

DIPARTIMENTO DI STORIA DEL DIRITTO
UNIVERSITÀ DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LIII
(2009)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN 978-88-3480946-4

Composizione e stampa: Salerno Arti Grafiche srl - Palermo - 2009

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it INDICE DEL VOLUME

INDICE DEL VOLUME

Agere e contrahere.

Giornata di studio in onore di Raimondo Santoro
e presentazione degli *Scritti minori* dell'onorato
(Palermo, 12 giugno 2009)

G. FALCONE, Introduzione.	11
G. PURPURA, Presentazione degli <i>Scritti minori</i> di Raimondo Santoro.	17
M. HUMBERT, La c.d. libertà associativa nell'epoca decemvirale: un'ipotesi a proposito di XII Tab. VIII.27 .	27
G. NICOSIA, La <i>legis actio per conductionem</i> e la novità dell'intervallo dei trenta giorni	55
J. PARICIO, Una historia del contrato en la jurisprudencia romana	71
L. PEPPE, Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano	115
M. DE SIMONE, " <i>Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat</i> ". Per una lettura di Varro, <i>De ling. lat.</i> , 6.74 . .	163
G. FALCONE, L'esordio del commento ulpiano all'editto sui patti (D.2.14.1pr.) tra critica testuale e studio dei percorsi concettuali	223
M. MARRONE, <i>Dominus litis</i>	255
G. PURPURA, Brevi riflessioni sull' <i>humanitas</i>	287
F. TERRANOVA, Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta <i>mancipatio familiae</i>	299

FRANCESCA TERRANOVA

Sulla natura 'testamentaria'
della cosiddetta *mancipatio familiae*

SOMMARIO: 1. Premessa: presentazione del problema e ragioni della ricerca. – 2. Esame di Gai 2.102-105. – 3. Confronto con le altre fonti che trattano del *testamentum per aes et libram*: I. 2.10.1; PT. 2.10.1; Gell. 15.27.3; Tit. Ulp. 20.2. – 4. Analisi di Tit. Ulp. 20.9 ove ricorre l'espressione *familiae Mancipatio* in un'accezione differente da quella comunemente impiegata in dottrina. – 5. Esame dei luoghi delle Istituzioni gaiane in cui si parla di *familiae venditio*, *vendere familiam* e *familia venire* e analisi di Tit. Ulp. 28.6 da cui si evince la corrispondenza tra l'espressione *familiae Mancipatio* ivi impiegata e le locuzioni adoperate nel manuale gaiano. – 6. Il prosieguo della trattazione del testamento librato in I. 2.10.1 e PT. 2.10.1. – 7. Ulteriori considerazioni sulla opportunità di non impiegare la locuzione *Mancipatio familiae* per qualificare la forma più antica del testamento librato ed esame di Tit. Ulp. 20.3 che confermerebbe ulteriormente la nostra ipotesi di interpretazione di tale espressione. – 8. L'importanza della partecipazione dei testimoni al *negotium* come indizio per stabilire, tra i diversi significati del verbo *testor* (e del connesso sostantivo *testamentum*), il suo valore più risalente. – 9. Spunti di riflessione e nuove prospettive di indagine.

1. Tra le tante questioni connesse alla ricostruzione dell'evoluzione storica del *testamentum per aes et libram* ci si è chiesti se esso possa essere considerato, fin dalle origini, un vero e proprio testamento.¹ Com'è noto, la dottrina romanistica maggioritaria risolve la questione in senso negativo² e distingue la cosiddetta *Mancipatio familiae* dal *testamentum*

¹ Svilupperemo in queste pagine alcune riflessioni alle quali abbiamo accennato brevemente in *Osservazioni su Gai 2.108*, in *AUPA* 52 (2007-2008), 285 nt. 7.

