già avuto modo di ricordare, infatti, che 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 avanzata⁶⁶⁴.

La familiarità che Cicerone dimostra di avere col testamento e non con la *sacrorum detestatio* può allora spiegarsi nel senso che il primo, ancorché interessato da un intenso processo evolutivo, continua a esistere come istituto: lo stesso non può invece dirsi per la seconda, nel momento in cui esaurisce il

⁶⁶³) COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino*, cit., p. 9, che invece cita l'ipotesi per escluderla espressamente.

⁶⁶⁴) In questo senso, cfr. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610 e nt. 133, e VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 14 s.

suo ruolo di antecedente funzionale della diseredazione. Se quest'ultima, e in precedenza la *detestatio sacrorum*, sulla base della ricostruzione in questa sede proposta, trovava spazio in (o si poneva in strettissimo rapporto con) quell'atto da sempre chiamato testamento, costituendone il presupposto logico delle successive disposizioni, a maggior ragione può sostenersi – e ulteriori argomenti basati sui dati testuali offerti dalle fonti verranno adottati nel prossimo capitolo – l'idea della correlazione «originaria» tra *testamentum* ed *heredis institutio*: si può anzi affermare che quest'ultima rappresentò da sempre la concreta e tipica realizzazione pratica del fenomeno della successione universale secondo il disegno programmatico del testatore, sin dall'epoca remota in cui egli avrebbe dovuto necessariamente compierlo in conseguenza dell'avvenuta *sacrorum detestatio*, così come intesa nel senso precisato in questo capitolo.

La funzione originaria della diseredazione viene dunque posta in stretta correlazione con la *latissima potestas* riconosciuta al testatore e con lo stesso atteggiamento culturale che si è visto caratterizzare nei tempi più antichi, con vistose tracce residue nelle epoche più recenti, la reazione ad un'offesa particolarmente grave a costui arrecata da uno o più soggetti in sua potestà. La *exhereditatio* viene conseguentemente svincolata dalla più volte menzionata teoria politica di Pietro Bonfante, alla luce della quale essa è stata spiegata non tanto come la rimozione dell'«ostacolo che la presenza dei *sui* creerebbe al desiderio di disporre per testamento, quasi che non fosse lecito testare in presenza di *sui*»⁶⁶⁵, quanto piuttosto mediante la rappresentazione del «potere di scelta fra i *sui*, che forma il contenuto della *institutio*. Tale potere di scelta», secondo questa lettura, si concretizzerebbe «in un duplice atto, positivo-negativo: *institutio-exhereditatio*; ossia: designazione di un solo fra i *sui* e correlativa diseredazione di tutti i *sui*, tranne quello istituito»⁶⁶⁶. Questa ricostruzione trova peraltro un notevolissimo precedente nella lettura della rilevanza sul piano economico della *mancipatio* e del *testamentum* fornita da Max Weber nella sua *Römische Agrargeschichte*, con specifico riguardo al punto di vista politico-agrario. Tramite il *testamentum*, in particolare, viene riconosciuta un'illimitata disponibilità al *pater familias*, la cui rigorosa applicazione è tradotta in concreto nella possibilità di realizzare una completa mobilità della ricchezza, in particolar modo

⁶⁶⁵) SANFILIPPO, *Corso*, cit., p. 26.

⁶⁶⁶) SANFILIPPO, *loc. ult. cit.* In tempi più recenti, D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 13, si ricollega a questa impostazione, affermando che «è possibile intendere meglio quel passaggio dell'analisi bonfantiana che stabilisce un'analogia tra la posizione giuridica del *pater*, titolare della sovranità politica sulla *familia*, e quella del designato testamentario (figlio *in potestate-erede*), potenziale titolare della sovranità sul nucleo familiare. E che schiude l'opzione circa la priorità storica della successione testamentaria rispetto alla successione *ab intestato*: la formula '*ceteri exheredes sunt*' prova che il *pater* indica uno dei figli per testamento, e contestualmente esclude gli altri, che viceversa contempla con legati».

di quella fondiaria, in un contesto in cui alla conservazione di quest'ultima è attribuito un enorme valore, anche con riguardo all'importanza «politica» ad essa correlata. Il testatore (l'«agricoltore romano» per Weber) si sarebbe visto riconoscere dalla legge delle XII Tavole un'estrema libertà. Essa, limitata solo sul piano formale, e in concorso tanto con l'ampiezza della *patria potestas* (che si riconosce estinta al momento della morte del relativo titolare) quanto con l'inconsumabile potere di modifica e di revoca dell'istituzione di erede, avrebbe permesso altresì di perseguire «nella maniera più acuta che si possa immaginare, il medesimo fine che nell'epoca moderna si tenta di ottenere con il diritto successorio e con i contratti a effetti reali»⁶⁶⁷, contestualmente preservando l'autorità del *pater familias*. Detta libertà viene peraltro proiettata da Weber con il medesimo indirizzo teleologico anche nei periodi successivi, sulla base dell'analisi di quelle parti delle fonti giuridiche dedicate all'interpretazione dei testamenti, in particolare (e non a caso) della *exheredatio* e della *substitutio*, e pur dovendosi tenere presenti le ulteriori limitazioni, ormai non più solo di tipo formale, che la interessarono. L'*exheredatio* è dunque anche in questo caso intesa come uno strumento a disposizione del testatore per escludere, a beneficio dell'*heres*, gli altri suoi figli, destinati a rientrare nel ceto dei *proletarii*, intesi, nella lettura weberiana, come «discendenti» e, ancora più precisamente, «diseredati» nel senso letterale del termine, «affamati di terra» da saziare con guerre di conquista e assegnazioni viritarie: attività spiegabilissime, per Max Weber, se rapportate alle istanze fondamentali di costoro, e non certo a quelle di «stabili contadini» o «piccoli borghesi di città».

La ricostruzione teorica proposta in questa sede, invece, spiega in maniera completamente diversa l'origine del potere di scelta dell'erede da parte del testatore, e riconduce, per il periodo più antico della storia del diritto delle successioni testamentarie, la sequenza del menzionato duplice atto della *institutio-exheredatio* nell'ampio alveo della signoria unitaria del *pater familias*, senza peraltro sottacerne la connessione con marcate esigenze di sistemazione patrimoniale. La stessa urgenza «attributiva» che portò ad escogitare il rimedio della *mancipatio familiae*, del resto, oltre ad essere indice proprio del precoce sviluppo delle articolate esigenze di sistemazione patrimoniale del *civis* per il periodo successivo alla propria morte, dimostra che queste ultime, sin da età risalente – collocabile, anche col conforto dei dati desumibili dai riferiti studi che hanno considerato il contesto socio-economico della metà del V secolo a.C., nel periodo precedente la legislazione decemvirale, o al massimo in quello coincidente con quest'ultima, la quale dunque non può prescindere – non furono perfettamente sovrapponibili col menzionato fenomeno della succes-

⁶⁶⁷) WEBER, *Storia agraria*, cit., p. 52.

sione universale, rappresentando piuttosto un insieme che con quest'ultimo si intersecava, e comportando lo stimolo per la riflessione giurisprudenziale al fine di attuare le une e l'altro, anche a prescindere dalle limitate possibilità di ricorso alle antiche forme pubbliche di testamento per la loro disposizione. In base ad un tale convincimento, ritengo inoltre doversi risolvere in senso affermativo la questione relativa alla presenza o meno dei legati nelle antiche forme pubbliche di testamento, notoriamente presentata come un punto «molto incerto»⁶⁶⁸, e che verrà discussa più diffusamente, anche con riguardo allo sviluppo storico delle singole figure, nel terzo paragrafo del prossimo capitolo.

⁶⁶⁸) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 38. Propensi a ritenere che nel *testamentum calatis comitiis* vi fosse spazio per la sola istituzione d'erede sono, tra gli altri, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 94, 716 ss., e SCHERILLO, *Appunti sulla differenza*, cit., p. 220. Più generica risulta l'allusione di MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610, il quale afferma che «si trattava d'un atto formale che si compiva oralmente dinanzi ai *comitia curiata* – che assumevano funzione di testimonianza e che all'uopo si riunivano due volte l'anno –, un atto in cui il testatore dichiarava solennemente le proprie volontà. E' ipotesi plausibile che con il *testamentum calatis comitiis* si potesse in origine procedere solo ad istituzione di erede».

IV.

Intersezioni di insiemi concettuali: «testare», «disporre mortis causa», «acquistare mortis causa»

1. L'evoluzione delle forme di testamento dal diritto arcaico a quello classico

Nei due precedenti capitoli ho fatto ripetutamente cenno allo svolgimento storico delle forme testamentarie prospettato da Gaio nel suo manuale e ai complessi problemi ricostruttivi relativi al reciproco rapporto tra le singole figure illustrate, anche con riguardo alle disposizioni *mortis causa* che potevano veicolarsi tramite le medesime, oltre che all'interpretazione delle specifiche linee evolutive dell'ultima forma testamentaria presentata nell'articolato istituzionale gaiano – giudicata «une création entièrement originale de la pensée romaine. On en retrouve l'équivalent dans presque toutes les civilisations dont l'histoire nous est suffisamment connue»⁶⁶⁹ – e che è opportuno a questo punto considerare con più attenzione:

Gai., *inst.* 2.102: 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.

103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudine abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

⁶⁶⁹) LAMBERT, *La tradition*, cit., p. 49.

104. Eaque res ita agatur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur FAMILIA PECUNIAQUE TUA ENDO MANDATELA CUSTODELAMQUE MEAM, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPITA; deinde aere percutit 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 generale sermone nominare atque confirmare.

Si tratta dei paragrafi delle *Institutiones* in cui Gaio, avendo in quelli immediatamente precedenti fatto cenno alle due più antiche forme pubbliche, rende conto dell'introduzione di un terzo genere di testamento (*'Accessit deinde tertium genus testamenti'* scrive in esordio di esposizione), realizzato col ricorso al rito librare. Questa ulteriore tipologia, che si è ragionevolmente sospettata coesistente per un certo periodo con gli altri *genera testamentorum*⁶⁷⁰, appare chiaramente come una riproposizione in forma privata del più antico, (forse) analogo⁶⁷¹, ma sicuramente omologo atto svolto in forma pubblica, dal quale mutua il formulario⁶⁷²: si è già osservato che proprio il tono enfatico di quest'ultimo⁶⁷³, più appropriato ad una celebrazione pubblica che al compimento di un rito in forma privata, denuncia inequivocabilmente tale sua derivazione⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Cfr. J.H. DERNBURG, *Beyträge zur Geschichte der römischen Testamente*, Bonn, 1821, p. 25 s.

⁶⁷¹ Ho infatti già rilevato come, in tempi recenti, D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 3 nt 2, affermi con sicurezza che «l'*heredis institutio* si incardina definitivamente nel *testamentum*, interagendo con esso, solo quando verrà adottato – nella forma tecnicamente compiuta e definitiva – il *testamentum per aes et libram*. Quando alla *nuncupatio*, che accompagna la *mancipatio* librare, si accorderanno le *tabulae testamentariae*: solo allora, l'*heredis institutio* verrà scritta nel *testamentum*», e riferendo le sue considerazioni circa l'«innesto» della *heredis institutio* sul *testamentum*, esprima il convincimento in forza del quale «il testamento di età antica, predecemvirale, posto in essere avanti ai *comitia curiata*, è istituto certamente differente dal testamento successivo, solo privato, autonomo dai comizi e dai pontefici». Queste osservazioni vengono riportate in maniera pressoché integrale in ID., «*Sterilis beneficii conscientia*». Dalla «*praeceptio*» al «*legatum per praeceptionem*», Torino, 2005, p. 25 e nt. 50.

⁶⁷² Non necessariamente ripetendolo alla lettera: cfr., in tal senso, le osservazioni di SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 49, nt. 5; si vedano, inoltre, le osservazioni di GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 100. Va peraltro sottolineata l'importanza del testo di Gaio, unica fonte ad avercelo tramandato.

⁶⁷³ Cfr. infatti il testo di Gai., *inst.* 2.104.

⁶⁷⁴ In questi termini si rinvia nuovamente a GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 99 ss.

Se – come si è discusso nel secondo capitolo, in conclusione del quarto paragrafo – la derivazione dal *testamentum calatis comitiis* del formulario a cui ricorreva il testatore anche nella più recente forma di testamento riferita da Gaio è ormai difficilmente discutibile, deve altresì ritenersi dimostrato, sulla base di quanto esposto, che analoga doveva essere la richiesta in esso contenuta, ossia quella di prestare testimonianza (e non anche di intervenire con una qualche forma di assenso o approvazione ai fini costitutivi della fattispecie) da parte dell'assemblea popolare riunita *in contione* prima, e dei cinque testimoni convocati a presenziare al compimento del rito librato poi. Si è già rilevato che l'informazione desumibile dal manuale gaiano è quella più completa e articolata: come si vedrà, comunque, proprio in ordine alla modalità di esposizione della ricostruzione storica dell'evoluzione dell'istituto, essa pone non pochi problemi. In una prospettiva storicamente «appiattita», come si è visto, il tema viene trattato anche nelle *Notti Attiche* (15.27.3), oltre che in:

tit. Ulp. 20.2. Testamentorum genera fuerunt tria, unum quod calatis comitiis, alterum quod in procinctu, tertium quod per aes et libram appellatum est. his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.

E' da notare che anche in questo testo si precisa espressamente come solo l'ultimo tipo era quello rimasto in uso (*'his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam'*), senza peraltro fornire dati a supporto di quel convincimento, frequentemente rinvenibile in letteratura⁶⁷⁵, secondo il quale le formalità tipiche della *mancipatio* non sarebbero più state compiute in età classica (salvo il farne comunque menzione nei documenti attestanti l'avvenuto compimento del rito): convincimento solo indirettamente desumibile da quei luoghi delle Istituzioni giustiniane⁶⁷⁶, e dai paralleli passi della parafrasi teofilina⁶⁷⁷, in cui si fa riferimento ad una

⁶⁷⁵ Cfr., ad esempio, AMELOTI, *Le forme*, cit., p. 78 e 215 ss., *Il testamento romano*, cit., p. 408, *L'evoluzione*, cit., p. 424 ss., *Il testamento romano classico*, cit., p. 430, e *Prassi testamentaria*, cit., p. 439, nonché SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., p. 67, MONACO, *Hereditas*, cit., p. 172, e MANTHE, *Storia*, cit., p. 97 ss. Va però sottolineato che, sul punto, non vi è unanimità di vedute in dottrina: a tal proposito, cfr. la posizione decisamente contraria di GANDOLFI, «*Prius testamentum*», cit., p. 216, recentemente ricordata da TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., p. 313, nt. 80, *Sulla natura*, cit., p. 315 nt. 32, e *Ricerche*, cit., p. 130 ss., 173 ss. e 430 ss.

⁶⁷⁶ Cfr. *Inst. inst.* 2.10.1, in fine: *sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, at tamen partim et hoc in usu esse desiit.*

⁶⁷⁷ Cfr. *Theoph. paraphr.* 2.10.1.

sopravvivenza del terzo genere di testamento alle due forme più antiche, sia pure «solo in parte»⁶⁷⁸. La *mancipatio* a cui si ricorreva per disporre *mortis causa* è qualificata *imaginaria* proprio perché dell'antichissimo *gestum per aes et libram* riproduceva l'*imago*, la ben nota sequenza di formalità che la caratterizzava, ma non anche il suo effetto tipico, e cioè il trasferimento diretto ed immediato del *dominium* di ciò che ne costituiva l'oggetto in capo al *mancipio accipiens*. Va peraltro notato che, a sua volta, la *mancipatio* è qualificata nelle *Institutiones* gaiane (1.113, 119) '*imaginaria venditio*'.

Si deve inoltre rilevare come una radicata impostazione, rispondente ad esigenze di natura eminentemente didattica⁶⁷⁹, abbia solitamente scandito la storia di questa forma testamentaria, circa la quale siamo indubbiamente più informati in rapporto alle precedenti⁶⁸⁰, in due fasi, l'esposizione delle quali si uniforma alla duplice configurazione riferita da Gaio⁶⁸¹: si è infatti soliti affermare che inizialmente vi fu solo la *mancipatio familiae*⁶⁸², e cioè la vendita fittizia (o fiduciaria)⁶⁸³, tramite *mancipatio*, del proprio patrimonio da parte di

⁶⁷⁸ In GLÜCK, *Commentario*, XXVIII.1, cit., p. 272 s., si rileva che la traduzione da parte di Teofilo del '*partim*', presente in *Iust. inst.* 2.10.1, con *κατὰ μικρὸν* non è così inesatta, anche se spesso essa risulta essere quella più appropriata per '*paulatim*': si è infatti osservato che quando '*paulatim*' ricorre nelle Istituzioni giustiniane, Teofilo traduce con *κατὰ βραχὺ*. In ogni caso, il segno '*partim*' si riferirebbe o «alla nuova forma per la quale la più antica, in cui il *familiae emptor* faceva la parte dell'erede, andò in disuso» oppure alluderebbe al fatto che «nel testamento *per aes et libram* le solennità della mancipazione siano andate a poco a poco in disuso e sia rimasta soltanto quella parte del testamento che si chiamava la *nuncupatio testamenti* colla necessità però del numero di persone prescritto per la mancipazione. Ma per quanto sia certo che la forma della mancipazione sparì a poco a poco, altrettanto è innegabile che essa persistette lungo tempo anche sotto gli imperatori cristiani accanto alla forma del testamento pretorio, in modo che ciascuno fosse libero di testare o davanti a cinque testimoni mediante la mancipazione o davanti a sette coll'apposizione dei suggeriti da parte di questi secondo il diritto pretorio».

⁶⁷⁹ Cfr., infatti, le precisazioni in questo senso effettuate da MARRONE, *Istituzioni*, cit, p. 610, nt. 134.

⁶⁸⁰ E infatti, oltre ai riferiti passi di Gaio e Gellio, cfr. altresì *tit. Ulp.* 20.2-9, *Iust. inst.* 2.10.1 e *Theoph. paraphr.* 2.10.1. Il confronto dei passi del manuale gaiano con quelli delle Istituzioni giustiniane e della parafrasi teofilina rende conto dell'avvenuta derivazione di questi ultimi dai corrispondenti luoghi gaiani.

⁶⁸¹ Cfr. Gai., *inst.* 2.103, e *Theoph. paraphr.* 2.10.1.

⁶⁸² Espressione che non compare mai in Gai., *inst.* 2.101-104. Sul tema, cfr. ALBANESE, *Sul formulario*, cit., p. 68 ss., e COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, cit., p. 161 ss. e p. 167 e nt 13.

⁶⁸³ TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718, parla di «un'applicazione particolare della *mancipatio fiduciae causa*, in cui il *familiae emptor* stesso diventava titolare fiduciario del patrimonio ereditario per poter adempiere le volontà del defunto», MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610 s. e nt. 137, definisce la *mancipatio familiae* un negozio fiduciario, e ammette che il *dominium* sul patrimonio del disponente fosse trasferito in capo al *familiae emptor*, ma preci-

colui il quale intendesse disporre di esso per il periodo successivo alla propria morte, a favore di una persona di fiducia, il *familiae emptor*, il quale veniva incaricato della distribuzione del patrimonio stesso tra i beneficiari, dopo la morte del disponente, e secondo le indicazioni di quest'ultimo ('*ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*' è scritto in Gai., *inst.* 2.103). Il fiduciario, svolgendo una funzione che oggi parrebbe essere quella tipica di chi eserciti l'ufficio di esecutore testamentario⁶⁸⁴, non avrebbe mai assunto il

sa, con riguardo a quest'ultimo, che «si deve ritenere che non potesse, senza incorrere in grave illecito (*furtum*?), disporre durante la vita del *mancipio dans* dei beni che gli erano stati trasferiti», ulteriormente sottolineando come la distribuzione dei beni dopo la morte del disponente secondo le istruzioni impartite da costui sarebbe avvenuta in forza del vincolo della *fides*; con riguardo al patrimonio del disponente, rileva infine che, a seguito dell'evoluzione nella forma del *testamentum per aes et libram*, il *familiae emptor* «nell'affermarne l'appartenenza a sé, recitava una formula alquanto complessa ed elaborata da cui traspariva la natura fittizia dell'affermazione di appartenenza». L'osservazione per cui la vendita del proprio patrimonio al fine di disporre *mortis causa* tramite *mancipatio familiae*, almeno nella fase iniziale, fosse fittizia è stata recentemente posta in dubbio da PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., p. 63 ss., 71 ss., 75 ss. Si tratta, comunque, di un'impostazione che mi lascia perplesso: come spero di dimostrare nella prosecuzione del testo, proprio per la terminologia usata da Gaio sono invece propenso a ritenere che, sin da subito, l'elemento fiduciario intercorrente tra il disponente *mortis causa* e il *familiae emptor* escludesse radicalmente l'effettività dell'acquisto in capo a quest'ultimo: cfr., in ogni caso, le osservazioni di F. ZUCCOTTI, *Una nuova ipotesi sulla nascita dello «ius utendi fruendi» (Vivagni VIII)*, in «RDR.», VIII, 2008, p. 15 ss. (*estr.*, consultabile nel sito *internet* di tale rivista). Recentissimamente, SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 13, nt. 58, continua a presentare apoditticamente la *mancipatio familiae* come la «vendita reale del patrimonio domestico con *rogatio* al *mancipio accipiens* (*familiae emptor*) di trasferire in proprietà tale patrimonio *post mortem* del *mancipio dans* alla persona indicata». Non dissimile la posizione di COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino*, cit., p. 18, la quale ritiene che l'antica *mancipatio familiae* «non avrebbe avuto altro scopo che quello di trasferire *inter vivos* il patrimonio ad un amico fiduciario, appunto, perché questi, alla morte del *de cuius*, lo ritrasferisse al *suus*»; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, p. 113 s., nt. 26, nell'ambito di un più articolato contesto espositivo sul quale ritornerò nella nota seguente, non ritiene che il *familiae emptor* «acquistasse in blocco il patrimonio del disponente», non giudicando l'atto compiuto dotato di effetto reale, e quindi escludendo che vi fosse «un vero e proprio trasferimento di proprietà dal disponente al *familiae emptor* prima della morte del *de cuius*».

⁶⁸⁴ LAMBERT, *La tradition romaine*, cit., p. 49 ss., 58 ss., qualifica il *familiae emptor* (p. 49 s.) «un homme de confiance, qui, en fait, le laissera jouir de sa fortune sa vie durant, mais qui n'en est pas moins devenu propriétaire»: cfr., inoltre, LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., p. 661 ss., e ID., *Nature*, cit., p. 256 ss., B. KÜBLER, '*Testamentsvollstrecker*', in «PWRE.», V.A.1, Stuttgart, 1934, c. 1010-1016, W. CH. KAMPS, *La Fiducie dans le Droit de Grand Grèce et l'origine del la Mancipatio Familiae*, in «NRH.», XV, 1936, p. 153 ss., VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 89 s., nt. 3, COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, cit., p. 167 ss., BLANCH NOUGUES,

Nuncupare heredem, cit., p. 128 ss, e F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 44 ss. Va segnalato che il punto è comunque controverso. In dottrina sono infatti rinvenibili posizioni in forza delle quali, e sia pure con sfumature diverse, si ritiene che, almeno originariamente, la titolarità conseguente all'acquisto fiduciario dei beni consentisse al *familiae emptor* di trattenere per sé quanto non fosse rientrato specificamente nelle istruzioni impartite dal disponente: a tal proposito: cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 475 nt. 1, SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 100 nt. 3, R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della 'mancipatio' (Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato quiritario)*, in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1950, p. 604 ss., ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., p. 50 s. nt. 79, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718, e TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 338 ss. Una particolare menzione merita BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 113 s., nt. 26, la quale, considerando l'applicazione del negozio fiduciario in materia successoria, richiama quella letteratura che correla all'intervento dell'*amicus* nel rito librare descritto da Gaio una funzione di controllo sociale nel compimento di un atto di notevole importanza per la comunità; rileva la presenza, nel formulario del predetto *amicus*, del riferimento alla *custodela* e alla *mandatela* e le associa ai conseguenti numerosi problemi ricostruttivi in merito alla questione relativa all'effettività o meno dell'acquisto della *familia pecuniae* del disponente da parte del *familiae emptor*, rendendo contestualmente conto della varietà di posizioni dottrinarie sul punto, che vanno da quelle pienamente adesive in senso affermativo a quelle più prudenti e diversificate, le quali parlano, di volta in volta, di «proprietà fiduciaria» o «proprietà non definitiva» o «detenzione» o «diritto quiescente» in capo al *familiae emptor*; afferma che quest'ultimo «non era un vero e proprio beneficiario», «non era erede», «non era esecutore testamentario», «non era un fiduciario», e pertanto non ritiene che «acquistasse in blocco il patrimonio del disponente», non giudicando l'atto compiuto dotato di effetto reale; riconosce quindi la «situazione differenziata» che avrebbe caratterizzato il patrimonio del disponente dal momento del compimento del *gestum per aes et libram* sino a quello della sua morte e si interroga, di conseguenza, in merito al diritto di quest'ultimo («il testatore») a disporre della sua proprietà, nuovamente chiedendosi se la medesima dovesse invece appartenere al *familiae emptor* o se costui fosse legato nei confronti del predetto complesso da un rapporto di custodia, o di detenzione o da un diritto quiescente. La circolarità delle questioni poste viene interrotta dalla netta e risoluta presa di posizione dell'autrice, che si dichiara convinta dell'opportunità di non ricollegare direttamente «questo istituto» (e cioè il *gestum per aes et libram* impiegato per disporre *mortis causa*) alla *fiducia* «proprio perché non c'era un vero e proprio trasferimento di proprietà dal disponente al *familiae emptor* prima della morte del *de cuius*», e dunque rigetta «la congettura che la *fiducia* sia stata impiegata per obbligare il *familiae emptor* a trasferire l'eredità all'istituto sulla base del patto aggiunto», continuando ad affermare che «la transazione *inter vivos*» sarebbe stata usata dai giuristi romani «come modello per ciò che divenne il testamento civile più usuale del periodo classico: il *testamentum per aes et libram*», il quale viene inteso comportare «il trasferimento del patrimonio a un terzo che lo doveva distribuire, dopo la morte del testatore, in conformità con quanto questi aveva dichiarato nella sua *nuncupatio*». Tutte queste considerazioni ed argomentazioni portano finalmente Federica Bertoldi a darsi convinta che «il *testamentum per aes et libram*, tanto arcaico quanto classico, non può essere considerato un'applicazione della *fiducia*».

ruolo di erede, e purtuttavia ne avrebbe in qualche modo tenuto il posto (*heredis locum optinebat*) si precisa sempre in Gai., *inst.* 2.103) realizzando proprio in forza di tale condizione (*et ob id*) è l'espressione che, in Gai., *inst.* 2.103, correla la qualifica funzionale del *familiae emptor* con gli intenti programmatici del *mancipio dans*) la successione *in singulas res*, e quindi i *desiderata* del disponente, il quale, merita rilevarlo sin da ora, è chiamato *'testator'*.

Come si è illustrato in conclusione del secondo capitolo, dunque, la *mancipatio familiae*, nella sua configurazione iniziale, risulterebbe essere un espediente volto a fornire un rimedio a chi, prossimo a morire, non avesse fatto testamento nelle due antiche forme conosciute, o comunque non fosse ammesso a partecipare ai comizi nei quali esso poteva celebrarsi oppure, ancora, non facesse parte dell'esercito. L'articolazione in due tempi del rito librato è inoltre ricondotta al passo dei *tituli ex corpore Ulpiani* (20.9), ove, in perfetta aderenza con il riferito testo di Gai., *inst.* 2.104 in cui ne è riportato il formulario, è possibile leggere:

In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur: familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.

L'espressione *'familiae mancipatio'* indicherebbe solo la prima parte di cui si componeva l'atto che, sempre in coerenza con il tenore testuale desumibile dai più volte riferiti passi gaiani, sostanzialmente consisteva in una *mancipatio imaginaria*, come si afferma nel già riportato passo dei *tituli ex corpore Ulpiani*⁶⁸⁵.

Come si è accennato, analoghe espressioni ricorrono nel testo delle Istituzioni imperiali⁶⁸⁶ e nella parafrasi teofilina⁶⁸⁷. Si sono peraltro rilevati⁶⁸⁸ numerosi passi del manuale gaiano in cui si fa riferimento alla «struttura duale» del testamento librato in età classica, con evidente riferimento all'atto compiuto in età evoluta, ai fini della corretta realizzazione del quale, pertanto, risulterebbe imprescindibile il rapporto biunivoco tra *mancipatio familiae* e *nuncupatio testamenti*.

Sulla base di queste considerazioni, si è allora osservato che i testi delle fonti dedicati alla *'familiae mancipatio'* farebbero riferimento al «primo atto di cui si compone l'istituto in età classica, e non (al)la forma arcaica dello stesso, come pure ritiene la dottrina corrente»⁶⁸⁹. Con riguardo alla forma arcaica dell'istituto, poi, ed all'esito della considerazione delle vicende semantiche dei

⁶⁸⁵) Cfr. *tit. Ulp.* 20.2.

⁶⁸⁶) Cfr. *Inst. inst.* 2.10.1, ove si parla di *'imaginaria quaedam venditio'*.

⁶⁸⁷) Cfr. *Teoph. paraphr.* 2.10.1.

⁶⁸⁸) Cfr., da ultima, TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 317 ss., e *Ricerche*, cit., p. 221 ss.

⁶⁸⁹) TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 333.

termini 'testor' e 'testamentum', secondo una lettura scevra dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'accoglimento della nozione di «testamento» quale assestata in età classica e pervenuta sino ai nostri giorni, si è comunque riconosciuta una «natura testamentaria» all'atto, sostanzialmente coincidente con una «richiesta di testimonianza», una «dichiarazione innanzi ai testimoni», anche nella prospettiva di una riduzione della «importanza della *heredis institutio* quale elemento strutturale essenziale dell'atto»⁶⁹⁰, così come risultante dalla considerazione dalle definizioni del *testamentum* riferite nelle fonti di età classica.

Quella presentata è indubbiamente una ricostruzione interessante, che può trovare conforto in quanto si legge in *tit. Ulp. 20.1* (*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*) e in *D. 28.1.1* (Mod., 2 pand.: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*), ove è taciuto il collegamento tra *testamentum* ed *heredis institutio*, mentre è enfatizzato il suo rapporto con la solennità della sua celebrazione, alla presenza dei testimoni. Ho comunque già rilevato – nell'ultimo paragrafo del secondo capitolo – che l'allusione alla richiesta di testimonianza ed alla dichiarazione innanzi a testimoni, pur afferendo alla validità dell'atto ed alla contestualità della procedura da seguirsi per il suo corretto svolgimento, risultano subordinate, nell'economia della celebrazione testamentaria, al profilo ontologico dell'atto medesimo, traducentesi nello statuire in maniera solenne e vincolante sul proprio patrimonio per il periodo successivo alla propria morte. Non mi sembra inoltre superata l'obiezione fondamentale, quale desumibile dal manuale gaiano:

Gai., *inst.* 2.229. Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.

Il passo segue la presentazione dei quattro tipi di legato conosciuti in età classica⁶⁹¹ – compiuta mediante l'illustrazione del formulario e degli effetti

⁶⁹⁰) TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 306.

