

Sulla «natura fedecommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»

1. Presentazione del tema della ricerca – 2. *Testamentum calatis comitiis* e *adrogatio* – 3. L'introduzione del *tertium genus testamenti* – 4. Riconsiderazione, sulla base dei dati desumibili dalle fonti, della teoria che attribuisce «natura testamentaria» alla *familiae Mancipatio*; osservazioni in merito alla torsione degli effetti operata dalla duttilità della parola sul rigido formalismo del *gestum per aes et libram* – 5. Una diversa prospettiva: accostamento col fedecommissario – 6. Conclusioni.

1. Un recente studio di Francesca Terranova¹ offre l'opportunità di prendere nuovamente in considerazione questioni di particolare rilievo relative all'*iter* evolutivo che, partendo dalle più antiche forme pubbliche di testamento conosciute dal diritto romano, condurrà alla configurazione del *testamentum per aes et libram*², con precipuo riferimento alla natura giuridica della *Mancipatio familiae*: quest'ultima come noto, costituisce una tappa fondamentale del predetto *iter*.

¹ Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta *Mancipatio familiae*, in «AUPA», LIII, 2009, p. 301 ss, che sviluppa alcune riflessioni formulate dall'autrice nelle sue *Osservazioni su Gai 2.108*, ivi, LII, 2007-2008, p. 285 nt. 7.

² La letteratura sulla materia testamentaria, anche solo volendo limitare l'attenzione a quella specificamente dedicata al rapporto tra *familiae Mancipatio* e *testamentum per aes et libram*, è sterminata. Risultano comunque da considerare F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia* –, 1888-1909, XXVIII.1, (cur. A. ASCOLI), Milano, 1900, p. 258 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., U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (1920), ora in *Scritti di diritto romano*, Milano, 1973, I, p. 63 ss., e *Il testamento nella Legge delle XII Tavole* (1956), ora in *Scritti*, cit., II, p. 613 ss., S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, in particolare p. 88 ss., B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in «AUPA», XX, 1949, p. 127 ss., e *Sul formulario della 'Mancipatio familiae' in Gai 2,104*, ivi, XLVII, 2002, p. 68 ss., B. BIONDI, *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. Il testamento*, I, Milano, 1966, p. 33 ss. e 265 ss., e II, Milano, 1967, p. 1 ss., P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, p. 16 ss. e 89 ss., M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento. I. Lezioni di diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino, 1966, p. 75 ss., e *Il testamento romano* (1988), ora in *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 402 ss., *L'evoluzione del testamento romano classico attraverso la documentazione, in ispecie papirologica* (1966), ora ivi, p. 420 ss., *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti* (1987), ora ivi, p. 428 ss., *Prassi testamentaria e diritto romano* (1989), ora ivi, p. 437 ss., e «*Testamento (diritto romano)*», in «ED.», XLIV, Milano, 1992, p. 460, A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, p. 25 ss., M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, p. 9 ss., G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'Mancipatio familiae'*, in Iura, L, 1999, p. 161 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. In relazione alla vicenda storico-giuridica della *Mancipatio familiae*, cfr. da ultima S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, p. 63 ss.

All'esito dell'analisi, ricca di ulteriori prospettive di ricerca, compiuta dalla studiosa palermitana – la quale mi pare in qualche modo rivaluti un'impostazione rinvenibile nella pandettistica³ –, viene fornita una lettura della configurazione assunta dall'istituto in età classica che, per le ragioni che illustrerò in questo mio contributo, non esiterei a definire meronimica (ossia idonea ad alludere ad una più complessa struttura mediante l'indicazione di una sua parte), e tale da consentirle altresì di procedere ad una proposta di inquadramento dello stadio più antico dell'istituto medesimo scervo dai condizionamenti e dalle qualificazioni giuridiche moderne in materia testamentaria, direttamente riconducibili alla nozione così come assestata appunto in epoca classica.

E' alle Istituzioni di Gaio che si deve comunque fare riferimento per avviare la ricerca in tale materia, posto che, come noto, esse sono la principale fonte giuridica dalla quale è possibile trarre informazioni circa lo sviluppo storico delle più antiche forme di testamento conosciute in diritto romano. Appare opportuno riferire immediatamente nella loro interezza i passi in questione, tratti dal secondo commentario:

101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium 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 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.

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 EMPTA; 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.

Prima di svolgere qualche riflessione, conviene effettuare anche la lettura di una fonte letteraria: si tratta di un noto brano delle *Notti Attiche* di Aulo Gellio (15.27), in cui, nel corso di una più ampia esposizione sulle varie tipologie di comizio, sia pure con un rapido cenno, viene esposto il medesimo argomento:

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 lictorem 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 ca-

³) Cfr., ad esempio, TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III.1, Leipzig, 1887, p. 93 e 319 ss., GLÜCK, *Commentario*, XXVIII.1, cit., p. 258 ss., LENEL, *op. cit.*, p. 126, e WLASSAK, *Studien*, cit., p. 3 ss. Di tale impostazione conservano il ricordo, senza necessariamente aderirvi, ALBANESE, *La successione*, cit., p. 419 s. e nt. 1, e GANDOLFI, *op. cit.*, p.211.

latis 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 ‘plebisscita’ appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricidi 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».

La lettura parallela dei due passi appena riferiti ha consentito di ipotizzare⁴ che i *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, e in particolare quelli aventi ad oggetto la materia ereditaria, siano stati la fonte anche dell’esposizione istituzionale gaiana, la quale esordisce appunto nel presentare le più antiche forme pubbliche di testamento conosciute a Roma, «perfettamente consone a una vita di villaggio, ove guerra e pace si avvicendavano senza posa»⁵, e cioè quella celebrata *calatis comitiis*, tipica dei periodi di pace e di quiete, indetta due volte l’anno mediante apposita convocazione dei comizi⁶, e l’altra, riservata ai soldati, ai quali era concesso realizzarla innanzi all’esercito pronto per andare in battaglia, detta appunto ‘*in procinctu*’, dalla denominazione che Gaio (*inst.* 2.101) spiega essere quella tipica dell’esercito pronto ed armato (*‘procinctus est enim expeditus et armatus exercitus’*).

E’ stata rilevata da più parti in dottrina l’estrema scarsità di fonti relative a tali antiche forme di testamento⁷, e ci si è a lungo interrogati sulla natura e sul contenuto dell’atto stesso: non si è infatti solo discusso sulla sua idoneità a contenere disposizioni ulteriori rispetto all’istituzione d’erede⁸, ma ci si è addirittura interrogati sull’originarietà o meno del rapporto tra *testamentum* ed *heredis institutio*⁹, e continua ad essere oggetto di posizioni discordanti il suo rapporto con la *adrogatio*.

2. Relativamente a quest’ultimo aspetto va tenuto presente un radicatissimo convincimento dottrinario in forza del quale *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis* coinciderebbero¹⁰: tra le tante, basta ri-

⁴) Da parte di D’ORTA, *Saggio*, cit., p. 158 e nt. 73, e di A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 160 e nt. 22, che però si riferisce nettamente all’opera a cui lo stesso Gaio fa cenno in Gai., *inst.* 1.188.

⁵) MANFREDINI, *La volontà*, cit., p. 26.

⁶) Forse il 24 marzo e il 24 maggio, secondo MOMMSEN, *op. cit.*, p. 319 nt. 1.

⁷) Cfr., tra i tanti, BIONDI, *Successione*, cit., p. 33, che sulla base di tale scarsità di fonti giustifica «le disparate congetture intorno alla struttura ed al regime di essi», M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 610, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 716 ss, e VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16.

⁸) Propenso a ritenere che nel *testamentum calatis comitiis* vi fosse spazio per la sola istituzione d’erede è, tra gli altri, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 94, 716 ss. Più generica risulta l’allusione di MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 643, il quale, pur ritenendo plausibile l’ipotesi che originariamente contenesse la sola istituzione di erede, 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».