² Così, tra i tanti, sebbene diversamente tra loro, C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in AA. VV., *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Roma 1888, 193 ss.; ID., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli 1900, 47; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 853 ss.; CH. APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, Paris 1903, 105 ss.; A. OBRIST, *Essai sur les origines du testament romain*, Lausanne 1906, spec. 58 s., 168 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma 1914, 310 ss., spec. 312; P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* ("Res Mancipi" e "res nec Mancipi"), in *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Torino 1918, 144 ss.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 66 s. [si veda anche ID., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in *IVRA* 7 (1956), 41 nt. 63]; H. LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, in *NRHDFE* 45 (1921), 661 s. [lo studioso è nuovamente tornato sul tema in ID., *Heres*, in *RIDA* 2.3 (1949), (*Mélanges Fernand De Visser*, II), 169 ss.; ID., *Nature de la Mancipatio Familiae*, in AA. VV., *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar 1951, 253 ss., spec. 258 ss., dove dubita dell'attendibilità della descrizione storica gaiana (v., in particolare, 254 e 259)]; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I. *La procédure, les personnes, les droits réels, les successions et donations*, a cura di

per aes et libram, rilevando come la prima sia un espediente escogitato

R. MONIER, Paris 1927, 652; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 340; P.F. GIRARD-F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 856; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932, 89 ss., 247 s.; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I. *Introduction historique, les personnes, les droits réels, les successions*, Paris 1935, 541 ss., 546 ss.; R. AMBROSINO, 'In iure cessio hereditatis'. Spunti per la valutazione della hereditas, in *SDHI* 10 (1944), spec. 39; E. WEIß, *Institutionen des römischen Privatrechts*², Basel 1949, 513 ss.; B. BIONDI, *Obbietto dell'antica hereditas*, in *IVRA* 1 (1950), spec. 174 s. [v. anche ID., *Successione testamentaria e donazione*², Milano 1955, 37, 39 ss.]; V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del "testamentum per aes et libram"*, in AA. VV., *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto di Verona (27-28-29 settembre 1948)*, III, Milano 1951, 82 = *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 186; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*², Torino 1962, 14 ss.; G. GANDOLFI, «Prius testamentum ruptum est», in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 211 s., con letteratura citata alla nt. 3; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano 1966, 260 ss.; A. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca 1966, 75 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I. *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, 88 ss.; ID., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 15 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino 1996, spec. 69. Sembrano optare per tale soluzione anche G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 1994, 227; S. RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, 41 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in *IVRA* 50 (1999), 167 nt. 14; J.M. BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, in *RIDA* 47 (2000), 128 s.; L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 171 ss. [si vedano anche L. PEPPE, *Rec. a L. MONACO, 'Hereditas' e 'mulieres'. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica* (Napoli 2000), in *IVRA* 51 (2000), 216; C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande. (Appunti a margine di una recente ricerca)*, in *BIDR* 100 (2003), 657 s.]; M.P. SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona 2001, 33 nt. 50; P. ARCÉS, *Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab. V.3)*, in *RDRIV* (2004), spec. 25, ove l'autore definisce la *mancipatio familiae* «idoneo atto mortis causa (che testamento ancora non era) con cui stabilire la sorte delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte».

Sostengono invece che anche la *mancipatio familiae* sia un testamento, pur mantenendo talora l'uso di tale espressione e ricostruendo variamente l'istituto, D. DE GALTIER, *Theophilus renovatus, sive levis ac simplex via ad Institutiones juris civilis*, Tolosae 1726, spec. 165, 170, il quale, com'è ovvio (non essendo ancora stato scoperto il Palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio), si basa quasi esclusivamente sul brano della Parafraresi di Teofilo (PT. 2.10.1) che tratta anch'esso delle due configurazioni strutturali assunte nel tempo dal *testamentum per aes et libram* e che, come si vedrà, è fedele in più punti all'esposizione gaiana del testamento librare: v. *infra*, spec. nt. 27; A.D. TREKELL, *Tractatio de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos in qua praeterea multi veterum Romanorum ritus, mores, leges, multa iuris, et veterum scriptorum loca illustrantur cum praefatione G.C. Gebaveri*, Lipsiae 1739, 116 ss., per il quale valgono le stesse considerazioni svolte per l'autore precedente; I.L. BANG, *De tribus Romanorum testamentis antiquissimis calatis comitiis, in procinctu et per aes et libram factis*, Marburgi 1822, 48 ss.;