⁶⁹¹) Con riguardo all'esposizione della disciplina dei legati, va rilevato che essa è strutturata in più parti, le quali fanno seguire alla presentazione dei quattro tipi conosciuti in età classica (Gai., *inst.* 2.191-223) l'esposizione delle limitazioni che, tramite le leggi *Furia*, *Vocornia* e *Falcidia*, intervennero, a partire dal secondo secolo a.C., sulla latissima *potestas* riconosciuta al testatore nel disporre *mortis causa* dalla legge delle XII Tavole (Gai., *inst.* 2.224-228), al dichiarato fine di evitare che testatori troppo munifici disperdessero tutto il patrimonio in legati e affrancazioni, conseguentemente lasciando all'erede, magari in aggiunta al passivo ereditario, solo il vuoto nome d'erede, come testualmente si precisa nel più volte riferito testo istituzionale gaiano (*inst.* 2.224): *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque li-*

caratteristici di ciascun tipo – e l'esposizione delle ragioni che portarono a limitare legislativamente la più volte ricordata *latissima potestas* conferita dalla leg-

bertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis. L'esposizione segue poi con l'illustrazione di un aspetto formale che verrà ampiamente discusso nel testo, e cioè quello relativo alla subordinazione delle disposizioni a titolo particolare e delle affrancazioni alla preventiva istituzione di erede; aggiungerei: necessariamente preventiva, posto che, prima della sua formulazione, sarebbero state inutili eventuali pregresse disposizioni, essendo la *heredis institutio* considerata «capo e fondamento» dell'intero testamento (Gai., *inst.* 2.229-230: *Ante heredi institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamentum vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredi institutionem dari potest*); e sulla base di tali indicazioni viene inoltre ricordata (Gai., *inst.* 2.231) una disputa tra Sabiniani e Proculiani in merito alla validità dell'indicazione nel testamento del tutore prima dell'istituzione d'erede: ritenuta dai primi inammissibile (per le medesime considerazioni svolte in tema di legato e affrancazione del servo), veniva ammessa dagli altri sulla base della considerazione, di Labeone e Proculo, in forza della quale la dazione del tutore per testamento non comportava una dispersione del patrimonio ereditario analoga a quella che invece si realizzava disponendo legati ed affrancando servi. La trattazione istituzionale prosegue indicando ulteriori ipotesi di legato, affrancazione e dazione di tutore inutilmente disposte, come quelle «dopo la morte dell'erede» (Gai., *inst.* 2.232-234) o a titolo di pena (Gai., *inst.* 2.235-237) o disposte a beneficio di persone incerte, includendosi in tale categoria anche i postumi altrui (Gai., *inst.* 2.238-243), e si conclude col duplice quesito circa la regolarità del legato disposto a favore di chi sia in potestà dell'erede istituito nel testamento (Gai., *inst.* 2.244), e, in senso speculare, di quello disposto a favore dell'avente potestà sull'erede istituito (Gai., *inst.* 2.245): quest'ultima ipotesi risulta decisamente più piana, rilevandosi la piena regolarità di un legato così disposto, che è inutile solo nell'ipotesi in cui l'avente potestà-legatario divenga nel frattempo erede del proprio sottoposto, a sua volta precedentemente istituito erede, non potendo l'erede di costui dovere a se stesso il legato. L'ipotesi del legato disposto a favore di chi sia in potestà dell'erede istituito rappresentata in Gai., *inst.* 2.244, risulta invece più problematica, e permette di riportare l'opinione di Servio, il quale lo ammetteva tanto se disposto puramente e semplicemente, quanto condizionato, purché – e a pena di inutilità del legato stesso – allo spirare del *dies cedens*, o al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, l'onorato non fosse più in potestà dell'erede istituito. Di diversa impostazione risultavano essere Sabino e Cassio, i quali ammettevano il solo legato sotto condizione, e non anche quello disposto puramente e semplicemente, sulla base dell'osservazione per cui quest'ultimo si sarebbe comunque dovuto intendere inutilmente disposto anche se l'onorato di esso avesse cessato di essere in potestà dell'erede durante la vita del testatore, ritenendosi assurdo che ciò che non avrebbe avuto effetto se il testatore fosse morto subito dopo aver fatto testamento, dovesse invece valere per il sol fatto che la vita di questi fosse stata più lunga. I proculiani, infine, ritenevano inammissibile anche il legato condizionato, sulla base della considerazione per cui non si può essere maggiormente debitori nei confronti dei propri sottoposti, per il sol fatto che la disposizione sia condizionata anziché disposta puramente e semplicemente.

ge delle XII Tavole ai testatori i quali, abusandone, avrebbero potuto disperdere tutto il patrimonio in legati e affrancazioni, non lasciando nulla all'erede: per tali motivi, come si ricorderà, le *leges Furia, Voconia, Falcidia* e *Fufia Caninia* imposero limiti quantitativi alla disposizione di legati e di affrancazioni⁶⁹².

Alla rappresentazione delle limitazioni di tipo quantitativo, segue quella descritta nel passo in esame, che si può definire di tipo qualitativo, o «topografico»: la disposizione di un legato, infatti, anche se rispettosa dei limiti prescritti dalla *lex Falcidia*, è inutile se effettuata (se collocata) prima della *heredis institutio*, e lo stesso discorso vale anche per le affrancazioni⁶⁹³.

Ai fini della validità delle disposizioni che si vuol inserire in un testamento (in un atto che abbia natura testamentaria), dunque, viene chiaramente sottolineata la necessarietà dell'apertura dell'atto stesso mediante l'*heredis institutio*, che Gaio qualifica '*caput et fundamentum totius testamenti*', pena l'inutilità delle successive disposizioni eventualmente effettuate, probabilmente con la sola eccezione della *datio tutoris*, anche se la questione formava oggetto di una disputa tra Sabiniani e Proculiani⁶⁹⁴. Non si tratta dell'unico luogo in cui Gaio rammenta, in maniera così pregnante, l'importanza dell'istituzione d'erede, della quale ripetutamente parla in altri passi del suo manuale istituzionale:

Gai., *inst.* 2.114. Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint quomodo possint, permittitur testamentum facere

115. Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.

116. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.

117. Sollemnis autem institutio haec est 'Titius heres esto'; sed et illam comprobata videtur 'Titium heredem esse iubeo'; at illa non est comprobata 'Titium heredem esse volo'; sed et illae a plerisque inprobatae sunt 'Titium heredem instituo', item 'heredem facio'.

⁶⁹²) Cfr. Gai., *inst.* 2.224-228.

⁶⁹³) Cfr. Gai., *inst.* 2.230.

⁶⁹⁴) Cfr. Gai., *inst.* 2.231: i Proculiani ritenevano ammissibile una *datio tutoris* disposta prima dell'*heredis institutio* perché essa non comportava un'erogazione dal patrimonio ereditario ('*quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione*'), il che può portare a ricondurre a costoro un'interpretazione delle disposizioni testamentarie come necessariamente a contenuto patrimoniale, a differenza di quella che evidentemente doveva essere l'impostazione sabiniana.

Nei paragrafi appena trascritti, Gaio, trattando dei requisiti di validità del testamento, menziona la sussistenza della *testamenti factio* in capo al testatore e l'osservanza delle regole del diritto civile nel compimento delle disposizioni di ultima volontà – con l'eccezione dei militari, ai quali '*propter nimiam imperitiam ... quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere*' – per poi ammonire in merito alla necessaria solennità che doveva accompagnare l'istituzione d'erede, da compiersi secondo il formulario esemplificativamente riferito nel § 117. Al compimento di una tale attività doveva dunque intendersi subordinata l'osservanza delle altre formalità prescritte per la celebrazione del testamento librale⁶⁹⁵, a pena di inutilità della celebrazione stessa. Un ulteriore netto riferimento alla necessità della preventiva e corretta istituzione di erede si rinviene in Gai, *inst.* 2.248, che verrà considerato con maggiore attenzione nel quarto e nel quinto paragrafo di questo capitolo.

L'insegnamento che è possibile trarre dalle riferite distinte sequenze di paragrafi delle *Institutiones* gaiane, dunque, afferisce alla ineludibile presenza della solenne istituzione di erede in un atto al quale si voglia riconoscere natura testamentaria. Doveva trattarsi di un insegnamento che affondava le sue radici nel diritto più antico, in sintonia col convincimento – attualmente non del tutto pacifico, come si è visto – in forza del quale l'istituzione di erede rappresentava il contenuto tipico del *testamentum calatis comitiis* e di quello *in procinctu*; e ciò a differenza delle altre disposizioni, in relazione alle quali – a partire dagli stessi legati – si è discusso della stessa ammissibilità nelle più antiche forme di testamento.

Discostandomi da quelle impostazioni dottrinarie che sostengono il successivo «innesto» della *heredis institutio* sul testamento, peraltro collocando tale unione in epoche successive all'emanazione della legge delle XII Tavole, in un periodo oscillante tra il IV e il II secolo a.C.⁶⁹⁶, interpreto la costante attenzione a tale precisazione, rinvenibile in più occasioni nelle fonti (e cioè la precisazione relativa alla necessaria presenza e alla solennità dell'istituzione d'erede in quanto prima formalità richiesta per individuare e riconoscere l'atto

⁶⁹⁵) Descritte nel riferito testo contenuto in Gai., *inst.* 2.104-108.

⁶⁹⁶) Cfr. per tutti il più volte menzionato D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 9, che afferma come si possa «dubitare dell'alta antichità della *heredis institutio*. L'incontro con il *testamentum* sarebbe avvenuto solo quando fossero maturate talune condizioni a lungo preparate dalla *interpretatio* pontificale prima, laica poi», e sembra lasciare quindi intendere il proprio convincimento circa l'innesto della *heredis institutio* sul *testamentum* in epoca decisamente successiva rispetto a quella arcaica. In precedenza, il tema era stato affrontato in questi termini, tra gli altri, da F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, in «Festschrifts H. Siber», I, Leipzig, 1941, p. 39 s., M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., p. 159 s., e S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?* (1953), ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 423 s.

dotato di natura testamentaria), come sintomatica di un'esigenza di differenziazione, al fine di distinguere la clausola «originaria» (ossia l'istituzione d'erede) – da sempre necessaria e sufficiente a caratterizzare il testamento e la sua natura giuridica – da tutte le altre disposizioni *mortis causa*, qualificabili come meramente eventuali. Anche queste ultime, peraltro, risultavano concrete estrinsecazioni della *potestas* del *pater familias*, ed evidentemente si ritennero inseribili nel testamento medesimo, venendo poi individuate e ricordate nella stratificazione nominativa e tassonomica che, proprio a partire dal II secolo a.C., la sistematica dei giuristi, impostata sulle tecniche diairetiche⁶⁹⁷, utilizzerà anche per trattare delle disposizioni validamente veicolabili da parte di quest'ultimo istituto. E' proprio in forza del raffronto con esse che la giurisprudenza intenderà, precisandola ripetutamente, la radicale diversità della *heredis institutio*: in questo senso intendo l'«*intellegitur*» che si riferisce ad essa in Gai., *inst.* 2.229.

Il collegamento che, nelle sue Istituzioni, Gaio ripetutamente opera tra la «forza» di un testamento e l'istituzione di erede pone in evidenza la natura giuridica del primo e implicitamente lo distingue, differenziandolo, dagli eventuali altri atti che di tale istituzione fossero privi, ma che avrebbero comunque permesso in qualche modo di disporre *mortis causa*. Anche alla luce di questi motivi non mi è sembrato opportuno, in conclusione del secondo capitolo, attribuire «natura testamentaria» all'istituto della *mancipatio familiae* (o comunque alla configurazione più antica di quello che sarà poi il *testamentum per aes et libram*) se inteso secondo la presentazione di esso tradizionalmente offerta, la quale, nel contrapporlo alla sua versione più evoluta, non lo considera idoneo a realizzare quella che oggi chiamiamo la successione a titolo universale. Proprio perché priva del requisito dell'*heredis institutio* – e sulla base del già formulato convincimento, desumibile dall'analisi delle fonti, in forza del quale la via per disporre a causa di morte non fosse percorribile esclusivamente tramite il testamento – continua a sembrarmi più opportuno qualificarla come l'idoneo atto *mortis causa*, privo della predetta natura testamentaria, con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte. L'accostare, dunque, la *mancipatio familiae* (se intesa nel senso appena riferito) al *testamentum* (*calatis comitiis* o *in procinctu*) comporta la presentazione di un quadro complessivo rappresentato da un insieme di atti distinti, accomunati in quanto alla causa e differenti in quanto a natura giuridica.

L'ulteriore esegesi a cui verranno sottoposti nel prossimo paragrafo i passi delle *Institutiones* gaiane ricordati in apertura di questo capitolo, e dedicati allo sviluppo storico del testamento librato, contribuirà peraltro a raffigurare un quadro ancora più composito rispetto a quello appena abbozzato, e,

⁶⁹⁷) Cfr. SCHIAVONE, *Ius*, cit. p. 155 ss. e 171 ss.

per quanto possibile, tenterà di precisarne i termini, valorizzando l'idea della precoce abilità creativa ascrivibile alla giurisprudenza pontificale: in forza di essa, nell'alveo di un ardito «sperimentalismo»⁶⁹⁸ negoziale, si determinerà il travaglio del menzionato sviluppo storico, attraverso una serie di prove ed adattamenti dell'impiego «atipico» del *gestum per aes et libram*. Dall'analisi della ricostruzione effettuata a tal proposito da Gaio, dunque, si rileverà come la fase compiuta dell'istituto, ossia la configurazione del *testamentum per aes et libram* in epoca classica, coinciderà col riconoscimento come *ius receptum* dell'uso più completo ed articolato del predetto *gestum*, o, in ogni caso, di quell'impiego di esso inclusivo anche dell'*heredis institutio* nel formulario a cui si ricorreva per disporre *mortis causa*. Questa soluzione, di certo più antica della sua «stabilizzazione» nel diritto classico, sarà individuata dalla giurisprudenza, mediante quel modo di argomentare che si insinua «con effetti molteplici»⁶⁹⁹ nel pensiero giuridico, all'esito di una selezione dall'evidentemente più ampia serie di tentativi sperimentati per saggiare le potenzialità del *gestum per aes et libram*: di essi, come vedremo, è conservata una sommaria sintesi nelle Istituzioni di Gaio.

2. La «tecnologia della parola» e il formulario del rito librare

Alla ripartizione e distinzione tra la *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram* si ricorre di solito anche per illustrare i due diversi momenti storici che caratterizzerebbero il percorso evolutivo dell'istituto, che solo nella sua versione più recente sarebbe propriamente qualificabile come testamento. Si è peraltro già fatto cenno – in conclusione del secondo capitolo – tanto ai dubbi

⁶⁹⁸) Attività altrimenti detta, con riferimento alla giurisprudenza classica, *ius controversum*: cfr. M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in «Atti della Accademia nazionale dei Lincei. Memorie», s. 9^a, XXIII.3, Roma, 2008, p. 759 ss., e *Soliloquio*, cit., p. 31 ss. Il pensiero di Bretone prende le mosse da A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto, Verona 27-28-29-IX-1948», II (cur. G. MOSCHETTI), Milano, 1951 p. 121 ss., e (in versione ampliata) in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, p. 201 ss., cfr. inoltre H. LÉVY-BRUHL, «*Dissensiones prudentium*», in «Synteleia V. Arangio Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 532 ss., L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. inalt. Milano, 1975, p. 68 ss., T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, in «ZSS.», CXI, 1994, p. 70, 76 ss., D. DALLA, *Fra «ius controversum», discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in «Tradizione romanistica e costituzione», II, cit., p. 1023 ss., e M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 75 ss.

⁶⁹⁹) BRETONE, *Soliloquio*, cit., p. 34, e che viene riconosciuto negli «spunti classici» ancora presenti in J.S. MILL, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation* (1843), ora in ID., *Collected Works*, VIII (ed. J.M. ROBSON), Toronto-London, 1974, p. 654 s.

espressi, tra gli altri, da Mario Bretonne sulla riconducibilità alla legislazione decemvirale della *mancipatio familiae*, ritenuta piuttosto «una creazione della giurisprudenza, coeva o posteriore alle XII Tavole»⁷⁰⁰, quanto, più in generale, alle discussioni e all'estrema eterogeneità di opinioni sul suo inquadramento storico, ferma ovviamente restandone l'indiscussa antichità, e sul suo presumibile diverso atteggiarsi (sul suo supposto cambiamento di natura giuridica) prima e dopo l'emanazione della legge delle XII Tavole⁷⁰¹.

Va comunque sottolineato che, spesso, si è voluto ricavare molto più di quello che effettivamente risulta dal testo delle Istituzioni di Gaio: è opportuno ricordare che in esso si parla di un «terzo genere di testamento», celebrato col ricorso al rito librato, riservato a chi, non avendo testato *calatis comitiis* o *in procinctu*, temesse una morte imminente. Gaio non qualifica come espediente⁷⁰² il ricorso al *gestum per aes et libram* per disporre *mortis causa*, ed è verosimile credere che la ricostruzione in tal senso operata dagli interpreti sia stata sollecitata dall'espressione utilizzata da Gaio, *'si subita morte urgebatur'*, per rendere conto dell'introduzione della nuova modalità di disposizione *mortis causa*, espressamente qualificata «testamentaria», che si aggiunse alle precedenti. Anche Gellio⁷⁰³ si attesta sulla prospettiva gaiana, appiattendone anzi, come già rilevato, la prospettiva storica e affermando la presenza, nel più antico diritto romano, di tre generi di testamento, senza preoccuparsi di ulteriormente illustrare il processo storico che avrebbe portato dall'un *genus* testamentario all'altro, e, soprattutto, senza riferire in merito ad un'evoluzione nella forma testamentaria di un istituto precedentemente privo di tale natura.

Il *testamentum per aes et libram* viene dunque presentato come un istituto che «si aggiunse» alle altre forme di testamento: per indicare questo dato, Gaio usa un generico *'accessit'*: è allora opportuno chiedersi se tale segno, da solo, possa giustificare l'illazione – non attestata direttamente in nessun luogo

⁷⁰⁰) *I fondamenti*, cit., p. 40.

⁷⁰¹) A tal proposito, e con la formulazione di ipotesi eterogenee in quanto ai risultati, cfr. H. LÉVY-BRUL, *Nature de la Mancipatio Familiae*, in «Festschrift F. Schulz», I, Weimar, 1951, p. 253 ss., ID., *Praedia absentia solent mancipari*, in «Studi U.E. Paoli», Firenze, 1955, p. 482, U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in «Studi P. De Francisci», I, Milano, 1956, p. 407 ss. e 434 ss., TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718, ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in «Poteri negotia actiones nell'esperienza romana arcaica», Napoli, 1984, p.109 ss., A. CORBINO, *Osservazioni in tema di 'res mancipi' e di stabilizzazione del regime della 'mancipatio'*, in «Scritti G. Auletta», II, Milano, 1988, p. 546 ss., BLANCH NOUGUES, *op. cit.*, p. 125, e CASTRO SAENZ, *Herencia*, cit., p. 49 ss., 130, 166 s. e 326.

⁷⁰²) La qualificazione in questi termini è comunque rinvenibile in amplissima letteratura, come ricordato ed analiticamente indicato da TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 301 nt. 2.

⁷⁰³) *Noct. Att.* 15.27.3.

delle Istituzioni gaiane o in altre fonti – della duplice fase che avrebbe scandito l'evoluzione dell'istituto medesimo; da una prima, appunto di espediente non idoneo ad aprire la successione universale *mortis causa*, ad un'altra, più compiuta, in cui è effettivamente configurabile come testamento. Ci si dovrà in altre parole interrogare circa la portata della metamorfosi che interessò il *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*: se cioè, come si già accennato riferendo la prospettazione tradizionale, essa avvenne mediante la scansione in due tempi distinti della storia dell'istituto, da uno in cui era privo di natura testamentaria ad un secondo in cui si presentava come un vero e proprio testamento, o se il processo storico interessò lo sviluppo da una forma testamentaria «primitiva» ad una più evoluta.

L'impressione che i riferiti testi contribuiscono a fondare, più che avallare l'una o l'altra delle due ipotesi appena formulate, sembrerebbe piuttosto alludere proprio all'ampio ricorso alla sperimentazione che la giurisprudenza pontificale dovette effettuare al fine di introdurre nuovi istituti volti a soddisfare le esigenze concrete dei *cives*. Tali istituti, secondo la dinamica tipica della produzione di nuovo diritto tramite la *receptio moribus*, non nacquero in forma compiuta e matura, ma si affermarono in forza di una serie di tentativi ed adattamenti dei quali, con molta probabilità, Gaio ci fornisce una sintesi, scegliendo (o essendo egli in condizione) di seguire (solo) una tra le diverse linee evolutive poste in essere a partire dall'attività dei pontefici: questa ipotesi ricostruttiva si fonda su dati certi e desumibili dalle fonti considerate, a partire dalla notizia relativa al ricorso, ai fini della celebrazione del rito, alla *mancipatio*, in merito alla quale ampie informazioni possono trarsi dal manuale istituzionale di gaiano:

Gai., *inst.* 1.119: Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium ius civium Romanorum est, eaque ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA, deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.

Il passo, che involge numerosi problemi⁷⁰⁴, è stato oggetto, anche in tempi relativamente recenti, di reiterate ed approfondite analisi esegetiche. Esso illustra con sufficiente chiarezza il rito librare, concepito inizialmente al fine di

⁷⁰⁴) Cfr., ad esempio, le osservazioni formulate da A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem' tenens in Inst. 1,119 e 2,24)*, in «SDHI», XLII, 1976, p. 149 ss., A. GUARINO, *Ineptiae iuris Romani*, III, in «Atti dell'Accademia Pontiniana», XXIV, 1985 (1986), p. 65 ss.

realizzare il valido trasferimento del *dominium* sulle *res mancipi* mediante il ricorso ai cinque testimoni cittadini romani puberi e al *libripens* al cospetto del *mancipio dans* e del *mancipio accipiens* e in forza del formulario previsto per quest'ultimo. Il rito fu poi adattato per il conseguimento di altri effetti negoziali, sulla base dell'intento delle parti: credo si possa a tal proposito parlare di una vera e propria «torsione» di quel rigido formalismo che si insegna essere tipico degli atti del più antico diritto romano⁷⁰⁵.

La lettura parallela col passo contenuto in Gai., *inst.* 2.102 fa risaltare, anche dal punto di vista testuale, l'uso che della *mancipatio* viene effettuato per permettere al *mancipio dans* di disporre dei propri beni, senza la necessità di ricorrere ad una delle due forme pubbliche di testamento all'epoca conosciute. Risulta particolarmente notevole, e indubbiamente destabilizzante da un punto di vista di teoria generale, l'aspetto per cui il raggiungimento degli effetti (o meglio della maggior parte degli effetti) del tipico negozio *mortis causa* avviene per il tramite dell'impiego «atipico» di un atto *inter vivos*, peraltro a struttura bilaterale e ad efficacia immediata.

Sulla base di questa constatazione si sono esaminati gli «innesti», nel negozio solenne della *mancipatio*, delle dichiarazioni, provenienti dal disponente, in qualche modo volte ad effettuare la «torsione» degli effetti a cui facevo cenno, e che avrebbero rappresentato l'antecedente funzionale di quella *nuncupatio testamenti* tramite cui sarà possibile istituire l'erede ed, eventualmente, procedere ad effettuare le ulteriori disposizioni attributive a causa di morte: ed anzi le attività da ultime elencate devono forse aver preceduto la prima. Se rapportata al rituale della *mancipatio* – nel quale, come si è visto, a parlare è il solo *mancipio accipiens* – la presenza di dichiarazioni provenienti anche dal *mancipio dans* costituisce senz'altro una notevole variante rispetto alla severa rigidità dell'atto così come presentato in Gai., *inst.* 1.119. Detta variante rappresenta sicuramente un passaggio evolutivo nell'impiego del *gestum per aes et libram*, il quale verrà così reso idoneo a disporre *mortis causa*, per poi, una volta divenuta *ius receptum* la particolare modalità del suo impiego implicante un formulario inclusivo dell'*heredis institutio*, essere finalmente ed in maniera indiscussa dotato di natura testamentaria, nella configurazione del *testamentum per aes et libram* conosciuto all'epoca di Gaio.

Le predette dichiarazioni del *mancipio dans* (disponente *mortis causa* o testatore, a seconda dei casi) a partire da un certo momento, e per ottemperare ad esigenze di segretezza relative alle disposizioni di cui si facevano veicolo, ver-

⁷⁰⁵) In termini analoghi, cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuresession und vom Pfandrecht*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 290 ss., e XXVIII, 1907, p. 311 ss., A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006, p. 16 ss., e RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 40 s.

ranno preventivamente redatte per iscritto nelle *tabulae testamenti*, e in luogo della loro precisa formulazione si procederà ad effettuare un rinvio alle disposizioni contenute nelle *tabulae* medesime, che dunque risulteranno confermate dal disponente/testatore proprio nel corso della celebrazione del rito librale⁷⁰⁶.

La riferita procedura impiegava peraltro come controparte negoziale non un *extraneus* o un *quivis de populo*, ma un *'amicus'*: e ciò dovrà far riflettere sull'indiscutibile allusione al rapporto di fiducia che doveva preesistere tra il *mancipio dans* e il *familiae emptor* ai fini della corretta esplicazione di effetti dell'intero rito e della sua stessa causa. Agli stessi «incarichi» finalizzati alla distribuzione, da effettuarsi parte del predetto *familiae emptor*, del patrimonio mancipato tra i beneficiari Gaio fa riferimento una volta utilizzando il verbo *'rogare'* (Gai., *inst.* 2.102), e un'altra, subito dopo, il verbo *'mandare'* (Gai., *inst.* 2.103), «quasi come se avessero valore intercambiabile, alla stregua di due sinonimi»⁷⁰⁷; e anche questo uso «improprio»⁷⁰⁸ dei due segni è stato correlato al primitivo fondamento dell'istituto sulla *fides*⁷⁰⁹. Gaio procede dunque ad illustrare il rito⁷¹⁰, così come svolto al suo tempo, riportando le solenni dichiarazioni del disponente – sulla cui più o meno fedele derivazione dalle antiche forme pubbliche di testamento pure si discute, come si è già osservato – e del *familiae emptor*, specificando che esse vanno ricondotte alla nozione di *'nuncupatio'*, e premurandosi altresì di spiegare la portata del verbo *'nuncupare'*: *'generalis sermone nominare atque confirmare'*. La volontà del testatore, dunque, si manifesta e si formalizza in una *nuncupatio*, e cioè in una dichiarazione solenne, precisa e alla presenza dei testimoni, che accede al testamento⁷¹¹.

E' particolarmente notevole rilevare ancora una volta come, nei riferiti §§ 102-104 del secondo commentario, Gaio affermi espressamente di parlare della celebrazione di un testamento, tanto con riguardo alla descrizione dello stadio più antico della procedura quanto in relazione all'illustrazione di quello in vigore al tempo in cui egli scrive: in Gai., *inst.* 2.102, infatti, dopo aver presentato il rito librale, si specifica che esso è quello tipico del *testamentum per aes et libram* (*'quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur'*); in Gai., *inst.* 2.103, nel precisare che la forma testamentaria è diversamente organizzata al tempo di Gaio rispetto a quanto avveniva in precedenza, si procede ad effettuare una comparazione tra le due procedure, contrappo-

⁷⁰⁶ Cfr. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 611 s., e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 720.

⁷⁰⁷ TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 308.

⁷⁰⁸ TERRANOVA, *op. ult. cit.*, p. 61.

⁷⁰⁹ Cfr. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, p. 289 ss. e nt. 629 (con ampia bibliografia sul ruolo della *fides* nel diritto romano, in particolar modo di età arcaica) e p. 276 ss., 416.

⁷¹⁰ Cfr. Gai., *inst.* 2.104.

⁷¹¹ Cfr. BLANCH NOUGUES, *op. cit.*, p. 126 ss.

nendo quella svolta anticamente (introdotta da 'olim') a quella che si celebrava all'epoca di Gaio (introdotta da 'nunc'). Anche nel primo caso, nel riferirsi alla procedura più antica, Gaio fa riferimento al disponente chiamandolo 'testator', e dunque lasciando chiaramente intendere che si tratta di un vero e proprio testamento ('namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet'). Si dà addirittura conto dell'inidoneità dei parenti del mancipio accipiens - familiae emptor a fungere da testimoni all'atto⁷¹², secondo una ratio di fondo che, in fin dei conti, è la medesima che ispira, nell'ordinamento italiano vigente, il disposto dei primi due commi dell'art. 50 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 («Ordinamento del notariato e degli archivi notarili»)⁷¹³. La «natura testamentaria» della mancipatio familiae sarebbe stata conseguentemente la stessa del testamentum per aes et libram che, al tempo di Gaio, veniva celebrato distinguendo la figura dell'erede istituito da quella del familiae emptor, e quest'ultima sarebbe stata mantenuta «ad imitazione del diritto antico».

Sarà dunque l'attenzione rivolta dalla giurisprudenza alla portata delle dichiarazioni del mancipio dans e del familiae emptor che opererà nel senso di un progressivo suo adattamento: detto formulario, oltre ad essere evidentemente modificato nella prospettiva di una destinazione mortis causa dell'atto, arriverà, una volta esteso e recepito nel suo più compiuto utilizzo, a mutare proprio la natura giuridica dell'atto medesimo, rendendolo idoneo strumento di dispo-

⁷¹² Gai., inst. 2.105: *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.* [106]. *Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater eius. sed et si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est.* Cfr. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., p. 289 ss., *Sulla natura*, cit., p. 311 s., e *Ricerche*, cit., p. 333 ss. e 414 ss. Considerano invece improprio il ricorso da parte di Gaio all'espressione 'testator' VOCI, *Il diritto ereditario*, cit., p. 16 nt. 48, e D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 69. Sulla misteriosa figura dell'antestator, cfr. F. TERRANOVA, *Sull'antestatus negli atti per aes et libram*, in «*Iuris Antiqui Historia. An International Journal of Ancient Law*», II, 2010, p. 103 ss.

⁷¹³ I quali testualmente recitano: «[1.] I testimoni debbono essere maggiorenni, cittadini della Repubblica o stranieri in essa residenti che abbiano compiuto il diciottesimo anno di età, avere la capacità di agire e non essere interessati all'atto. [2.] Non sono testimoni idonei i ciechi, i sordi, i muti, i parenti e gli affini del notaro e delle parti nei gradi indicati dall'art. 28, il coniuge dell'uno o delle altre e coloro che non sanno o non possono sottoscrivere». Il richiamo all'articolo 28, ed in particolare all'elencazione contenuta nel n. 2 del menzionato articolo della legge, permette di determinare l'inidoneità dei testimoni se si tratti della moglie, dei parenti o affini in linea retta, in qualunque grado, ed in linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente.

sizione testamentaria (*‘quo tu iure testamentum facere possis?’* è scritto in Gai., *inst.* 2.104, imprimendo il suggello funzionale alla nuova destinazione dell’atto): in particolare, in questo caso, il formulario della *mancipatio* riceve in sé l’innesto di quello riservato alle antiche forme pubbliche di testamento, e tipico di esse. L’esito finale dell’*iter* evolutivo, dunque, manteneva inalterato il formalismo del rito librare: ancora ai tempi di Gaio, pertanto, il *familiae emptor*, ormai svincolato dal suo «tener luogo dell’erede», figurava «ad imitazione del diritto antico», e continuavano altresì ad esser presenti il *libripens*, «come nelle altre mancipazioni» (cfr. Gai., *inst.* 2.103) ed i testimoni, i quali, unitamente alla gestualità del *mancipio accipiens*, contribuivano alla riproposizione dell’antico formalismo. La torsione funzionale del *gestum* volta all’ottenimento di effetti *mortis causa* (o, comunque, *post mortem testatoris*) si realizza pertanto tramite l’innovativo esercizio giurisprudenziale sull’impiego del formulario.

Si può affermare che il sapiente impiego della parola – potremmo parlare di «tecnologia della parola» nel senso precisato da Walter J. Ong⁷¹⁴ – riesce a piegare la rigidità del *gestum* per il raggiungimento di effetti diversi rispetto a quelli suoi tipici; e ciò, a ben guardare, è senz’altro di notevole interesse, soprattutto in un’epoca in cui si è soliti ripetere essere il diritto improntato ad un esasperato formalismo: l’opera della giurisprudenza pontificale permette, invece, di realizzare quelle «linee e sdoppiamenti»⁷¹⁵ di cui si è efficacemente parlato in letteratura, e che saranno essenziali nello sviluppo del diritto romano in generale⁷¹⁶.

Nello specifico caso in esame, la spregiudicatezza e la libertà con cui la giurisprudenza pontificale fu in grado di modificare il formulario del *gestum per aes et libram*, modellandone i *verba* al fine del raggiungimento degli effetti desiderati, ed eventualmente attingendo anche dal formulario delle antiche forme di testamento, determinò, di volta in volta, l’impiego del menzionato *gestum* come un atto per disporre *mortis causa* in alternativa al testamento oppure – in tutte quelle ipotesi in cui non furono riconosciuti ostacoli all’inclusione della formula dell’*heredis institutio* – come un vero e proprio testamento. Nei termini così riferiti, dunque, il quadro della fase più antica della storia del testamento librare (solitamente e, a questo punto si può sostenere, riduttivamente correlato alla *mancipatio familiae*, secondo la lettura tradizionalmente for-

⁷¹⁴ *Orality and literacy: The technologizing of the word*, London - New York, 1982, trad. it. – *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola* –, Bologna, 1986, p. 23 ss., 59 ss.

⁷¹⁵ L’espressione è stata efficacemente utilizzata da FÖGEN, *op. cit.*, p. 172 ss.

⁷¹⁶ Se è vero che quella fornita da Gaio in relazione all’uso *mortis causa* della *mancipatio familiae* è la descrizione più completa dell’adattamento del rituale al fine di raggiungere effetti diversi da quelli suoi propri, è anche vero che nelle stesse *Institutiones* si rinven-
gono altri passi in cui il meccanismo viene riproposto: è il caso di Gai., *inst.* 2.29, in tema di servitù rustiche, e 1.113, in tema di *coemptio*.

nita di essa) si presenta, come accennato in conclusione del precedente paragrafo, decisamente più composito rispetto a come viene caratterizzato di solito. Un impiego così diversificato ed oscillante del gesto librare – che, a seconda delle ipotesi considerate, arrivava a mutarne la stessa natura giuridica, ferma restando comunque la causa della disposizione – è evidente indice di diritto in formazione, e necessiterà dei tempi lunghi della recezione per stabilizzarsi definitivamente.

3. L'inclusione nel testamento dei legati e il loro sviluppo storico

L'erede istituito, al tempo di Gaio, si sarebbe fatto carico anche dei legati: in questo senso va senza dubbio letta l'affermazione *'a quo etiam legata relinquuntur'* contenuta in Gai., *inst.* 2.103 e riferita a costui. Tale espressione, peraltro, oltre ad attestare che nella forma classica del *testamentum per aes et libram* c'è ovviamente spazio anche per il legato, fa sorgere allo stesso tempo l'interrogativo circa l'ammissibilità del menzionato istituto nella forma «primitiva» del *gestum per aes et libram* impiegato per disporre *mortis causa*, e richiama – direi quasi per attrazione tematica – la questione a cui si è fatto cenno in chiusura del terzo capitolo relativa alla presenza o meno dei legati nelle antiche forme di testamento, così come quella ulteriore riguardante l'ordine e lo sviluppo storico delle singole figure di legato.