⁹) Cfr. da ultimo 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 alt-römische ‘ius’. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 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.

¹⁰) 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, *Istitu-*

cordare le considerazioni a tal proposito formulate dal 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»¹¹.

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»¹², 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»¹³.

L'idea di concepire il *testamentum calatis comitiis* come una sorta di *adrogatio* a termine iniziale '*certus an incertus quando*'¹⁴ – o, per usare un'espressione formulata in precedenza da altri studiosi¹⁵, un'*adrogatio mortis causa* – 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.

E' allora opportuno prendere in considerazione i passi dai quali è possibile trarre informazioni

zioni di diritto romano¹⁴, Napoli, 1994, p. 520 s., e *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1982, p. 64, BIONDI, *op. 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. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1964, p. 562 s., e *Diritto ereditario romano*, 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, M. AMELOTTI, 'Testamento (diritto romano)', cit., p. 460, FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, cit., p. 227, J. M. BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, cit., p. 128 s., CASTRO SAENZ, *Herencia*, cit., p. 56, e U. MANTHE, *Geschichte des römischen Rechts*, München, 2007, tr. it. – *Storia del diritto privato romano* – Bologna, 2010, p. 40 s. Si tratta di un orientamento che non mi ha mai convinto: formulavo i primi dubbi a tal proposito nelle mie *Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab. V.3)*, in «RDR», IV, 2004, p. 23 s. nt. 176 (*estr.*), consultabile nel sito *internet* di tale rivista.

¹¹) *Op. cit.*, p. 26.

¹²) *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 41.

¹³) *Op. cit.*, p. 41 s. Del resto, lo stesso MANFREDINI, *op. 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.

¹⁴) 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 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 corredoato da alcuna fonte a supporto di una così suggestiva ricostruzione. In precedenza, la medesima autrice (*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 Pereditando 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 *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 563 ss, e *L'antico diritto di Gorina* (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.

¹⁵) Cfr. G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., I, p. 233 ss., AMELOTTI, 'Testamento (diritto romano)', cit., p. 460, e FACCHETTI, *op. cit.*, p. 229.

in merito all'*adrogatio*: e anche in questo caso, Gaio e Gellio risultano preziosissimi:

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 potestate 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 insidiose 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 comitiorum 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 adoptivus 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'.*

Gaio, nel primo commentario delle sue Istituzioni, individua l'*adrogatio* qualificandola 'adoptio populi auctoritate', tramite la quale, a Roma, era possibile adottare – e quindi assoggettare alla propria *patria potestas*, unitamente alle persone¹⁶ e cose¹⁷ eventualmente sottoposte alla potestà dell'adottando – uomini puberi *sui iuris*, essendosi preferito escludere la possibilità di adrogare donne, e vagliandosi, caso per caso, anche sulla base dei criteri contenuti in un'*epistula* rivolta ai pontefici da parte dell'imperatore Antonino, la possibilità di adrogare un impubere¹⁸.

Il raggiungimento di tali effetti avveniva per il tramite della celebrazione di un solenne rito, innanzi ai comizi, consistente nella triplice interrogazione, da parte di chi presiedeva l'assemblea (il *rex* e poi il *pontifex maximus*) rivolta, rispettivamente, al *pater adrogans* se intendesse accogliere l'adottando come suo figlio legittimo ('*an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse*'), all'adottando se intendesse subire ciò, e, infine, all'assemblea del popolo sulla sua volontà di autorizzare il compimento dell'atto.

Gaio precisa che il rito, così come descritto, avveniva esclusivamente in Roma, illustra una serie di differenze che distinguevano l'*adrogatio* dall'*adoptio imperio magistratus, veluti praetoris*¹⁹ – entrambe comunque accomunate dalla possibilità, concessa agli incapaci di generare, di procedere all'adozione, oltre che di concedere ulteriormente, da parte dell'adottante, l'adottato in adozione –, e ricorda inoltre l'impossibilità per le donne di procedere alla celebrazione di alcun tipo di *adoptio*, poiché non avevano in loro potestà nemmeno i propri figli naturali ('*feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*'), così come rammenta il quesito, comune a tutte le forme di adozione, circa l'idoneità di un soggetto più giovane ad adottare uno maggiore d'età²⁰.

Concordemente al resoconto gaiano, Gellio rileva che la *adrogatio* non si compiva se non all'esito del rituale introdotto dalla convocazione dei comizi curiati da parte dei pontefici, volto a 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 culminante in un solenne giuramento dell'adottante secondo l'apposita formula prescritta, probabilmente, dal pontefice massimo Quinto Mucio.

A differenza di quanto affermato da Gaio, Gellio qualifica la condizione di impubere come decisamente ostativa a questo tipo di adozione, l'etimologia della cui denominazione viene ricondotta alla '*rogatio*' rivolta al popolo, peraltro riportata nei suoi precisi termini. Gellio esclude decisamente anche la possibilità per un pupillo o una donna di essere adrogati, sulla base delle considerazioni per cui '*cum feminis nulla comitorum communio est*' e, in quanto ai pupilli, l'autorità e i diritti esercitati su di essi dal tutore non arrivano al punto di consentirgli la loro sottoposizione ad un'altrui potestà.

Gellio riporta altresì l'opinione di Masurio Sabino in forza della quale è ritenuta valida l'adozione di liberti da parte di uomini liberi, ma si esclude che, attraverso l'adozione, ai liberti sia consentito usurpare i diritti degli uomini liberi: il rispetto di questo antico precetto, in merito al quale

¹⁶ 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*'.

¹⁷ 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 capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertinorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio*'.

¹⁸ Sull'*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*, Torino, 1992, p. 60 ss., e *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino, 2003, p. 108 ss.

¹⁹ 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*.

²⁰ A tal proposito, va ricordato che, a partire dalla decadenza del modello dell'antica famiglia agnaticia, l'adozione, piegandosi a nuove funzioni, si modellerà progressivamente in maniera sempre più marcata sul modello della filiazione naturale: in tal senso, cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (cur. A. CORBINO, A. METRO), Soveria Mannelli, 2002, p. 176.

Sabino assicura la testimonianza di molti autori, consente 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 profittassero dell'adozione medesima per impossessarsi dei vantaggi correlati alla paternità, e si premura di riportare un brano del discorso in questione.

La lettura dei testi di Gaio e Gellio da ultimi presentati fornisce una cospicua serie di informazioni in merito all'*adrogatio*, e mi sembra che essa porti a dissentire da quella posizione, rinvenibile in letteratura²¹, in forza della quale ciò che sarebbe detto da Gellio, risulterebbe omesso in Gaio, e viceversa, sulla base di una eterogeneità di percorsi culturali conducenti 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 credere che l'*adrogatio* sia *species adoptionis*»²² per il semplice fatto che egli conduce una puntuale comparazione, sottolineandone le differenze, tra *adrogatio* e *datio in adoptionem*: in primo luogo perché 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, perché è lo stesso Gellio ad affermare testualmente²³ 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*²⁴.

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 tale proposito, va rilevato che la considerazione dell'impossibilità, da parte dell'aspirante *pater adrogans*, di non aver figli è solo uno degli aspetti che venivano presi in considerazione, ed elencati da Gellio nella sua esposizione.

In essa 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 sicuramente concorso a suggestionare il fervore esegetico degli interpreti, nei termini riferiti.

In verità, deve sottolinearsi che l'elencazione gelliana comprende aspetti decisamente eterogenei, la cui contemporanea sussistenza non doveva chiaramente concorrere con pari efficacia alla formulazione di un giudizio di ammissibilità del 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* con figli di procedere ad un'*adrogatio*. Al massimo, e proprio sulla base di quello che scrive Gellio – con in aggiunta il conforto di quanto riportato da Gaio a proposito dell'indiscussa possibilità, concessa a chi non fosse in

²¹) Cfr. quanto affermato da D'ORTA, *op. cit.*, p.127 ss.