dalla prassi³ che solo in un momento successivo assume forma

H. KLEIN, *Specimen iudicium inaugurale de testamento per aes et libram*, Amstelodami 1830, 15 ss.; E. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes*, Erlangen 1881, 49; F. SCHULIN, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, Basel 1882, 54 ss.; K. SALKOWSKI, *Zu Gaius II § 104*, in *ZSS* 3 (1882), 197 ss.; E. CUQ, *Recherches historiques sur le testament per aes et libram*, in *NRHDFE* 10 (1886), 534 s., che però continua a discorrere di *mancipatio familiae* [dello studioso si vedano anche ID., *Les Institutions juridiques des Romains*, I. *L'ancien droit*, Paris 1891, 296 ss.; ID., s.v. 'Testamentum (droit romain)', in *DSV* (Graz-Austria 1919, rist. 1969), 139, ove si parla di «testament par mancipation»]; TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*⁶, III.1, Leipzig 1887, 93; F. GREIFF, *De l'origine du testament romain. Étude d'antiquités juridiques*, Paris 1888, 101 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle pandette tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*, XXVIII.1, tradotto e annotato da A. ASCOLI, Milano 1900, 258 ss.; E. EHRLICH, *Die Anfänge des testamentum per aes et libram*, in *ZVRW* 17 (1905), 99 ss.; O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, in *Essays on Legal History*, Oxford 1913, 126 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II. *Obbligazioni ed azioni, Diritto ereditario, Donazioni*, Roma 1928, 473 s.; M. WLISSAK, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, I, Wien-Leipzig 1933, 3 ss.; A. CARCATERA, *La successione intestata dell'adgnatus nella legge delle XII Tavole*, estr. da *AUBA* nuova serie, vol. II, anno 1939-XVII, Bari 1940, spec. 23; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, Leipzig 1940, 30 ss.; P. JÖRS-W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*⁶, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 317 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA* 20 (1949), spec. 418 ss., 419 nt. 1, con bibliografia [ma si veda anche ID., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 47 ss., 48 nt. 65]; S. VON BOLLA, *Zur Geschichte der römischen Vermächtnisverfügungen*, in *ZSS* 68 (1951), 502 s.; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des Römischen Erbrechts*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Pietro De Francisci*, 1, Milano 1956, 434 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30 (1967), 390 nt. 5; A. GARCÍA-GALLO, *Del Testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, in *AHDE* 47 (1977), 439; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 717 s., che definisce la *mancipatio familiae* una «forma autonoma di testamento» (cfr. 719, sul punto v. anche *infra*, nt. 15). È soprattutto al pensiero di Albanese che ci rifacciamo. Della dottrina tedesca citata non condividiamo, infatti, né l'idea che anche la *mancipatio familiae* sia *testamentum* nel senso però di *Legatentestament* (cfr., ad esempio, Ehrlich e Lenel), né l'ipotesi di un'originaria dicotomia del patrimonio romano in base alla quale per *familia* si intenderebbe «das Hausgut», e per *pecunia* «das Eigengut» [così, ad esempio, Wlassak e Wieacker; su quest'ultimo v., in particolare, le critiche svolte da B. ALBANESE, *Rec. a F. WIEACKER, Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Ueber die Anfänge des römischen Testaments* (Leipzig 1941), in *AA. VV.*, *Il Circolo giuridico L. Sampolo, N.S.*, 17 (1946), 188 ss. = *Scritti giuridici*, IV, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 1201 ss.]. Sebbene adoperi l'espressione *mancipatio familiae*, condivide alcune riflessioni di Albanese, nella letteratura più recente, anche S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano 2008, 74 ss. Sul punto v. inoltre M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 610 nt. 134, il quale, pur utilizzando il sintagma *mancipatio familiae* «per comodità espositiva», rileva che «anche la *mancipatio familiae* è detta *testamentum per aes et libram*».

³ Così, tra i tanti, CUQ, *Les Institutions juridiques*, I, cit., 296; COLI, *Lo sviluppo*, cit., 67 s.; LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., 661 s. (v. anche ID., *Nature de la Mancipatio Familiae*, cit., 261 s.); GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, cit., 856; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 46

testamentaria, trasformandosi nel testamento librato vero e proprio.⁴ Tuttavia, ci preme subito notare sin da ora che l'espressione *mancipatio familiae* (più propriamente, come si vedrà, *familiae mancipatio*) non ricorre nelle fonti se non in alcuni brani tratti dai *Tituli ex corpore Ulpiani* in cui i termini non vengono adoperati nell'accezione con cui sono comunemente impiegati dalla dottrina corrente.⁵

Se si intendesse per testamento «un atto unilaterale, *mortis causa*, personalissimo, revocabile sino all'ultimo istante di vita, un atto con il quale un soggetto – il testatore – disponeva delle sue sostanze per il tempo

nt. 2; BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., 36; M. AMELOTI, s.v. *Testamento (dir. rom.)*, in *ED 44* (Milano, 1992), 461; ID., *Il testamento romano*, che citiamo da *Scritti giuridici M. Amelotti*, a cura di L. MIGLIARDI ZINGALE, Torino 1996, 405; PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 64 nt. 129.