In quanto al rapporto tra *genera testamentorum* e figure di legato, indagato dal punto di vista dell'inclusività dei primi nei confronti di queste ultime, è paradigmatica e fortemente suggestiva la lettura fornita da Gaetano Scherillo, il quale, escludendo in maniera netta che i legati potessero trovar spazio nelle antiche forme pubbliche di testamento, entrambe presentate come idonee soltanto a «provvedere alla istituzione di un erede»⁷¹⁷, individua nella fase più antica dell'impiego *mortis causa* del *gestum per aes et libram* la realizzazione non tanto di una successione, quanto piuttosto della liquidazione dei rapporti giuridici attuata per volontà del loro titolare, che viene assunta come coesistente col sistema della successione e da questo distinto⁷¹⁸. All'impiego *mortis causa* del *gestum* librare, dunque, si ricorrerebbe, secondo Scherillo, quando, mancando l'*heres suus*, o più in generale l'erede, si sarebbe voluto evitare che la *familia pecuniaque* finisse agli agnati, secondo la regolamentazione prevista dalle XII Tavole, e accedendo peraltro a quella interpretazione, fatta risalire espressamente a Siro Solazzi, in forza della quale gli agnati non sarebbero stati originariamente ritenuti eredi. Nel periodo dell'asserita «generalizzazione» del si-

⁷¹⁷) SCHERILLO, *Appunti sulla differenza*, cit., p. 220.

⁷¹⁸) Cfr. SCHERILLO, *loc. ult. cit.*

stema della successione, implicante l'attribuzione della qualità di eredi anche a questi ultimi, si sarebbe verificata la trasformazione del *gestum per aes et libram* impiegato *mortis causa* nella forma matura del testamento librare. I legati, dunque, sarebbero per Scherillo «la continuazione storica delle disposizioni contenute nella *mancipatio familiae*»⁷¹⁹ (cioè nella versione più antica dell'impiego *mortis causa* del *gestum per aes et libram*) e di tali disposizioni serberebbero la natura giuridica di strumento di liquidazione patrimoniale. Lo studioso milanese suppone dunque che, nel periodo più antico della storia primitiva delle successioni testamentarie, l'unica «successione» concepibile fosse solo quella che oggi chiamiamo «a titolo universale», mentre la *successio in singulas res*, tipicamente realizzata dai legati, sarebbe stata inclusa nel testamento quando l'antica forma di disposizione *mortis causa* tramite il gesto librare, esaurita la sua funzione di strumento di liquidazione del patrimonio del disponente, si sarebbe sostanzialmente fusa con il testamento medesimo.

In quanto, poi, allo sviluppo storico dei *genera legatorum*, problema ritenuto da taluni pressoché irrisolvibile⁷²⁰, la letteratura è vastissima⁷²¹: l'analisi condotta dagli studiosi a cavallo tra Otto e Novecento partiva dalla considerazione per cui le quattro forme elencate, tra gli altri, da Gaio nel suo manuale istituzionale⁷²² con riferimento al diritto classico si riducevano fondamentalmente alle due categorie del legato di proprietà (*legatum per vindicationem*) e del legato di obbligazione (*legatum per damnationem*). Gli altri due tipi di legato, e cioè il *legatum sinendi modo* e il *legatum per praeceptionem*, venivano solitamente presentati come forme secondarie, le cui figure dovevano necessariamente sussumersi nelle due categorie principali, solo in relazione alle quali, dunque, tendevano ad organizzarsi gli studi relativi all'individuazione della priorità storica dell'una figura sull'altra.

A tal proposito, una consistente ed autorevole parte della dottrina, soprattutto italiana, sosteneva la priorità cronologica del legato *per vindicationem* sulla base di una serie di dati storici e testuali assolutamente eterogenei in quanto a pregio, attendibilità e portata⁷²³: la supposta maggiore indipendenza del legato *per vindicationem* (inteso come mero trapasso patrimoniale) dall'eredità, interpretata quest'ultima – secondo la nota e già riferita teoria del Bon-

⁷¹⁹) SCHERILLO, *op. ult. cit.*, p. 222.

⁷²⁰) Cfr. ad esempio PIAGET, *op. cit.*, p. 8.

⁷²¹) Per i riferimenti essenziali, cfr. FERRINI, *Teoria generale*, cit., p. 5 ss., COLI, *Il testamento*, cit., p. 516 ss., BIONDI, *Successione*, cit., p. 267 ss., ID., 'Legato (diritto romano)' (1963), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Diritto romano. Diritto privato*, Milano, 1965, p. 59 ss., G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, I, *Parte generale*², Torino, 1962, p. 5 ss., VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 223 ss., e ID., sv. 'Legato (diritto romano)', in «ED.», XXIII, Milano, 1973, p. 707 ss.

⁷²²) Gai., *inst.* 2.192: ma cfr. anche *Tit. Ulp.* 24. 2 e *Iust. inst.* 20.2.

⁷²³) Per un quadro d'insieme, cfr. COLI, *Il testamento*, cit., p. 68 ss.

fante – come successione nella signoria domestica, e dunque come successione del nuovo capo nella posizione personale e non solo patrimoniale del suo predecessore, è stata una delle motivazioni; ma ha giocato un ruolo persino l'ordine dell'elencazione delle singole figure così come costantemente riportato da Gaio, Ulpiano e Giustiniano⁷²⁴: tale ordine, del resto, ha influenzato persino chi lo ha accettato come solo parzialmente rispondente all'effettiva sequenza dello sviluppo storico dei legati, limitandolo ai due tipi assunti come principali⁷²⁵.

Si è inoltre vista una correlazione tra la formula solenne (*“do lego”*) con cui si poteva validamente disporre tale legato⁷²⁶ – ritenuto tra tutti «il più semplice e il più rigoroso»⁷²⁷, e quindi necessariamente (o arbitrariamente) il più antico⁷²⁸ – e il *legare* menzionato nelle XII Tavole (*tab. 5.3*): seguendo l'interpretazione per cui tale verbo facesse riferimento alle sole disposizioni di ultima volontà a titolo particolare, (interpretazione che nei precedenti due capitoli si è discussa, ritenendola inaccettabile e tutt'altro che pacifica⁷²⁹), si riconduceva il legato di proprietà al V secolo a.C., e proprio in forza di tale corrispondenza si spiegava «l'origine tutta particolare»⁷³⁰ di un istituto nato senza un nome specifico, e poi chiamato *‘per vindicationem’* proprio per distinguerlo dagli altri tipi di legato: la stessa (supposta successiva) denominazione, non correlata alla formula con cui poteva validamente disporsi – come accadeva per gli altri – ma all'azione prevista per la sua tutela giudiziaria, veniva interpretata dal Ferrini come un «principio così costante nell'antico diritto»⁷³¹ da potersi desumere l'invocata priorità del legato in esame rispetto alle altre figure.

Del resto, si affermava⁷³² che lo stesso Ulpiano, spiegando i modi di ac-

⁷²⁴ Cfr. in tal senso, COLI, *op. ult. cit.*, p. 70, il quale ammette che «l'ordine con cui i *genera legatorum* sono elencati dalle fonti, ha non poco influito».

⁷²⁵ Cfr., ad esempio, E. CARUSI, *Note intorno alla dottrina dei legati*, Roma, 1896, estr. da «Studi e documenti di storia del diritto», XVII, 1896, p. 15.

⁷²⁶ Cfr. Gai., *inst.* 2.193.

⁷²⁷ H. DERNBURG, *Pandekten. III. Familien- und Erbrecht* (1901), trad. it. – *Pandette. Diritto di famiglia e dell'eredità* –, Torino, 1905, p. 221 nt. 3.

⁷²⁸ Cfr. WATSON, *The Law of Succession*, cit., p. 123.

⁷²⁹ E' appena il caso di ricordare, infatti, che Gaio (*inst.* 2.224) fa riferimento alla norma decemvirale ponendola a fondamento quantomeno di legati e manomissioni; mentre Pomponio, nel più volte ricordato frammento tratto dal quinto libro del suo commento a Quinto Mucio, conservato in D. 50.16.120, attribuisce alla norma in questione una *‘latis-sima potestas’*, chiaramente ponendola a fondamento di ogni disposizione a titolo universale e particolare, o, almeno, dell'istituzione di erede, della disposizione di legati e manomissioni oltre che della costituzione della *tutela testamentaria*.

⁷³⁰ FERRINI, *Teoria generale*, cit., p. 11.

⁷³¹ *Loc. ult. cit.*

⁷³² Tra gli altri, dal CARUSI, *op. cit.*, p. 5.

quisto del *dominium*, avrebbe ancora conservato memoria della fase primitiva, al punto da alludere a quello che sarà successivamente indicato come *legatum per vindicationem* chiamandolo semplicemente e genericamente ‘*legatum*’, e correlandolo alla legge decemvirale⁷³³. E di tale memoria vi sarebbe stata traccia anche nei *Fragmenta Vaticana*, dove, in occasione dello svolgimento di un più generale discorso sull’usufrutto, il riferimento al *legatum per vindicationem* avviene per il tramite della formula con cui era validamente disposto (‘*legatum do lego*’) ⁷³⁴. Si osservava ⁷³⁵ inoltre che ammettere la priorità del *legatum per damnationem*, e ricondurlo ad una non meglio precisata epoca antecedente l’età decemvirale, non avrebbe tenuto in dovuto conto l’immaturità del concetto di obbligazione precedente l’emanazione della *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.

Un numero minore di studiosi⁷³⁶ sosteneva al contrario, con altrettanta autorevolezza, la precedenza storica del *legatum per damnationem* sottolineando un’ulteriore serie di aspetti notevoli: il primo dei quali sarebbe stato il carattere di diritto pubblico ritenuto originariamente proprio della *damnatio*, in quanto ricollegato alla formula imperativa con cui si disponeva validamente questo legato⁷³⁷: esso avrebbe permesso di accostare l’istituto che si realizzava tramite la sua formulazione al *testamentum calatis comitiis*. All’antichità di tale forma pubblica di testamento (una delle due che, è appena il caso di ricordare, come si legge in Gai., *inst.* 2.101, ‘*initio fuerunt*’) così come degli istituti ad esso riconducibili, e alla sua ritenuta natura di *lex publica* (dunque di espressione della volontà generale) si contrapponeva pertanto l’incompatibilità della tipica manifestazione della volontà individuale che caratterizzava invece il *legatum per vindicationem*, il quale sarebbe stato incluso nel testamento solo allo svincolarsi di quest’ultimo dal supposto controllo pubblico – asseritamente presentato come un tratto distintivo del menzionato istituto, che ne avrebbe caratterizzato la stessa natura – e cioè quando a Roma sarebbe invalso l’uso di disporre *mortis causa* ricorrendo al *gestum per aes et libram*.

In forza di quanto discusso nei capitoli precedenti, si può comunque rifiutare questa interpretazione, posto che si è dimostrato, sulla base dell’analisi delle

⁷³³) Cfr. Tit. Ulp. 19.17: *Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege Duodecim Tabularum, sive mancipi res sint sive nec mancipi.*

⁷³⁴) Cfr. *Vat. fr.* 47: *Item. Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. Per do lego legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest.*

⁷³⁵) Cfr., in questo senso, CARUSI, *op. cit.*, p. 6.

⁷³⁶) E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte der römischen Erbrechts*, Erlangen, 1881, p. 29 ss. e 71 ss., PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 379 (che considera quello *per damnationem* «il vero legato»), BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, cit., p. 71, e COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 80 ss.

⁷³⁷) Cfr. Gai., *inst.* 2.201: *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est.*

fonti, che anche le antiche forme pubbliche di testamento, non prevedendo *rogatio* alcuna e svolgendosi *in contione*, non avrebbero strutturalmente potuto consentire quella procedura di approvazione delle ultime volontà del *civis* sul modello della procedura prevista per l'approvazione della *lex publica*: si è infatti visto che le distinte assemblee nelle quali i due atti venivano compiuti erano radicalmente diverse, proprio perché quella riservata ai testamenti si fermava allo stadio della *contio* e non consentiva il compimento di alcun *suffragium*. Il «controllo dei membri delle curie»⁷³⁸, in null'altro consisteva se non nella prestazione di quella medesima testimonianza richiesta ai cinque testimoni in occasione della celebrazione della *mancipatio familiae* e poi del *testamentum per aes et libram*.

La maggiore antichità del *legatum per damnationem* sarebbe comunque emersa anche dalla considerazione della tutela giudiziaria per esso prevista, oltre che del modo di liberazione dell'erede da parte del legatario: proprio in forza dell'uso della solenne formula '*damnas esto*', nell'ambito delle *legis actiones* il legatario avrebbe potuto ricorrere per l'adempimento contro l'erede direttamente con la *legis actio per manus iniunctionem*, comportante la soggezione dell'*actio ex testamento* alla litescrescenza *adversus infitiantem*; peraltro, ancora in epoca classica il legatario avrebbe liberato l'erede tramite il ricorso alla *solutio per aes et libram*⁷³⁹.

Si sottolineava⁷⁴⁰ inoltre che il rapporto obbligatorio tra erede-onerato e legatario-onorato rispecchiava plasticamente il principio generale per cui l'erede era inteso *successor in omne ius mortui*, mentre una dinamica del genere non si riproponeva immediata nel *legatum per vindicationem*, proprio per quel suo effetto caratteristico consistente nel far transitare *recta via* la proprietà di quanto ne formava oggetto (o la titolarità degli ulteriori diritti reali tramite esso costituiti) in capo al legatario, prescindendo da qualunque rapporto giuridico con l'erede. La stessa supposizione che nel testo del senatoconsulto Neroniano il *legatum per damnationem* venisse qualificato '*optimo iure*' ha costituito motivo di argomentazioni tanto a favore quanto contro l'ipotesi che questa fosse la forma originaria.

In ogni caso, il legato *sinendi modo* e il legato *per praeceptionem* venivano pressoché unanimemente considerati tipi secondari, e comunque di origine più recente (o, al massimo, di transizione dall'un tipo principale all'altro)⁷⁴¹. Senza voler approfondire questo specifico aspetto, basta comunque osservare che la necessità dell'attuazione del legato *per praeceptionem* mediante il ricorso al *iudicium familiae erciscundae*, unitamente alla considerazione per cui quest'ultimo istituto era riconosciuto dalle XII Tavole, costituisce un indizio fortissimo a favore della considerazione dell'estrema antichità del menzionato *legatum per*

⁷³⁸) SCOTTI, *Il testamento*, cit., p. 11 nt. 44.

⁷³⁹) Cfr. Gai., *inst.* 3.175.

⁷⁴⁰) Cfr. HÖLDER, *Beitrage*, cit., p. 73 ss.

⁷⁴¹) Per tutti, cfr. COLI, *Lo sviluppo*, cit., p. 73 ss.

praeceptionem: la stessa disputa sabiniano-proculiana sui suoi profili di validità, lungi dall'essere indice della sua origine relativamente recente, approssimativamente riconducibile ai primi anni dell'impero, come pure è stato sostenuto⁷⁴², sembra più che altro deporre per un'incapacità a comprendere la natura di un'istituzione antica, soprattutto nel tentativo di adattarla a nuove esigenze⁷⁴³.

La dottrina che, in tempi più recenti, ha affrontato la questione dello sviluppo storico delle forme di legato sembra, da un lato, cedere alla suggestione di ricondurre la quadripartizione all'importazione del modello ellenistico delle ripartizioni in *genera*, sicuramente attestato per il I secolo a.C.⁷⁴⁴ (ma che, come si è accennato in precedenza, può retrodatarsi almeno di un ulteriore secolo) e, dall'altro, seguire un'impostazione decisamente più «atomistica»⁷⁴⁵ e tutt'altro che omogenea, coerentemente a quello che sarebbe stato l'atteggiamento della riflessione dei giuristi prima dell'introduzione dei *genera legatorum*. In sintonia con la lamentata carenza di un sufficiente numero di attestazioni dirette, volte a delineare con maggior chiarezza lo sviluppo del diritto privato romano nell'arco di tempo compreso tra il II e il I secolo a. C., le difficoltà si esaspererebbero addirittura in tema di legati, rendendo così problematica la ricostruzione della loro evoluzione storica⁷⁴⁶, alla base della ricerca sulla quale avrebbe nuociuto un duplice pregiudizio: da un lato vi sarebbe stata una riconduzione ad un unico ed indifferenziato momento temporale in cui si sarebbero confusi problemi concernenti l'origine e lo sviluppo dei legati medesimi, dall'altro lo schema classificatorio dei *quattuor genera legatorum* sarebbe stato assunto come canone euristico anche dagli studiosi moderni, al punto da tradire e omettere la necessaria valutazione dei concreti problemi affrontati e risolti dalle interpretazioni dei *veteres*, che permisero lo sviluppo delle diverse figure⁷⁴⁷. L'effetto finale sarebbe consistito in un'arbitraria fusione, oltre che in un indebito appiattimento, tra età arcaica ed età repubblicana, così da attribuire una caratteristica piega arcaicizzante ai caratteri dell'esperienza repubblicana medesima.

⁷⁴² Cfr. già M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, Leipzig, 1883, p. 231, e FERRINI, *Teoria generale*, cit., p. 22 s. e 180 s.

⁷⁴³ Cfr., in questo senso, J.F. LEUBA, *Origine et nature du legs per praeceptionem*, Lausanne, 1962, p. 157.

⁷⁴⁴ M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «La filosofia greca e il diritto romano. Atti del colloquio italo-francese. Roma, 14-17 aprile 1973», II, Roma, 1977, p. 223 nt. 632, e R. MARTINI, «Genus» e «species» nel linguaggio gaiano, in «Synteleia V. Arangio Ruiz», I, cit., p. 462 ss.

⁷⁴⁵ Questa lettura è riconducibile all'impostazione dell'ORMANNI, *Penus legata.*, cit., p. 581 ss.

⁷⁴⁶ Cfr. in questo senso sempre ORMANNI, *op. cit.*, p. 582 s.

⁷⁴⁷ Così sempre ORMANNI, *op. cit.*, p. 583 ss.

Seguendo quest'ordine di idee, si è ritenuto che la partizione non avrebbe potuto in ogni caso essere antecedente a Quinto Mucio⁷⁴⁸, riconducendo piuttosto «la data approssimativa di questa classificazione all'età di Celso o, al più presto, a quella di Nerva padre e Gaio Cassio Longino»⁷⁴⁹, e cioè ad un periodo approssimativamente oscillante tra il secolo precedente l'avvento di Nerone, e gli anni di regno di quest'ultimo. Angelo Ormanni⁷⁵⁰ ha cercato di fornire un'articolata dimostrazione di tale assunto; eppure, anche a prescindere dalla serratissima critica formulata da Mario Talamanca⁷⁵¹ al più generale impianto teorico disegnato da quest'autore, bisogna rilevare come nemmeno la ricostruzione dell'Ormanni – che pure illustra, per quanto in maniera discutibile, le complesse dinamiche dei processi genetici degli istituti analizzati e dei loro sviluppi⁷⁵² – riesca a superare una contestazione fondamentale: la quadripartizione, che ancora Gaio ricorda e tratta diffusamente nel suo manuale istituzionale, si sarebbe affermata pochissimi decenni prima o in data pressoché contemporanea, se non addirittura posteriore, all'emanazione di un provvedimento normativo noto per essere una pietra miliare nella storia dei *genera legatorum*, e cioè quel senatoconsulto Neroniano⁷⁵³ la cui *ratio* di fondo – con riguardo alla previsione della conversione del legato invalido per vizio di forma in uno «*utile ... atque si optimo iure relictum esset*» (Gai., *inst.* 2.197) – era volta a realizzare un'«apprezzabile semplificazione delle strette regole del *ius civile vetus*»⁷⁵⁴, e con il quale, come lo stesso Ormanni afferma, si «segnò il principio della fine della partizione in *genera*»⁷⁵⁵: il che è evidentemente un nonsenso.

Devo allora ribadire la serie di convincimenti espressi in precedenza: lo strumento testamentario diventa veicolo di disposizioni eterogenee, la cui am-

⁷⁴⁸) In termini possibilisti circa la riconducibilità a Quinto Mucio della quadripartizione, da ultimo, SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 435 nt. 1; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 192, ricorda che «Quinto Mucio si staglia come l'autore di una prima generale organizzazione del sistema giuridico».

⁷⁴⁹) ORMANNI, *op. cit.*, p. 587 nt. 18, circa queste oscillazioni temporali è fortemente critico, con dovizia di analisi ed argomentazioni. Cfr. TALAMANCA, *Lo schema*, cit., p. 222 nt. 632.

⁷⁵⁰) *Op. cit.*, 586 ss.

⁷⁵¹) *Lo schema*, cit., p. 220 ss.

⁷⁵²) Per quanto risulti, come rileva TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 220, «non sempre afferrabile nei vari risvolti del discorso».

⁷⁵³) Per i riferimenti essenziali sul senatoconsulto Neroniano: cfr., A. ASCOLI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in «AG.», XI, 1888, p. 329 ss., P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in «Studi P. Bonfante», III, Milano, 1930, p. 651 ss., R. PIAGET, *Le Sénatus-consulte Néronien*, Lausanne, 1936, *passim*, P. ARCÉS, *Senatoconsulto Neroniano e legatum per praeceptionem*, in «Diritto@Storia», IX, 2010, p. 1 ss. (estr.).

⁷⁵⁴) GUARINO, *Storia*, cit., p. 439.

⁷⁵⁵) ORMANNI, *loc. ult. cit.*

missibilità si sperimenta e si amplia proprio nel tempo della sua storia primitiva: già prima delle XII Tavole, dunque, sarà qualificato «testamento» l'atto validamente dotato di un'istituzione di erede, ma esso non esaurirà il novero degli strumenti tramite i quali si potrà disporre *mortis causa*. Questi ultimi, a loro volta, potranno caratterizzarsi per le peculiarità del loro formulario, o per l'eclettismo che caratterizzerà l'innesto del formulario medesimo su strutture negoziali diverse, oppure per la particolare solennità richiesta per la loro celebrazione, da realizzarsi eventualmente alla presenza dei testimoni o, viceversa, per la relativa informalità con cui addivenire al loro idoneo compimento. Ad essi, però, se privi della *beredis institutio*, non si potrà in alcun modo attribuire «natura testamentaria», nonostante l'indiscutibile identità di causa che essi condividono con il testamento. Credo si tratti di un'esigenza senza tempo: ancora nella nostra epoca, infatti, sia pure sulla base di bisogni e presupposti in parte diversi, si continua a parlare, e quindi ad avvertire la necessità, di «istituti alternativi al testamento»⁷⁵⁶, in un contesto spesso sollecitato a misurare i confini, apparentemente certi e definiti, anche con l'ambito dei patti successori.

4. Lo sviluppo storico dei fedecommessi nelle Istituzioni di Gaio

Convieni a questo punto prestare ulteriore attenzione a quella torsione degli effetti, operata dalla «tecnologia della parola», sul rigido formalismo del *gestum per aes et libram*, a cui ho fatto cenno. Si è illustrato l'adattamento del formulario della *mancipatio* per il raggiungimento di effetti diversi da quelli tipici del *gestum per aes et libram*. Tale possibilità deve senz'altro potersi ricondurre all'epoca decemvirale, o comunque agli anni immediatamente successivi alla pubblicazione delle XII Tavole, posto che è in tale *corpus* normativo che si rinvencono i più volte riferiti precetti, e cioè quelli contenuti in *tab.* 5.3 e in *tab.* 6.1, in forza dei quali l'interpretazione pontificale poté operare gli adattamenti esaminati, con i quali inserire *anche* nel predetto *gestum* la formula dell'istituzione di erede, e realizzare quindi sicuramente e compiutamente, tra l'altro, quella che oggi indichiamo come la successione a titolo universale.

In forza delle indubbie analogie con quanto compiuto ai fini della celebrazione del rito librale (con particolare riguardo al suo stadio più antico) si può a questo punto assumere come interessante prospettiva l'accostamento all'istituto del fedecommesso⁷⁵⁷: è noto che esso riceverà riconoscimento giuridico

⁷⁵⁶) Il tema è ampiamente trattato nell'omonimo volume di A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in «Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato» (dir. P. PERLINGIERI), VIII.1, Napoli, 2003, p. 1 ss. e *passim*.

⁷⁵⁷) La lettura tradizionalmente fornita delle fonti principali in materia di fedecom-

messo qualifica tale istituto come una disposizione *mortis causa*, libera da vincoli di forma e disposta in forma di preghiera, validamente inseribile nel testamento, ma anche in codicilli confermati e persino in quelli *ab intestato*. Per un inquadramento generale dell'istituto, oltre che di alcuni suoi aspetti fondamentali, cfr. R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*⁴, II, Leipzig, 1888, p. 271, FERRINI, *Teoria generale*, cit., p. 33 ss., F. MILONE, *Il fedecommesso romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p. 1 ss., ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 522 s., P. LEMERCIER, *Quelque remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d'hérédité à l'époque classique*, in «RHD.», XIV, 1935, p. 433 ss., BIONDI, *Successione*, cit., p. 286 ss., R. TRIFONE, 'Fedecommesso (diritto romano)', in «NNDI.», VIII, Torino, 1957, p. 188, GROSSO, *I legati*, I, cit., p. 30 ss. e 112 ss., E. GENZMER, *La genèse du fidéicommis comme institution juridique*, in «RHD.», XL, 1962, p. 337, VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 223 ss., ID., 'Fedecommesso (diritto romano)', in «ED.», XIII, Milano, 1968, p. 103 ss., G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in «Conferenze romanistiche», II, Milano, 1967, p. 275 ss., A. WATSON, *The Early History of «fideicommissa»* (1970), ora in *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 181 ss., ID., *The Law of Succession*, cit., p. 35 ss., D. JOHNSON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 9 ss. e 76 ss., A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid-Salamanca, 1989, p. 22 ss., E. NARDI, *Legato e fedecommesso: avvicinamento e fusione*, in «AUBO.», LXXX, 1991-92, p. 11 ss., V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi tra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, p. 23 ss. e 63 ss., M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commissit. Das Fideicommiss im zweiten Jahrhundert von Christus*, in «RIDA.», XLII, 1995, p. 167 ss., F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, p. 23 ss., L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di Eseggesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 14 ss., EAD., *Restitutio post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, p. 191 ss., e F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 23 ss. Un noto passo delle Istituzioni giustiniane (2.23.1) permette di affermare con sicurezza che l'istituto ricevette riconoscimento giuridico sotto Augusto, ma la sua storia, sulla base dei dati desumibili dai passi in esame delle *Institutiones* gaiane, deve farsi risalire ad ancor prima dell'età decemvirale, in connessione con la menzionata necessità di provvedere a fornire modalità alternative di successione testamentaria rispetto alle più volte menzionate forme *calatis comitiis* ed *in procinctu*, oltre che di realizzare ipotesi di successione indiretta. E' peraltro noto che l'evoluzione storica dei fedecommissi, ed in particolare il riconoscimento giuridico ad essi accordato da Augusto, li accomuna ai codicilli, sui quali cfr. A. GUARINO, *Isidoro di Siviglia e i codicilli* (1944), ora in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 135 ss. (col titolo: *Trebazio, Labeone e i codicilli*), A. METRO, *Studi sui codicilli*, I, Milano, 1979, p. 25 s., D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 48 ss., 52 ss., L. FANIZZA, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, p. 30 ss., 39 ss., che descrive l'ulteriore impiego, sia pure secondo l'impostazione decisamente autoritativa inaugurata a partire dal principato, della «interpretatio-recezione» la quale, con la «dominante» dell'autorità di Augusto, corroborata dall'esempio dello stesso Labeone, trasforma in *ius* ciò che sino a quel momento era solo un *usus codicillorum*; il testo di riferimento è ovviamente *Inst. inst.* 2.25.pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, cuius deinceps reliqui auctoritatem secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata quae iure non debebat solvi, dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec abscondans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suavisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post*

in epoca decisamente posteriore, con Augusto⁷⁵⁸, e si è soliti spiegarne l'origine facendo riferimento tanto all'estrema libertà di forma che, caratterizzandolo, avrebbe permesso di evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata osservanza delle forme prescritte per l'istituzione di erede e la disposizione dei legati, quanto, soprattutto, alla possibilità di evitare, tramite il ricorso ad esso, le conseguenze della carenza di *testamenti factio* passiva in capo ai beneficiari. In tal senso risulta orientata un'ipotesi formulata dallo stesso Gaio nel corso della sua trattazione istituzionale:

Gai., *inst.* 2.285: Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.

Il caso del *peregrinus* (difettante di *testamenti factio* passiva) viene presentato come possibile origine dell'istituto stesso: di quest'ultimo, pertanto, non risulta chiarissima l'origine, alla spiegazione della quale si cerca di pervenire, da parte di Gaio, sulla base di ipotesi. Di certo il fedecommesso, ponendosi in un certo senso al di fuori dell'ambito del formalismo giuridico, permetteva di evitarne l'eccessivo rigore, così come le possibili strettezze ed asperità, e risultava anche strumento idoneo a realizzare ciò che oggi chiameremmo negozi in frode alla legge⁷⁵⁹.

Si è inoltre rilevato, al fine di affermare l'inopportunità, oltre che l'inaccettabilità dell'accostamento che comunque ci accingiamo ad operare, come «tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fideicommissum* prima dell'impero di Augusto risalgano solo all'ultimo secolo della repubblica»⁷⁶⁰: e con tale affermazione si è voluta escludere, ritenendola non accoglibile, quella lettura fornita dalla pandettistica che aveva in qualche modo intuito i fortissimi collegamenti tra il *gestum per aes et libram* di cui parla Gaio a proposito degli inizi del testa-

quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat quin codicilli iure optimo admitterentur. Giustiniano dedicherà allo *ius codicillorum* il settimo titolo del ventinovesimo libro del Digesto. L'uso in via consuetudinaria dei codicilli per disporre *mortis causa* è comunque ben noto anche a Gaio che, nel ricordarli come sede assolutamente non idonea per istituire l'erede o procedere alla diseredazione (cfr. Gai., *inst.* 2. 273), li qualifica comunque, subordinatamente al loro essere confermati nel testamento, un valido strumento per la disposizione di legati, in ciò differenziando ulteriormente questi ultimi dal fedecommesso, che può comunque trovare ospitalità persino nei codicilli non confermati (cfr. Gai., *inst.* 2.270.a).

⁷⁵⁸ Cfr. *Inst. inst.* 2.23.1 e 2.25.pr.

⁷⁵⁹ In termini analoghi si esprimono BIONDI, *Successione*, cit., p. 286 ss., KASER, *Römische Privatrecht*, cit., p. 392 ss., E. GENZMER, *La genèse du fideicommiss*, cit., p. 319 ss., e WATSON, *The Early History*, cit., 1991, p. 181 ss.

⁷⁶⁰ LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso*, cit., p. 35.

mentum per aes et libram e l'istituto del fedecommesso⁷⁶¹. Conviene comunque considerare i relativi passi gaiani:

Gai., *inst.* 2. 246: Nunc transeamus ad fideicommissa.

247: Et prius de hereditatibus videamus.

248: In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.

249: Verba autem utilia fideicommissorum haec maxime in usu esse videntur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

250: Cum igitur scripserimus: LUCIUS TITUS HERES ESTO, POSSUMUS ADICERE: ROGO TE, LUCI TITI, PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condizione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.

251: Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.

252: Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

Si tratta dei primi paragrafi della sequenza espositiva introdotta dopo che Gaio ha concluso, nel suo manuale, l'illustrazione dei *genera legatorum*, alla cui disciplina pure aveva fatto un rapido cenno in precedenza⁷⁶², ma la cui trattazione viene rinviata all'espresso fine di rispettare l'ordine logico-sistematico dell'esposizione. I §§ 246 e 247 accostano plasticamente il tema del fedecommesso a quello dell'eredità.

L'accorgimento stilistico appare come un necessario richiamo a quanto era stato illustrato nel § 229 del medesimo commentario circa l'importanza

⁷⁶¹) Così si esprime, tra gli altri, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *loc. ult. cit.* E, in effetti, in questo senso deponava già anche la lettura di FERRINI, *Teoria generale*, cit., p. 33.

⁷⁶²) Cfr. Gai., *inst.* 2.97: *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur: nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.*

dell'istituzione di erede, e tale illustrazione richiama ulteriormente quanto insegnato in precedenza, quando, come si ricorderà, trattando *ex professo* dei requisiti di validità del testamento librato, Gaio (*inst.* 2.114-117) indica la necessità di verificare non solo la necessaria sussistenza della *testamenti factio* in capo al testatore, ma anche l'avvenuta celebrazione del testamento medesimo secondo le regole del diritto civile (con la rammentata eccezione prevista a favore dei militari ai quali, per la loro inesperienza, si consentiva di disporre in maniera più libera), oltre che, a pena di inutilità dell'intero svolgimento del rito, la solennità della istituzione di erede, che doveva necessariamente essere contenuta in un testamento, e secondo il formulario esemplificativamente riportato, così come si legge nei passi del secondo libro delle Istituzioni⁷⁶³ a cui si è già fatto cenno.