²²) D'ORTA, *loc. ult. cit.*

²³) 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'*».

²⁴) Per non parlare dell'intestazione 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.

grado di generare figli, di ricorrere a qualsiasi tipo di adozione²⁵ – sarebbe stato giudicato più opportuno concedere ad un uomo senza figli, anziché ad uno dotato di prole, la possibilità 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*.

Più in generale, si può affermare che quella sorta di rigorosa istruttoria preliminare precedente il rito dell'*adrogatio* deve essere letta come una verifica dell'opportunità dell'adozione, e non (anche) come 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.

E' comunque fondamentale rilevare che non una parola viene spesa per creare, se non proprio una sovrapposizione, quantomeno una correlazione tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis*.

Bisogna allora sottolineare che quel radicato convincimento dottrinario volto a sostenere la coincidenza di questi due atti, oltre ad essere frequentissimamente formulato, come si è visto, senza il supporto di alcuna base testuale, ma solo in forza di generici riferimenti 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 all'(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.

La suggestione ricavata da un passo gelliano, infatti, non mi sembra sufficiente a provare, peraltro in maniera indiretta e tutt'altro che convincente, la necessaria coincidenza – e non piuttosto la possibile ed eventuale concomitanza, ferma restando l'autonomia dei singoli istituti – tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis*.

Tale coincidenza, invece, è ulteriormente da escludersi se si considera con maggiore attenzione la diversa tipologia di assemblea comiziale necessaria alla celebrazione, rispettivamente, dell'uno e dell'altro atto: innanzitutto, né in Gaio né in nessun'altra fonte si specifica che anche per il compimento dell'*adrogatio* i comizi venissero appositamente convocati due volte l'anno, così come avveniva per la celebrazione del *testamentum calatis comitiis*.

Nel caso dell'*adrogatio*, inoltre, il popolo è chiamato ad intervenire – con la prestazione del proprio consenso – al compimento dell'atto²⁶, per il perfezionamento del quale il predetto consenso può essere qualificato, ricorrendo a terminologia giuridica moderna, come un elemento integrativo di fattispecie. In quanto al *testamentum*, invece, l'assemblea popolare è chiamata ad adempiere funzione di testimonianza alle dichiarazioni di ultime volontà del testatore: e ciò risulta agevolmente ricavabile dalle informazioni contenute nel testo delle Istituzioni di Gaio, nonostante autorevolissime voci in dottrina si siano espresse in senso contrario, sostenendo che, anche in quel caso, la presenza del popolo avrebbe avuto la funzione non solo di testimoniare, ma anche di approvare le ultime volontà del testatore²⁷. Approvare, mediante l'espressione del proprio voto, e rendere testimonianza: questi sono, in estrema sintesi, i due diversi compiti ai quali l'assemblea popolare era chiamata nell'epoca più antica, a seconda che si stesse celebrando un'adozione di un *sui iuris* da parte di un altro *sui iuris* o un testamento.

Nel solo caso in cui l'assemblea avesse dovuto procedere all'espressione del voto, cioè del *suf-*

²⁵ Cfr. il riferito passo, contenuto in Gai., *inst.* 1.103.

²⁶ Cfr. Gai., *inst.* 1.99: «... et populus rogatur an id fieri iubeat».

²⁷ La questione è stata frequentemente presa in considerazione in dottrina con vari esiti e varie sfumature interpretative: cfr., ad esempio, MOMMSEN, *Staatsrecht*, III, cit., p. 319 ss, M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, in «ZSS», XXXI, 1910, p. 210, F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius*, II, Jena, 1913, p. 92 ss., e BIONDI, *op. cit.*, p. 33, il quale peraltro rileva che «la presenza del *populus* costituiva un controllo sociale più che giuridico. Non era chiamato a discutere, e molto meno ad approvare o disapprovare»; in senso contrario si veda invece VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16 s.

fragium – quel *suffragium* che abbiamo detto essere un elemento integrativo di fattispecie sul piano sostanziale – essa si sarebbe necessariamente dovuta schierare in funzione deliberate, secondo l'idonea modalità prevista per la sua valida prestazione, e non avrebbe potuto arrestarsi allo stadio preliminare della *contio*, nel quale invece si poteva validamente celebrare il *testamentum calatis comitiis*, giusta l'informazione già riferita da Gellio, e tratta dal commento di Lelio Felice a Quinto Mucio²⁸, in forza della quale, appunto, esso veniva celebrato *'in populi contione'*.

Si è pertanto opportunamente affermato che tale modalità di riunione «è la forma dell'assemblea propriamente assunta dai *comitia curiata*. Gli atti che ricadono nella competenza di questi comizi si concludono, infatti, *in concione*, poiché non richiedono, fuorché la *adrogatio*, una deliberazione dell'assemblea. Essi consistono in pronunzie unilaterali, rispetto alle quali l'assemblea svolge una funzione di testimonianza»²⁹.

In merito alla qualificazione della *contio*, è possibile trarre informazioni sempre dalla stessa opera di Gellio:

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 iubeat aut vetet, 'contionem' autem 'habere' est verba facere ad populum sine ulla rogatione.

Si tratta di un passo molto noto, ed oggetto di particolare attenzione in dottrina³⁰. Gellio attinge da Messala, il quale, illustrando le potestà tipiche delle diverse magistrature, rammenta come il console potesse impedire a tutti i magistrati di convocare i comizi (*'comitatus avocare'*) o di tenervi i discorsi (*'contionem avocare'*), e la stessa potestà aveva il pretore, il quale, però, non avrebbe potuto esercitarla nei confronti del console, mentre essa era del tutto esclusa nei magistrati minori.

Per tal ragione si sottolinea come agisca correttamente quello tra i vari magistrati che, avendone il potere, abbia convocato per primo i comizi in funzione deliberante, non potendosi far votare il popolo diviso in due.

Nel testo preso in esame si sottolinea, però, come sia cosa ben diversa la semplice intenzione di arringare il popolo (*'contionem habere cum populo'*), non contestualmente invitandolo ad esprimere il proprio voto: questa attività infatti, è attuabile anche da più magistrati contemporaneamente.

In conclusione, apprendiamo da Messala, per il tramite di Gellio, che l'espressione *'cum populo agere'* indichi un'attività ben diversa da quella rappresentata dall'espressione *'cum populo contionem habere'*, posto che la prima, e non anche la seconda, richiede la formulazione di una *rogatio* al popolo affinché, con una sua deliberazione, permetta o vieti qualcosa³¹. *'Contionem habere'* allude invece alla possibilità di arringare il popolo senza rivolgergli *rogatio* alcuna.

3. Esclusa per le ragioni innanzi indicate la coincidenza tra *testamentum calatis comitiis* ed *adrogatio*, è

²⁸) Cfr. il già riferito passo di Gell., *noct. Att.* 15. 27. 3: che riporto per la parte che interessa: *'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'*.

²⁹) R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in «AUPA.», XLI, 1991, p. 293 s.

³⁰) Cfr. COLI, *Il testamento*, cit., p. 642 s., SANTORO, *op. cit.*, p. 294, E. GABBA, *Maximus Comitatus*, (1987), ora in *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma, 2000, p. 247.

³¹) Ad esempio, che si compia l'*adrogatio*, estinguendosi la *familia* dell'*adrogando* e contestualmente ampliandosi il novero e le ricchezze della *familia* del *pater adrogans*.

opportuno proseguire l'analisi dell'esposizione riferita nel testo gaiano (*inst.* 2.101 ss.), e presentata in apertura del presente contributo, la quale, dopo aver esordito con la indicazione della denominazione delle due più antiche forme di testamento – precisando che per una di esse i comizi, in tempo di pace, erano appositamente convocati due volte l'anno e che l'altra era validamente celebrata da ciascuno dei componenti dell'esercito sul piede di guerra – rende conto dell'introduzione di un terzo genere di testamento, celebrato col ricorso al rito librare.