⁴ Secondo molti studiosi, il passaggio dalla *mancipatio familiae* al testamento librato vero e proprio si sarebbe verificato con l'introduzione nella prima della *heredis institutio*. Così, tra i tanti, GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, cit., 858 s.; D'ORTA, *Saggio*, cit., 3 nt. 2; di recente, PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 76, secondo la quale «L'elemento veramente nuovo del più recente tipo di *testamentum* librato, praticato ancora in età gaiana è da ritrovare nell'istituzione di erede...». Non è mancato, poi, chi ha sostenuto (OBRIST, *Essai sur les origines du testament romain*, cit., 161) che «...l'apparition de l'institution d'héritier ... n'a pu se faire que dans le testament *per aes et libram* perfectionné», negando quindi la sua risalenza ai *duo genera testamentorum* più antichi. Sul punto si veda, tuttavia, ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., spec. 425 ss., il quale, muovendo dall'idea che solo la *heredis institutio* in senso classico è frutto di una nozione smaterializzata della *hereditas*, preferisce parlare per i *duo genera testamentorum* più antichi di una «*heredis institutio* originaria». Lo studioso palermitano ipotizza, quindi, in luogo di una introduzione dell'istituzione d'erede nella *mancipatio familiae*, un'evoluzione storica della prima che vada di pari passo con l'evoluzione «dal materiale allo smaterializzato» dei concetti di *hereditas* e *heres*. «Basta pensare, infatti, che non si capirebbe perché i Romani, se avessero già avuto sotto gli occhi una istituzione d'erede in senso tecnico, non l'avrebbero fin dal principio inserita nello schema della *mancipatio familiae*» (ID., *op. cit.*, 429). Sul punto rimandiamo anche a quanto rilevato nelle nostre *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 312 nt. 76, con altra letteratura.

Cogliamo l'occasione per avvertire che non ci occuperemo in questa sede di stabilire in che periodo l'istituzione d'erede sia stata introdotta nel *testamentum per aes et libram*, problema strettamente connesso al passaggio dalla cosiddetta *mancipatio familiae* al testamento librato. Su tali controverse questioni rimandiamo, nella letteratura più recente, a D'ORTA, *Saggio*, cit., 3 nt. 2, con letteratura ivi citata, al quale *adde* PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., spec. 90 e ivi nt. 173, con diversa bibliografia.

⁵ I passi in questione sono Tit. Ulp. 20.3, 20.9 e 28.6 su cui v. *infra*, rispettivamente, §§ 7, 4, 5. Si veda, a tal proposito, anche Gai 2.109; 2.115; 2.116; 2.119; 2.121 e 2.149a riportati *infra*, nel testo, § 5. Come vedremo, dei tre luoghi tratti dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, si è scelto di esaminare Tit. Ulp. 20.3 per ultimo, in quanto il brano può trovare una più agevole interpretazione in seguito all'analisi di tutte le altre fonti che trattano del *testamentum per aes et libram*.

dopo la sua morte»,⁶ e all'interno del quale la *heredis institutio* rivestiva un ruolo di importanza fondamentale,⁷ bisognerebbe chiaramente escludere che la *mancipatio familiae* avesse tali caratteristiche.⁸ Com'è risaputo, tale atto era originariamente *inter vivos*, bilaterale e privo di un'istituzione d'erede in senso tecnico.⁹ Sennonché, sembra abbastanza

⁶ Così MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 609. È questa la nozione di testamento, alla quale è pervenuto il diritto romano in età classica e che si è trasmessa sino a noi. In argomento v. anche OBRIST, *Essai sur les origines du testament romain*, cit., 24 s., 50 ss.; AMELOTI, s.v. *Testamento (dir. rom.)*, cit., 459 s.; più di recente, D'ORTA, *Saggio*, cit., 165-172.