I temi della rilevanza e della solennità (oltre che della priorità logica e funzionale) dell'istituzione di erede ai fini della valida confezione del testamento ritornano quindi con una certa frequenza nel manuale istituzionale gaiano, evidenziando un'attenzione del maestro antoniniano costantemente orientata a sottolineare quella che a me sembra essere l'indissolubile ed originaria correlazione tra *testamentum* ed *heredis institutio*, che viene indirettamente ribadita anche nel luogo delle *Institutiones* in cui si rammenta che istituzione di erede e diseredazione non erano inseribili nei codicilli, nemmeno se confermati nel testamento⁷⁶⁴. Ciò mi porta altresì ad escludere l'ipotesi di una loro «saldatura» compiutasi in età successiva, in coerenza con la nozione che dell'istituzione di erede risultava ampiamente affermata in età classica⁷⁶⁵. E così, in conclusione del § 248, anche introducendo il tema delle disposizioni fedecommissarie si rammenta nuovamente la necessaria priorità di essa, mediante l'ammonizione per cui sarebbe inutilmente fatto un testamento, se privo di una corretta istituzione di erede (*inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur*).

⁷⁶³) Che riporto qui per comodità di lettura: Gai., *inst.* 2.114: *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, in primis advertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere. [115.]: Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuputationibus. [116.]: Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiae testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus. [117.]: Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa iam comprobata videtur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque improbatas sunt: Titium heredem instituto, item: heredem facio.*

⁷⁶⁴) Gai., *inst.* 2.273: *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint.*

⁷⁶⁵) Cfr., in senso contrario WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, cit., p. 39 s., KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., p. 159 s., SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?*, cit., p. 423 s., e D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 3 ss.

In questo caso l'elemento ulteriore e caratterizzante è costituito dall'espressione '*fidei committatur*' presente nel menzionato § 248: essa rappresenta una componente direi «psicologica» della fattispecie. Il testatore, infatti, potrà soltanto fare affidamento sulla lealtà dell'erede istituito (indifferentemente nella totalità o solo in una quota, come si precisa in Gai., *inst.* 2.259⁷⁶⁶), affinché costui dia corso alle preghiere rivoltegli immediatamente dopo l'istituzione, secondo il formulario esemplificativo che viene riportato nei §§ 249 e 250, e dal quale si apprende che la preghiera potrà riguardare la restituzione della totalità della massa ereditaria, ma anche solo di una sua parte (o, come ulteriormente precisato nel predetto § 259, per il caso dell'erede istituito in una quota, della totalità o di una frazione di quest'ultima), e che tale preghiera potrà essere formulata tanto puramente e semplicemente quanto con l'apposizione di una condizione o di un termine.

L'affidamento compiuto dal testatore doveva avere la stessa pregnante intensità che caratterizzava quello con cui il disponente mancipava la propria *familia* all'*amicus*. Esso poteva quindi essere malriposto, e, nella progressivamente crescente consapevolezza di ciò, talora i testatori arrivavano a escogitare meccanismi volti a fornire una maggiore spinta vincolante all'impegno morale richiesto, come si apprende da Cicerone con riferimento alla narrazione della successione testamentaria di Publio Trebonio, nella cui regolamentazione il testatore aveva proprio fatto affidamento sulla bontà ed onestà degli eredi istituiti, affinché questi aiutassero il suo fratello proscritto Aulo Trebonio, prevedendo peraltro che costoro giurassero⁷⁶⁷ di impegnarsi a fargli pervenire non meno della metà della quota a ciascuno di essi spettante: ma solo il liberto istituito erede in quel testamento mantenne fede agli impegni, dando così corso a una accesa disputa⁷⁶⁸. All'epoca di Cicerone, comunque,

⁷⁶⁶) *Nilil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur. nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatus consulto haberi solet.*

⁷⁶⁷) Cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 40, che, proprio in relazione alla vicenda descritta nel passo ciceroniano riportato nella nota seguente, rileva la «tenuità del *vinculum fidei* che lega in questo episodio gli eredi al *de cuius*. Oltre a non trovare riscontro testuale nelle espressioni adoperate per ordinare il fedecommesso, la fiducia, cioè il personale affidamento del testatore nell'impegno morale dell'incaricato, è qui almeno in parte esclusa dal fatto stesso che il testatore abbia sentito il bisogno di ricorrere alla promessa sotto giuramento per ottenere l'adempimento del mandato», il che ha portato in precedenza GIODICE-SABBATELLI, *La tutela*, cit., p. 59, addirittura ad escludere trattarsi in questo caso di fedecommesso.

⁷⁶⁸) Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.123-124: *P. Trebonius viros bonos et honestos complures fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet, scripsit, ut heredes iurarent se curaturos, ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidum ad A. Trebonium illum*

non sembravano ancora sussistere adeguati rimedi al tradimento della *fides*, come apprendiamo dalla descrizione di un'altra vicenda, costituente un ricordo giovanile dell'Arpinate confluito nel *De Finibus Bonorum et Malorum*, che riguardava l'istituzione d'eredità di Publio Sestilio Rufo nel testamento di Quinto Fadio Gallo, il quale l'aveva pregato di far pervenire tutta la sua eredità a Fadia, figlia del testatore⁷⁶⁹: il vincolo sul quale riposavano simili richieste in-

*proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare facturos esse, quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; impetrant, ut ne iurent, dat his possessionem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum homini proscripto egenti de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitratur; [124.] itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena, quod alterius patroni testamento optemperasset. Das possessionem ei, qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei, qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est. Quid ad eum, qui ius dicit? utrum reprehendis, quod patronum iuvabat eum, qui [tunc] in miseris erat, an quod alterius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? utrum horum reprehendis? Et hoc tunc de sella vir optimus dixit: 'Equiti Romano tam locupletis libertinus homo sit heres?' O modestum ordinem, quod illic vivus surrexit! Degli eredi istituiti, infatti, solo il liberto giurò; gli altri si recarono da Verre, esponendogli l'inopportunità di porre in essere comportamenti in violazione della *lex Cornelia de proscriptione*, dell'anno 82, che espressamente proibiva il compimento di simili agevolazioni ai proscritti, i quali venivano in forza di essa privati della capacità di ricevere per testamento, ed effettivamente ottennero di non giurare, ricevendo altresì il possesso *contra tabulas* dei beni ereditari. Il resoconto ciceroniano non si pone in atteggiamento critico verso tale decisione, posto l'espresso divieto della legge. Viene però presa in considerazione la condotta del liberto, il quale aveva prestato giuramento perché convinto che avrebbe altrimenti compiuto un'azione scellerata, violando la volontà espressa nel testamento del patrono. La mancata concessione del possesso del patrimonio ereditario da parte di Verre al liberto si fonderebbe sulla duplice intenzione del pretore di evitare che costui aiutasse il patrono proscritto, oltre che di punire il liberto per aver seguito la volontà del testatore. E' a questo punto del resoconto ciceroniano che si articola tutta la complessità della vicenda, ed emergono i profili di critica avverso l'operato di Verre, con particolare riguardo alla mancata concessione della *bonorum possessio* al liberto; e ciò sulla base di un'opacizzazione del processo decisionale del pretore: laddove, infatti, egli l'avesse fatto per reprimere il comportamento di un soggetto intenzionato ad aiutare un proscritto, avrebbe sostanzialmente impedito la realizzazione della volontà del testatore, peraltro colpendo l'unico, tra gli eredi istituiti, che si era dimostrato rispettoso della volontà del *de cuius*. La concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* al liberto, lungi dall'assecondare un intento fraudolento, avrebbe evitato di tradire le ultime volontà di Publio Trebonio, non impedendo al liberto di attuare quanto richiestogli previo giuramento. Il trasferimento a favore del proscritto, poi, sarebbe stato autonomamente sanzionato e caducato per gli effetti della *lex Cornelia* mediante confisca di quanto trasferito.*

⁷⁶⁹) Cfr. Cic., *fin.* 2.55: *memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum ut omnis hereditas ad*

filiam perveniret. id Sextilius factum negabat. poterat autem impune; quis enim redargueret? nemo nostrum credebat, eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. aderamur nos quidem adolescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponebant, numquam nullum attingisset. num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? nihil minus, contraque illa hereditate dives ob eamque rem laetus. magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam. quae quidem vel cum periculo est quaerenda vobis; est enim effetrix: multarum et magnarum voluptatum. Cicerone era presente quando Publio Sestilio Rufo, di fronte agli amici, negava impunemente, pur nell'incredulità generale, che il testatore gli avesse rivolto una tal preghiera: era infatti più verosimile, rileva Cicerone, che una menzogna provenisse da lui, persona evidentemente interessata, piuttosto che da parte del testatore, il quale gli aveva informalmente richiesto di compiere il trasferimento in favore della figlia. Publio Sestilio Rufo aggiunse di aver giurato sulla *lex Voconia*, e che, conseguentemente, non avrebbe osato violarla, a meno che gli amici fossero di diverso avviso. Cicerone precisa che all'episodio assistettero, oltre che lui ed altri suoi coetanei, anche numerose persone autorevoli, nessuna delle quali ritenne che Fadia dovesse ricevere più di quanto stabilito dalla *lex Voconia*. Conseguentemente, Sestilio trattenne per sé un'eredità cospicua, non ponendosi alcun problema morale per non aver anteposto ai guadagni e ai vantaggi l'onestà e la rettitudine di tener fede alla richiesta impartitagli dal testatore, ed essendo anzi ben lieto di essersi procurato una così ingente somma di denaro non solo senza violare alcuna legge, ma proprio in virtù di essa: la *lex Voconia*, approvata nel 169 a.C. su proposta di Quinto Voconio Saxo, e della quale ci informa anche Gaio, trattando delle limitazioni della libertà di disporre per testamento (Gai., *inst.* 2.226), vietava ai cittadini appartenenti alla prima classe di censo di nominare eredi le donne, stabilendo altresì che nessuno avrebbe potuto ricevere a titolo di legato più di quanto spettasse agli eredi: in forza di tale legge, dunque, Fadia avrebbe potuto ricevere, a titolo di legato, non oltre la metà del patrimonio, nella totalità del quale Sestilio era stato istituito erede. La notevole compressione della capacità delle donne di ricevere per testamento, attuata anche tramite l'emanazione della *lex Voconia*, avrebbe spinto in molti a seguire lo schema, posto in essere da Quinto Fadio Gallo, di istituire erede un soggetto con piena capacità di ricevere per testamento, pregandolo di restituire l'eredità all'incapace. Si è addirittura sospettato che furono proprio le limitazioni introdotte da tale legge a comportare la nascita dell'istituto fedecommissario (cfr. DE BRUIN, *Papiria*, cit., p. 167 s.; sulla *lex Voconia*, cfr. R. VIGNERON, *L'antifemministe loi Voconia et les 'Schleichwege des Lebens'*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 140 ss., E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1988, p. 81 ss. e 89 ss., EAD., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 197 e 454 s., e TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 23 ss.) Risulta peraltro evidente che all'epoca del testamento di Quinto Fadio Gallo non esisteva alcun mezzo giuridico per ottenere coattivamente l'esecuzione di quanto in esso richiesto in forma di preghiera: nel passo preso in esame, infatti, Cicerone non ne fa alcun cenno, ed è appena il caso di sottolineare che si sarebbe trattato di una menzione di fondamentale importanza ai fini della effettiva attuazione della volontà complessiva del testatore, non riducibile alla sola parte comprendente l'istituzione di ere-

formali del testatore all'erede (o, comunque, a un beneficiario di disposizione testamentaria) era ancora squisitamente metagiuridico, al punto da non potersi prevedere una corretta realizzazione dei *desiderata* dell'eredando se non alla luce dell'onestà e della lealtà dimostrate dall'onerato, una volta apertasi la successione e rese eseguibili le disposizioni testamentarie.

Si trattava dunque di esiti incerti, per fortuna non sempre frustrati dalla mancata collaborazione dello stesso onerato rivelatosi poi infedele: va infatti sottolineato che ancora nella tarda repubblica e sino al principato rivestivano un certo peso quei rapporti, relazioni e pratiche personali, individuate dal segno *'coniunctiones'*, e derivanti dall'intreccio tra *officium, beneficium, amicitia, necessitudo*, che riconducono ad una nozione ampia, ma pressante e stringente, di *'vinculum'*, nella quale appunto far rientrare quegli impegni e doveri che, pur nell'assenza di strumenti tecnico-processuali che costringono all'adempimento, in qualche modo tendono a provocarlo, secondo l'immagine efficace e suggestiva della compensazione della mancanza di *actio* con la presenza di *fides* e *pudor* quali stimoli interiori all'adempimento, come può rilevarsi dalla prosecuzione della lettura dell'opera da ultima citata dello stesso Cicerone, che contrappone al comportamento infedele di Publio Sestilio Rufo quello di Sesto Peducèo: nominato erede da Gaio Plozio, illustre cavaliere romano di Norcia, si presentò dalla moglie del *de cuius* e spontaneamente consegnò a costei l'eredità ricevuta, senza che nessuno, nemmeno la vedova, sapesse delle richieste informali rivoltegli dal testatore in tal senso⁷⁷⁰.

de, ma necessitante anche della collaborazione di costui nei termini precisati. Nemmeno la pressione sociale in qualche modo esercitata sull'erede, e realizzata mediante la menzione del fedecommesso in esso inserito, permise la realizzazione della volontà di Quinto Fadio Gallo: come riporta Cicerone, l'assenza di una qualsivoglia forma di contestazione anche da parte degli *'amplissimi viri'* presenti, pur nella consapevolezza da parte di costoro della disonestà dell'erede istituito, evitò a Publio Sestilio Rufo persino di correre il rischio di dover trasferire a Fadia, in adempimento di una sorta di legato e in ossequio alla limitazione quantitativa prescritta dalla *lex Voconia*, la metà del compendio ereditario.

⁷⁷⁰ Cfr. Cic. *fin.*, 2.58: *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit, quid facies? tu quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sextus Peducaeus, Sex. f., is qui hunc nostrum reliquit effigiem et humanitatis et probitatis suae filium, cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a Caio Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatam euit hereditatemque reddidit. Sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis, e quibus appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere. Si scieris, inquit Carneades, aspitem occulte latere uspiam, et velle aliquem imprudentem super eam assidere, cuius mors tibi emolumentum futura sit, improbe feceris, nisi monueris ne assidas, sed impunite tamen; scisse enim te quis coarguere possit? Sed nimis*

L'avvenuta restituzione dell'eredità, peraltro, non comportava in epoca classica un mutamento qualitativo in capo all'erede-onerato: Gaio infatti ci informa in più luoghi (*inst.* 2.251, 254, 255, 257) che, alla sua epoca, costui continuava a rimanere erede; il beneficiario della restituzione, invece, era considerato a volte in luogo d'erede, a volte di legatario.

Si tratta di uno schema al quale si perviene attraverso l'evoluzione storica che pure viene tratteggiata nel manuale istituzionale gaiano: la fase più antica⁷⁷¹ prevedeva la (simbolica) compravendita dell'eredità tra l'erede-onerato e il beneficiario della disposizione fedecommissaria, con il ricorso alle stipulazioni tipiche che intercorrevano tra il venditore e l'acquirente dell'eredità.

In particolare, per il tramite di queste ultime, l'erede-onerato (il venditore simbolico) si faceva tenere indenne dall'onorato (l'acquirente simbolico) con riguardo a tutto ciò che il primo avesse pagato sulla base di condanna a titolo ereditario, o a quanto avesse dato in buona fede, facendosi altresì promettere che, più in generale, l'onorato-acquirente lo difendesse contro chi avesse agito nei confronti di lui a titolo ereditario. Specularmente, l'onorato-acquirente stipulava la promessa di restituzione a suo favore di tutto ciò che all'erede-onerato-venditore fosse ulteriormente pervenuto a titolo ereditario, unitamente al consenso, da parte di quest'ultimo, allo svolgimento da parte del primo delle azioni ereditarie a titolo procuratorio o cognitorio.

La produzione normativa del senato e l'intervento del pretore rappre-

multa. Perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia profisciscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, virum bonum non posse reperiri; deque his rebus satis multa in nostris de re publica libris sunt dicta a Laelio. E' appena il caso di sottolineare come, nel testo, siano le doti di *humanitas* e *probitas* dell'erede fedele alla parola data a ricevere particolare risalto, al punto da essere in questo accostato all'esempio di Epicuro: anche in questo caso avrebbe molto probabilmente trovato applicazione la *lex Voconia*, soprattutto in considerazione del fatto che, nell'ipotesi in esame, nelle *tabulae testamentariae* non vi era menzione alcuna della richiesta informale, e l'eventuale infedeltà dell'erede sarebbe stata individuata con maggiore difficoltà, non sussistendo la benché minima traccia documentale della più articolata volontà del testatore. Eppure, in questo caso prevale la ferma intenzione di proseguire nell'incarico ricevuto (*officium sequi*) con atteggiamento leale a discapito dell'interesse personale e di un'intenzione malvagia (*prava voluntas*) sia pure attuata essendo formalmente ossequiosi del disposto della legge. Tanto il testamento di Fadio quanto quello di Plazio seguono schemi molto simili: sono sintomatici della diffusione di tale prassi nella tarda repubblica, e contribuiscono a sostenere l'idea della totale assenza di vincolatività, sul piano giuridico, delle richieste informali del testatore, posto che, sulla base dei dati desumibili dal resoconto ciceroniano, nemmeno il rinvio ad esse effettuato all'interno del testamento era idoneo a far sorgere un'obbligazione, avente ad oggetto quanto richiesto, in capo all'onerato (in senso contrario, cfr. comunque LEMERCIER, *Quelque remarques*, cit., p. 439).

⁷⁷¹) Descritta in Gai., *inst.* 2.252.

sentarono, stando al resoconto gaiano (*inst.* 2.253)⁷⁷², notevoli tappe evolutive verso l'assetto finale descritto in Gai., *inst.* 2.251: con un primo senatoconsulto Trebelliano⁷⁷³ del 56 d.C. fu disposto che alla restituzione dell'eredità per fedecommesso venissero date, a favore e contro colui al quale l'eredità veniva restituita (e cioè il beneficiario della disposizione fedecommissaria), le azioni spettanti per diritto civile a favore dell'erede e contro di esso. Gaio precisa che tale innovazione comportò il venir meno della prassi della stipulazione di garanzie reciproche tra (i simbolici) venditore e acquirente di eredità, posto che, sulla base di tale senatoconsulto, il pretore iniziò a dare, indicandole nell'editto, azioni utili a colui e contro colui il quale avesse ricevuto l'eredità, quasi come all'erede e contro l'erede.

Il seguito dell'esposizione gaiana (*inst.* 2.254⁷⁷⁴) lascia intendere che l'ulteriore intervento normativo del senato rappresentò una sorta di incentivo all'erede-onerato a realizzare compiutamente il disegno successorio raffigurato dal testatore: la preghiera di restituire tutta (o quasi tutta) l'eredità, infatti, iniziò evidentemente ad essere intesa come un'inutile seccatura (se non addirittura come una vera e propria perdita economica) per gli eredi-onerati, al punto che, verso la fine del I secolo d.C., la maggior parte di costoro la rifiutava, comportando l'estinzione del fedecommesso.

Per contrastare tale eventualità, il successivo senatoconsulto Pegasiano, emanato durante il principato di Vespasiano tra il 69 e il 79 d.C.⁷⁷⁵, ad imita-

⁷⁷²) *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas; per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi. praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*

⁷⁷³) Cfr. LEMERCIER, *Quelques remarques*, cit., p. 623 ss., M. BARTOŠEK, *Il Senato Consulto Trebelliano*, in «Scritti C. Ferrini», III, Milano, 1948, p. 319 ss., BIONDI, *Successione*, cit., p. 480, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, p. 114 ss.

⁷⁷⁴) *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permessa est. per quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissio reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio uocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.*

⁷⁷⁵) Cfr. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München-Leipzig, 1912, p. 170, L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 500, nt. 109, E. VOLTERRA, sv. 'Senatus consulta', in «NNDI.», XVI, 1969, p. 1072, P.A. GALLIVAN, *The «Fasti» for A.D. 70-96*, in «The Classical Quarterly», XXXI, 1981, p. 207, e U. MANTHE,

zione della relativa prescrizione in tema di legati della *lex Falcidia*, stabilì il diritto, in favore dell'erede-onerato, di eventualmente trattenere la quarta parte di quanto venisse pregato di restituire, anche con riguardo all'ipotesi di fedecommissi particolari. In forza di quest'ultimo senatoconsulto, sempre secondo il resoconto gaiano (*inst.* 2.254, nella seconda metà del paragrafo), era l'erede istituito a sopportare gli oneri ereditari, mentre il beneficiario della disposizione fedecommissaria veniva inteso alla stregua di legatario parziario: da ciò la prassi di far intercorrere tra il beneficiario della disposizione fedecommissaria e l'erede-onerato le stesse stipulazioni solitamente intercorrenti tra erede e legatario parziario, all'evidente fine di ripartire *pro quota* attività e passività ereditarie: con riferimento a queste ultime, Gaio, nella parte finale del paragrafo in esame, le intende «comuni» all'erede, oltre che al legatario parziario dell'esemplificazione e al beneficiario della disposizione fedecommissaria di cui alla specifica trattazione, delineando così una disciplina che non mi sembra discostarsi molto dalla ripartizione di attività e passività tra coeredi in sede di divisione ereditaria.

Il quadro complessivo risultante alla luce degli interventi normativi del senato comportava, pertanto, che se l'erede istituito fosse stato pregato di restituire non più dei tre quarti dell'eredità, la restituzione sarebbe avvenuta in forza del senatoconsulto Trebelliano. In tale ipotesi, le azioni ereditarie *pro quota* sarebbero state concesse all'erede in forza del diritto civile: anzi, Gaio si premura di specificare (nella parte finale del § 255 del secondo commentario⁷⁷⁶) che all'erede spettava la totalità delle azioni ereditarie a favore di lui e contro di lui, ivi comprese quelle relative alla quota oggetto di restituzione, ma che esso non veniva onerato da (e, specularmente, non si concedevano in suo favore) azioni che eccedessero il vantaggio ereditario a costui rimanente. Conseguentemente, al beneficiario della disposizione fedecommissaria le relative azioni ereditarie venivano concesse in forza del predetto senatoconsulto.

La residua trattazione del secondo commentario (§§ 260-289) sembra svilupparsi simmetricamente alla trattazione della disciplina del legato, oltre che della manomissione testamentaria: anzi, a un certo punto (dal § 268 alla fine del commentario) verranno espressamente individuate le profonde differenze tra legato e fedecommissario. Emergono peraltro in maniera evidente dal testo anche gli indiscutibili punti di contatto tra i due istituti da ultimi menzionati, e l'esposizione gaiana prosegue orbitando tra i poli opposti delle somiglianze e delle differenze.

Das senatus consultum Pegasianum, Berlin, 1989, p. 18 ss.

⁷⁷⁶ ... *quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

La precisazione contenuta nel § 254⁷⁷⁷ – che aveva anticipato, nella trattazione riferentesi specificamente alla quarta pegasiana, la possibilità di disporre anche fedecommissi particolari, e cioè aventi ad oggetto singole cose o diritti – viene compiutamente sviluppata mediante l'affermazione dell'ammissibilità della relativa disciplina⁷⁷⁸ in forza della quale un fedecommissario poteva avere ad oggetto anche cose singole, quali quelle esemplificativamente indicate nel corpo del testo istituzionale, e il disponente avrebbe potuto rivolgere la relativa preghiera di restituzione ad un erede o anche ad un legatario, per quanto non fosse possibile disporre invece un legato a carico di un legatario.

L'ulteriore lettura dei paragrafi del secondo commentario delle istituzioni di Gaio evidenzia come i punti di contatto tra legato, manomissione testamentaria e fedecommissario particolare diventino più stringenti con riguardo all'oggetto della disposizione:

261: Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinquere, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit. hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alius restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

262: Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius solvere, sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit. sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extinguere fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.

263: Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius.

264: Nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.

265: Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. quod si dominus eum non vendat, sane extinguatur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.

266: Qui autem ex fideicommissum manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius, qui manumittit.

267: At qui directo testamento liber esse iubetur, velut hoc modo: Stichus servus meus liber esto, vel hoc: Stichum servum meum liberum esse iubeo, is ipsius testatoris fit libertus. nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit, et quo faceret testamentum et quo moreretur.

⁷⁷⁷) *Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relicuntur, eadem retentio permessa est.*

⁷⁷⁸) Gai., *inst.* 2.260: *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, velut fundum, hominem, vestem, argentum, pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.*

L'estrema duttilità del fedecommesso permetteva che esso potesse avere ad oggetto non solo una cosa propria del testatore, ma anche dell'erede, del legatario o di chiunque altro, determinando così che anche al legatario potesse chiedersi di restituire l'oggetto del lascito disposto a proprio favore, ovvero una cosa altrui, e comunque sempre nei limiti del valore di quanto ricevuto per testamento dall'onerato: la presentazione della regolamentazione contenuta nel § 261 permette una lettura sinottica dell'istituto in analisi con quelli del legato a effetti reali e quello di cosa altrui, in età classica realizzabili, rispettivamente, col ricorso al *legatum per vindicationem* e a quello *per damnationem*.

Con particolare riguardo al lascito di cosa altrui, va rilevata una notevole coincidenza di disciplina tra fedecommesso particolare e il legato da ultimo menzionato⁷⁷⁹, che viene espressamente indicata da Gaio nel § 262⁷⁸⁰, laddove si affretta altresì a precisare l'opinione di taluni, per i quali la mancata intenzione di vendere da parte del proprietario del bene oggetto del lascito avrebbe comportato l'estinzione del fedecommesso, a differenza del regime previsto per il *legatum per damnationem*.

Il fedecommesso permetteva altresì di concedere la libertà al servo, che poteva essere, oltre che proprio del disponente, anche dell'erede, del legatario o di un terzo⁷⁸¹, mediante la preghiera, rivolta all'erede o al legatario⁷⁸², di manometterlo⁷⁸³, realizzando in tal modo un effetto altrimenti conseguibile con disposizione testamentaria diretta (in tal caso, però, ancora per il diritto classico, limitatamente ai servi che fossero nella proprietà quiritaria del testatore nel duplice momento della celebrazione del testamento e in quello della morte del testatore medesimo)⁷⁸⁴, così come consentito (almeno) sin dal V secolo a.C. dalla legge delle XII Tavole, con una disposizione che probabilmente richia-

⁷⁷⁹ Cfr., in relazione al *legatum per damnationem* di cosa altrui, Gai., *inst.* 2.202: *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere rem et praestare aut estimatione eius dare debeat.*

⁷⁸⁰ ... *sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit: in entrambi i casi, l'onerato avrebbe avuto la scelta tra il redimere il bene altrui e prestare per esso garanzia o il pagarne la stima al beneficiario della disposizione.*

⁷⁸¹ La preghiera di manomissione del servo altrui avrebbe quindi comportato la necessità di riscattarlo e manometterlo, con conseguente estinzione della libertà fedecommissaria nell'ipotesi di mancata intenzione di vendere da parte del *dominus* del servo da manomettere, e ciò perché non interveniva il meccanismo alternativo del pagamento della stima: cfr. Gai., *inst.* 2.265.

⁷⁸² O addirittura al servo beneficiario della manomissione: cfr. Gai., *inst.* 2.264.

⁷⁸³ Cfr. Gai., *inst.* 2.263-266.

⁷⁸⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.267.

mava più antico diritto consuetudinario⁷⁸⁵, e con la differenza consistente nella diversità soggettiva del patrono, che nel caso della disposizione testamentaria diretta sarebbe stato il *de cuius*⁷⁸⁶; mentre in quella fedecommissaria si sarebbe fregiato del relativo *status* patronale il soggetto pregato di manomettere, anche nel caso in cui il servo fosse stato di proprietà del testatore⁷⁸⁷.

Il diritto classico tendeva ancora a tenere distinto il legato dal fedecompresso, e, come accennato in precedenza, Gaio, in chiusura del secondo commentario delle sue Istituzioni, si premura di esplicitare le profonde differenze tra i due istituti: l'elencazione, francamente asistemica, è condotta effettuando la ripartizione tra quelle ancora esistenti al tempo in cui egli scrive e le altre ormai scomparse nella sua epoca⁷⁸⁸, talora mediante il richiamo o la ripetizione di caratteristiche già illustrate poco prima nel corso della trattazione.

Le principali differenze vengono dunque individuate nei soggetti a carico dei quali essi venivano posti, con la precisazione per cui il fedecompresso, a differenza del legato, poteva porsi tanto a carico dell'erede *ab intestato*⁷⁸⁹ o testamentario (dovendo comunque quest'ultimo essere sempre necessariamente istituito in nessun altro atto che non fosse un testamento⁷⁹⁰, ma essendo peraltro validamente disposto il fedecompresso anche in codicilli non confermati)⁷⁹¹, quanto a carico di un legatario o di un altro beneficiario di disposizione fedecommissaria⁷⁹²; nell'altruità del servo nel solo caso, peraltro già menzionato, della manomissione disposta per fedecompresso⁷⁹³; nella diversa ampiezza del novero dei soggetti onorati, decisamente maggiore nel caso del fedecompresso, del quale potevano beneficiare anche le donne, nonostante i limiti imposti dalla *lex Voconia*⁷⁹⁴, i latini *Iuniani*, nonostante i divieti di cui alla *lex Iunia*⁷⁹⁵, e, secondo taluni, anche i servi minori di trent'anni⁷⁹⁶; in pre-

⁷⁸⁵ Cfr. il testo, lacunoso, di *Tit. Ulp.* 1.9: *Ut inter testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat.*

⁷⁸⁶ Il liberto in questo caso veniva chiamato anche «orcino», come ricordano ancora le Istituzioni giustiniane (2.24.2), e, prima di esse, *Tit. Ulp.* 2.8.

⁷⁸⁷ Cfr. *Gai., inst.* 2.266, *Tit. Ulp.* 2.8 e *Iust. inst.* 2.24.2.

⁷⁸⁸ Queste ultime, in particolare, indicate nei paragrafi conclusivi del secondo commentario, a partire dal § 284.

⁷⁸⁹ Cfr. *Gai., inst.* 2.270.

⁷⁹⁰ *Gai., inst.* 2.273.

⁷⁹¹ *Gai., inst.* 2.270.a, ove si precisa ulteriormente che, al contrario, un legato sarebbe invece stato valido solo in codicilli confermati nel testamento (oltre che, a maggior ragione, nel testamento stesso).

⁷⁹² *Gai., inst.* 2.271.

⁷⁹³ *Gai., inst.* 2.272.

⁷⁹⁴ *Gai., inst.* 2.274.

⁷⁹⁵ *Gai., inst.* 2.275.

cedenza, ma non più al tempo di Gaio, beneficiari di disposizione fedecommissaria potevano essere anche gli stranieri⁷⁹⁷, i celibi e gli orbi⁷⁹⁸, le *personae incertae* e i *postumi alieni*⁷⁹⁹, così come non era più possibile disporre a titolo di pena un fedecommesso⁸⁰⁰, o procedere tramite esso alla nomina del tutore⁸⁰¹; nella possibilità di disporre una sostituzione fedecommissaria, nonostante l'impossibilità di nominare un erede al proprio erede alla morte di costui, tanto nell'interezza del patrimonio ereditario quanto in una sua quota⁸⁰²; nel diverso regime processuale⁸⁰³; nei diversi tempi della celebrazione delle relative controversie⁸⁰⁴, e nella diversità di valore per cui si agisce contro l'erede che contesti un legato *per damnationem* piuttosto che un fedecommesso: il doppio nel primo caso, il valore unitario nel secondo⁸⁰⁵; nel doversi corrispondere frutti ed interessi per il caso di ritardo della prestazione da parte dell'onerato⁸⁰⁶; nella lingua in cui potevano essere disposti, che ammetteva anche il greco per i fedecommissi, a differenza dei legati⁸⁰⁷; nella ripetibilità di quanto per errore pagato in eccesso, ammessa nel solo fedecommesso⁸⁰⁸.

5. La rilevanza della componente fiduciaria negli impieghi innovativi del gestum per aes et libram

Ho già illustrato la rilevanza della «tecnologia della parola» nel processo di evoluzione del diritto, in particolar modo di quello arcaico, con riguardo agli impieghi innovativi, già nell'età decemvirale, del *gestum per aes et libram*. Da sola, però, essa non era sufficiente: quando espone le linee di sviluppo storico del fedecommesso, infatti, Gaio sottolinea che, anticamente, il beneficiario della restituzione dell'eredità, più che dell'erede o del legatario, teneva il luogo del compratore, rammentando, ed illustrandone la casistica, come tra

⁷⁹⁶ Gai., *inst.* 2.276.

⁷⁹⁷ Gai., *inst.* 2.285: Gaio, come si è già ricordato, ipotizza che sarebbe stata questa l'origine dei fedecommissi.

⁷⁹⁸ Gai., *inst.* 2.286-286.a.

⁷⁹⁹ Gai., *inst.* 2.287.

⁸⁰⁰ Gai., *inst.* 2.288.

⁸⁰¹ Gai., *inst.* 2.289.

⁸⁰² Gai., *inst.* 2.277.

⁸⁰³ Gai., *inst.* 2.278.

⁸⁰⁴ Gai., *inst.* 2.279.

⁸⁰⁵ Gai., *inst.* 2.282.

⁸⁰⁶ Gai., *inst.* 2.280.