Questa ulteriore tipologia appare chiaramente come una riproposizione in forma privata della più antica, (forse) analoga³², ma sicuramente omologa, celebrazione svolta in forma pubblica, dalla quale mutua il formulario³³: proprio il tono enfatico di esso³⁴, più appropriato ad una celebrazione pubblica che al compimento di un rito in forma privata, denuncia inequivocabilmente tale sua derivazione³⁵.

Se 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 verosimilmente dimostrato, sulla base di quanto esposto, che analoga doveva essere la richiesta in esso contenuta, ossia quella di prestare testimonianza da parte dell'assemblea popolare prima, e dei cinque testimoni poi.

L'informazione desumibile dal manuale gaiano è, come già rilevato, quella più completa e articolata. In una prospettiva storicamente «appiattita», invece, il tema viene trattato anche nelle *Notti Attiche*, oltre che in

tit. Ulp. 20.2. Testamentorum genera fuerunt tria, unum quod calatis comitiis, alterum quod in pro-cinctu, 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 come solo l'ultimo tipo era quello rimasto in uso, senza peraltro fornire dati a supporto di quel convincimento, frequentemente rinvenibile in letteratura³⁶, 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 giustiniane³⁷, e

³²) Ho infatti già rilevato che, in tempi recenti, D'ORTA, *op. cit.*, p. 9, riferendo le sue considerazioni circa l'«innesto» della *heredis institutio* sul *testamentum*, ha espresso 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».

³³) Non necessariamente ripetendolo alla lettera: cfr., in tal senso, le osservazioni di S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., p. 49, nt. 5; si vedano, inoltre, le osservazioni 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. 100. Va peraltro sottolineata l'importanza del testo di Gaio, unica fonte ad avercelo tramandato.

³⁴) Cfr. il testo di Gai., *inst.* 2.104, che nuovamente riporto qui per comodità di lettura: '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 AENEAEQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; 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'.

³⁵) In questi termini, cfr. anche GALLO, *op. cit.*, p. 99 ss.

³⁶) 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, *Corso*, 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, *op. cit.*, p. 216, recentemente ricordata da TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., p. 313, nt. 80, e *Sulla natura*, cit., p. 315, nt. 32.

³⁷) Cfr., *Iust. inst.* 2.10.1.

dei paralleli passi della parafrasi teofilina³⁸, in cui si fa riferimento ad una sopravvivenza del terzo genere di testamento alle due forme più antiche, sia pure «solo in parte».

Si deve inoltre rilevare come una radicata impostazione, rispondente ad esigenze di natura eminentemente didattica³⁹, abbia solitamente ripartito la storia di questa forma testamentaria, circa la quale siamo indubbiamente più informati in rapporto alle precedenti⁴⁰, in diverse fasi⁴¹: si è infatti soliti affermare che inizialmente vi fu solo la *mancipatio familiae*⁴², e cioè la vendita fittizia⁴³, tramite *mancipatio*, del proprio patrimonio da parte di colui il quale intendesse disporre di esso, per il periodo successivo alla propria morte, a favore di una persona di fiducia, il *familiae emptor*: quest'ultimo veniva incaricato della distribuzione del patrimonio stesso tra i beneficiari, dopo la morte del disponente. Il fiduciario non avrebbe mai assunto il ruolo di erede, e purtuttavia ne avrebbe in qualche modo tenuto il posto, rivestendo il ruolo di quello che oggi parrebbe essere quello tipico di chi rivesta l'ufficio di esecutore testamentario⁴⁴, grazie al quale si sarebbe realizzata la successione *in singulas res*.

Nella sua fase iniziale, dunque, la *mancipatio familiae* 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 della *mancipatio familiae* è solitamente 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 dunque 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, sostan-

³⁸) Cfr. *Theoph. paraphr.* 2.10.1.

³⁹) Cfr., infatti, le precisazioni in questo senso effettuate da MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 610, nt. 134.

⁴⁰) E infatti, oltre ai riferiti passi di Gaio e Gellio, cfr. altresì *tit. Ulp.* 20.2-9, *Inst. inst.* 2.10.1, e *Theoph. paraphr.* 2.10.1. Il confronto dei passi del manuale gaiano con quelli delle Istituzioni giustinianee e della parafrasi teofilina rende conto dell'avvenuta derivazione di questi ultimi dai corrispondenti luoghi gaiani.

⁴¹) L'esposizione didattica delle quali vorrebbe far leva sulla duplice configurazione strutturale del *testamentum per aes et libram* rilevata espressamente in Gai., *inst.* 2.103 e *Theoph. paraphr.* 2.10.1.

⁴²) 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.

⁴³) 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 fructus» (Vivagni VIII)*, in «RDR», VIII, 2008, p. 15 ss. (*estr.*), consultabile nel sito *internet* di tale rivista.

⁴⁴) Cfr. E. LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, Paris, 1901, p. 51 ss., LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., p. 661 ss., e *Nature*, cit., p. 256 ss., B. KÜBLER, '*Testamentsvollstrecker*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», 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., VOGLI, *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 consentiva 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, e TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718.

zialmente consisteva in una *mancipatio imaginaria*, come si afferma nel già riportato passo dei *tituli ex corpore Ulpiani*⁴⁵.

Analoghe espressioni ricorrono nel testo delle Istituzioni imperiali⁴⁶ e nella parafrasi teofilina⁴⁷. Si sono peraltro rilevati⁴⁸ 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 e compiuta realizzazione del quale, pertanto, risulterebbe imprescindibile il rapporto biunivoco tra *mancipatio familiae* e *nuncupatio testamenti*.

La valutazione di questi dati ha contribuito a fondare le conclusioni recentemente raggiunte da Francesca Terranova⁴⁹, la quale, leggendo in una prospettiva meronimica i testi che parlano di '*familiae mancipatio*', ha sostenuto come essi facciano 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»⁵⁰. Con riferimento alla forma arcaica dell'istituto, poi, ed all'esito della considerazione delle vicende semantiche dei termini '*testor*' e '*testamentum*' in un'ottica scevra dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'accoglimento della nozione di «testamento» quale assestata in età classica e pervenuta sino ai nostri giorni, ha comunque riconosciuto 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»⁵¹, così come risultante da una certa lettura dalle definizioni del *testamentum* riferite nelle fonti di età classica.

Si tratta di una ricostruzione interessante, e che indubbiamente 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.

Non mi sembra però 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 classica⁵² – compiuta mediante l'illustrazione del formulario e degli effetti caratteristici di ciascun tipo – e la rappresentazione delle ragioni che portarono a limitare legislativamente quella *latissima potestas* conferita dalla legge delle XII Tavole⁵³ ai testatori i quali, abusandone, avrebbero potuto disperdere tutto il patrimonio in legati e affrancazioni, non lasciando nulla all'erede: per tali motivi, le *leges Furia, Voconia, Falcidia* e *Fufia Caninia* imposero limiti quantitativi alla disposizione di legati e di affrancazioni⁵⁴.

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

⁴⁵ Cfr. *tit. Ulp. 20.2*.

⁴⁶ Cfr. *Iust. inst.* 2.10.1, ove si parla di '*imaginaria quaedam venditio*'.

⁴⁷ Cfr. *Teoph. paraphr.* 2.10.1.

⁴⁸ Cfr., da ultima, TERRANOVA, *Sulla natura*, cit., p. 317 ss.

⁴⁹ *Sulla natura*, cit., *passim*.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 333.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 306.

⁵² Gai., *inst.* 2.191-223.