⁷ La considerazione della *heredis institutio* come *caput et fundamentum totius testamenti* è attestata in diverse fonti solamente a partire dall'età classica. V. Gai 2.229; 2.248; Tit. Ulp. 24.15; I. 2.20.34; D. 28.5.1 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*); 28.6.1.3 (Mod. 2 *pand.*); 29.7.10 (Pap. 15 *quaest.*).

⁸ In tal senso, fra i tanti, LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., 661 (v. anche ID., *Heres*, cit., 169; ID., *Nature de la Mancipatio Familiae*, cit., 258), per il quale la cosiddetta *mancipatio familiae* non è «véritablement un testament», in quanto non contiene una istituzione d'erede.

⁹ Com'è noto, la ricostruzione della struttura originaria dell'atto ha suscitato in letteratura diversi problemi, specie per quanto concerne la questione se il *familiae emptor* acquistava effettivamente la *familia* (o *familia pecuniaque*: v. *infra*, nt. 38) del *mancipio dans*-testatore. La risposta a tale quesito è fortemente condizionata dal ruolo che si attribuisce al *familiae emptor* all'interno dell'atto, se appunto attivo e reale o, piuttosto, fittizio (sul punto v. *infra*, nt. 23). Un ulteriore problema, strettamente connesso al primo, riguarda poi il momento dell'eventuale acquisto della *familia pecuniaque* del 'testatore' da parte del *familiae emptor*. È risaputo come la questione sia fortemente dibattuta in dottrina. Appellandosi per lo più a ragioni di buon senso, la maggior parte degli studiosi sostiene che anche il testamento librato di età arcaica doveva avere effetto differito al momento della morte del testatore e che quindi esso non poteva avere alcuna efficacia immediata tra *familiae emptor-mancipio accipiens* e testatore-*mancipio dans*. Senza alcuna pretesa di completezza rimandiamo, ad esempio, a L. MITTEIS, *Über das nexum*, in *ZSS* 22 (1901), 123 nt. 1; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, cit., 473 nt. 3; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1954, 522; VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, cit., 89 s.; ID., *Il diritto ereditario*, cit., 15; nella letteratura più recente, D'ORTA, *Saggio*, cit., 102 s. *Contra*, tra i tanti, HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I, cit., 653; BIONDI, *Succezione testamentaria*², cit., 37; ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 50; RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 43; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*⁴, Catania 2005, 253; MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 611 nt. 137; PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 74 ss., 82 ss., con letteratura. Più cauto sulla questione TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 718: «È ... incerto il momento in cui avvenisse l'acquisto della *familia pecuniaque*. Finché l'atto era compiuto in imminente pericolo di morte, il problema non si poneva, ma è difficile pensare che, soprattutto in epoca più recente, vi si ricorresse sempre in caso d'urgenza. In questi casi, non può ammettersi che il *de cuius* venisse spogliato, per un periodo più o meno lungo, del proprio patrimonio, onde appare verosimile l'ipotesi che, a partire da una certa epoca, l'effetto della *mancipatio familiae* a favore del *familiae emptor* si verificasse al momento della morte del "testatore" e fosse subordinato alla sopravvivenza del *familiae emptor* stesso». Recentemente, Pietrini ha tentato di risolvere il problema degli «spiacevoli inconvenienti che sarebbero potuti capitare al *pater familias* che, rimasto

chiaro quale fosse lo scopo finale per cui il *negotium*¹⁰ era stato escogitato e le ragioni del suo impiego, ossia – non difformemente dai *duo genera testamentorum* più antichi – *testamenti ordinandi gratia*: per disporre delle proprie sostanze e, com'è ragionevole ipotizzare, potestà familiari in vista della propria morte.¹¹