⁸⁰⁷ Gai., *inst.* 2.281.

⁸⁰⁸ Gai., *inst.* 2.283.

l'erede onerato e colui al quale si restituiva l'eredità si interponevano le medesime stipulazioni reciproche che si solevano interporre tra venditore e compratore di eredità. Risulta allora rilevante l'osservazione per cui – tanto nel caso della descrizione del fedecommissario, quanto in quello dell'esposizione dell'impiego *mortis causa* del *gestum per aes et libram* nelle ipotesi in cui non era considerato *testamentum* – si assiste alla presentazione della fase più antica di schemi successori nei quali, rispettivamente, sia l'erede istituito e contestualmente pregato di procedere alla restituzione, sia il compratore considerato (alla stregua di un) erede ricevevano incarichi finalizzati alla distribuzione di cespiti ereditari.

L'accostamento dei due distinti meccanismi pone in evidente risalto ulteriori fortissime analogie: abbiamo infatti, da un lato, un acquirente considerato alla stregua di un erede⁸⁰⁹ e, dall'altro, il beneficiario della disposizione fedecommissaria che, non potendo per i più diversi motivi essere istituito direttamente erede nel testamento, è considerato, sempre con riguardo alla fase più antica dell'istituto preso in esame, un compratore dell'eredità⁸¹⁰. E' francamente difficile sostenere, come pure in dottrina si è fatto con estremo convincimento⁸¹¹, che le richieste rivolte all'erede onerato e al *familiae emptor* non trovassero il loro comune fondamento nella *fides*: per quanto riguarda il fedecommissario, tale affermazione trova giustificazione, oltre che nella sua stessa denominazione e nella considerazione della sua evoluzione storica almeno sino ad Augusto, anche nel formulario utilizzato per disporlo validamente⁸¹²: Gaio, come si è visto, riferisce nel § 249 del secondo commentario delle sue Istituzioni che «chiedo», «prego», «voglio», «fedecommetto» risultano le espressioni più adoperate per i fedecommissari, idonee a realizzarne una valida disposizione, tanto se usate singolarmente quanto cumulativamente. La formula fedecommissaria può consistere nella preghiera di restituzione di tutta o parte dell'eredità, sotto condizione, a termine o puramente e semplicemente: di conseguenza, l'erede onerato potrà trattenere per sé l'eventuale residuo non distribuito. Non sfuggirà a questo punto l'ulteriore simmetria, a cui pure si è fatto cenno in precedenza, determinata dal convincimento espresso in dottrina

⁸⁰⁹) Cfr. Gai., *inst.* 2.103: ... *Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat.*

⁸¹⁰) Cfr. Gai., *inst.* 2.251: ... *is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.* [252.] *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris.*

⁸¹¹) Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario*, cit., p. 35 s.

⁸¹²) Per comodità di lettura, riporto qui i già riferiti paragrafi del testo istituzionale: Gai., *inst.* 2.249 *Verba autem fideicommissorum haec maxime in usu esse videntur 'peto', 'rogo', 'volo', 'fidei committo'; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.* [250.] *Cum igitur scripserimus 'L. Titius heres esto' possumus adicere 'rogo te L. Titi petoque a te, cum primum possis hereditatem meam adire, C. Seio reddas restituas'. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa.*

in forza del quale, almeno originariamente, la titolarità conseguente all'acquisto fiduciario dei beni avrebbe consentito al *familiae emptor* di trattenere per sé quanto, del patrimonio del suo dante causa, egli non fosse stato incaricato di distribuire tra i beneficiari⁸¹³.

Per quel che riguarda il *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*, invece, è nella descrizione contenuta in Gai., *inst.* 2.102 che si rinviene la connessione con la *fides*, allorché si precisa che chi, non essendo ricorso ad una delle forme pubbliche di testamento, temesse una morte imminente, avrebbe potuto dare in mancipio il proprio patrimonio ad una persona di fiducia, incaricandola della futura distribuzione tra i beneficiari (*amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*). Non mi sembra casuale, dunque, il ricorso alla parola *'amicus'* per indicare il *familiae emptor*; egli non è inteso semplicemente come «un terzo», «un *civis* qualunque», «un *quivis de populo*»: opportunamente viene tradotto con l'espressione «acquirente fiduciario». Quale sia la funzione della *fides* tanto nel caso del *gestum per aes et libram* quanto in quello del fedecommesso è evidente: permettere di raggiungere comunque il risultato distributivo-attributivo *mortis causa* perseguito anticamente con la celebrazione dei testamenti pubblici.

In almeno un'altra occasione, peraltro, nelle *Institutiones* ricorre in maniera espressa l'accostamento tra il ricorso alla componente fiduciaria, l'impiego del gesto librare e l'esigenza di fare testamento:

Gai., *inst.* 1.115.a: Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.

Si tratta del passo in cui, nel primo commentario, Gaio rende conto della possibilità per la donna di ricorrere ad una *coemptio fiduciaria* per fare testamento. Ora, è noto che la *coemptio* era una delle modalità di acquisto della *manus* sulla donna⁸¹⁴, e proprio Gaio, pochi paragrafi prima di quello appena riferito, ci rammenta che la sua realizzazione avveniva mediante il ricorso al *ge-*

⁸¹³) Cfr. nuovamente PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 475 nt. 1, SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 100 nt. 3, AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della 'mancipatio'*, cit., p. 604 ss., ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., p. 50 s. nt. 79, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718, e TERRANOVA, *Ricerche*, cit., p. 331ss. e 338 ss.

⁸¹⁴) Gai., *inst.* 1.109: ... *in manum autem feminae tantum conveniunt. [110.] Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione.* Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 289 e nt. 371 e p. 297 ss.

stum per aes et libram necessario per compiere la *mancipatio*⁸¹⁵, distinguendone un impiego *matrimonii causa* da uno *fiduciae causa*: il primo, fatto dalla donna col marito, permetteva a quest'ultima di essere '*apud eum filiae loco*'; il secondo, realizzabile '*alterius rei causa*' tanto col marito quanto con un terzo estraneo, le avrebbe permesso di conseguire diversi effetti: come ad esempio quello di evitare la tutela⁸¹⁶, secondo la procedura descritta nel § 115 del primo commentario⁸¹⁷, che, già dalla formulazione dell'*incipit* ("*Quod est tale*"), lascia intendere la sua attualità ancora al tempo di Gaio, a differenza dell'impiego riferito nel paragrafo immediatamente successivo (introdotto dal segno '*olim*'), nel quale si informa anche in merito al senatoconsulto emanato su sollecitazione di Adriano che abrogò l'antica necessità, per la donna che volesse fare testamento, di ricorrere al *gestum per aes et libram* per vendere se stessa ad una persona di fiducia, che l'avrebbe poi contestualmente rimancipata al tutore fiduciario, dal quale sarebbe stata infine manomessa.

E' opportuno ribadire che si tratta della descrizione di istituti particolarmente antichi, interessati pertanto anche dal fenomeno della desuetudine oltre che di espressi interventi normativi di abrogazione e riforma, come avvenne ad esempio nel caso del senatoconsulto dell'epoca di Adriano menzionato in Gai., *inst.*, 1.115.a. Le invocate incompatibilità cronologiche che renderebbero inaccettabile – con specifico riguardo all'accostamento tra il fedecommesso e la più antica applicazione *mortis causa* del gesto librare – la ricostruzione proposta in questa sede sono peraltro superabili sulla base della considerazione in forza della quale la denominazione di un istituto avviene necessariamente dopo la sua introduzione nella pratica e nella prassi, e non è infrequente che ciò avvenga anche dopo parecchio tempo. Non è pertanto probante l'affermazione per cui l'attestazione in epoca tarda, rispetto al periodo preso in considerazione, del ricorso al fedecommesso escluda ogni sua connessione col più antico impiego *mortis causa* del *gestum per aes et libram*: va infatti ricordato che l'identificazione di una determinata dinamica dispositiva con la denominazione di un preciso istituto avviene generalmente in un momento successivo, in cui l'im-

⁸¹⁵) Cfr. Gai., *inst.* 1.113: *Coemptio vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit.*

⁸¹⁶) Cfr. Gai., *inst.* 1.114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*

⁸¹⁷) *Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.*

piego di quest'ultimo è divenuto più maturo, consapevole e – soprattutto se introdotto *moribus* – accettato dalla generalità dei *cives*, così da essere distinto da altre figure. Ad un tale convincimento si perviene persino considerando quella letteratura che addirittura tende ad escludere l'originario fondamento esclusivamente fiduciario che avrebbe caratterizzato il fedecommesso prima di Augusto⁸¹⁸, sulla base della considerazione di testi in cui alla disposizione fedecommisaria si sarebbero sempre accompagnate ulteriori disposizioni volte, in qualche modo, a fornire comunque una vincolatività sul piano giuridico alle ultime volontà del disponente. Più che escludere un fondamento, che in verità risulta dall'ampia serie di evidenze sino ad ora elencate, infatti, l'impressione è quella di un uso ancora non maturo e non definito dell'istituto, peraltro accostato a suoi impieghi innovativi e, sotto certi aspetti, rivoluzionari.

L'impressione è dunque la stessa che si ha considerando i riferimenti delle fonti – in particolar modo i riferiti passi del manuale istituzionale gaiano – riguardanti la fase più antica del medesimo *gestum per aes et libram* impiegato per disporre *mortis causa*, che non sarà considerato *testamentum* fin quando l'inclusione della *heredis institutio* nel relativo formulario non diventerà *ius receptum*: ciò non esclude comunque che, nel frattempo, si siano comunque sperimentati impieghi «testamentari» del menzionato *gestum* tutte quelle volte in cui un giurista avrà suggerito (ed un *civis* avrà utilizzato), per disporre *mortis causa*, la soluzione «aggregativa» dell'*heredis institutio* e del gesto librare, per quanto non ancora generalmente riconosciuta. E' per questo che ho sostenuto l'ipotesi di un quadro decisamente più composito rispetto a quello desumibile dalla descrizione offerta da Gaio con riguardo all'epoca più antica della storia del *tertium genus testamenti*: mi sembra quindi più opportuno ammettere l'intensità di un lavoro giurisprudenziale che nemmeno la fonte in merito più dettagliata ci restituisce nella sua variegata complessità, che non permanere nel tradimento (o, quantomeno, nella sottovalutazione) del dato testuale, costantemente ribadito nei passi considerati delle *Institutiones*, e alludente allo strettissimo rapporto, che ho chiamato «originario», tra testamento ed istituzione di erede: l'assenza di quest'ultima da un atto al quale, su indicazione della giurisprudenza pontificale, si ricorreva per disporre *mortis causa*, dunque, doveva comportare la mancata qualifica di «testamento» dell'atto in questione, e fare contemporaneamente emergere la formidabile «efficacia correttiva» della *fides* che, soprattutto nel periodo in cui si realizzava il predetto lavoro giurisprudenziale, doveva concorrere alla realizzazione degli effetti desiderati⁸¹⁹. E' appena il caso

⁸¹⁸) Cfr. WATSON, *The Early History*, cit., p. 181 ss.

⁸¹⁹) Si è visto nel testo come, in parallelo con il più maturo sviluppo ed impiego degli istituti, quantomeno all'epoca di Cicerone, il vincolo creato dalla *fides*, se pur ancora

di ricordare che Gaio, ancora parlando del fedecommesso⁸²⁰, dopo avere nettamente affermato la necessità della corretta istituzione di erede dell'onerato, precisando altresì che la formula fedecommissaria è validamente inserita dopo l'istituzione medesima, pur illustrando la struttura degli istituti ormai compiutamente sviluppati, reitera l'ammonimento per cui sarebbe disposto invano un testamento nel quale nessuno fosse regolarmente istituito erede: e mi sembra che, così facendo, riporti una regola valida da sempre.

Io credo che la comparazione di queste dinamiche sia inequivocabilmente sintomatica dell'esistenza di un momento originario comune ad istituti la cui rispettiva evoluzione seguirà poi percorsi autonomi e distinti, non facendo comunque loro perdere del tutto i caratteri dell'originaria stretta correlazione reciproca. Per utilizzare l'efficace espressione della Fögen, da tale momento prenderanno corpo, nella materia oggetto del nostro interesse, «linee e sdoppiamenti» evolutivi. Nel suo resoconto, Gaio semplifica, riassumendole, complesse dinamiche, e segue la linea più consona al tenore della sua esposizione, con la quale presenta quella, tra le varie vie battute dalla giurisprudenza e dai successivi interventi autoritativi, che, di volta in volta, ha portato alla netta individuazione degli istituti, così come conosciuti al tempo in cui egli scrive. Non ha interesse a fornire una trattazione più dettagliata, o non è in grado di farlo: del già ricordato «sperimentalismo», ormai lontanissimo nel tempo, e nel cui alveo si è evidentemente mossa la creatività della giurisprudenza pontificale al servizio delle esigenze concrete dei *cives* che di volta in volta si presentavano, egli si limita a far conoscere l'*iter* che ha portato alla netta individuazione degli istituti medesimi, così come conosciuti nella sua epoca.

6. L'ampio ambito del 'mortis causa'

Sulla base di quanto fin qui discusso, si può procedere ad un'analisi delle interrelazioni reciproche tra «causa» e «natura» dell'atto o della disposizione, alla luce dell'evoluzione storica degli istituti e col conforto degli elementi desumibili dalle fonti. Come si vedrà, ad emergere sarà un quadro che se, da un lato, si atteggia come un evidente presupposto storico delle categorie e dei concetti del diritto ereditario ampiamente acquisiti e trattati dalla dogmatica moderna, dall'altro si caratterizza anche per la refrattarietà alla pedissequa riconduzione ai canoni fissati da quest'ultima, che diventa allora un letto di

sentito, non poteva dirsi così stringente come nelle epoche più antiche.

⁸²⁰) Trascrivo nuovamente il paragrafo per comodità di lettura: Gai., *inst.* 2.248: *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituaturs eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.*

Procuste spesso inutile e fuorviante ai fini della conoscenza dell'esperienza giuridica romana⁸²¹, la quale peraltro offre un'estrema ricchezza di approcci metodologici al tema, a seconda che il medesimo venga considerato con riferimento alle epoche più antiche, all'età repubblicana avanzata, agli sviluppi che si ebbero durante il Principato o al conclusivo inquadramento giustiniano.

Una peculiarità da segnalare preliminarmente riguarda l'uso dell'espressione '*mortis causa*' nel diritto romano classico⁸²²: essa non avrebbe indicato soltanto i negozi giuridici del diritto ereditario – come invece avviene nella moderna terminologia giuridica, quando si allude agli atti di volontà del testatore, e quindi alle disposizioni testamentarie in genere – ma piuttosto «negozi singoli o ... termini più o meno collettivi»⁸²³. L'espressione in esame risulta peraltro frequentemente accostata al verbo '*capere*', comportando in tal modo l'allusione a dinamiche negoziali inclusive (anche) di acquisti *inter vivos*: la morte, infatti, come risulterà dall'analisi dei frammenti che verranno subito considerati, viene così intesa, di volta in volta, presupposto, motivo oggettivo o ragione occasionale di essi. In ogni caso, «*mortis causa capere* è il termine più comprensivo usato in rapporto agli atti *mortis causa*»⁸²⁴. Santi di Paola⁸²⁵ ha peraltro rilevato la preferenza dei giuristi romani per l'espressione '*mortis causa capere*' rispetto a '*mortis causa capio*', corrispondente all'italiano «capione a causa di morte»⁸²⁶, che si rinviene solo nella rubrica del titolo 39.6 del Digesto,

⁸²¹) Un'efficace sintesi dei pericoli insiti nell'approccio al diritto romano secondo la visione spesso deformante che possono offrirne le categorie dogmatiche moderne, come peraltro successivamente segnalato anche in apertura dell'opera della FÖGEN, *Storie*, cit., p. 1 ss., è offerta da A. GUARINO, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto* (1955), ora in *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, p. 109 ss., il quale propone una sua formula e rileva (p. 119) «che al diritto romano deve corrispondere solo ed esclusivamente la dogmatica giuridica romana. Formula che, peraltro, non deve intendersi nel senso, in cui molti tuttora l'intendono, che i romanisti abbiano a limitarsi alla ricostruzione dei pochi e rudimentali sistemi giuridici creati dalla giurisprudenza romana classica e post-classica. Formula che, viceversa, sta a significare che, subordinatamente all'accertamento degli istituti giuridici positivi romani, i romanisti hanno il compito di procedere, con spirito di assoluta indipendenza da qualsivoglia preconetto antico e moderno, alla costruzione dei dogmi più atti a rappresentare e riassumere l'esperienza giuridica romana».

⁸²²) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 1.

⁸²³) CUGIA, *op. cit.*, p. 3.

⁸²⁴) CUGIA, *op. cit.*, p. 4.

⁸²⁵) *Sull'estensione delle leggi caducarie al «mortis causa capere»*, in «Studi V. Arangio Ruiz», II, Napoli, 1952, p. 485, nt. 4.

⁸²⁶) Cfr. C. FERRINI, sv. '*Capioni*' (1888), ora in «NDI.», II, Torino, 1937, p. 796 s., ID., sv. '*Capiones*', in «NNDI.», Torino, 1957, p. 897 s., P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte ('mortis causa capiones' e 'mortis causa donationes')*, Varallo Sesia, 1915, p. 12 ss., J.A. ARIAS BONET, *Mortis causa capiones*, in «AHDE.», XX, 1950, p. 781 ss., e U. ROBBE, U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali*, I, Napoli, 1962, p. 41 nt. 90.

icasticamente denominato ‘*De mortis causa donationibus et capionibus*’⁸²⁷, nel quale è contenuta una buona parte dei frammenti dedicati al tema: sono escerpiti dalle opere di nove giuristi⁸²⁸ e concorrono a formare un quadro composito, ritenuto oggetto di un intervento dei compilatori particolarmente rilevante e tutt’altro che idoneo a presentare una sequenza di testi immune da contraddizioni ed oscurità. Come cercherò di illustrare presentando i passi di riferimento, credo che questo aspetto derivi dalla necessità di coniugare, da parte dei commissari giustiniane, le prescrizioni generali ricevute dall’imperatore per attendere alla compilazione (e volte a perseguire la realizzazione di un testo di diritto atemporale e valido per ogni evo futuro)⁸²⁹ alle concrete difficoltà operative che i medesimi si trovarono ad affrontare operando su testi la cui casistica si informava, radicandosi profondamente in essa, all’evoluzione storica del significato dell’espressione in esame: i confini concettuali di quest’ultima ed i conseguenti effetti delle disposizioni ad essa di volta in volta riconducibili – soprattutto quelli che si traducevano nella pienezza o in una limitazione della capacità di acquistare – sarebbero stati periodicamente rimodellati all’esito di interventi normativi: in particolare, dalla sequenza di provvedimenti legislativi che si concluse con l’emanazione della *lex Falcidia* e, successivamente, dalla legislazione demografica dell’epoca di Augusto, oltre che dalle estensioni del regime prescritto da quest’ultima, ed effettuate per via autoritativa, generalmente tramite interventi del senato.

In molti dei menzionati frammenti, tra i quali uno derivante dai *Digesta* di Giuliano, alla particolare ampiezza inclusiva del *mortis causa capere* viene ricondotta la *donatio mortis causa*⁸³⁰:

⁸²⁷) GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 5 e nt. 9, nel rammentare che «l’unica attestazione dell’uso del deverbato *capio* (*rectius*: dell’ablativo plurale ‘*capionibus*’) si ha nella rubrica del titolo 39.6» e che ciò non è riproposto nel corrispondente titolo del *Codex Iustinianus* 8.56(57), esprime altresì i suoi dubbi circa la spiegazione offerta dalla dottrina con riguardo a tale difformità, che vorrebbe la dicitura del Digesto di Giustiniano mutuata dai commentari classici.

⁸²⁸) In particolare si tratta di Marciano (del quale vengono escerpiti le *Institutiones* e i *libri Regularum*), Ulpiano (del quale si conservano frammenti derivanti dalle *Institutiones*, oltre che dai commenti *ad Sabinum*, *ad edictum*, *ad legem Iuliam et Papiam*), Paolo (*libri ad Sabinum*, *ad Plantium*, *ad legem Iuliam et Papiam*, *Manualium*), Gaio (*Res cottidianae* e commento *ad edictum provinciale*), Giuliano (*Digesta*, commento *ad Urseium Ferozem*), Africano (*libri Quaestionum*), Marcello (*liber singularis Responsorum*, *Digesta*, commento *ad legem Iuliam et Papiam*), Papiniano (*libri Quaestionum*, *libri Responsorum*), e Nerazio (*libri Responsorum*).

⁸²⁹) Cfr. Const. *Deo Auct.*, 4-8.

⁸³⁰) Sulla *donatio mortis causa*, cfr. F.C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, IV, Torino, 1889, p. 290 ss., E.D. GLASSON, *Étude sur les donations a cause de mort*, Paris, 1870, p. 3 ss., E.F. BRUCK, *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht, zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments*, I, *Das griechische Recht bis zum Beginn der ellenistischen Epoche*, Breslau, 1909,

D. 39.6.18.pr. (Iul. 60 *dig.*): Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.

[1] Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. Quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, condicione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.

[2] Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii donatura illis Ageriae dedit et rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret, si convaluisset, sibi redderet: morte secuta Maevia Titiae filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio et Maevio supra scriptis dedit. Quaeritur, si Maevia heres summam, quae debebatur ex chirographis supra scriptis, petat vel ipsa chirographa, an exceptione excludi possit? Respondit Maeviam vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri posse.

[3] Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiat.

Il giurista adrianeo, al quale la moderna dottrina ricollega «la prima elaborazione in chiave organica e consapevolmente orientata»⁸³¹ in materia di *donatio mortis causa*, avvalendosi di un'articolata differenziazione casistica nel riferito frammento – peraltro da taluni sospettato di rimaneggiamenti compilatori⁸³² – insegna, nel *principium* dell'appena riferito frammento, che si acquista *mortis*

(rist. anast. Aalen, 1968), p. 11 ss., 14 ss., 73 ss., F. SENN, *Études sur le droit des obligations*, I, *La donation a cause de mort*, Paris, 1914, p. 3 ss., B. BIONDI, *Appunti intorno alla donatio mortis causa nel diritto romano*, in «AUPE.», XXVIII, 1914, p. 185 ss., ID., *Successione*, cit., p. 707 ss., P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte*, cit., p. 67 ss., S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, p. 1 ss., ID., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, p. 1 ss., ID., *Sulla struttura della «donatio mortis causa» in diritto romano*, in «Studi P. De Francisci», IV, Milano, 1956, p. 161 ss., M. AMELOTI, *La «donatio mortis causa» in diritto romano*, Milano, 1953, p. 1 ss., ID., sv. 'Donazione mortis causa', in «ED.», XIII, Milano, 1964, p. 1000 ss., VOCI. *Diritto ereditario*, II, cit., p. 437 ss., P. SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa in klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, p. 1 ss., R. YARON, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford, 1960, p. 32 ss., G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 1 ss., ID., sv. 'Donazione (dir. rom.)' (1964), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981, 973 ss., U. ROBBE, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 35 ss., P. GIUNTI, sv. 'Donazione (stor. dir. rom.)', in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», VII, Torino, 1991, p. 166 ss., ed E. RODRIGUEZ DIAZ, *Algunos aspectos del la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, 2000, p. 13 ss.

⁸³¹) GENOVESE, *Mortis causa capitulur*, cit., p. 23

⁸³²) Cfr. l'ampia esposizione ricognitiva a tal proposito compiuta da GENOVESE, *op. cit.*, p. 219 ss.

causa non solo nell'ipotesi di donazione compiuta dal donante in vista della propria morte, ma anche di quella altrui, con la precisazione che la guarigione (lo scampato pericolo mortale) comporterà la risoluzione degli effetti dell'atto, i quali invece rimarranno confermati nel caso di avvenuto decesso. La donazione appare dunque disposta con effetto immediatamente traslativo⁸³³, peraltro risolutivamente condizionato allo scampato pericolo: aspetto, questo, che nel considerato frammento giuliano è espressamente previsto per l'ipotesi di disposizione compiuta in vista dell'altrui morte. Mi sembra comunque evidente che il meccanismo condizionale valga anche per l'ipotesi di *donatio mortis causa* disposta '*cum quis suae mortis causa nobis donat*', anche se in dottrina non sono mancate le osservazioni di chi⁸³⁴, in un tentativo di differenziazione delle relative figure di atto di liberalità, ha rilevato come detta tipologia di acquisto (e cioè l'acquisto compiuto in forza della donazione disposta in funzione della morte di un terzo, e non del donante) non sarebbe propriamente da ricondursi alla disciplina di quelli compiuti in conseguenza di una *donatio mortis causa*, dovendo piuttosto ritenersi inclusa nella più generica categoria rappresentata dal *mortis causa capere*.

La formulazione del § 1 presenta l'illustrazione di due di ipotesi; la prima appare come una *donatio mortis causa* «liberatoria», configurata tramite la delegazione del proprio debitore al pagamento al creditore del donatario: in forza di essa, il donatario viene inteso acquirente di denaro per un importo pari a quello della liberazione ricevuta dal proprio creditore, ed in conseguenza (oltre che nella stessa misura) dell'avvenuto adempimento nei confronti di costui da parte del debitore delegato. In forza della seconda ipotesi, invece, si precisa che, laddove il debitore delegato si obblighi all'adempimento mediante *stipulatio* direttamente col donatario, quest'ultimo viene inteso acquirente di un importo pari a quello per cui il debitore delegato risulti effettivamente adempiente. L'eventuale scampato pericolo mortale, infatti, avrebbe comportato per il creditore-donante-delegante la possibilità di recupero, tramite *condictio* o *actio in factum*, di non più del relativo importo.

Più articolata è la descrizione della vicenda riportata nel § 2, nel quale si illustra un'ulteriore fattispecie di *donatio mortis causa* realizzata mediante la consegna, da parte della creditrice Tizia, dei titoli di debito dei suoi due debitori Setticio e Mevio ad una terza persona, Ageria, accompagnata dalla richiesta a co-

⁸³³) Cfr., analogamente, GENOVESE, *op. cit.*, p. 61.

⁸³⁴) Cfr. VOGLI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 472 ss., e GENOVESE, *op. cit.*, p. 220 s., e, in senso difforme rispetto al convincimento che ho presentato nel testo, p. 227 s. Tuttavia, cfr. GLASSON, *Étude*, cit., p. 7 ss., 202, ove si rappresenta l'idea dell'uso ampio dell'espressione '*mortis causa capere*' si da includere tutte le acquisizioni realizzate in occasione o per effetto della morte di una persona, ivi compresa la *donatio mortis causa*.

stei, da parte della medesima Tizia, di consegnare i predetti titoli ai menzionati debitori in caso di sua morte (così da collaborare alla realizzazione di una duplice fattispecie di remissione del debito) oppure di restituirglieli in caso di scampato pericolo mortale. Avvenutone il decesso – e risultando erede Mevia, figlia di Tizia – Ageria dava corso alle istruzioni ricevute, consegnando a Setticio e Mevio i rispettivi titoli di debito. Si pone conseguentemente il quesito relativo alla possibilità di paralizzare tramite *exceptio* l'eventuale richiesta in giudizio, da parte dell'erede Mevia, della somma risultante dai menzionati titoli, oppure degli stessi documenti rappresentativi del credito, e Giuliano ritiene opponibile ad una tale richiesta sia l'*exceptio pacti conventi* che l'*exceptio doli mali*.

Il terzo e ultimo paragrafo prende in considerazione ipotesi di acquisto *mortis causa* dell'*homo noxae nomine vel alias obligatus* o del *fundus obligatus*, e cioè di quelli che oggi chiameremmo beni sottoposti a vincoli che ne diminuiscono apprezzabilmente il valore venale. La stringatezza del testo permette comunque di riferirne la stesura nell'ambito di una esposizione – evidentemente più ampia nella sua formulazione originaria – relativa alla determinazione del minor valore dei predetti beni, e quindi concernente la misura dell'acquisto compiuto dal beneficiario della relativa disposizione.

La riferita ampia inclusività della menzionata espressione parrebbe altresì desumibile da un frammento del commento di Gaio all'editto provinciale, che, per quanto giudicato «disorganico e poco consequenziale»⁸³⁵, soprattutto nel rapporto tra il *principium* e i paragrafi successivi, sembra comunque, già a partire dal tentativo di definizione dell'istituto, racchiudere la disciplina classica del *mortis causa capere*:

D. 39.6.31.pr. (Gai. 8 *ad ed. prov.*): Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

[1] Iuliano placet, licet solvendo non sit debitor, cui acceptum latum sit, videri ei mortis causa donatum.

[2] Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam statuliber aut legatarius alicui conditionis implendae gratia numerat, sive extraneus sit qui accepit sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa: cuius generis dotes recepticiae vocantur. Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.

⁸³⁵) GENOVESE, *op. cit.*, p. 20.

[3] Si iusseris mortis causa <mihi donaturus> debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. Et ait Iulianus, si ego stipulatus fuerim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet. Si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem.

[4] Per accepti quoque lationem egens debitor liberatus totam eam pecuniam, qua liberatus est, cepisse videtur.

A differenza del riferito *principium* del frammento giuliano conservato in D. 39.6.18, nel quale si riconducono al *mortis causa capere* tanto la figura della *donatio mortis causa* disposta in vista della propria morte quanto quella disposta in vista della morte di un terzo, l'esposizione gaiana esordisce effettuando una fondamentale distinzione tra fattispecie acquisitive *mortis causa* dotate o meno di un *proprium nomen*: escluse le ipotesi «nominate» (riguardanti gli acquisti *'hereditario aut legati aut fideicommissi iure'*), solo le altre vengono prese in considerazione ai fini della formulazione della relativa definizione. La genuinità del passo contenuto nel *principium* è oggetto di vivace dibattito dottrinario⁸³⁶, tanto in relazione alla sua stessa formulazione, quanto, come si è accennato, con riguardo alla concatenazione con i paragrafi immediatamente successivi, dall'analisi dei quali, come si vedrà, ad emergere non è tanto un immediato riferimento della *donatio mortis causa* al *mortis causa capere* in termini di illustrazione dell'inclusività di quest'ultimo concetto, quanto piuttosto un accostamento (e un contestuale tentativo di distinzione) tra l'una e l'altro.

Il primo paragrafo si riferisce alla dottrina di Giuliano per includere tra le ipotesi di *mortis causa donatio* quella di colui a favore del quale sia stata effettuata una *acceptilatio* nonostante l'insolvenza del debitore. Quello immediatamente successivo presenta inoltre un'eterogenea serie di ipotesi di pagamento: non è inteso come donazione (*'Sine donatione autem capitur'*) ma come acquisto *mortis causa*, infatti, il denaro erogato, indifferentemente all'erede o ad un *extraneus*, dallo statulibero o dal legatario in adempimento di una condizione apposta alla disposizione testamentaria di cui questi ultimi siano beneficiari, così come quello disposto affinché taluno proceda o meno all'adizione dell'eredità o rinunzi al legato; è ricondotto inoltre al *mortis causa capere* l'acquisto che un terzo abbia fatto della dote (chiamata in un'ipotesi del genere *'recepticia'*), in conseguenza di apposita stipulazione effettuata col marito e all'esito del decesso della moglie. Vengono invece presentate, in conclusione di paragrafo, come fattispecie acquisitive riconducibili alla *donatio mortis causa* tanto le

⁸³⁶ Cfr. GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 9 ss.

donazioni disposte in occasione di un incombente pericolo di morte quanto quelle, più genericamente, disposte ‘*cogitatione mortalitatis*’, secondo una formulazione che ricorda in qualche modo l’esordio della dottrina giuliana riportata nel *principium* di D. 39.6.18, nel quale, però, come si ricorderà, si afferma – non contrapponendone, come avviene nel paragrafo gaiano in esame, ma anzi in qualche modo tenendole distinte, le relative modalità di acquisto – la riconducibilità al *mortis causa capere* dell’acquisto compiuto in forza di *donatio mortis causa* disposta oltre che in vista della propria morte anche di quella di un terzo⁸³⁷. L’illustrazione casistica prosegue peraltro nel successivo § 3, dove, con un’esposizione che ricalca vistosamente quella di Giuliano riportata nel menzionato frammento conservato in D. 39.6.18.1, si propone in forma di *quaestio* l’ipotesi di delegazione del proprio debitore alla donazione, in ragione della propria morte, dell’importo di dieci ad un terzo (o ad un creditore del terzo), e si chiede quale scenario si sarebbe rappresentato nell’ipotesi di inadempimento del debitore delegato. Viene dunque a tal proposito riportata la dottrina di Giuliano, secondo il quale l’eventuale obbligo assunto con *stipulatio* dal debitore delegato avrebbe comportato l’acquisto a titolo di donazione della quota-parte di denaro per la quale il medesimo debitore delegato fosse risultato adempiente, precisandosi peraltro che, nell’ipotesi di scampato pericolo mortale, il donante avrebbe conseguito il medesimo importo. Nella diversa ipotesi della stipulazione tra il debitore delegato ed il creditore del terzo, invece, si sarebbe dovuto ritenere a favore del terzo un acquisto di denaro pari all’importo per il quale costui veniva liberato dal suo creditore, ovviamente a seguito dell’adempimento (e nella misura di esso) del debitore delegato nei suoi confronti. In conclusione del frammento, nell’ultimo paragrafo, si precisa che un

⁸³⁷) Cfr. peraltro la comparazione critico-ricompositiva tra D. 39.6.31.2 e 39.6.18.pr. e le prospettive di integrazione e reciproca chiarificazione offerte da GENOVESE, *op. cit.*, p. 215 ss. e 228 ss., il quale, ritenendo fortissima la matrice giuliana nella parte conclusiva del secondo paragrafo del frammento di Gaio in esame, proprio al fine di operare una ricostruzione della dottrina di Giuliano, a giudizio dello studioso non riportata nei suoi termini originari dai compilatori, in particolar modo nel più volte menzionato *principium* del frammento giuliano conservato in D. 39.6.18, ne propone (p. 225) una riscrittura svolta alla luce dell’asserita influenza della dottrina del giurista adrianeo sulle opere dei giuristi successivi (in particolare di Gaio, ma anche di Marcello e Ulpiano, i cui frammenti confluiti nel Digesto non sarebbero stati perfettamente emendati dai compilatori con riguardo a quanto di quella dottrina si sarebbe del tutto voluto eliminare, offrendo così all’esegeta occasione di scorgerne persistenti tracce testuali, anche laddove non espressamente ricondotte al medesimo Giuliano): *Mortis causa capimus, non tunc [solum,] cum quis suae mortis causa nobis donat, sed [et] si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convalescerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.* (39.6.31.2 partim): *Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.*

«povero» debitore è ritenuto aver acquisito denaro nella stessa misura in cui venga liberato dal proprio debito tramite *acceptilatio*.