⁵³ In particolare dalla cosiddetta norma '*uti legassit*', contenuta in *tab. V.3*. In relazione alla portata della norma stessa, e alla successiva limitazione dell'ampiezza del suo contenuto, peraltro rilevando un fraintendimento interpretativo in relazione al suo significato dalle Istituzioni di Gaio a quelle di Giustiniano, mi permetto di rinviare alle mie *Riflessioni*, cit., in particolare p. 10 ss.

⁵⁴ Cfr. Gai., *inst.* 2.224-228.

della *heredis institutio*, e lo stesso discorso vale anche per le affrancazioni⁵⁵.

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 necessità 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 Proculiani⁵⁶.

Non si tratta dell'unico luogo in cui Gaio rammenta l'importanza dell'istituzione d'erede⁵⁷, della quale pure aveva parlato in

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 famulam 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 improbatæ sunt 'Titium heredem instituo', item 'heredem facio'.*

Presentando i requisiti di validità del testamento, Gaio si premura di elencare la necessaria sussistenza della *testamentifactio* in capo al testatore, per poi ammonire in merito alla necessaria solennità, secondo le modalità e il formulario esemplificativamente elencato, che doveva accompagnare l'istituzione d'erede: attività, quest'ultima, da intendersi preliminare rispetto all'osservanza delle formalità prescritte per la celebrazione del testamento librato⁵⁸, e a pena di inutilità della celebrazione stessa.

L'insegnamento che è possibile trarre dai riferiti due distinti luoghi delle istituzioni di Gaio, dunque, afferisce alla ineludibile presenza della istituzione di erede, da effettuarsi peraltro in modo solenne, in un atto che si voglia qualificare e ricondurre alla categoria del testamento. 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 – non ci si è limitati a considerarne la mera eventualità, ma addirittura la stessa idoneità ad essere validamente incluse nelle più antiche forme di testamento.

Discostandomi dalle riferite impostazioni dottrinarie che sostengono l'ammissibilità di un 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., non credo di arrischiarmi in un eccessivo azzardo ipotizzando che la costante attenzione a tale precisazione – relativa alla necessaria presenza e alla solennità dell'istituzione d'erede come prima, direi «originaria», formalità richiesta in un atto riconducibile alla categoria del testamento – sia sintomatica – in una con la successiva stratificazione di disposizioni che, col tempo, evidentemente si ammise potersi inserire nel testamento – di un'esigenza di differenziazione, al fine di distinguere la

⁵⁵ Cfr. Gai., *inst.* 2.230.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Si illustrerà più avanti che un ulteriore riferimento alla corretta istituzione di erede viene ulteriormente effettuato in Gai., *inst.* 2.248.

⁵⁸ Descritte nel riferito testo contenuto in Gai., *inst.* 2.104-108.

clausola «originaria», necessaria e sufficiente a caratterizzare il testamento, (e cioè l'istituzione d'erede) da tutte le altre, qualificabili come meramente eventuali.

Il ricollegare, come fa Gaio nelle sue Istituzioni, la «forza» di un testamento all'istituzione di erede, credo voglia chiaramente alludere all'esclusione dall'appartenenza a tale categoria (quella del testamento) dell'eventuale atto che di tale istituzione fosse privo, ma che chiaramente avrebbe permesso comunque di disporre *mortis causa*.

E' anche alla luce di questi motivi che, aderendo all'impostazione che non attribuisce natura testamentaria alla *mancipatio familiae* (o comunque alla configurazione più antica di quello che sarà poi il *testamentum per aes et libram*), proprio perché priva del requisito dell'*heredis institutio*, avevo ritenuto opportuno – convinto che la via per disporre a causa di morte non passasse esclusivamente per l'istituto del testamento – qualificarla come l'idoneo atto *mortis causa* (che testamento ancora non era) con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte⁵⁹. Accostando la *mancipatio familiae* (intesa nel senso appena riferito) al *testamentum (calatis comitiis o in procinctu)* mi appariva, in sostanza, un insieme di negozi diversi accomunati in quanto alla causa.

4. Ho già riferito come, a prescindere dalla lettura meronimica che la Terranova recentemente effettua dell'espressione '*mancipatio familiae*', la ripartizione e la distinzione tra questa e il *testamentum per aes et libram* sono solitamente rappresentate per illustrare la separazione tra i due diversi momenti storici che caratterizzerebbero l'istituto, solo l'ultimo dei quali sarebbe quello propriamente qualificabile come testamento, mentre «la *mancipatio familiae* sembra una creazione della giurisprudenza, coeva o posteriore alle XII Tavole»⁶⁰. Resta comunque aperto il dibattito sulla sua collocazione temporale – ferma ovviamente restando la sua indiscussa antichità – unitamente a quello relativo al suo presumibile diverso atteggiarsi (al suo supposto cambiamento di natura giuridica) prima e dopo l'emanazione della legge delle XII Tavole⁶¹.

Va comunque sottolineato che, spesso, si è voluto ricavare molto più di quello che effettivamente risulta dal testo delle Istituzioni di Gaio: in esso si parla di un «terzo genere di testamento», celebrato col ricorso al rito librare, riservato a chi, non avendo testato *calatis comitiis o in procinctu*, temesse una morte imminente. Gaio non fa alcun cenno all'originaria natura di espediente⁶² del *gestum per aes et libram* impiegato *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 Gellio, in un passaggio del lungo passo⁶³ presentato in apertura del presente contributo, 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 le eventuali linee evolutive che avrebbero portato dall'un *genus* testamentario all'altro, e, soprattutto, senza rendere conto dell'evoluzione nella forma testamentaria di un istituto precedentemente privo di tale natura.

⁵⁹) Avevo formulato tale qualificazione della *mancipatio familiae* nelle mie *Riflessioni*, cit., p. 25.

⁶⁰) M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*³, Roma-Bari, 1999, p. 40.

⁶¹) A tal proposito, e con la formulazione di ipotesi eterogenee in quanto ai risultati, cfr. LÉVY-BRHUL, *Nature de la Mancipatio Familiae*, in «Festschrift F. Schulz», I, Weimar, 1951, p. 253 ss., e *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.

⁶²) 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.

⁶³) *Noct. Att.* 15.27.3.

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’illusione – non attestata direttamente in nessun luogo delle Istituzioni di Gaio 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 essa avvenne, come illustrato in precedenza, da un istituto privo di natura testamentaria ad un vero e proprio testamento (e questa, come si è visto, è l’opinione più diffusa), ovvero da una forma testamentaria «primitiva» ad una più evoluta.

L’impressione che i riferiti testi contribuiscono a fondare sembrerebbe più che altro alludere 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*. Essi non nacquero evidentemente in forma compiuta e matura come Atena dalla testa di Zeus, ma 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. Si tratta di suggestioni che si fondano comunque su dati certi, quali l’indiscutibile ricorso alla *mancipatio*⁶⁴ ai fini della celebrazione del rito, anche (e soprattutto) nella