Quindi, a nostro modo di vedere, il fatto che il testamento librato sia nato verosimilmente come espediente escogitato per venire incontro alle esigenze della prassi, nella sostanza non si pone in contrasto con la possibilità che allo stesso si possa riconoscere natura 'testamentaria'. Peraltro non è affatto dimostrato che la nozione di testamento più su riportata sia quella originaria o comunque l'unica possibile. Né, del resto, le 'definizioni' di *testamentum* riferite nelle fonti di età classica accennano all'importanza della *heredis institutio* quale elemento strutturale essenziale all'atto.¹²

in vita, venisse spogliato dei suoi beni sul fondamento della *mancipatio fiduciaria* da lui, precedentemente, posta in essere» (EAD., *op. cit.*, 126), ipotizzando un intervento dei pontefici, i quali avrebbero risposto alla preoccupazione di assicurare un sostentamento al *mancipio dans* superstite prevedendo «per la prima volta, che una parte del contenuto del *meum esse*, la facoltà, in particolare, di appropriarsi dei frutti della 'cosa', potesse essere 'trattenuta' da chi compiva la *mancipatio familiae*» (EAD., *op. cit.*, 125). Un cenno a tale ipotesi può rinvenirsi, nella letteratura più antica, in G. WERNSDORFIUS, *Observatio de familiae emptore ipso herede in testamento per aes et libram condito ad Theophili Paraphrasin Institutionum § I. Inst. De testamentis ordinandis*, Wittebergae 1780, 19: «Inuenerunt igitur Iureconsulti nouum testamenti genus, quod homines sani atque vegeti, sine ulla mali ominis suspicione, condere possent, bona ei, quam heredem sibi esse vellent, solemniter vendentes, usufructum vero bonorum sibi reservantes. Haec origo fuit testamentorum per aes et libram ...».

¹⁰ Abbiamo mutuato il termine *negotium* dal manuale gaiano. Si veda Gai 2.105, il cui testo è riportato, per la parte che ci interessa, alla nt. 11.

¹¹ V. Gai 2.105: *...propter veteris juris imitationem, totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem* rell. «È indubitabile, quindi, che nel pensiero gaiano anche mediante la *mancipatio familiae* si ha il fenomeno per cui – tanto per servirci dello stesso linguaggio gaiano – *hereditas nobis obvenit*». Così ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 419. Si veda, sul punto, anche FRANCIOSI, *Corso*, cit., 227, il quale parla di un atto che – pur non essendo, secondo lo studioso, un testamento – è compiuto *cogitationis mortis causa*. Per quanto concerne il valore del termine *familia* e del sintagma *familia pecuniaque* che ricorrono, peraltro, sia nell'esposizione gaiana (Gai 2.102 ss.), sia nel formulario del testamento librato pronunciato dal *familiae emptor* (Gai 2.104) v. *infra*, nt. 38. Sebbene manchino attestazioni nelle fonti, in letteratura si è ipotizzato che fosse possibile alienare l'intera *familia* mediante *mancipatio* anche per altri scopi, diversi da quello di fare testamento: ad esempio per pagare i debiti. Così COLI, *Lo sviluppo*, cit., 67.

¹² V. I. 2.10 pr.; PT. 2.10 pr.; Tit. Ulp. 20.1; D. 28.1.1 (Mod. 2 *pand.*); Gell. 7.12.1-4; Quint., *Decl.*, 308.5. Sul punto rimandiamo, in particolare, a COLI, *Lo sviluppo*, cit., 63,

Alla luce di quanto detto, intendiamo condurre qualche breve riflessione sull'opportunità di discorrere di *mancipatio familiae*, tenendo conto, da un lato, delle informazioni provenienti dalle fonti di cui disponiamo, dall'altro, del non univoco significato del verbo *testor* e del connesso sostantivo *testamentum*.

2. A riprova dei dubbi appena espressi in ordine all'opportunità di adoperare l'espressione *mancipatio familiae* per qualificare quello che comunemente viene considerato l'archetipo del testamento librato di età classica può addursi, anzitutto, quanto si legge nel palinsesto veronese delle Istituzione di Gaio, che è l'unico testo che fornisce informazioni più complete e dettagliate rispetto alle altre fonti sull'evoluzione storica del *testamentum per aes et libram*.¹³ In Gai 2.102-105 non viene mai adoperata la locuzione *mancipatio familiae* per indicare la