La marcata asistematicità dell'esposizione ha fondato il convincimento relativo al massiccio intervento compilatorio che avrebbe interessato il frammento gaiano in esame. Esso, peraltro, sembra trovare alcune parziali conferme, oltre che un parziale completamento in rapporto alla dottrina di Giuliano, in due frammenti del commento di Ulpiano a Sabino, soprattutto con riguardo alla riferita ampia inclusività del regime del *mortis causa capere*, in forza della quale quest'ultimo si sarebbe esteso sino all'inclusione della stipulazione – o, più in generale, di ogni forma di acquisizione – compiuta per rinunciare all'eredità⁸³⁸, oltre che di negozi leciti o illeciti:

D. 39.6.8 (Ulp. 7 *ad Sab.*) [pr.]: Qui pretio accepto hereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur: nam quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur: quam sententiam et Iulianus probat et hoc iure utimur. Nam et quod a statulibero condicionis implendae causa capitur vel a legatario, mortis causa accipitur: et quod pater dedit propter mortem filii vel cognati, mortis causa capi Iulianus scripsit. [1] Denique et sic posse donari aut, ut, si convaluerit, recipiatur.

D. 39.6.12 (Ulp. 44 *ad Sab.*) Si mulier, ventris nomine per calumniam ut in possessionem mitti desideret, pecuniam accepit, forte dum substituto patrocinator, ut institutum aliqua ratione excludat, mortis causa eam capere Iulianus saepius scribit.

Il primo degli appena riferiti passi ulpianeï presenta una serie di ipotesi acquisitive ricondotte (*videtur*) dalla giurisprudenza al *mortis causa capere*, e comprendenti il versamento di denaro erogato al delato e da costui conseguito per rinunciare all'eredità, permettendo così l'adizione del sostituto o dell'erede *ab intestato*: si tratta di un caso specifico del più generale principio, riferito immediatamente di seguito, per cui l'acquisto di qualunque cosa in funzione della morte di qualcuno (*quidquid propter alicuius mortem obvenit*) fu ricondotto dalla giurisprudenza al predetto *mortis causa capere*, all'esito evidente di una disputa che, in forza dell'autorità di Giuliano (menzionato per ben due volte nel frammento), si risolse nel senso ampiamente inclusivo riferito nel passo in esame, ed essendo pacificamente divenuto *ius receptum* al tempo in cui Ulpiano scrive (*quam sententiam et Iulianus probat et hoc iure utimur*). L'esposizione di Ulpiano prosegue inoltre includendo nel *mortis causa capere* anche gli acquisti, avvenuti «al di fuori dell'eredità medesima e a prescindere da ogni determinazione in tal senso del testatore»⁸³⁹, derivanti dall'adempimento di condizioni

⁸³⁸) Cfr. in questi termini CUGIA, *Indagini*, cit., p. 5 ss.

⁸³⁹) GENOVESE, *op. cit.*, p. 38.

(potestative) apposte a disposizioni testamentarie da parte dei beneficiari delle disposizioni medesime, quali lo statulibero o il legatario. La dottrina giuliana viene inoltre richiamata per accostare a queste ultime ipotesi, evidentemente equiparandola ad esse, anche la 'datio' effettuata dal padre in funzione della morte del figlio ('vel cognati' sembra infatti un'aggiunta dei compilatori)⁸⁴⁰; la stessa formulazione del § 1 del frammento sembra inoltre informarsi, fornendone una sintesi, all'esposizione della parte conclusiva del *principium* di quello più volte menzionato, tratto dal sessantesimo libro dei *Digesta* di Giuliano, e conservato in D. 39.6.18 ('veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium'). La dottrina di Giuliano – peraltro ripresa da Gaio nel già riferito frammento conservato in D. 39.6.31.2 – riconosce anche l'ipotesi inversa a quella considerata da Ulpiano in apertura del frammento in considerazione: in D. 39.6.21 (Iul. 2 ad Urs. Fer.)⁸⁴¹, infatti, il giurista adrianeo afferma che rientra nel *mortis causa capere* anche l'acquisto di denaro conseguito per adire l'eredità, precisando che anche in questo caso la questione fu esaminata dalla giurisprudenza, e fu risolta in senso affermativo dalla maggioranza dei giuristi, tra i quali è annoverato quello stesso Prisco che viene solitamente identificato con Giavoleno⁸⁴²: un tale generalizzato consenso ha contribuito a fondare nella moderna dottrina il convincimento per cui «proprio l'autorevole approvazione da parte di Giuliano avrebbe portato alla definitiva stabilizzazione sistematica della fattispecie nell'ambito del *m(ortis) c(ansa) capere*»⁸⁴³.

L'autorità in materia rappresentata da Giuliano emerge, con un cenno conclusivo rapido ed eloquente, anche nel secondo frammento ulpiano presentato – peraltro anch'esso ritenuto da taluni interpolato a tal punto da mutare vistosamente il pensiero di Ulpiano, e di conseguenza il senso del riferimento finale alla dottrina giuliana⁸⁴⁴ – nel quale è ricondotto all'ampia categoria del *mortis causa capere* persino l'acquisto effettuato dalla donna che abbia

⁸⁴⁰) GENOVESE, *op. cit.*, p. 61 nt. 73, rileva come Mommsen proponga l'integrazione delle parole <cognatus propter mortem>, tra 'vel' e 'cognati', seguendo la lezione dei Basilici, rinviando a SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa*, cit., p. 29 e nt. 10, per specifiche notazioni testuali sul riferimento al *cognatus*.

⁸⁴¹) *Eum, qui ut adiret hereditatem pecuniam accepisset, plerique, in quibus priscus quoque, responderunt mortis causa eum capere.*

⁸⁴²) Cfr. GENOVESE, *op. cit.*, p. 39 e nt. 28.

⁸⁴³) GENOVESE, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁴⁴) Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 122, che ritiene addirittura ascrivibile ai compilatori la trasformazione della fattispecie presentata nella versione calunniosa, e asseritamente formulata, nel testo originario, avendo riguardo ad un'ipotesi di legittima richiesta di *missio in possessionem ventri nomine*, SIMONIUS, *op. cit.*, p. 24.

ricevuto denaro per promuovere fraudolentemente la *missio in possessionem ventri nomine*, su sollecitazione di un sostituto evidentemente intenzionato a frustrare, volgendo a proprio vantaggio, le aspettative successorie dell'erede istituito.

Anche a volersi limitare alle fattispecie sino ad ora illustrate, è immediatamente percepibile l'estrema eterogeneità di ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza, sia pure in varie epoche, al *mortis causa capere*, che si atteggia come «una zona aperta con caratteri incerti nella quale vivevano dei tipi di acquisto di natura svariata» nella quale «qualsiasi acquisto in un collegamento qualsiasi con la circostanza della morte poteva trovar riparo»⁸⁴⁵ e, contestando l'idea di Contardo Ferrini relativa ad un progressivo restringersi di questa categoria dai confini incerti⁸⁴⁶, si ammette la possibilità del «transito», a partire da essa, di determinate figure nella cerchia del diritto ereditario, come avvenuto nel caso del fedecommesso, senza peraltro escludere la possibilità del contestuale sorgere di nuove ipotesi riconducibili alla predetta categoria⁸⁴⁷. Proprio tale varietà è giudicata essere «una delle prove più certe che dimostrano come i classici non le ritenessero figure né ereditarie né testamentarie»⁸⁴⁸, al punto da giudicarsi quasi impossibile l'impresa di voler determinare tutti i casi di acquisto riconducibile al *mortis causa capere*⁸⁴⁹: nelle diverse ipotesi ricondotte a tale categoria, individuabile più che altro «in negativo», infatti, non erano richiesti «nell'acquirente né la *testamenti factio* passiva né lo *ius capiendi*»⁸⁵⁰ per il perfezionamento delle singole ipotesi, che vengono contrapposte a quelle tipiche del diritto ereditario, caratterizzato, soprattutto nel diritto classico, da «una cerchia ben delimitata con figure proprie»⁸⁵¹ e ciò viene affermato pur tenendo nella dovuta considerazione il diverso avviso del Lenel⁸⁵² espresso a

⁸⁴⁵) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 35.

⁸⁴⁶) Cfr. FERRINI, sv. 'Capiendi', cit., p. 797.

⁸⁴⁷) Cfr. CUGIA, *Indagini*, cit., p. 35.

⁸⁴⁸) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 21.

⁸⁴⁹) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 34.

⁸⁵⁰) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 21.

⁸⁵¹) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 34 s.

⁸⁵²) *Palingenesia*, cit., I, c. 296, n. 5: «i.e. etsi non testamenti nomine capitur, mortis tamen causa capitur. Latini etiam et peregrini nec mortis causa capere possunt, cfr. D. 39.6.9, Vat. Fr. 259». La lettura di diversi luoghi delle Istituzioni di Gaio permette comunque di affermare il principio per cui 'testamento capere' non equivale alla nozione più ampia di 'mortis causa capere' e non comporta, in diritto classico, l'estensione ad essa dei più stringenti limiti invece previsti proprio per il 'testamento capere'. Va peraltro ricordata l'ammissibilità per Latini e peregrini (per questi ultimi sino ad Adriano) di un acquisto tramite disposizione fedecommissaria: cfr. Gai., *inst.* 1.22-24, 2.275. Il convincimento espresso dal Lenel vorrebbe peraltro trovare conforto su un brevissimo passo tratto dal terzo libro del commento di Paolo a Sabino conservato in D.39.6.9 (*Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt*) oltre che su Vat. Frag. 259 (*Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus*

nec mancipii donationem esse apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia removetur). In quanto al frammento paolino, si deve riconoscere, assieme al CUGIA, *op. cit.*, p. 30, che esso, dietro la sua apparente linearità, «nasconde, invece, delle difficoltà gravi per l'interprete», al punto da aver ricevuto interpretazioni diversissime (cfr. FERRINI, sv. 'Capiioni', cit., p. 797, e CUGIA, *op. cit.*, p. 29 ss.). In effetti, viene in esso sovvertito quel principio esposto dallo stesso Paolo nel frammento conservato in D. 35.2.1.8 (*l. sing. ad l. Falc.*) nel quale si contrappone nettamente la *mortis causa capio* al legato, lasciando intendere che solo l'acquisto per il tramite del secondo è considerato «testamentario». Per questi motivi si è sostenuto l'ampio intervento dei compilatori anche nel frammento paolino riportato in D. 39.6.9: esso, inserito nel Digesto tra altri due passi espressamente dedicati alla *donatio mortis causa* sarebbe stato inteso dai giustinianeî nel senso da loro preferito, che porta a far coincidere la *donatio mortis causa* col *mortis causa capere*, appannando la distinzione classica tra le diverse tipologie di acquisto, e portando CUGIA, *op. cit.*, p. 30, ad affermare che «un classico non può assumere il legato come criterio di capacità a ricevere per testamento»: chi è capace di acquistare per testamento, infatti, è anche capace di acquistare tramite legato, salve le limitazioni quantitative introdotte dalla *lex Falcidia*. Anche il riferimento al brano contenuto nei *Vaticana Fragmenta* viene solitamente letto sulla base della supposta contrapposizione tra l'acquisto compiuto *donationis causa* e il *mortis causa capere*, evocati a proposito della fattispecie proposta, che riguarda la donazione 'non mortis causa' ad un Latino di un *fundum stipendiarum instructum* disposta dalla donna *sine tutoris auctoritate*: donazione valida con riguardo alle *res nec mancipi* componenti il compendio donato, a partire dallo stesso fondo provinciale; la questione è invece meno pacifica per quel che riguarda le *res mancipi* in esso incluse (e cioè i servi e gli animali da tiro e da soma) per le quali espressamente si indica che sono '*usu non capta*'. L'allusione alla *duplicatio doli* di cui si sarebbe potuto giovare il Latino lascia intendere i profili della conseguente controversia giudiziaria intercorsa tra questi e gli eredi della donna, che evidentemente rivendicavano la proprietà dei beni donati. La stringatezza del passo in esame non rende peraltro agevole operare una ricostruzione certa della fattispecie discussa: in ogni caso, perfezionatasi la donazione delle *res nec mancipi* con la loro *traditio*, la questione avrebbe dovuto riguardare soltanto la proprietà di quelle *mancipi*, in quanto trasferite da *mancipatio* non accompagnata dall'*auctoritas tutoris*: cfr. Gai., *inst.* 2.80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse*. Ciò, sin dall'epoca delle XII Tavole, avrebbe impedito in maniera assoluta l'usucapione della *res* della donna nell'ipotesi in cui fosse stata in tutela di un agnato – cfr. Gai., *inst.* 2.47: *Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: id ita lege XII tabularum cautum erat* –, ma non anche nell'ulteriore ipotesi in forza della quale il tutore non fosse stato un agnato e l'acquirente fosse stato in buona fede, in ossequio ad un generale principio del *favor usucapionis* riconosciuto dai giuristi, tanto di scuola sabiniana quanto proculiana, con riguardo agli atti a titolo oneroso: cfr. Vat. Frag. 1: *Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciti non esse, non videtur bona fide emisse itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere*. Al tempo di Giuliano, dunque, era addirittura prevista una *usucapio ex Rutiliana constitutione* subordinata al pagamento del prezzo della *res mancipi* alla donna (cfr. BERGER, sv. 'Usucapio ex Rutiliana

commento del frammento conservato in:

D. 35.1.55 (Iav. 13 *epist.*): Maeuius, cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset: condicioni parere debet et ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat, licet nummos non faciat accipientis: quid enim interest, utrum tali personae dare iubeatur an aliquo loco ponere vel in mare deicere? Neque enim illud, quod ad talem personam peruenturum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur.

In questo passo, anch'esso riconosciuto interpolato per le ragioni che saranno subito illustrate, si individua comunque l'antitesi tra acquisto '*testamenti nomine*' e acquisto '*mortis causa*'. Solo per il perfezionamento di quest'ultimo non sarebbe stata richiesta in diritto classico la sussistenza della *testamenti factio* in capo al beneficiario: Giavoleno, infatti, considera l'ipotesi del versamento dell'importo di duecento da Mevio, legatario di un fondo, a Callimaco, soggetto privo di *testamenti factio* (passiva) nei confronti del legatario. Detto versamento avveniva in adempimento della condizione apposta al legato in favore del predetto Mevio: il giurista ritiene valida la condizione e conseguentemente do-

constitutione', in «Encyclopedic Dictionary», cit., p. 752, e W.W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*², Cambridge, 1953, p. 128) la quale peraltro avrebbe potuto interrompere il compimento dell'usucapione, prima della scadenza del termine, proprio mediante la restituzione del prezzo pagato. Questo aspetto implica, come ha osservato CUGIA, *op. cit.*, p. 26, che «si richiedeva la perseveranza della donna nella volontà di alienare». Il caso della donazione parrebbe dunque doversi risolvere nel senso dell'inusucapibilità in relazione al titolo (che non è oneroso) dell'atto traslativo, con la conseguente incapacità della donna a disporre. Si è tuttavia osservato, proprio da parte di CUGIA, *loc. ult. cit.*, come sia proprio la progressiva valorizzazione dell'elemento rappresentato dalla persistenza in costei dell'intenzione di alienare – intesa come una seria meditazione sulle conseguenze pratiche della disposizione e sulla rilevata assenza di conseguenze pregiudizievoli sul piano patrimoniale – a permettere, in forza della *lex Cincia*, l'estensione anche alle donazioni '*non mortis causa*' di un regime analogo a quello dell'*usucapio ex Rutiliana constitutione*: infatti, se in forza di quest'ultima ipotesi il termine concesso alla donna per impedire la definitività degli effetti dell'alienazione a titolo oneroso coincide con quello necessario a compiere l'usucapione, nel caso della donazione esso coincide con la morte di costei, così da rendere, tanto nell'un caso quanto nell'altro, l'alienazione inoppugnabile (cfr. F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, p. 87 ss. e nt. 56). L'acquisto del Latino, dunque, è di quelli compiuti *inter vivos* ('*non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est*'), e ciò a prescindere dall'estinzione, con la morte della donante, dell'*exceptio legis Cinciae* ('*quoniam morte Cincia removetur*'), eventualmente (ed inutilmente) opposta dagli eredi della donna – attori rivendicanti i beni donati – all'*exceptio doli* loro opposta dal Latino, ulteriormente garantito dalla *duplicatio* menzionata nel riferito passo dei *Vaticana Fragmenta*. Le diverse interpretazioni presentate in dottrina del caso giudiziario di cui rimane sfuggente memoria in *Vat. fr.* 259 vengono analiticamente ricordate da GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 198 ss., il quale offre (p. 204 ss.), in relazione ad esso, anche una sua lettura alternativa.

veroso il pagamento, sottolineando, in forma di domanda retorica, l'irrelevanza, nella fattispecie considerata, dell'evento dedotto in condizione ai fini della validità della condizione medesima, che sarebbe rimasta impregiudicata anche se avesse subordinato il legato – anziché al pagamento della somma di duecento ad un soggetto, quale il Callimaco dell'esempio formulato, che giuridicamente non potrebbe acquistare – al riporre la predetta somma in qualche posto, o addirittura al buttarla in mare. L'acquisto in favore di Callimaco, viene osservato in chiusura, non è dunque di quelli *'testamenti nomine'* (Callimaco, infatti, non acquista *iure hereditario* direttamente dal testatore ma piuttosto *inter vivos*, in forza dell'erogazione in suo favore compiuta dal legatario, rappresentando la morte del testatore il «motivo oggettivo»⁸⁵³ del suo acquisto), ed è pertanto ricondotto all'ampia categoria del *'mortis causa capere'*⁸⁵⁴.

Il frammento è conservato nel trentacinquesimo libro del Digesto di Giustiniano, sotto il titolo primo, intitolato *'De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur'*: per quanto corrotto, esso mi sembra comunque escerpito da un più ampio contesto argomentativo volto a fornire un supporto casistico al principio generale, valido ancora per il diritto classico, per cui il *mortis causa capere* prescindeva dalla *testamenti factio*⁸⁵⁵, pur avendo con essa vistosi punti di contatto. Una conferma ulteriore in tal senso può rinvenirsi nel frammento tratto dal primo libro del commento di Marcello alla *lex Iulia et Papia* e conservato in:

D. 39.6.38: Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis. Etenim cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse iussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, et tamen, si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, condicionis explendae eius causa, mortis causa capio.

L'andamento iniziale del «tormentato»⁸⁵⁶ passo è stato qualificato «blanda-

⁸⁵³) CUGIA, *Indagini*, cit, p. 15.

⁸⁵⁴) Non si è mancato di evidenziare la perplessità che suscita la precisazione, nel riferito frammento, relativa al difetto di *testamenti factio* tra Callimaco e Mevio, visto che, al massimo, si sarebbe dovuto considerare l'eventuale difetto tra i beneficiari e il testatore: ed in effetti Mommsen propone l'inserimento di *'testator'* dopo le parole *'cum quo'* (Cfr. da ultimo GENOVESE, *op. cit.*, p. 191 ss., con un'ampia ricognizione dei tentativi di esegesi).

⁸⁵⁵) Così come rilevava già E. SCHLAGINTWEIT, *Die Erwerbung aus den Todesfall (mortis causa capio) nach römischen Rechte*, in «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts», VI, 1863, p. 377.

⁸⁵⁶) In questi termini si è recentemente espresso GENOVESE, *Mortis causa capitur*,

mente contraddittorio»⁸⁵⁷, e sulla sua genuinità si addensano «fitte ombre»⁸⁵⁸: in effetti Marcello esordisce affermando che la differenza tra la *donatio mortis causa* e ogni acquisto *mortis causa* effettuato da taluno consiste nell'individuazione della *donatio mortis causa* come di ciò che '*praesens praesenti dat*' (così sostanzialmente escludendo tutte le altre ipotesi di trasferimento sospensivamente condizionato all'avvenuto decesso del donante o, eventualmente, di un terzo), per poi intendere come acquisto riconducibile al *mortis causa capere* (*'mortis causa capi intellegitur'*) anche (*'et'*⁸⁵⁹) ciò che non sia riconducibile alla categoria della donazione (*'et quod non cadit in speciem donationis'*): dal che si dovrebbe desumere che l'esposizione di Marcello sarebbe volta a creare ripartizioni in seno ad un unico concetto (quello del *mortis causa capere*, in relazione al quale la *donatio mortis causa* sarebbe in rapporto di *species a genus*). L'individuazione del tratto distintivo e caratterizzante della *donatio mortis causa* nell'espressione '*quod praesens praesentis dat*' avrebbe rappresentato l'allusione ad un'ipotesi di *datio* «precedente direttamente e personalmente»⁸⁶⁰ dal donante al donatario, e non realizzata deducendola come oggetto di condizioni apposte ad eventuali disposizioni in favore di terzi, in un ipotetico più ampio contesto espositivo che, anche in questo caso, si assume espunto dai compilatori giustiniani (e del quale resterebbe una pallida traccia nell'*'earum rerum'* superstite nel frammento in esame)⁸⁶¹. Essendo peraltro il frammento in esame tratto da un commentario alla legislazione demografica dell'età augustea, la dottrina che si è interrogata in merito all'estensione delle leggi caducarie al *mortis causa capere* ha ritenuto di ammetterla per l'epoca successiva a Marcello, proponendo dunque, pur con tutte le cautele che accompagnano le ricostruzioni congettu-

cit., p. 27.

⁸⁵⁷) GENOVESE, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁵⁸) GENOVESE, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁵⁹) GENOVESE, *op. cit.*, p. 258 ss. considera «questione delicata ed in certa misura a sé stante» la presenza dell'*'et'* nel riferito passo di Marcello, dichiarando di aderire alle posizioni assunte da una minoranza di studiosi, che lo ritengono un inserto giustiniano, non rispondente al tenore originario della formulazione, e sostenendone il contrasto (p. 260) «con l'impostazione complessiva del brano in netta evidenza concepito allo scopo di sancire una distinzione (se non una vera contrapposizione) tra *m(ortis) c(ausa) donare-capere* e figure di *m(ortis) c(ausa) capere* a sé stanti, distinzione, invece, forzatamente compressa dalla sua presenza e sostanzialmente smentita dalla prosecuzione del frammento in cui si presentano casi di acquisizione *m(ortis) c(ausa)* che tali risultano in ragione dell'assenza di carattere liberale nell'attribuzione realizzata da un disponente in modo che taluno (beneficiario) riceva non direttamente da lui, bensì da un servo o da un istituito erede in attuazione di *condicio implenda* subordinante vuoi l'acquisto della libertà vuoi una quota di eredità».

⁸⁶⁰) GENOVESE, *op. cit.*, p. 262.

⁸⁶¹) In questi termini è rappresentata la ricostruzione svolta da GENOVESE, *op. cit.*, p. 262 ss.

rali, di escludere tale estensione sino alla metà del II secolo d.C.⁸⁶²

L'esposizione successiva si uniforma poi alla *ratio* sottesa all'illustrazione casistica che già si è presa in considerazione analizzando i passi di Gaio (ed in particolare l'esordio di D. 39.6.31.2) e Giavoleno (in D. 35.1.55), riferendo dunque «ipotesi di cui si ha generalizzato riscontro»⁸⁶³. Il brano sembra evidenziare il tratto che accomuna, con riguardo alla classificazione sistematica della tipologia di acquisto a cui danno luogo, disposizioni diverse, ed in particolare una *donatio mortis causa* e l'adempimento di una condizione apposta ad una disposizione testamentaria (è, a tale ultimo proposito, presa in considerazione l'ipotesi della liberazione per testamento del servo, che viene peraltro intesa equivalente a quella dell'istituzione di erede). Il *mortis causa capere* nel cui ampio alveo sono ricondotti gli acquisti a cui danno luogo le menzionate disposizioni servirebbe pertanto a tenerli distinti dalla classificazione secondo altri criteri, verosimilmente ritenuti di genere prossimo rispetto all'acquisto compiuto in forza del al predetto *mortis causa capere*, ma correlati all'imposizione dei limiti introdotti con riguardo allo *status* del beneficiario della disposizione, come avviene nel caso di quelli compiuti '*donationis causa*' o *iure hereditario*, '*condicionis explendae causa*'. Il principio è espresso anche in un frammento gaiano, volto ad esplicitare la *ratio* della *lex Falcidia*:

D. 35.2.76 (Gai., 3 *de leg. ad ed. praet.*) [pr.]: Id autem, quod condicionis implendae causa vel a coerede vel a legatario vel a statulibero datur, in Falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadranti eos imputare debet, quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intellegitur.

[1.] Qua ratione placuit legata, quae legatarii non capiunt, cum apud heredes subsederint, hereditario iure apud eos remanere intellegi et ideo quadranti imputanda, nec quicquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit an quod legatum est remanserit.

L'esclusione dell'imputazione alla quarta *ex lege Falcidia* di quanto l'erede acquista dal coerede, dal legatario o dallo statulibero in adempimento di una condizione imposta dal testatore alla disposizione in favore di questi ultimi è presentata anche in questa sede come indice di acquisto *mortis causa* compiuto non a titolo di erede, ed anzi al di fuori del diritto ereditario. Il calcolo della quarta deve invece effettuarsi sugli acquisti che avvengono a tale titolo: non si tratta dell'unica occasione in cui Gaio si premura di effettuare in questa sua opera⁸⁶⁴ un tale rilievo, che ricorre anche nelle Istituzioni di Marciano⁸⁶⁵ e

⁸⁶²) In questo senso, cfr. DI PAOLA, *Sull'estensione*, cit., p. 494.

⁸⁶³) GENOVESE, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶⁴) Cfr., infatti, D. 35.2.74 (Gai. 3 *de leg. ad ed. praet.*): *Quod autem dicitur, si ex iudicio*

nel commento di Ulpiano⁸⁶⁶, verosimilmente derivando, ancora una volta, dalla dottrina di Giuliano⁸⁶⁷. In tutti i casi riportati, la contrapposizione tra acquisto *iure hereditario* e acquisto *iure legati, vel fideicommissi, vel condicionis implendae causa* è funzionale all'illustrazione della riferita *ratio legis Falcidiae* che, stabilendo appunto il *beneficium heredis*⁸⁶⁸ consistente nella riserva in suo favore di un quarto dell'eredità, non prevede l'inclusione in detta quota degli acquisti ad altro titolo effettuati dall'erede nell'ambito della medesima successione.

Più complesso risulta invece il rapporto tra il *mortis causa capere* e la legislazione caducaria⁸⁶⁹, in relazione al quale siamo informati da un passo di Paolo:

D. 39.6.35.pr. (Paul., 6 *ad l. Iul. et Pap.*): Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.

Il brano ci rende edotti dell'estensione, avvenuta autoritativamente tramite senatoconsulto, delle limitazioni per gli acquisti compiuti *iure hereditario* (più precisamente, testamentario) al più generale ambito di quelli compiuti *mortis causa*, con particolare ed espresso riferimento a quelli compiuti in forza di *donationes mortis causa*. Detti acquisti, infatti, vennero posti dal riferito intervento normativo '*in eadem causa*' di quelli a titolo di legato. Anche a prescindere

defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur.

⁸⁶⁵ Cfr. D. 35.2.91 (Marcian., 13 *inst.*): *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte, quam accepit a coherede extra quartam id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit. Si quid vero implendae condicionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesset: et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.*

⁸⁶⁶ D. 35.2.44 (Ulp. 21 *ad ed.*): *Falcidia intervenire non potest, si statuliber de alieno dedit, non de bonis defuncti, vel alias est homo liber, qui condicionem implevit.*

⁸⁶⁷ Cfr. D. 35.2.87.1 (Iul. 61 *dig.*): *Item is, qui duos fundos in bonis centum haberet, si me et Titium heredes instituisset et damnasset me, ut Titio fundum Cornelianum quinquaginta venderem et contra Titium damnasset, ut mihi fundum Seianum quinquaginta venderet: non animadverto, quemadmodum lex Falcidia locum habere possit, cum uterque heredum unius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est: nam certe qui damnatus est fundum Cornelianum vendere, Seiani fundi partem hereditario iure habet, item qui damnatus est Seianum fundum vendere, partem Cornelianum fundi hereditario iure retinet.*

⁸⁶⁸ Come espressamente si afferma in D. 35.2.58 (Modest. 9 *reg.*): *Legis Falcidiae beneficium heres etiam post longum tempus mortis testatoris implorare non prohibetur.*

⁸⁶⁹ Cfr. CUGIA, *op. cit.*, p. 166, nt. 162, con letteratura.

dall'ipotesi avanzata in dottrina⁸⁷⁰ in forza della quale l'intervento del senato recepiva una decisione pronunciata in tal senso in sede giudiziaria, il senatoconsulto menzionato da Paolo è particolarmente significativo perché conferma quella tendenza, già iniziata con il senatoconsulto Pegasiano in rapporto agli acquisti compiuti dal beneficiario di disposizione fedecommissaria⁸⁷¹, ad estendere le limitazioni di acquisto previste per i *caelibes* e gli *orbi* dalla normativa demografica augustea ad un più ampio ambito di fattispecie. Lo stesso Paolo segnala, in conclusione di paragrafo, le questioni diverse e varie sollevate dal senatoconsulto, che evidentemente interveniva in un settore percepito come fortemente problematico già all'epoca della sua emanazione.

A tal proposito, proprio in un tentativo di ricostruzione della più volte menzionata dottrina di Giuliano contenuta nel sessantesimo libro dei suoi *Digesta*, e conservata in una versione asseritamente mutila in D. 39.6.18, in dottrina si è proposta una ricostruzione del pensiero del maestro adrianeo⁸⁷² supportata dall'analisi dei riferiti testi di Gaio, Marcello, Paolo e Ulpiano evidentemente influenzati dalla medesima (che, come si ricorderà, spesso viene testualmente richiamata), e non del tutto emendati dai compilatori, per eliminarne le residue tracce, nei riferimenti ad essa effettuati. In forza del generale e complessivo quadro dottrinale così ricostruito, Giuliano, nella stesura originaria dei suoi *Digesta*, proprio prendendo atto dell'estensione delle limitazioni imposte dalla legislazione demografica augustea per il tramite del senatoconsulto ricordato da Paolo nel frammento da ultimo riferito, avrebbe articolato la sua esposizione sul tema proprio enunciando la *ratio* estensiva del menzionato senatoconsulto, precisandone la riferibilità alle sole *donationes mortis causa* (che, con riguardo ai beneficiari *caelibes* ed *orbi*, in questo venivano dunque equiparate, dal punto di vista dell'acquisto, alle acquisizioni di eredità, legati e fedecommissi) e non anche ad altre tipologie di acquisto *mortis causa*, la cui esposizione viene affidata all'eterogenea casistica ancora presente nei frammenti confluiti nel Digesto di Giustiniano. Dall'analisi di questi ultimi emergerebbe pertanto l'ampio esercizio giurisprudenziale volto a tracciare i confini concettuali della *donatio mortis causa*, al regime della quale sarebbero stati ricondotti quegli esempi in forza dei quali la si riteneva validamente configurata anche nell'ipotesi di realizzazione per interposta persona, escludendosi invece le ipotesi quali quella della *donatio mortis causa* disposta in funzione della morte di un terzo. Giova peraltro ribadire che buona parte delle dispute giurisprudenziali volte a fornire un inquadramento dogmatico alla tipologia di acquisto mira-

⁸⁷⁰) Cfr. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normative del senato in età imperiale*, Milano, 1992, p. 219 ss.

⁸⁷¹) Cfr. Gai., *inst.* 2.286.a.

⁸⁷²) Cfr. GENOVESE, *op. cit.*, p. 231 ss.

vano evidentemente a considerarne la riconducibilità o meno alle prescrizioni normative emanate proprio con l'intento di limitare, in misura più o meno rilevante a seconda dello *status* del beneficiario, la capacità di acquistare.