⁶⁴ Il manuale di Gaio risultano una preziosa fonte di informazione anche in tema di *mancipatio*: cfr. 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 conditionis, 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 AENEAEQUE LIBRA, deinde aere percussit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco*’. Il passo è stato oggetto, anche in tempi relativamente recenti, di numerosissime analisi esegetiche, anche alla luce dei vari problemi che involge (cfr., ad esempio, 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., e A. GUARINO, *Ineptiae iuris Romani*, III, in «Atti dell’Accademia Pontiniana», XXIV, 1985 (1986), p. 65 ss.). Esso illustra con sufficiente chiarezza il rito librato che, concepito inizialmente al fine di realizzare il valido trasferimento del *dominium* sulle *res mancipi*, 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 romano (in termini analoghi, cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurrezession 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 16 ss., e S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell’accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 40 s.) La lettura parallela col passo contenuto in Gai., *inst.* 2.102 farà risaltare, anche dal punto di vista testuale, l’uso che della *mancipatio* viene effettuato per permettere al disponente di disporre dei propri beni, senza la necessità di ricorrere ad una delle due forme pubbliche di testamento all’epoca note. 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 è ipotizzata la possibilità di «innesti», sul negozio della *mancipatio*, di dichiarazioni, provenienti dal disponente, in qualche modo volte ad effettuare quella «torsione» degli effetti a cui facevo cenno, e che avrebbero rappresentato l’antecedente funzionale di quella *nuncupatio testamenti* tramite la quale sarà possibile istituire l’erede ed, eventualmente, procedere ad effettuare le ulteriori disposizioni attributive a causa di morte. 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. In seguito tali dichiarazioni, per ottemperare ad esigenze di segretezza relative alle disposizioni di cui si facevano veicolo, verranno 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, le quali dunque risulteranno confermate dal disponente/testatore proprio nel corso della celebrazione del rito librato. Lo stesso formulario del *familiae emptor*, peraltro, risulta evidentemente modificato nella prospettiva di una destinazione *mortis causa* dell’atto compiuto (*‘quo tu iure testamentum facere possis’* si legge in Gai., *inst.* 2.104): in particolare, è forse il caso di affermare che, 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. Il risultato, dunque, era quello di mantenere inalterato il formalismo del rito librato: ancora ai tempi di Gaio, come si è visto, il *familiae emptor*, ormai svincolato dal suo «tener luogo dell’erede», fi-

sua forma più antica; essa avveniva a favore non di un *extraneus* o di un *quivis de populo*, ma di un '*amicus*': e ciò dovrà far riflettere sull'indiscutibile allusione al rapporto di fiducia che doveva preesistere tra il disponente e il *familiae emptor* ai fini della corretta esplicazione di effetti dell'intera procedura e della sua stessa causa; vi sono poi gli «incarichi» dati dal disponente al fine della distribuzione, da parte del *familiae emptor*, del patrimonio mancipato tra i beneficiari: ad essi si fa riferimento una volta utilizzando il verbo '*rogare*' (Gai., *inst.* 2.102), e un'altra, subito dopo, ricorrendo al verbo '*mandare*' (Gai., *inst.* 2.103). Gaio procede dunque ad illustrare il rito⁶⁵, così come svolto al suo tempo, riportandone il formulario – sulla cui più o meno fedele derivazione dalle antiche forme pubbliche di testamento pure si discute, come si è già osservato –, specificando che esso va ricondotto alla nozione di '*nuncupatio*', e premurandosi altresì di spiegare la portata del verbo *nuncupare*: '*generali sermone nominare atque confirmare*'. La volontà del testatore si sostanzia dunque nella *nuncupatio* – dichiarazione solenne, precisa e alla presenza dei testimoni – che accede al testamento⁶⁶.

Sembrirebbe allora corretto affermare che, tanto nell'un caso quanto nell'altro, Gaio stia parlando della celebrazione di un testamento: in Gai., *inst.* 2.102, infatti, dopo aver descritto il rito librare 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, nello specificare 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, contrapponendo quella svolta anticamente (introdotta dal segno '*olim*') a quella che si celebrava nel tempo in cui Gaio scriveva (introdotta dal segno '*nunc*').

Anche in questo 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, in Gai., *inst.* 2.105-106, dell'inidoneità dei parenti del *mancipio accipiens - familiae emptor* a fungere da testimoni all'atto⁶⁷.

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*: quest'ultima sarebbe stata mantenuta «ad imitazione del diritto antico». L'erede istituito, al tempo di Gaio, si sarebbe fatto carico anche dei legati: in questo senso credo vada letta l'affermazione '*a quo etiam legata relinquuntur*' contenuta in Gai., *inst.* 2.103 e riferita a costui.

Tale ultima espressione, inoltre, attesta senz'altro che nella forma classica del *testamentum per aes et libram* c'è spazio anche per l'istituto del legato, ma fa contemporaneamente sorgere l'interrogativo

guava «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 nella modifica del formulario. Si può affermare che la sapiente duttilità della parola 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» (l'espressione è stata efficacemente utilizzata da M. T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*², Göttingen, 2003, trad. it. – *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale* –, Bologna, 2005, p. 172 ss.) di cui si è efficacemente parlato in letteratura, e che saranno essenziali nell'iter evolutivo del diritto romano. 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 rinvenivano 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*.

⁶⁵ Cfr. Gai., *inst.* 2.104.

⁶⁶ Cfr. BLANCH NOUGUES, *op. cit.*, p. 126 ss.

⁶⁷ Cfr. TERRANOVA, *Osservazioni*, cit., p. 289 ss., e *Sulla natura*, cit., p. 311 s. Considerano invece improprio il ricorso da parte di Gaio all'espressione '*testator*' VOICI, *Il diritto ereditario*, cit., p. 16 nt. 48, e D'ORTA, *Saggio*, cit., p. 69. Sulla misteriosa figura dell'*antestator*, cfr. F. TERRANOVA, *Sull'antestator negli atti per aes et libram*, in «Juris Antiqui Historia. An International Journal of Ancient Law», II, 2010, p. 103 ss.

circa la presenza dell'istituto medesimo nella forma «primitiva» del testamento librato.

Devo allora ribadire la serie di convincimenti espressi in precedenza: lo strumento testamentario diventa veicolo di disposizioni eterogenee, la cui ammissibilità si amplia proprio nel tempo della sua storia primitiva. Sin dall'origine, comunque, sarà qualificato «testamento» ogni atto idoneo a contenere validamente un'istituzione di erede, ma esso non esaurirà il novero degli idonei 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 della celebrazione richiesta ai fini della loro validità, da realizzarsi alla presenza dei testimoni. Ad essi, però, non si potrà in alcun modo attribuire «natura testamentaria», sia pure alla luce dell'indiscutibile identità di causa che essi condividono con il testamento. Credo si tratti di un'esigenza che, forse, è senza tempo: ancora nella nostra epoca, infatti, sia pure sulla base di esigenze e presupposti molto diversi, si continua a parlare, e quindi ad avvertire l'esigenza, di «istituti alternativi al testamento»⁶⁸.

Conviene a questo punto prestare ancora attenzione a quella torsione degli effetti, operata dalla duttilità della parola e dalla sua sapiente veicolazione, sul rigido formalismo del *gestum per aes et libram*, a cui ho fatto cenno.

Risulta palese la possibilità di ottenere un 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 precetti in forza dei quali l'interpretazione pontificale poté operare gli adattamenti esaminati: si tratta di *tab. VI.1* – ‘*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*’ – e, con specifico riferimento alla materia testamentaria, *tab. V.3*: ‘*paterfamilias, uti legassit super familia pecuniaque sua, ita ius esto*’⁶⁹.

Entrambe queste disposizioni sono state oggetto di particolare disamina in letteratura. Il precetto contenuto in *Tab. VI.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*⁷⁰.

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. VI.1*: si è allora osservato che l'espressione ‘*nexum facere*’ alluda al compimento del rituale *per aes et libram* del *nexum*⁷¹.

A tal proposito, va subito rilevato che la riconducibilità del *nexum* alla categoria del *gestum per aes et libram* è ormai pacificamente ammessa in dottrina⁷², anche sulla base di una serie di dati testuali rinvenibili nelle fonti, quali ad esempio:

Fest. 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

⁶⁸ 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*.

⁶⁹ Di tale norma, come è noto, si conservano nelle fonti diverse versioni. Adotto quella «retorica», attestata da Cic., *inv.* 2.50.148 e Auct. Her., *rhet.* 1.13.23, preferendola a quelle riportate nelle fonti giuridiche (Gai., *inst.* 2.224, D. 50.15.120, *Iust. inst.* 2.22.pr., *Theoph. paraphr.* 2.22.pr., Nov. 22.2.pr., *tit. Ulp.* 11.14., D. 50.15.53.pr.) sulla base dei risultati a cui pervenivo nelle mie *Riflessioni*, cit., *passim*.