7. Intersezioni di insiemi concettuali ed evoluzione del diritto testamentario

In base all'analisi delle fonti e della dottrina sin qui compiuta, possiamo affermare che, nell'esperienza giuridica romana – soprattutto in quella più antica e almeno sino all'emanazione delle *leges Furia* e *Voconia* – il disporre *mortis causa* non solo non coincide perfettamente col testare, rispetto alla quale attività abbraccia un più ampio ventaglio di ipotesi, ma non è nemmeno perfettamente corrispondente col *mortis causa capere*, che a sua volta ne include uno ancora più ampio. Volendo formulare una «rappresentazione grafica» delle aree concettuali coperte dalle attività riconducibili alle tre menzionate espressioni, si potrebbero immaginare altrettanti insiemi di dimensioni diverse (dalla più piccola, inclusiva del testare, alla più grande del *mortis causa capere*, passando per quella intermedia del disporre *mortis causa*) reciprocamente intersecantisi, e interessati, in particolar modo gli ultimi due, da un progressivo avvicinamento, determinato per via autoritativa in forza di leggi e senatoconsulti, questi ultimi emanati all'esito di vivaci dispute giurisprudenziali delle quali restano evidenti tracce nei frammenti conservati nel Digesto. In tal senso, risulta particolarmente rilevante la lezione formulata da Stanislao Cugia, oltre un secolo fa, quando affermava che «nel diritto classico di fronte alle figure del diritto ereditario testamentario sussiste dunque ancora un altro acquisto *mortis causa* né testamentario né ereditario in genere; il *mortis causa capere*. E' un *mortis causa capere* tutto ciò che si acquista in occasione della morte al di fuori del diritto ereditario»⁸⁷³. L'impiego originario dell'espressione non si informa, dunque, a rigidità precostituite, adattandosi piuttosto allo specifico contesto in cui veniva utilizzata⁸⁷⁴.

L'approccio sistematico che elegge il *mortis causa capere* come minimo comune denominatore delle disposizioni prese in esame, ponendosi dal punto di vista dell'acquisto e non della tipologia della disposizione, non considera la morte come requisito strutturale di fattispecie, ma, come si è visto, la riduce a semplice presupposto oggettivo dell'acquisto medesimo, comportando la caratterizzazione della relativa categoria nel senso dell'esaminata ampia inclusività, che ha portato la dottrina, se non proprio a ricondurla, quantomeno ad

⁸⁷³) *Indagini*, cit., p. 33.

⁸⁷⁴) Lo riconosce da ultimo GENOVESE, *op. cit.*, p. 212.

accostarla e compararla al *ius gentium*, dal quale comunque si tengono in qualche modo distinti i fedecommissi e i codicilli (e conseguentemente gli acquisti effettuati per loro tramite)⁸⁷⁵: se questi ultimi due istituti, infatti, vengono presentati come «esistenti semplicemente di fatto e tollerati dallo Stato»⁸⁷⁶ prima del riferito intervento di Augusto, allo *ius gentium* si riconosce incontestabilmente, sin dalle sue origini, «un reciso carattere giuridico»⁸⁷⁷. L'*iter* storico dei fedecommissi (ma anche quello dei codicilli) sarebbe allora paradigmatico: prima di Augusto, l'acquisto a favore del beneficiario di una disposizione fedecommissaria sarebbe avvenuto con atto *inter vivos* – che rinveniva nella morte del testatore solo il suo presupposto oggettivo – stipulato tra l'onerato e il beneficiario medesimo. La vincolatività giuridica fornita poi da Augusto al fedecommissario comporterà l'obbligatorietà della sua prestazione per l'onerato, facendo comunque rimanere il relativo acquisto sempre nell'ampio alveo del *mortis causa capere*. Sarà infine con Adriano ad avvenire il mutamento della natura giuridica dell'istituto, e l'acquisto compiuto in forza di esso passerà così dal *mortis causa capere* al più ristretto ambito del diritto ereditario, potendo dunque essere oggetto del regime di limitazioni previste per esso, ed introdotte o estese per via autoritativa⁸⁷⁸.

Lo scopo empirico posto in atto, che da sempre corrispondeva (nel fedecommissario particolare) a quello del legato, in concomitanza col rilevato mutamento di natura giuridica, avrebbe comportato il progressivo venir meno della ragione della differenza tra legati e fedecommissi, costituendo un'importante tappa del cammino verso la riforma giustiniana in materia⁸⁷⁹, con la quale si fonderanno, unificandole ed attribuendo loro la medesima natura, figure alle origini tra loro distantissime, anche (e soprattutto) con riguardo a questo aspetto, posto che, come si è più volte rilevato, il fedecommissario delle epoche più antiche non rientrava tra gli istituti del diritto testamentario e, più in generale, di quello ereditario, «tanto che potevano ricevere per esso non solo quelli privi di *ius capiendi*, ma persino chi non aveva la *testamenti factio*, come il *peregrinus*»⁸⁸⁰, come ricorda lo stesso Gaio:

Gai., *inst.* 2.284. Erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt. [285] Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum. sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur. [286] Caelibes

⁸⁷⁵) Cfr. CUGIA, *op. cit.*, p. 36 s.

⁸⁷⁶) CUGIA, *loc. ult. cit.*

⁸⁷⁷) CUGIA, *loc. ult. cit.*

⁸⁷⁸) Cfr. quanto riferito in Gai., *inst.* 2.285 e 287, che verrà subito riportato nel testo.

⁸⁷⁹) Cfr. sempre CUGIA, *loc. ult. cit.*

⁸⁸⁰) CUGIA, *op. cit.*, p. 23.

quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. [286a] Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. sed postea senatus consulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditateque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nulli liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt. [287] Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei posset. sed senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est.

Si tratta dei passi delle *Institutiones* a cui si è fatto cenno nel quarto paragrafo del presente capitolo, evidenziando come in essi, in una prospettiva di ricostruzione storica, il maestro antoniniano contrapponga le differenze, non più esistenti al tempo in cui egli scrive, tra legati e fedecommissi. Gaio contribuisce così a rappresentare l'idea del progressivo «avvicinamento» del fedecommissi ad un ambito – quale quello degli istituti inclusi nel diritto ereditario in generale, ed in quello testamentario in particolare – a cui apparteneva invece sin dalle origini, in forza dei motivi che si sono discussi, il raccordo tra testamento e legato: non è un caso che, con riguardo a tale ultimo istituto, egli non senta il bisogno di operare un'analogia ricostruzione storica, preoccupandosi piuttosto di esporre la riferita disciplina classica dei *genera legatorum*.

Questo stretto raccordo tra testamento e legato, più che «aristocratico»⁸⁸¹, come pure è stato qualificato, mi sembra in verità rispondente ad esigenze eminentemente pratiche oltre che – per le ragioni che si sono illustrate e discusse in conclusione del secondo e terzo capitolo – sufficientemente antico da spingermi a trarre le ulteriori conseguenze desumibili anche dalle osservazioni di chi interpreta il legato come «un istituto della *hereditas*, ... un acquisto *testamenti nomine*»⁸⁸²: un istituto, dunque, da sempre incluso nell'orbita del diritto ereditario (ed in particolar modo di quello testamentario), e non «attratto» successivamente da esso.

Il legato (e cioè la disposizione *mortis causa* validamente contenuta o richiamata in un atto che, oltre ad essere *mortis causa*, è innanzitutto dotato di natura «testamentaria»), praticamente e concettualmente esistito sin dall'epoca del *testamentum calatis comitiis* e di quello *in procinctu* – come si è concluso in chiusura del precedente capitolo – continua ad essere sicuramente presente nella

⁸⁸¹) L'affermazione viene apoditticamente effettuata da M. D'ORTA, «*Sterilis beneficii conscientia*», cit., p. 18.

⁸⁸²) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 17.

forma compiuta del *testamentum per aes et libram*. Proprio la persistente necessità della sua disposizione anche nel lasso di tempo che separa le più antiche forme pubbliche di testamento da quella più evoluta del testamento librare, peraltro, deve aver sicuramente rappresentato il principale fattore propulsivo per lo studio e l'adattamento di quello strumento (la *mancipatio familiae*) che *medio tempore* ne permetteva la migliore realizzazione pratica, per renderlo – volendo utilizzare la terminologia a cui ricorrerebbe un moderno economista – ancora «più efficiente»: la pressante esigenza della disposizione di legati contestualmente alla realizzazione di quella che oggi chiamiamo successione a titolo universale fu quindi lo stimolo che permise alla giurisprudenza postdecemvirale di trasformare la *mancipatio familiae* nel *testamentum per aes et libram*, o, se si preferisce, di dotare di natura testamentaria il *gestum per aes et libram* già impiegato per disporre *mortis causa*. Come si è più volte ripetuto, il diffuso ricorso a quest'ultimo come *testamentum* si generalizzò nel momento in cui tale dotazione, divenuta *ius receptum*, ricevette i caratteri della stabilità e definitività, inserendosi poi a pieno titolo tra gli istituti del diritto classico, nel quale, in ogni caso, «la successione ereditaria romana avviene con istituti fissati rigorosamente dal diritto oggettivo: tutte le altre figure benché praticamente possano raggiungere scopi eguali, sono tuttavia fuori dal diritto ereditario romano. La *voluntas* non può trasformare in ereditario un tipo di negozio non riconosciuto dal diritto ereditario. Nel diritto giustiniano non è tanto la figura usata quanto la *voluntas*; lo scopo empirico che dà ad un negozio la natura di ereditario»⁸⁸³. Secondo la lezione di Stanislao Cugia, dunque, oltre a doversi contrapporre la diversa rilevanza della *voluntas* nel diritto classico ed in quello giustiniano, va affermata, con riguardo al primo, l'esistenza di istituti «rigorosamente fissati dal diritto oggettivo», tramite cui realizzare la successione ereditaria. Contemporaneamente, però, non si esclude la possibilità del raggiungimento pratico di «scopi eguali» per il tramite di «altre figure» da considerarsi «tuttavia fuori dal diritto ereditario romano», e comunque idonee a realizzare un acquisto. Anche in questo caso, le ulteriori e logiche conseguenze da trarre riguardano il concreto estrinsecarsi del più volte menzionato «sperimentalismo» della giurisprudenza che, sapientemente mediando tra il rigore formale dei limitati istituti noti al più antico *ius civile* e l'ampio ambito del *mortis causa capere*, tra prove e ripensamenti, operò un tentativo di intersezione tra le modalità di acquisto originariamente estranee al diritto ereditario e quelle limitate e rigorose proprie del diritto testamentario (del *testamento capere*), proprio per ampliare – ed in ultima analisi rendere maggiormente fruibile, contribuendo allo sviluppo del progresso nel settore del diritto preso in esame –

⁸⁸³) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 31 s.

il novero di queste ultime ipotesi. E che si tratti, come ho scritto in precedenza, di un'esigenza «senza tempo» lo si può appurare considerando la stessa storia del diritto ereditario romano, che nel periodo giustiniano arriverà ad includere in esso un istituto quale la *mortis causa donatio*, peraltro avendola il più possibile assimilata – se non del tutto equiparata, come pure lasciano intendere certi testi⁸⁸⁴ – al legato, già a partire dalla definizione dell'istituto icasticamente fornita dalla Istituzioni di Giustiniano⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴) Cfr. *Iust. Inst.* 2.7.1, ove, nel riferire la disciplina della *mortis causa donatio* si afferma: *hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahabant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur: et sic procedat quemadmodum eam nostra formavit constitutio.*

⁸⁸⁵) *Iust. Inst.* 20.1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.*

Indici

Indice delle fonti

Fonti giuridiche

Vaticana fragmenta		2.103	121 nt. 471; 178 nt. 681; 179; 181; 191; 192; 193; 194; 217 nt. 809
1	232 nt. 852		
47	197 e nt. 734	2.104	90 nt. 347; 95 nt. 367; 100 nt. 394; 176 nt. 673; 181; 191 e nt. 710; 193
50	77 nt. 281		
259	231 nt. 852; 233 nt. 852		
Gaii institutiones		2.104-108	185 nt. 695
1.3	139	2.114-117	184; 205; 205 nt. 763
1.22-24	231 nt. 852	2.117	185
1.42	80 nt. 298	2.138	135
1.98-107	130	2.147	135
1.99	110	2.191	82; 82 nt. 301; 82 nt. 305
1.100	131 nt. 486	2.191-223	182 nt. 691
1.101	131 nt. 486	2.192	195 e nt. 722
1.102	131 nt. 486	2.193	196 nt. 726
1.103	135 nt. 503	2.197	200
1.107	131 nt. 487	2.201	197 nt. 737
1.109-110	218 nt. 814	2.202	214 nt. 779
1.113	178; 193 nt. 716; 219 nt. 815	2.224	18 nt. 11; 64; 75 e nt. 261; 78; 79; 80 nt. 296; 81; 82 e nt. 303 e 311; 83; 86 nt. 327; 182 nt. 691; 196 nt. 729
1.114	219 nt. 816	2.224-228	64; 182 nt. 691; 184 nt. 692; 182 nt. 691; 184 nt. 692
1.115	219 e nt. 817	2.225-227	80 nt. 297
1.115.a	218; 219	2.225-228	64
1.119	178; 189; 190	2.226	208 nt. 769
1.144-145	88 nt. 341	2.228	80
1.155	88 nt. 341	2.229	182; 186; 204
2.4	168 nt. 648	2.229-230	183 nt. 691
2.29	193 nt. 716	2.230	184 nt. 693
2.47	88 nt. 341; 232 nt. 852	2.231	183 nt. 691; 184 nt. 694
2.80	232 nt. 852	2.232-234	183 nt. 691
2.97	204 nt. 762	2.235-237	183 nt. 691
2.101	121 nt. 471; 197	2.238-243	183 nt. 691
2.101-103	104 s.		
2.101-104	178 nt. 682		
2.102	110; 120; 190; 191; 218		
2.102-104	175 s.; 191		

2.244	183 nt. 691	2.286.a	238 nt. 871
2.245	183 nt. 691	2.287	216 e nt. 799; 240 nt. 878
2.246-252	204	2.288	216 e nt. 800
2.246	204	2.289	216 e nt. 801
2.247	204	3.83	131 nt. 488; 133 nt. 496
2.248	185; 205; 206; 221 nt. 820	3.154.a	64 e nt. 200
2.249	206; 217	3.175	198 nt. 739
2.249-250	217 nt. 812	3.189	36 nt. 86
2.250	206		
2.251	210; 211		
2.251-252	217 nt. 810	lex duodecim Tabularum	
2.252	210 nt. 771	2.2	74
2.253	211 e nt. 772	4.2b	34 nt. 77
2.254	210; 211 e nt. 774; 212; 213 e nt. 777	5.3	18 e nt. 8; 40 nt. 117; 63; 65; 77 e nt. 285; 78; 81; 82; 83; 89; 90; 104; 121 nt. 471; 122; 196; 201
2.255	210; 212 e nt. 776	5.3-5	73 nt. 247
2.257	210	5.6-10	73 nt. 249
2.259	206 e nt. 766	6.1	75 e nt. 271; 76; 77; 121 nt. 471; 201
2.260	213 nt. 778	7.2	40 nt. 117
2.260-289	212	8.4	40 nt. 117
2.261	214	8.6	40 nt. 116
2.261-267	213	8.12-15	40 nt. 117
2.262	213 e nt. 780	8.21	165 e nt. 625
2.263-266	214 nt. 783	10.1-2	40 nt. 117
2.264	214 nt. 782	10.9-10	40 nt. 117
2.265	214 nt. 781		
2.266	215 nt. 787	Tituli ex corpore Ulpiani	
2.267	214 nt. 784	1.9	215 nt. 785
2.268	212	2.8	215 nt. 786; 215 nt. 787
2.270	215 nt. 789	11.14	18 nt. 11; 75 nt. 263; 75 nt. 333; 87 e nt. 333; 88 nt. 337
2.270.a	203 nt. 757; 215 e nt. 791	19.17	197 nt. 733
2.271	215 e nt. 792	20.1	182
2.272	215 e nt. 793	20.2	177; 181 nt. 685
2.273	203 nt. 757; 205 nt. 764; 215 e nt. 790	20.2-9	178 nt. 680
2.274	215 e nt. 794	20.9	181
2.275	215 e nt. 795; 231 nt. 852	24.2	195 nt. 722
2.276	216 e nt. 796		
2.277	216 e nt. 802		
2.278	216 e nt. 803		
2.279	216 e nt. 804		
2.280	216 e nt. 806		
2.281	216 e nt. 807		
2.282	216 e nt. 805		
2.283	216 e nt. 808		
2.284	215 nt. 788		
2.284-287	240 s.		
2.285	203; 216 e nt. 797; 240 nt. 878		
2.286-286.a	216 e nt. 798		

* * *

Codex repetitae praelectionis

8.47.6	132 nt. 495
8.56(57)	223 nt. 827

Constitutio Deo Auctore		39.6.18.pr.-3	224
4-8	223 nt. 829	39.6.18.1	225; 228
Digesta		39.6.18.2	225
1-24.2	62	39.6.18.3	226
1.2.1	27 nt. 53	39.6.21	230 e nt. 841
1.2.2.5-6	25	39.6.31.pr.	227
5.3.43	138 nt. 511	39.6.31.pr-4	226 s.
5.4.3	138 nt. 512	39.6.31.1	227
8.3.33.pr.	20 nt. 14	39.6.31.2	227; 228 nt. 837; 230; 236
9.1.1.4	25	39.6.31.3	228
11.8.2	167 nt. 645	39.6.31.4	228 s.
12.6.21	20 nt. 14	39.6.35.pr.	237
16.1.17.pr.	20 nt. 14	39.6.38	234
16.1.19.5	20 nt. 14	40.4.21	20 nt. 14
16.1.19.8	20 nt. 14	40.4.22	20 nt. 14
24.3-28	62	43.30.4	20 nt. 14
26.2.1.pr.	88 nt. 338; 88 nt. 341	50.16.39.2	151 e nt. 576; 152; 159; 162; 170 nt. 660
26.2.20.1	88 nt. 338	50.16.40.pr.	150 s. e nt. 575; 159; 162
26.5.21-22	48 nt. 159	50.16.53.pr.	18 nt. 11; 75 e nt. 264; 87 nt. 335; 88 nt. 338; 89; 89 nt. 342
28.1.1	182	50.16.120	18 e nt. 11; 64; 75 nt. 261; 78 e nt. 291; 84 e nt. 314; 88 nt. 340; 89; 102; 125; 170; 196 nt. 729
28.2.14.2	20 nt. 14	50.16.237	25
28.5.48[47].pr.-2	20 nt. 14	50.16.238.1	150 e nt. 574; 162
28.6.34.pr.	20 nt. 14	Iustiniani institutiones	
29.2.49	20 nt. 14	1.7	83 e nt. 313
35.1	234	1.11.1	132 nt. 495
35.1.32	20 nt. 14	2.7.1	243 nt. 884
35.1.55	233; 236	2.10.1	177 nt. 676; 178 nt. 678; 178 nt. 680; 181 nt. 686
35.2.1.8	232 nt. 852	2.20.pr.	82, 82 nt. 301
35.2.44	237 nt. 866	2.20.2	82 nt. 306
35.2.58	237 nt. 868	2.20.3	82 nt. 307
35.2.74	236 s. nt. 864	2.20.4-35	82 nt. 308
35.2.76.pr.-1	236	2.21	82 e nt. 309
35.2.87.1	237 nt. 867	2.22	80 nt. 296; 82 nt. 310;
35.2.91	237 nt. 865	2.22.pr.	18 nt. 11; 64; 75 nt. 261; 78; 79 e nt. 292; 81; 82 nt. 310; 83;
37.4.14.1	20 nt. 14	2.23.1	202 nt. 757; 203 nt. 758
37.10.8.pr.	20 nt. 14	2.24.2	215 nt. 787
37.11.11.2	97 nt. 372	2.25.pr.	202 s. nt. 757; 203 nt. 758
38.6.1.pr.	74 nt. 251	20.1	243 nt. 885
39-50	62	20.2	195 nt. 722
39.1.15	20 nt. 14		
39.6	222		
39.6.8.pr.	229		
39.6.8.pr.-1	229		
39.6.8.1	229		
39.6.9	231 s. nt. 852		
39.6.12	229; 230		
39.6.18	227; 228 nt. 837; 238		
39.6.18.pr.	228; 228 nt. 837; 229		

Novellae Iustiniani		2.10.1	177 nt. 677; 178 nt. 680;
2.22.pr.	18 nt. 11; 75 e nt. 262;	2.22	178 nt. 681; 181 nt. 687
	79 nt. 292; 84; 95 nt. 364		83 nt. 312
	***		***
Theophili paraphrasis Iustiniani institutionum		L. 16.2. 1913 n. 89	
2.22.pr.	18 nt. 11; 75 nt. 261; 83 nt. 312	art. 50	192 e nt. 713

Fonti letterarie

Auctor ad Herennium		2.9.23	147 nt. 557
<i>rhetorica</i>		2.19.47	147 nt. 556
1.11	115 nt. 446	2.19.47-	155 s.
1.13.23	18 nt. 10; 75 nt. 266; 93	2.21.53	
		2.23.59	24; 25 nt. 38; 32; 33 nt. 71; 35
Ausonius		2.25.64	71 nt. 241; 74 nt. 255
<i>Griphus ternarii numeri</i>		2.30	153 e nt. 597
2.61-62	71 e nt. 240	3.2.5-3.5.12	49
		3.3.6-3.4.11	41 e nt. 122; 46 nt. 147
Caesar		3.3.7	97 nt. 374
<i>de bello Gallico</i>		<i>de natura deorum</i>	
6.31.5	152 nt. 586	2.3.9	120 nt. 469
Cicero		<i>de officiis</i>	
<i>de domo sua</i>		1.17.57	128 e nt. 481
32-38	158 s. e nt. 610	1.45.160	128 e nt. 481
<i>de finibus bonorum et malorum</i>		<i>de oratore</i>	
2.55	207 s. e nt. 769	1.2.5	92 nt. 354; 94 nt. 361
2.58	209 s. e nt. 770	1.38.175	126
<i>de inventione</i>		1.43.193	31 e nt. 63
2.50.148	18 nt. 10; 75 nt. 265; 92 s.	1.44.195	31 e nt. 63
		1.57.245	32 nt. 65
<i>de legibus</i>		3.40.159	76
2.4.9	24 nt. 31; 74 nt. 254	<i>de re publica</i>	
2.8.19-2.10.23	49	2.37.63	36 nt. 86
2.9.22	147	<i>In M. Antonium orationes Philippicae</i>	
		2.109	123 nt. 476

<i>Orator</i>		2.3.5-6	142
41.140-143	154 e nt. 603	2.24.3	143 nt. 532
41.148	154 e nt. 603	2.24.11	97 nt. 374
42.144	154	2.25.5	143 nt. 532
<i>pro Murena</i>		3.18.5	143 nt. 532
12.27	157 nt. 607	5.4.1	143
<i>pro Sestio</i>		5.19	134 nt. 502
15	149 nt. 567	5.19.1-2	134 nt. 501
<i>topica</i>		5.19.1-16	130 s.
6.29	96 nt. 369	5.19.8	101 nt. 395; 131
		5.19.9	132 nt. 489
		6.15.1	25 nt. 43
		7.12.1-6	162 s.
		8.14	116 nt. 447
		9.14.1	143 e nt. 527
		9.14.26	143 e nt. 528
		10.20.2	140
		11.18.1-10	63
		13.15.3	112 nt. 439
		13.16.1-3	112; 119; 146
		13.21.16-17	143 nt. 530
		14.7	143 nt. 532
		15.27	136 nt. 504; 145, 145 nt. 543; 150 nt. 568
		15.27.1-3	111
		15.27.1-5	136
		15.27.3	119; 143 nt. 533; 177; 188 e nt. 703
		15.27.4	139; 143 nt. 534
		16.10.11	97 nt. 374
		18.5.11	143 e nt. 529
		18.7	116 e nt. 447; 142
		18.7.1-9	115 s.
		20.1.1-6	19; 35 nt. 82
		20.1.13	25 nt. 43
		20.1.49	63
		20.1.53	63
		Granius Flaccus (Huschke)	
		<i>de indigitamentis</i>	
		8	167 nt. 643
		Homerus	
		<i>Odyssea</i>	
		11.420-425	39 nt. 105
		Horatius	
		<i>epistulae</i>	
		2.1.23	38 nt. 96
		5.89	151 e nt. 580
<i>Orator</i>			
41.140-143	154 e nt. 603		
41.148	154 e nt. 603		
42.144	154		
<i>pro Murena</i>			
12.27	157 nt. 607		
<i>pro Sestio</i>			
15	149 nt. 567		
<i>topica</i>			
6.29	96 nt. 369		
Ciprianus			
<i>ad Donatum</i>			
10	35 nt. 82		
Dionysius Halicarnassensis			
<i>antiquitates Romanae</i>			
2.10.3	165 nt. 625		
2.15.2	166 nt. 638		
2.26.1-6	40 nt. 117		
2.26.5	116		
2.27.3	74 e nt. 257		
2.74.3	167 nt. 640		
Festus			
<i>de verborum significatu</i> (Lindsay)			
<i>aluta</i> (5)	166 nt. 635		
<i>contio</i> (30)	115 e nt. 446		
<i>inlicium vocare</i> (100)	118 nt. 462		
<i>nexum</i> (160)	76		
<i>ordo sacerdotum</i> (198)	111		
<i>plorare</i> (260)	166 nt. 636		
<i>popularia sacra</i> (298)	152 e nt. 591		
<i>publica sacra</i> (284)	152 e nt. 590		
<i>reus</i> (336)	74 nt. 256		
<i>sacer mons</i> (423)	166 nt. 633		
<i>sanates</i> (426)	25 nt. 38		
<i>termino</i> (505)	167 nt. 640		
Gellius			
<i>noctes Atticae</i>			
1.6.8	127; 171		
1.7.1-3	143 nt. 530		
1.9.12	97 nt. 374		
1.12.11	115 nt. 446		
1.12.18	25 nt. 43; 35 nt. 82		
1.23.2	143 e nt. 531		

<i>satirae</i>		5.10.2	92 nt. 355
2.3.181	165 e nt. 624	9.3.89	92 nt. 355
Livius		Sallustius	
<i>ab urbe condita</i>		<i>de coniuratione Catilinae</i>	
1.46.1	101 nt. 395	22.2	149 nt. 567
3.44.1	166 nt. 639	Salvianus	
3.55.8	165 e nt. 626	<i>de gubernatione Dei</i>	
5.52.4	153 e nt. 598	8.5.24	35 nt. 82
6.1.1-2	30 nt. 55	<i>Scholia in Horatium</i> (H.J. Botschuyver)	
6.1.9-10	29 nt. 54; 30 nt. 56	418	38 nt. 96
10.38.9	148 nt. 563	Seneca	
10.38.10	148 e nt. 561	<i>de beneficiis</i>	
10.38.11	151 e nt. 581	1.9.2	152 nt. 588
10.38.12	149 e nt. 564	2.14.1	152 nt. 588
10.41.3	148 e nt. 562	4.16.2	152 nt. 588
Macrobius		7.20.4	152 nt. 588
<i>Saturnalia</i>		<i>de tranquillitate animi</i>	
1.16.29	113 e nt. 442	2.10	152 e nt. 587
3.7.3	165 e nt. 621	8.8	152 e nt. 588
Ovidius		<i>epistulae</i>	
<i>metamorphoses</i>		95.33	165 e nt. 628
15.505	151 e nt. 582	Servius	
Plautus		<i>ad Aeneidem</i>	
<i>Bacchides</i>		2.154	149 nt. 567
783 s.	165 e nt. 623	2.156	146 e nt. 551; 146 nt. 553
849	127	6.609	165 e nt. 625
<i>Mostellaria</i>		Suetonius	
233-234	127	<i>Nero</i>	
<i>Poenulus</i>		4.1	97 nt. 374
<i>Prologus</i> 90	165 e nt. 623	Tacitus	
Plutarchus		<i>historiae</i>	
<i>Romulus</i>		3.66	97 nt. 374
22	166 nt. 637	Valerius Maximus	
<i>Theseus</i>		<i>facta et dicta memorabilia</i>	
19-20	39 nt. 105	4.3.6	151 s. e nt. 584
Quintilianus		6.1.13	166 nt. 639
<i>institutio oratoria</i>			
3.1.21	92 nt. 355		
3.3.1	91 nt. 353		

Indice delle fonti

6.4.5	152 e nt. 585	6.9.90	115
7.7.1	126	7.105	76
Varro		Vergilius	
<i>de lingua Latina</i>		<i>Aeneis</i>	
6.9.86-95	113 nt. 445; 119; 119 nt. 462	3.56-7	165 e nt. 627

Fonti epigrafiche

Inscriptiones Latinae Selectae (H. Dessau)		Testamentum Antonii Silvani («FIRA.» ² , III, <i>Negotia</i>)	
8987	31 nt. 62; 35 nt. 82	1-3	12
		16 ss.	100 nt. 394

Indice degli Autori

- A JESU CHRISTO, B.: 39 nt. 104.
ACCAME, S.: 29 nt. 54.
AGAMBEN, G.: 165 nt. 631; 166 nt. 633.
AGNATI, U.: 17 nt. 6; 39 nt. 106; 65 nt. 202; 67 nt. 212; 67 nt. 218; 71 nt. 243.
ALBANESE, B.: 15 nt. 6; 18 nt. 8; 76 nt. 278; 77 nt. 283; 78 e nt. 289; 80 nt. 299; 84 nt. 315; 88 nt. 342; 96 nt. 369; 97 e nt. 378; 165 nt. 625; 165 nt. 631; 166 nt. 632; 167 nt. 648; 178 nt. 682; 180 nt. 684; 188 nt. 701; 218 nt. 813; 218 nt. 814.
ALINEI, M.: 97 nt. 375.
AMBROSINO, R.: 180 s. nt. 684; 218 nt. 813.
AMELOTTI, M.: 16 nt. 6; 102 nt. 400; 106 nt. 415; 108 nt. 422; 177 nt. 675; 224 nt. 830.
AMIRANTE, L.: 17 nt. 7; 24 nt. 35; 25 nt. 36; 25 nt. 37; 26 nt. 44; 26 nt. 47; 26 nt. 48; 27 nt. 51; 70 nt. 238; 71 nt. 243; 123 nt. 477; 169 e nt. 658.
AMPOLO, C.: 97 nt. 377; 99 386.
APPLETON, C.: 34; 89.
ARANGIO-RUIZ, V.: 100 nt. 394; 103 nt. 402; 106 nt. 415; 109 nt. 430; 126 nt. 479; 202 nt. 757.
ARCARIA, F.: 238 nt. 870.
ARCES, P.: 18 nt. 8; 36 nt. 85; 74 nt. 259; 128 nt. 482; 200 nt. 753.
ARCHI, G.G.: 224 nt. 830.
ARIAS BONET, J.A.: 23 nt. 28; 222 nt. 826.
ARICÒ ANSELMO, G.: 101 nt. 395; 105 nt. 409; 105 nt. 412; 111 nt. 435; 112 nt. 439; 112 nt. 440; 118; 119; 119 nt. 462.
ASCOLI, A.: 15 nt. 6; 200 nt. 753;.
ASSMANN, J.: 29 nt. 54; 33; 33 nt. 68; 33 e nt. 69;.
ASTARITA, M.L.: 139 e nt. 515.
ASTOLFI, R.: 141 nt. 524.
BACCARI, M.P.: 17 nt. 7.
BALDUINUS, F.: 37 e nt. 94; 65 e nt. 201; 66 e nt. 205.
BARTOŠEK, M.: 211 nt. 773.
BAVIERA, G.: 21 e nt. 19; 29 nt. 54; 31 nt. 60; 35 nt. 82.
BEHREND, O.: 78 nt. 286; 78 nt. 287.
BELLOCCHI, N.: 77 nt. 279.
BELTRAMI, A.: 92 nt. 357.
BENDLIN, A.: 111 nt. 437.
BENVENISTE, É.: 98 e nt. 379.
BERGER, A.: 22 nt. 24; 137 nt. 506; 232 nt. 852.
BERGMAN, C.G.: 128 nt. 483; 154 nt. 600.
BERMAN, H.J.: 44 nt. 135.
BERNARDI-PERINI, G.: 116 nt. 447.
BERTOLDI, F.: 179 nt. 683; 180 nt. 684.
BESELER, G.: 230 nt. 844.
BIANCHI, E.: 16 nt. 6;.
BILLANOVICH, M.: 50 nt. 169.
BIONDI, B.: 15 nt. 6; 106 nt. 415; 195 nt. 721; 202 nt. 757; 203 nt. 759; 211 nt. 773; 224 nt. 830.
BISCARDI, A.: 106 nt. 416; 108 nt. 421; 168 nt. 649.
BLANCH Nougues, J.M.: 16 nt. 6; 106 nt. 405; 179 s. nt. 684; 188 nt. 701; 191 nt. 711.
BLEICKEN, J.: 145 nt. 545.
BONA, F.: 17 nt. 7; 71 nt. 243.
BONFANTE, P.: 15 nt. 6; 108 e nt. 424; 109; 172; 195 s.; 222 nt. 826; 224 nt. 830.
BOSCHERINI, S.: 22 nt. 27; 37 nt. 95; 99 e nt. 388.
BOTSCHUYVER, H.J.: 38 nt. 96.
BREMER, F.P.: 112 nt. 439; 197 nt. 736.
BRETONE, M.: 22 nt. 25; 24 nt. 32; 24 nt. 33; 25 nt. 38; 25 nt. 39; 26 nt. 44; 32 nt. 64; 34 nt. 72; 34 nt. 77; 37 nt. 90; 75

- e nt. 260; 76 nt. 276; 84 nt. 315; 88 nt. 342; 90 nt. 351; 91 nt. 351; 101 nt.397; 120 nt. 468; 121 nt. 471; 165 nt. 629; 168 nt. 649; 187 nt. 698; 187 nt. 699.
- BRUCK, E.F.: 223 nt. 830.
- BRUNS, C.G.: 69; 70.
- BRUTTI, M.: 187 nt. 698.
- BUCKLAND, W.W.: 233 nt. 852.
- BUONOCORE, M.: 17 nt. 7; 53; 53 nt. 180; 53 nt. 181; 61 nt. 188.
- BURDESE, A.: 125 nt. 478.
- CADONI, E.: 72 nt. 244.
- CALCANTE, C.M.: 163 nt. 618.
- CALONGHI, F.: 84 nt. 317; 104 nt. 407; 143 nt. 533; 163 nt. 620.
- CALORE, A.: 149 nt. 565; 149 nt. 567.
- CANCELLI, F.: 42 nt. 126; 92 nt. 356; 125 nt. 478.
- CANNATA, C.A.: 75 nt. 272; 122 nt. 473.
- CANTARELLA, E.: 107 nt. 421; 165 nt. 621; 167 nt. 641; 167 nt. 648; 208 nt. 769.
- CANTARELLI, F.: 40 nt. 117.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L.: 17 nt. 7; 90 nt. 348; 107 e nt. 419; 107 nt. 420; 200 nt. 748.
- CAREDDU, M.: 129 nt. 485; 144 nt. 537; 150 e nt. 569; 151 nt. 577; 152 nt. 589; 153 e nt. 594; 153 nt. 595; 161 nt. 614.
- CARRION, L.: 66 nt. 206; 67 nt. 215.
- CARUSI, E.: 196 nt. 725; 196 nt. 732; 197 nt. 735.
- CASAVOLA, F.: 19 nt. 13; 233 nt. 852.
- CASCIONE, C.: 17 nt. 7.
- CASSINI, D.: 109 e nt. 427; 170 nt. 661.
- CASTELLO, C.: 144 nt. 535; 146 nt. 552.
- CASTRO SAENZ, A.: 16 nt. 6; 106 nt. 415; 188 nt. 701.
- CATALANO, P.: 145 nt. 542; 145 nt. 544; 150 e nt. 571.
- CAVANNA, A.: 67 nt. 212.
- CERAMI, P.: 99 e nt. 387.
- CHADWICK, H.: 92 nt. 357.
- CIAPESSONI, P.: 200 nt. 753.
- CITRONI, M.: 17 nt. 7.
- CLASSEN, J.C.: 158 nt. 609.
- CLERICI, L.: 21 nt. 20; 99 nt. 383; 99 nt.384.
- COARELLI, F.: 103 nt. 402.
- COBETTO GHIGGIA, P.: 106 nt. 416.
- COGLIOLO, P.: 15 nt. 6;
- COLI, U.: 15 nt. 6; 33 nt. 70; 75; 76 nt. 273; 77 nt. 284; 78 nt. 287; 84 nt. 317; 84 nt. 318; 87 nt. 336; 87 nt. 337; 105 nt. 412; 111 nt. 435; 119 nt. 464; 123 nt. 475; 195 nt. 721; 195 nt. 723; 196 nt. 724; 197 nt. 736; 198 nt. 741.
- CONNERTON, P.: 32 nt. 68.
- COPPOLA BISAZZA, G.: 16 nt. 6; 18 nt. 9; 34 nt. 76; 107 nt. 418; 109 nt. 425; 170 nt. 662; 171 nt. 663; 178 nt. 682; 179 nt. 683; 179 nt. 684.
- CORBINO, A.: 188 nt. 701; 189 nt. 704; 190 nt. 705.
- COSTA, E.: 93 nt. 359; 126 e nt. 480.
- CRAWFORD, M.H.: 37 nt. 96; 38 nt. 97; 38 nt. 98; 38 nt. 100; 39 nt. 108; 75 e nt. 267; 88 nt. 337.
- CRIFÒ, G.: 108 nt. 424; 165 nt. 631; 166 nt. 634; 166 nt. 635; 168 nt. 653; 169 nt. 654.
- CUGIA, S.: 23 nt. 28; 156 nt. 605; 174 nt. 668; 222 nt. 822; 222 nt. 823; 222 nt. 824; 229 nt. 838; 231 nt. 845; 231 nt. 847; 231 nt. 848; 231 nt. 849; 231 nt. 850; 231 nt. 851; 232 nt. 852; 233 nt. 852; 234 nt. 853; 237 nt. 869; 239 nt. 873; 240 nt. 875; 240 nt. 876; 240 nt. 877; 240 nt. 879; 240 nt. 880; 241 nt. 882; 242 nt. 883.
- CUJAS J.: 159; 160; 161 e nt. 611.
- CUQ, È.: 129 nt. 485; 144 nt. 537; 144 nt. 538.
- CURSI, M.F.: 17 nt. 7.
- D'ALESSANDRO, A.: 45; 47.
- D'IPPOLITO, F.M.: 17 nt. 7; 24 nt. 33; 25 nt.42; 27 nt. 50; 31; .
- D'ORTA, M.: 16 nt. 6; 105 nt. 412; 106 nt. 415; 122 nt. 472; 132 nt. 494; 133 nt. 499; 134 nt. 500; 134 nt. 502; 140 nt. 519; 140 nt. 520; 172 nt. 666; 176 nt. 671; 185 nt. 696; 192 nt. 712; 205 nt. 765; 241 nt. 881.
- DA TRINO (Tacuino), G.: 45; 47; 52 nt. 176.
- DALLA, D.: 187 nt. 698.
- DANZ, H.A.A.: 148 nt. 560; 169 nt. 657.
- DAREMBERG, C.: 113 nt. 441.
- DAVERIO, F.: 129 nt. 484; 137 nt. 507;

- 140 nt. 522; 144 nt. 535; 145 e nt. 547;
146 e nt. 550; 147 nt. 555; 147 nt. 558;
148 nt. 559; 150 e nt. 572; 151 nt. 577;
151 nt. 578; 153 nt. 596; 158 nt. 608;
159 nt. 610; 161 nt. 612; 161 nt. 615;
169 nt. 655; 169 nt. 656.
- DE BEAUFORT, L.: 20 e nt.15.
- DE BRUIN, M.: 202 nt. 757; 208 nt. 769.
- DE CAQUERAY, G.F.M.: 95 e nt. 365.
- DE FRANCISCI, P.: 94 nt. 362; 165 nt. 631.
- DE MARTINO, F.: 99 nt. 390; 100 nt. 391;
100 nt. 392; 100 nt. 393.
- DE MATTEIS, S.: 11 e nt. 2.
- DE SANCTIS, G.: 29 nt. 54.
- DE VISSCHER, F.: 77 nt. 279.
- DEBRUNNER, A.: 34 nt. 74.
- DERNBURG, J.H.: 176 nt. 670; 196 nt. 727.
- DESANTI, L.: 202 nt. 757.
- DEVOTO, G.: 34 nt. 74.
- DI AUXERRE, H.: 37 s. nt. 96.
- DI PAOLA, S.: 222 e nt. 825; 224 nt. 830;
236 nt. 862.
- DILIBERTO, O.: 13, 13 nt. 5; 16 s. nt. 7; 18
nt. 7; 19 nt. 13; 23 nt. 30; 25 nt. 38; 26
nt. 44; 26 nt. 46; 26 nt. 47; 27; 27 nt.
49, 27 nt. 53; 30 nt. 57; 30 nt. 58; 32
nt. 67; 35 nt. 79; 35 nt. 80; 35 nt. 81;
35 nt. 82; 35 nt. 83; 37 nt. 93; 37 nt.
94; 37 nt. 95; 38 nt. 96; 38 nt. 98; 38
nt. 99; 38 nt. 100; 38 nt. 102; 39 nt.
106; 39 nt. 107; 40 nt. 116; 42 nt.
123; 42 nt. 125; 43; 43 nt. 127; 43 nt.
128; 43 nt. 131; 43 nt. 132; 43 nt. 133;
44 nt. 134; 44 nt. 135; 44 nt. 136; 45
nt. 140; 45 nt. 143; 45 nt. 144; 46; 46 nt.
145; 46 nt. 146; 46 nt. 147; 46 nt. 149;
47; 47 nt. 150; 47 nt. 151; 47 nt. 152; 48
nt. 154; 48 nt. 155; 48 nt. 156; 48 nt.
157; 48 nt. 158; 49; 49 nt. 160; 49 nt.
161; 49 nt. 162; 49 nt. 163; 49 nt. 164;
49 nt. 166; 50 nt. 168; 50 nt. 169; 50
nt. 170; 51 nt. 171; 51 nt. 172; 51 nt.
173; 51 nt. 174; 52 nt. 175; 53 nt. 178;
53 nt. 179; 60; 60 nt. 182; 61 nt. 183;
61 nt. 184; 61 nt. 185; 61 nt. 186; 61
nt. 187; 61 nt. 189; 62 nt. 191; 62 nt.
193; 63; 63 nt. 196; 63 nt. 197; 63 nt.
198; 63 nt. 199; 65 nt. 202; 66 nt. 206;
66 nt. 209; 67 nt. 212; 67 nt. 215; 67 nt.
216; 67 nt. 218; 69 nt. 229; 70 nt. 238;
71 nt. 239; 71 nt. 242; 71 nt. 243; 72
nt. 245; 74 nt. 253; 93 nt. 359; 109; 109
nt. 427; 170 nt. 661.
- DIRKSEN, H.E.: 16 nt. 7; 26 nt. 44; 37 nt.
92; 40 nt. 111; 40 nt. 112; 45; 69 e nt.
226; 70; 87.
- DOLEZALEK, G.: 13; 47 nt. 152.
- DOVERE, E.: 23 nt. 28.
- DU RIVAIL (Rivallius), A.: 39; 40; 41; 42;
43; 47; 62; 66; 116.
- DUAREN, F.: 66 nt. 203.
- DUMÉZIL, G.: 128 nt. 483.
- ERNOUT, A.: 84 nt. 317; 104 nt. 407; 163
nt. 620.
- FACCHETTI, G.M.: 16 nt. 6; 106 nt. 415;
108 nt. 422.
- FADDA, C.: 15 nt. 6; 95 nt. 365; 125 nt.
478.
- FALCONE, G.: 74 nt. 254.
- FANIZZA, L.: 202 nt. 757.
- FAYER, C.: 106 nt. 416; 144 nt. 536; 150
e nt. 573.
- FERENCZY, E.: 18 nt. 8.
- FERRARI, A.: 111 nt. 437; 111 nt. 438.
- FERRARINI, M.F.: 49 e nt. 166; 50 nt. 166;
50 nt. 169; 51; 72.
- FERRARY, J.L.: 17 nt. 7; 38 nt. 101; 39 nt.
106; 40 nt. 110; 40 nt. 115; 41 nt. 118;
42 nt. 123; 42 nt. 124; 44 nt. 135; 65
nt. 202; 66 nt. 203; 66 nt. 206; 66 nt.
207; 66 nt. 209; 67 nt. 210; 67 nt. 211;
67 nt. 212; 67 nt. 215; 67 nt. 216; 67 nt.
218; 69 nt. 225; 69 nt. 226; 69 nt. 228;
69 nt. 233; 70 nt. 237; 71 nt. 239.
- FERRERO, L.: 42 nt. 126.
- FERRINI, C.: 80 nt. 296; 123 nt. 475; 196
nt. 730; 199 nt. 742; 202 nt. 757; 204
nt. 761; 222 nt. 826; 231 nt. 846; 232
nt. 852.
- FINLEY, M.I.: 99 e nt. 385.
- FIorentini, M.: 140 nt. 518; 152 nt. 592;
153 nt. 593; 166 nt. 634; 167 nt. 647.
- FIORI, A.: 17 nt. 7; 61 nt. 188; 62 nt. 194.
- FIORI, R.: 149 nt. 567; 165 nt. 625; 165 nt.
629; 165 nt. 631; 166 nt. 634; 167 nt.
642; 167 nt. 643; 167 nt. 646; 167 nt.
647.
- FLACH, D.: 75 nt. 270; 88 nt. 337.
- FÖGEN, M.T.: 17 nt. 7; 36; 68 e nt. 221;
69 e nt. 230; 166 nt. 639; 193 nt. 715;

- 222 nt. 821.
FONTANELLA, F.: 42 nt. 126; 156 nt. 606.
FORCELLINI, Æ.: 163 nt. 620.
FORSTER, V.: 43 nt. 132.
FRANCHINI, L.: 18 nt. 9; 36 nt. 86.
FRANCIOSI, G.: 86 nt. 328; 89 nt. 342;
106 nt. 416; 128 nt. 483; 152 nt. 592.
FRANK, T.: 29 nt. 54; 104 e nt. 404; 104
nt. 405.
FRANZONI, C.: 49 nt. 166.
FUGIER, H.: 165 nt. 629; 165 nt. 631.
- GABBA, E.: 41 nt. 117.
GAGLIARDI, L.: 108 nt. 421.
GALLIVAN, P.A.: 211 nt. 775.
GALLO, F.: 28 nt. 53; 76 nt. 276; 77 nt.
282; 86 nt. 330; 87 nt. 331; 90 nt. 348;
97 nt. 374; 100 nt. 394; 100 s. nt. 395;
101 nt. 396; 120 nt. 466; 120 nt. 470;
176 nt. 672; 176 nt. 674.
GANDOLFI, G.: 15 nt. 6; 177 nt. 675; 177
nt. 675.
GAROFALO, L.: 165 nt. 629; 165 nt. 631;
166 nt. 633; 168 nt. 648.
GAUDEMET, J.: 18 nt. 8; 76 nt. 275.
GENOVESE, M.: 16 nt. 6; 23 nt. 28; 156
nt. 606; 223 nt. 827; 224 nt. 831; 224 nt.
832; 225 nt. 833; 225 nt. 834; 226 nt.
835; 227 nt. 836; 228 nt. 837; 229 nt.
839; 230 nt. 840; 230 nt. 842; 230 nt.
843; 233 nt. 852; 234 nt. 854; 234 nt.
856; 235 nt. 857; 235 nt. 858; 235 nt.
859; 235 nt. 860; 235 nt. 861; 236 nt.
863; 238 nt. 872; 239 nt. 874.
GENZMER, E.: 202 nt. 757; 203 nt. 759.
GEORGESCU, C.: 77 nt. 279.
GIARO, T.: 187 nt. 698.
GIODICE-SABBATELLI, V.: 202 nt. 757; 206
nt. 767.
GIRARD, P.F.: 20; 21 nt. 18; 21 nt. 20; 22
nt. 21; 29 nt. 54; 69 e nt. 232; 70 e nt.
235; 82 nt. 313.
GIUFFRÈ, V.: 75 nt. 269.
GIUNTI, P.: 224 nt. 830.
GIZEWSKI, C.: 113 nt. 441.
GLASSON, E.D.: 223 nt. 830; 225 nt. 834.
GLÜCK, F.: 15 nt. 6; 178 nt. 678.
GODEFROY, D.: 67 nt. 213.
GODEFROY, J.: 51; 67 e nt. 217; 68 e nt.
223; 69; 70; 71; 72; 95 e nt. 365.
- GRELLE, F.: 113 nt. 441.
GROSSO, G.: 22 nt. 24; 195 nt. 721; 202
nt. 757.
GUARINO, A.: 17 nt. 7; 24 nt. 35; 27 nt.
49; 33 nt. 71; 34 nt. 75; 70 nt. 238; 84
nt. 320; 88 nt. 339; 94 nt. 359; 94 nt.
360; 94 nt. 363; 99 e nt. 389; 104 nt.
406; 106 nt. 415; 111 nt. 436; 133 nt.
497; 137 nt. 506; 189 nt. 704; 200 nt.
754; 202 nt. 757; 222 nt. 821 .
- HANSLIK, R.: 112 nt. 439.
HAUSMANINGER, H.: 113 nt. 441.
HEINECCIUS, J.G.: 129 nt. 485.
HOFMANN, J.B.: 84 nt. 317; 104 nt. 407;
163 nt. 620.
HÖLDER, E.: 197 nt. 736; 198 nt. 740.
HÖLKERSKAMP, K.J.: 118 nt. 461.
HOLTJUS, A.C.: 18 nt. 8; .
HONORÉ, A.M.: 26 nt. 44.
HORVAT, G.: 106 nt. 416.
HOTMAN, F.: 67 nt. 212; 67 nt. 214;
HOWATSON, M.C.: 92 nt. 357.
HUMBERT, G.: 113 nt. 441; 128 nt. 483.
HUMBERT, M.: 36 e nt. 87; 37 nt. 89.
HUSCHKE, P.E.: 167 nt. 643.
- IMPALLOMENI, G.: 202 nt. 757.
- JHERING, R. von: 154 nt. 599; 202 nt. 757.
JOHNSON, D.: 202 nt. 757.
JOHNSTON, D.: 202 nt. 757.
- KAMPS, W.C.: 179 nt. 684.
KARLOWA, O.: 129 nt. 485.
KASER, M.: 88 nt. 338; 106 nt. 415; 128 nt.
483; 129 nt. 485; 150 e nt. 570; 185 nt.
696; 203 nt. 759; 205 nt. 765.
KEYES, C.W.: 42 nt. 126.
KIRK, W.H.: 18 nt. 8.
KLINGMÜLLER, F.: 149 nt. 566.
KRISTEVA, J.: 117; 117 e nt. 450; 117 nt.
451; 117 nt. 452; 117 nt. 453; 117 nt.
454; 117 nt. 455; 117 nt. 456; 118 nt.
457; 118 nt. 458; 118 nt. 459; 118 nt.
460.
KRÜGER, P.: 211 nt. 775.
KÜBLER, B.: 161 nt. 613; 179 nt. 684.
KUNKEL, W.: 138 nt. 514.
- LA PIRA, G.: 109 nt. 430.

- LABRUNA, L.: 17 nt. 7.
LAMBERT, É.: 20; 21 nt. 17; 21 nt. 20; 21 nt. 21; 28 nt. 54; 74 nt. 258; 175 nt. 669; 179 nt. 684.
LANGE, L.: 128 nt. 483; 144 nt. 539.
LANTELLA, L.: 27 nt. 53.
LAURIA, M.: 26 nt. 47; 141 nt. 524.
LE CONTE, A.: 66 nt. 206; 67 nt. 211.
LE SUEUR, N.: 43 nt. 132.
LEMERCIER, P.: 202 nt. 757; 210 nt. 770; 211 nt. 773.
LEMOSSÉ, M.: 144 nt. 539.
LENEL, O.: 15 nt. 6; 25; 138; 140; 141; 231; 138 e nt. 510.
LEPRI, M.F.: 90 nt. 350; 94 nt. 363; 95 e nt. 365; 95 e nt. 368; 97; 97 nt. 371; 97 nt. 373; 101 nt. 398; 111 nt. 435; 123 nt. 474.
LEUBA, J.F.: 199 nt. 743.
LEVI, M.A.: 18 nt. 7.
LÉVY-BRHUL, H.: 88 nt. 339; 179 nt. 684; 187 nt. 698; 188 nt. 701.
LIEBMAN, W.: 113 nt. 441.
LIGOTA, C.R.: 39 nt. 108.
LINDSAY, W.M.: 71 nt. 244.
LOBRANO, G.: 90 nt. 348.
LOMBARDI VALLAURI, L.: 187 nt. 698.
LONGCHAMPS DE BÉRIER, F.: 159 nt. 610; 202 nt. 757; 203 nt. 760; 204 nt. 761; 217 nt. 811.
LONGO, A.: 71 nt. 239.
LOTTITO, G.: 74 nt. 254.
LÜBTOW, U.: 188 nt. 701.

MACCORMACK, G.: 166 nt. 633.
MAFFEI, D.: 39 nt. 108; 45 nt. 139.
MAGDELAIN, A.: 18 nt. 8; 76 nt. 274; 87 nt. 334; 102 nt. 399; 104 nt. 406; 121 nt. 471.
MAIURI, A.: 106 nt. 416; 128 nt. 483.
MANCINELLI, A.: 108 nt. 424.
MANCUSO, G.: 137 nt. 506.
MANFREDINI, A.D.: 16 nt. 6; 107; 107 nt. 420.
MANTHE, U.: 106 nt. 415; 177 nt. 675; 211 nt. 775.
MARINONE, N.: 91 nt. 352.
MARRONE, M.: 78 nt. 288; 101 nt. 395; 106 nt. 417; 120 nt. 469; 133 nt. 498; 171 nt. 664; 174 nt. 668; 178 nt. 679; 191 nt. 706.

MARTINI, R.: 106 nt. 416; 108 nt. 423; 199 nt. 744.
MASCHI, C.A.: 28 nt. 53; 105 nt. 408.
MAYNZ, C.: 123 nt. 475.
MEILLET, A.: 84 nt. 317; 104 nt. 407; 163 nt. 620.
MELDINI, P.: 11; 12.
MENNITI IPPOLITO, A.: 48 nt. 154.
MERCOGLIANO, F.: 42 nt. 124; 87 nt. 332.
METRO, A.: 202 nt. 757.
MICHEL, A.: 42 nt. 126.
MIGLIETTA, M.: 22 nt. 22; 163 nt. 618.
MILL, J.S.: 187 nt. 699.
MILONE, F.: 202 nt. 757.
MITTEIS, L.: 121 nt. 471.
MÖLLER, E. von: 39 nt. 108.
MOMMSEN, T.: 98; 105 nt. 409; 106 nt. 416; 128 nt. 483; 144.
MONACO, L.: 16 nt. 6; 177 nt. 675.
MORANI, M.: 165 nt. 621.
MORGESE, S.: 26 nt. 45.
MORO, P.: 22 nt. 22.
MORSTEIN-MARX, R.: 118 nt. 461.
MOSCHETTI, G.: 187 nt. 698.
MURILLO VILLAR, A.: 202 nt. 757.

NARDI, E.: 78 nt. 290; 81 nt. 300; 202 nt. 757.
NARDUCCI, E.: 158 nt. 609.
NEGRI, G.: 125 nt. 479.
NICOLET, C.: 146 nt. 548; 146 nt. 549.
NÖRR, D.: 23 nt. 28; 26 nt. 44.

OLDENDORP, J.: 44; 47.
ONG, W.J.: 193 e nt. 714.
ORESTANO, R.: 19 nt. 13; 37 nt. 91; 37 nt. 94; 39 nt. 103; 39 nt. 108; 39 nt. 109; 44 nt. 137; 45 nt. 138; 45 nt. 141; 66 nt. 204; 66 nt. 208.
ORMANNI, A.: 199 nt. 745, 746 e 747; 200 nt. 749, 750 e 755.
ORSINI, F.: 65 nt. 202.
OTTO, E.: 39 nt. 104; 95 e nt. 365.

PAIS, E.: 20 e nt. 16; 21 nt. 20; 106 e nt. 414.
PALAZZO, A.: 201 nt. 756.
PALAZZOLO, N.: 211 nt. 773.
PAOLI, J.: 128 nt. 483.
PAOLI, U.E.: 108 nt. 421.
PELLOSO, C.: 168 nt. 652.
PERLINGIERI, P.: 201 nt. 756.

- PEROZZI, S.: 106 nt. 415; 109 nt. 430; 125 nt. 479; 179 s. nt. 684; 197 nt. 736; 218 nt. 813.
- PETRUCCI, A.: 99 nt. 387.
- PIAGET, R.: 195 nt. 720; 200 nt. 753.
- PIETRINI, S.: 16 nt. 6; 179 nt. 683.
- PINA POLO, F.: 113 nt. 444.
- PITHOU, F.: 67 nt. 214; 67 nt. 216.
- PITHOU, P.: 67 nt. 214; 67 nt. 216.
- PLEBE, A.: 92 nt. 358.
- PRAYON, F.: 111 nt. 438.
- PUCHTA, F.: 70 e nt. 236; 71.
- PUGSLEY, D.: 138 nt. 514.
- RABEL, E.: 190 nt. 705.
- RABELLO, A.M.: 90 nt. 348.
- RANDAZZO, S.: 76 nt. 276; 76 nt. 277; 77 nt. 280; 77 nt. 282; 190 nt. 705.
- RAWSON, E.: 42 nt. 126.
- RICCOBONO, S.: 69 s. e nt.233.
- ROBBE, U.: 222 nt. 826; 224 nt. 830.
- ROBSON, J.M.: 187 nt. 699.
- RODRIGUEZ DIAZ, E.: 224 nt. 830.
- ROMANO, E.: 35 nt. 82.
- ROSE, H.J.: 111 nt. 437; 111 nt. 438; 144 nt. 539.
- ROSS TAYLOR, L.: 119 nt. 463.
- RUSCA, L.: 163 nt. 618.
- SACCO, R.: 98 nt. 381.
- SAGLIO, E.: 113 nt. 441.
- SAMBIN, P.: 49 nt.164.
- SANFILIPPO, C.: 15 nt. 6; 172 nt. 665; 172 nt. 666; .
- SANTALUCIA, B.: 108 nt. 421; 165 nt. 631; 166 nt. 634; 167 nt. 644.
- SARCHI, A.: 49 nt. 166.
- SAVIGNY, F.C. von: 128 nt. 483; 154 nt. 600; 154 nt. 601; 223 nt. 830.
- SCHERILLO, G.: 15 nt. 6; 102 nt. 401; 105 nt. 410; 108 nt. 422; 128 nt. 483; 132 nt. 490; 132 nt. 492; 138 nt. 513; 141 nt. 324; 142 nt. 326; 163 nt. 619; 174 nt. 668; 177 nt. 675; 194; 194 nt. 717; 194 nt. 718; 195; 195 nt. 719.
- SCHIAVONE, A.: 22 nt. 23; 22 nt. 24; 22 nt. 26; 23 nt. 29; 26 nt. 47; 30 nt. 54; 31 nt. 61; 34 nt. 74; 100 nt. 392; 103 nt. 402; 108 nt. 421; 136 nt. 505; 140 nt. 520; 165 nt. 630; 186 nt. 697; 200 nt. 748.
- SCHLAGINTWEIT, E.: 234 nt. 855.
- SCHMID, W.P.: 34 nt. 74.
- SCHMITZ, L.: 154 nt. 602.
- SCHOELL, R.: 35 nt. 80; 69.
- SCHULZ, F.: 24 nt. 35; 136 nt. 505; 138 nt. 509; 158 nt. 608.
- SCHWARZ, A.B.: 187 nt. 698.
- SCIALOJA, V.: 15 nt. 6; 73 nt. 246.
- SCOTTI, F.: 16 nt. 6; 81 nt. 300; 96 nt. 369; 103 nt. 403; 109 nt. 431; 110 nt. 432; 110 nt. 433; 179 nt. 683; 198 nt. 738.
- SEMERANO, G.: 97 nt. 376; 97 nt. 377; 104 nt. 407; 165 nt. 622.
- SENN, F.: 224 nt. 830.
- SERRAO, F.: 99 nt. 389.
- SIEMS, H.: 35 nt. 80.
- SIMONIUS, P.: 224 nt. 830; 230 nt. 840; 230 nt. 844.
- SINI, F.: 157 nt. 607; 167 nt. 646.
- SOLAZZI, S.: 15 nt. 6; 77 nt. 285; 79 nt. 293; 85; 89 e nt. 345; 90 nt. 351; 94 nt. 362; 121 s. nt. 471; 176 nt. 672; 180 nt. 684; 185 nt. 696; 194; 205 nt. 765; 218 nt. 813.
- SOLITO, E.: 13.
- SORDI, M.: 149 nt. 565.
- SPIEGEL, J.: 44; 47.
- STAMBAUGH, J.E.: 113 nt. 441.
- STEEL, C.: 118 nt. 461.
- STEIN, P.: 42 nt. 126.
- STOLFI, E.: 138 nt. 509; 138 nt. 514.
- STOLZ, F.: 34 nt. 74.
- STRZELECKI, L.: 72 nt. 244.
- TALAMANCA, M.: 25 nt. 39; 26 nt. 44; 32 nt. 64; 76 nt. 278; 77 nt. 285; 121 nt. 471; 129 nt. 483 e 485; 133 nt. 497; 133 nt. 498; 174 nt. 668; 188 nt. 701; 191 nt. 706; 199 nt. 744; 200 nt. 749; 200 nt. 751; 200 nt. 752; 218 nt. 813.
- TAN, J.: 158 nt. 609.
- TASSANO OLIVIERI, L.: 50 nt. 169.
- TERRANOVA, F.: 16 nt. 6; 18 nt. 8; 102 nt. 399; 120 nt. 467; 177 nt. 675; 180 nt. 684; 181 nt. 688; 181 nt. 689; 182 nt. 690; 188 nt. 702; 191 nt. 707; 191 nt. 708; 191 nt. 709; 192 nt. 712; 218 nt. 813.
- TIMPANARO, S.: 52 nt. 177.
- TONDO, S.: 31 nt. 60; 35 nt. 82; 38 nt.

- 99; 88 nt. 337.
TREGGIARI, F.: 179 s. nt. 684; 202 nt. 757;
206 nt. 767; 208 nt. 769.
TRIFONE, R.: 202 nt. 757.
- VALDITARA, G.: 103 nt. 402; 105 nt. 411;
140 nt. 518.
VALERIANI, L.: 109 e nt. 429.
VALLOCCHIA, F.: 115 nt. 446.
VAN DER BLOOM, H.: 118 nt. 461.
VAN LUUWEN, S.: 92 nt. 357.
VANSINA, J.: 29 nt. 54.
VIGLIETTI, C.: 98 nt. 381.
VIGNERON, R.: 208 nt. 769.
VOCI, P.: 16 nt. 6; 19 nt. 12; 73 nt. 246;
73 nt. 250; 77 nt. 285; 79 nt. 294; 84 nt.
321; 85; 86 nt. 326; 87 nt. 337; 105
nt. 413; 106 nt. 415; 105 nt. 417; 110;
119; 125 nt. 478; 171 nt. 664; 179 nt.
684; 192 nt. 712; 195 nt. 721; 202 nt.
757; 224 nt. 830; 225 nt. 834.
VOIGT, M.: 96 nt. 370; 199 nt. 742.
VOLTERRA, E.: 94 nt. 363; 211 nt. 775.
- WALDE, A.: 84 nt. 317; 104 nt. 407; 163 nt.
620.
WATSON, A.: 16 nt. 6; 196 nt. 728; 202 nt.
757; 203 nt. 759; 220 nt. 818.
WEBER, M.: 98 s. e nt 382; 173 nt. 667.
WENGER, L.: 35 nt. 80; 211 nt. 775.
- WESTERMARK, E.: 149 nt. 566.
WHITE, R.: 43 nt. 132.
WHITTAKER, C.R.: 97 nt. 377.
WIEACKER, F.: 18 nt. 8; 24 nt. 33; 35 nt.
80; 185 nt. 696; 205 nt. 765.
WISSOWA, G.: 128 nt. 483.
WITTE, J.: 44 nt. 135.
WŁASSAK, M.: 15 nt. 6; 95; 87 nt. 337; 95
nt. 366; 95 nt. 368; 106 nt. 415.
WOŁODKIEWCZ, W.: 35 nt. 80.
WYNANTS, É. (Pighius): 43 nt. 132.
- YARON, R.: 224 nt. 830.
- ZABŁOCKI, J.: 113 nt. 443; 129 nt. 485; 144
nt. 541; 146 nt. 553; 161 nt. 614; 161 nt.
616; 168 nt. 650; 169 nt. 659.
ZABŁOKA, M.: 17 nt. 7.
ZACCARIA, R.: 50 nt. 169.
ZANNETTUS, F.: 65 nt. 202.
ZIOŁKOWSKI, A.: 22 nt. 23.
ZLINSZKY, J.: 96 nt. 369; 98; 129 nt. 485.
ZOCCO ROSA, A.: 26 nt. 44.
ZORZETTI, N.: 42 nt. 126.
ZUCCOTTI, F.: 13; 73 nt. 248; 93 nt. 359;
98 nt. 381; 149 nt. 567; 168 nt. 652; 179
nt. 683.

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>

DIRETTORE
Ferdinando Zuccotti

- P. Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*. 2013
Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). 2011
- Basilicorum Libri LX, Tomus I (lib. I-XII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1833.
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino. Prefazione di Fausto Gorla. 2002
- Basilicorum Libri LX, Tomus II (lib. XIII-XXIII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1840.
Ristampa digitale a cura di M.A. Fino. 2003
- Basilicorum Libri LX, Supplementa Editionis Basilicorum Heimbachianae*. Ediderunt C.E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae 1846, e E.C. Ferrini et J. Mercati, Lipsiae-Mediolani 1897.
Ristampa digitale a cura di M. Miglietta. 2008
- P.O. Cuneo, *Anonymi Graeci Oratio Funebris in Constantinum II*. 2012
- L. Di Cintio, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*. 2013
- L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*. 2006
- G. Mainino, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*. 2012

Il catalogo aggiornato di LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto è consultabile all'indirizzo web <http://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare informazioni dettagliate sui volumi: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni si danno un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere acquistati on line.