⁷⁰ 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 del diritto romano*¹¹, Roma-Bari, 2006, p. 91 s., e RANDAZZO, *op. cit.*, p. 53 s. e nt. 34, anche per l'amplessima letteratura citata.

⁷¹ Cfr. RANDAZZO, *op. cit.*, p. 56.

⁷² Cfr. M. TALAMANCA, *La polemica e l'ignoratio elenchi*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 518 ss., B. ALBANESE, *Cum nexum faciet mancipiumque* (1992), ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, p. 87 ss. e 92 ss.

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, all'espressione 'mancipationem facere': alle autorevoli voci dottrinarie che negano l'opportunità di una tale equivalenza⁷³ se ne contrappongono altrettante⁷⁴ propense invece a sostenerla, seguendo una linea interpretativa che risulta così essere idealmente senza soluzione di continuità rispetto a quella formulata dai classici⁷⁵.

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'⁷⁶.

5. Le ricostruzioni sino ad ora considerate suggeriscono la possibilità di assumere come prospettiva più attendibile l'accostamento, in forza di indubbie analogie con quanto compiuto ai fini della celebrazione del rito librare, all'istituto del fedecommissario⁷⁷: è noto che esso riceverà riconoscimento giuridico in epoca decisamente posteriore, sotto Augusto⁷⁸, e si è soliti spiegarne l'origine facendo riferimento tanto all'estrema sua duttilità che, caratterizzandolo, avrebbe permesso di evitare le conseguenze negative circa la 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 *testamentifactio* 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 da Gaio come possibile origine dell'istituto stesso: di quest'ultimo, pertanto, non risulta chiarissima l'origine, alla quale si cerca di pervenire, da parte di Gaio, sulla base di ipotesi. Di certo il fedecommissario, ponendosi in un certo senso al di fuori dell'ambito del formalismo giuridico, permetteva di evitarne anche l'eccessivo rigore, così come le possibili strettezze ed asperità, evidentemente prestandosi come strumento idoneo a compiere anche ciò che oggi chiameremmo negozi in frode alla legge⁷⁹.

Si è inoltre sottolineato, al fine di affermare l'inopportunità, oltre che l'inaccettabilità dell'accostamento che comunque ci accingiamo ad operare, che «tutte le fonti indicanti l'esistenza del *fidei-*

⁷³ 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, *op. cit.*, p. 71 ss.

⁷⁴ Cfr. da ultimo RANDAZZO, *op. cit.*, p. 57 s., e nt. 40, con ampia letteratura.

⁷⁵ Cfr. *Val. jr.* 50: 'et in mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat'.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissari secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 33 ss., F. MILONE, *Il fedecommissario romano nel suo storico svolgimento*, Napoli, 1896, p. 1 ss., R. TRIFONE, 'Fedecommissario (diritto romano)', in «NNDI.», VIII, Torino, 1957, p. 188, P. VOCI, 'Fedecommissario (diritto romano)', in «ED.», XIII, Milano, 1968, p. 103 ss., e F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, p. 23 ss.

⁷⁸ Cfr. *Iust. inst.* 2.23.1 e 2.25 pr.

⁷⁹ In termini analoghi si esprimono BIONDI, *Successione*, cit., p. 286 ss., KASER, *Römische Privatrecht*, cit., p. 392 ss., E. GENZMER, *La genèse du fideicommiss comme institution juridique*, in «RHD.», XL, 1962, p. 319 ss., e A. WATSON, *The Early History of fideicommissa* (1970), ora in *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, p. 181 ss.

commisum prima dell'impero di Augusto risalgano solo all'ultimo secolo della repubblica⁸⁰; 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 *testamentum per aes et libram* e l'istituto del fedecommesso⁸¹. Ritengo comunque che procedere nuovamente ad una lettura dei relativi passi gaiani non sia inutile:

Gai., *inst.* 2.248 Inprimis 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 recto iure heres instituitur.

Iniziando a trattare dei fedecommessi, così come conosciuti in epoca classica (e quindi considerandoli nel loro compiuto sviluppo) Gaio sottolinea la preventiva necessità di procedere ad una corretta istituzione di erede, per poi affidare alla lealtà di costui la restituzione di tutta o parte dell'eredità. Gaio non esita a sottolineare le peculiarità di questo erede onerato di fedecommesso:

Gai., *inst.* 2.252 Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditatis, 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 solvisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis 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.

Nell'espore le linee di sviluppo storico del fedecommesso, dunque, Gaio sottolinea che, anticamente, l'onerato della restituzione dell'eredità, più che dell'erede o del legatario, teneva il luogo del compratore, rammentando, ed illustrandone la casistica, come tra 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.

Abbiamo dunque un erede che in antico era più che altro considerato un compratore. Non sfuggirà a questo punto l'accostamento, e la simmetria *a contrario*, con la figura del compratore che in antico teneva il luogo dell'erede: figura caratterizzante il resoconto che si è visto svolto in Gai., *inst.* 2.103⁸².

Si deve inoltre rilevare che tanto l'erede considerato (alla stregua di un) compratore dell'eredità (nel caso del fedecommesso), quanto il compratore dell'eredità considerato (alla stregua di un) erede ricevevano incarichi di procedere alla distribuzione di cespiti ereditari, a guisa di quelli che oggi chiameremmo esecutori testamentari. Io credo che la comparazione di queste dinamiche sia inequivocabile indice di un momento originario comune ad istituti che seguiranno poi vie autonome e distinte, pur rimanendo in stretta correlazione reciproca. Per utilizzare l'efficace espressione della Fögen, da tale momento avranno poi preso corpo, nella materia oggetto del nostro interesse, «linee e sdoppiamenti» evolutivi.

Nel suo resoconto, Gaio semplifica complesse dinamiche, e segue la linea espositiva più consona al tenore della sua esposizione; non ha interesse a fornire una trattazione più dettagliata: ai suoi studenti (e a noi suoi lettori) basterà conoscere quello, tra i vari percorsi possibili, che ha portato alla netta individuazione degli istituti, così come conosciuti al tempo in cui egli scrive.

⁸⁰) LONGCHAMPS DE BÉRIER, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹) Così si esprime, tra gli altri, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *op. cit.*, p. 35 s. E, in effetti, in questo senso depono anche la lettura di FERRINI, *op. cit.*, p. 33.

⁸²) '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'.

E' francamente difficile sostenere, come pure in dottrina si è fatto con estremo convincimento⁸³, 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 denominazione stessa dell'istituto e nella considerazione della sua evoluzione storica almeno sino ad Augusto, anche nello stesso formulario utilizzato per disporlo validamente:

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. Scio reddas restituas'. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa.

Gaio ci informa che «chiedo», «prego», «voglio», «fedecommetto» sono le espressioni più adoperate per i fedecommissari, idonee a realizzarne una valida disposizione, tanto se usate singolarmente quanto cumulativamente.

Ribadisce inoltre Gaio, dopo averlo già precisato poco prima⁸⁴, che la formula fedecommissaria è validamente inserita dopo l'istituzione di erede – ed è appena il caso di ricordare che egli sta illustrando la struttura degli istituti ormai compiutamente sviluppati –: essa può avere ad oggetto la 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 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 beneficiari.

Per quanto 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'*).

Io credo, e lo ribadisco, che non sia casuale il ricorso alla parola *'amicus'* per indicare il *familiae emptor*: egli dunque non è semplicemente «un terzo», «un *civis* qualunque», «un *quivis de populo*»: opportunamente, dunque, viene tradotto con l'espressione «acquirente fiduciario».

Quale sia il ruolo della *fides* tanto nel caso del *gestum per aes et libram* quanto in quello del fedecommissario è evidente: permettere di raggiungere comunque il risultato distributivo-attributivo *mortis causa* perseguito anticamente con le sole celebrazioni dei testamenti pubblici.

Le invocate incompatibilità cronologiche che renderebbero inaccettabile la ricostruzione proposta in questa sede sono a mio avviso 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 fedecommissario escluda ogni connessione tra quanto con esso si intendeva realizzare e il *gestum per aes et libram* impiegato *mortis causa*: essa può al massimo voler dire che l'identificazione della dinamica dispositiva con la parola che ne designa l'istituto avviene in un successivo momento, in cui il suo più maturo impiego permette di ricondurla appunto ad un preciso istituto, che, di conseguenza, assumendo una configurazione più netta, viene identificato e

⁸³) Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *op.cit.*, p. 35 s.

⁸⁴) Cfr. Gai., *inst.* 2.248.

distinto da altri.

Paradossalmente, a questo convincimento si perviene anche considerando quella letteratura che addirittura tende ad escludere l'originario fondamento esclusivamente fiduciario che avrebbe caratterizzato il fedecommesso⁸⁵ prima di Augusto, sulla base della considerazione di passi in cui alla disposizione fedecommissaria si sarebbero sempre accompagnate ulteriori disposizioni volte, in qualche modo, a fornire comunque una vincolatività sul piano giuridico delle ultime volontà del disponente. Più che escludere un fondamento, che in verità risulta dall'ampia serie di aspetti sino ad ora elencati, infatti, l'impressione è quella di un uso ancora non maturo e non definito dell'istituto.

6. In conclusione, col presente scritto si è inteso riconsiderare il rapporto tra l'istituto comunemente chiamato '*mancipatio familiae*' e il *testamentum per aes et libram*, nel più ampio quadro della storia primitiva delle forme testamentarie, in relazione alle quali, peraltro, si è cercato di illustrare i motivi che portano a discostarsi dalla tradizionale e radicata impostazione dottrina che tende ad identificare *testamentum calatis comitiis* e *adrogatio*.

Tale identificazione, in particolare, è stata esclusa sulla base all'eterogenea serie di dati emersi nel corso della trattazione, quali la diversa denominazione degli istituti e l'assoluto silenzio, nelle fonti a nostra disposizione, in merito ad essa; la considerazione dell'*adrogatio* come *species* del più ampio *genus* rappresentato dall'*adoptio*; il semplice (possibile ma non anche necessario) intersecarsi dell'istituto dell'adozione di un *sui iuris* da parte di un altro *sui iuris* con la (eventuale) confezione di un testamento da parte dell'adottante, il quale peraltro non doveva necessariamente essere privo di figli, stante l'assoluto silenzio, in merito, delle fonti considerate, così come non avrebbe dovuto necessariamente istituire erede il figlio adottato; la diversa tipologia di comizio necessaria al compimento dell'adozione rispetto a quella riservata alla celebrazione del testamento, e il conseguente diverso ruolo assunto dal *populus*, chiamato nel primo caso ad approvare tramite *suffragium*, nel secondo semplicemente a rendere *in contione* testimonianza ai fini del compimento del negozio.

Prendendo poi in considerazione le fonti volte a fare luce sulla natura giuridica della *mancipatio familiae*, sono stati oggetto di considerazione gli argomenti che porterebbero ad attribuire anche ad essa, e non solo al *testamentum per aes et libram*, «natura testamentaria»: a tal proposito, però, non è stata superata l'obiezione fondamentale, pure ricavabile dalle fonti, relativa alla correlazione necessaria tra *testamentum* ed *heredis institutio*, e si è cercato di illustrare i motivi per i quali essa risulti «originaria», non essendo, come pure ha sostenuto autorevole dottrina, un «innesto» della seconda sul primo, attestantesi in epoca decisamente successiva all'emanazione della legge delle XII Tavole: assolutamente conferente, in questo senso, mi sembra anche l'importanza che Gaio, nei diversi luoghi presi in considerazione delle sue Istituzioni, collega alla correttezza ed alla solennità dell'istituzione d'erede: essa, dunque, in contrapposizione a tutte le altre disposizioni che, col tempo, potranno veicolare (anche, e poi esclusivamente) tramite il testamento, reca in sé traccia dell'«originarietà» dell'istituzione d'erede in rapporto al testamento stesso.

In quest'ordine di idee, in un mio precedente scritto⁸⁶ avevo provato a rispondere al quesito relativo all'impiego, nella legislazione decemvirale, del segno '*legasit*' in luogo del verbo '*testari*' nella formulazione della norma contenuta in *tab. V.3*, tradizionalmente identificata come «la *magna charta* della successione testamentaria»⁸⁷, posto che anche il segno '*testari*', al pari di '*legare*' (inteso nel senso di '*legem dicere*', e non in quello, più ristretto, di «disporre uno o più legati»), era conosciuto dai decemviri, e che in dottrina non si è mancato di sostenere che «il *legare* delle XII Tavole corrispondeva a *testari* e concerneva tutto il patrimonio»⁸⁸: avevo ipotizzato che la formulazione della norma fosse indice di un'epoca caratterizzata dalla compresenza delle due antiche forme pubbliche di te-

⁸⁵ Cfr. WATSON, *op. cit.*, p. 181 ss.

⁸⁶ ARCES, *Riflessioni*, cit., p. 21 ss.

⁸⁷ VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 11.

⁸⁸ COLI, *Il testamento*, cit., p. 629.

stamento, *calatis comitiis* ed *in procinctu*, sia pure fortemente «erose» dal fenomeno della desuetudine, e della *mancipatio familiae*, facendo riferimento a quest'ultimo istituto nella tradizionale accezione di antecedente storico del *testamentum per aes et libram*, e intendendolo come l'idoneo atto *mortis causa* (che testamento ancora non era) con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte.

I risultati a cui è pervenuta Francesca Terranova, se, da un lato, conducono ad utilizzare un'estrema cautela nell'indicare con il segno '*mancipatio familiae*' l'istituto che poi si evolverà nel *testamentum per aes et libram*, inducendo a preferire ad esso l'altra e più generica espressione «*gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa*», non credo riescano a superare le considerazioni relative all'ipotesi formulata in merito al ricorso al '*legassit*' (anziché al '*testari*') decemvirale e, più in generale, all'inquadramento del periodo di emanazione della legge delle XII Tavole come di un'epoca in cui si conoscono tanto il testamento e la sua intima connessione con la *heredis institutio*, quanto la possibilità di percorrere un'altra via, mediante il ricorso alla *mancipatio*, per disporre *mortis causa*. In relazione ad essa – seguendo l'ipotesi di lavoro formulata nel presente contributo mediante l'accostamento alla figura del fedecompresso, riconducibile anche a spunti interpretativi desumibili dalla letteratura meno recente⁸⁹ – e sulla scia dell'indubbia suggestione derivante dallo studio della Terranova, mi sentirei di parlare più che altro di una sua «natura fedecommissaria».

In tale impostazione, sarebbe inoltre opportuno approfondire, sul piano dello sviluppo storico degli istituti in formazione, la possibilità della coesistenza di «nature» (testamentaria o fedecommissaria) da riferire al *gestum per aes et libram* utilizzato per disporre *mortis causa* a seconda della presenza o meno dell'istituzione d'erede.

Inutile sottolineare l'importanza giocata a tal proposito dall'interpretazione pontificale e dal meccanismo della «*interpretatio-recezione*»: proprio in questo periodo avranno contribuito alla sperimentazione di soluzioni, alla creazione di dinamiche eterogenee, e alla produzione di «linee e sdoppiamenti», che condurranno alla definitiva affermazione, in epoca repubblicana, del testamento come strumento cardine ed idoneo contenitore di tutte le disposizioni tramite le quali potranno articolarsi le ultime volontà del disponente.

⁸⁹) Cfr. ad esempio FERRINI, *op. cit.*, p. 33, e MILONE, *op. cit.*, p. 5 ss.