e ivi nt. 2, cui *adde* G.M. FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, in *Index* 30 (2002), spec. 230 s. Sulla definizione di testamento riferita nei *Tituli ex corpore Ulpiani* e nel Digesto si veda, di recente, F. MERCOGLIANO, *Una ricognizione sui Tituli ex corpore Ulpiani*, in AA. VV., *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. XIV Convegno internazionale in memoria di Guglielmo Nocera*, Napoli 2003, 414 e ivi nt. 24, al quale aggiungi M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen 2005, 381-383. Sul valore delle 'definizioni' e delle 'etimologie' dei giuristi romani rimandiamo alla letteratura citata da ultimo in M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 32 nt. 79, cui *adde* L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani raccolte ed illustrate con introduzione storico-critica da Luigi Ceci*, Torino 1892, ristampa Roma 1966, *passim* (specialmente sulle fonti poc'anzi riferite, 82 s., e ivi ntt. 1-2, 174); S. RICCOBONO, s.v. "*Iurisprudencia*", in *NNDI* 9 (Torino 1963), 365 ss.; B. BIONDI, *Valore delle etimologie dei giuristi romani*, in AA. VV., *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 739-742 = *Scritti giuridici*, IV. *Diritto moderno, Varietà*, Milano 1965, 863-867; A. GUARINO, *Giavoleno e le definizioni*, che citiamo da *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, 155 ss. Nella letteratura più antica v. inoltre D.V. ZUICHEMI, *Commentaria in decem titulos Institutionum Iuris Civilis*, Leovardiae 1643, 6 ss.

¹³ Le altre fonti, non solo giuridiche, che trattano, sebbene in maniera talora concisa (v. *infra*, § 3, e ivi spec. ntt. 25, 27, 29), del *testamentum per aes et libram* sono Tit. Ulp. 20.2-9; I. 2.10.1; PT. 2.10.1 e Gell. 15.27.3. Di queste, tuttavia, solo il manuale gaiano (Gai 2.102 ss.) e la parafrasi teofilina (PT. 2.10.1) trattano delle due differenti configurazioni strutturali assunte nel tempo dal testamento librato (su cui v. *infra*, in questo stesso paragrafo, spec. nt. 15). Inoltre, va precisato che la testimonianza gaiana tradata nel palinsesto veronese assume una particolare rilevanza rispetto alle altre, in quanto è l'unica fonte che ha tramandato i *verba* del formulario del *testamentum per aes et libram* pronunziati dal *familiae emptor* (Gai 2.104), sebbene in una redazione guasta in più punti e non priva di sgrammaticature, la quale ha sollevato in ragione di ciò notevoli problemi di ricostruzione del testo e, di conseguenza, di interpretazione dell'intero formulario.

forma più antica del testamento librare. Ciò emerge già dall'*incipit* dell'esposizione:

Gai 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur ... Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*¹⁴

È evidente che Gaio considera in maniera unitaria il testamento librare quale *tertium genus testamenti* (ancora in uso al suo tempo, a differenza dei *duo genera testamentorum* più antichi), distinguendo solo due sue diverse configurazioni strutturali.¹⁵

¹⁴ Avvertiamo che citiamo i passi del manuale gaiano da E. DUBOIS, *Institutes de Gaius, 6^e édition (1^{re} française), d'après l'apographum de Studemund contenant 1^o Au texte, la reproduction du manuscrit de Vérone sans changement ni addition, 2^o Dans les notes, les restitutions et les corrections proposées en Allemagne, en France et ailleurs suivie d'une table des leçons nouvelles*, Paris 1881, in quanto l'edizione, come si evince dal suo frontespizio, riproduce nel testo il manoscritto veronese (in verità l'apografo studemundiano) senza modifiche né integrazioni. È opportuno ricordare, infatti, che a causa dello stato attualmente illeggibile del palinsesto veronese, le scelte interpretative della dottrina sono fondate solo ed esclusivamente sui due apografi (E. BÖCKING, *Gai Institutiones. Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas*, Lipsiae 1866; G. STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati Apographum confecit*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965), ovvero sulle letture – basate a loro volta su scelte valutative – che altri studiosi (i primi che sono venuti a contatto direttamente col manoscritto: Göschen, Bekker e Bethmann-Hollweg nel 1817, seguiti da Bluhme nel 1821-1822; da ultimo Studemund, nel 1866) ne hanno fatto. Per cui, in questi casi, il rapporto 'testo-interprete' è mediato, in quanto si basa non sul dato materiale vero e proprio, ma su una sua edizione, che è già frutto di precise scelte interpretative. Da ciò si deduce chiaramente il limite di tutte le edizioni critiche delle Istituzioni di Gaio, che si pongono rispetto al testo vero e proprio come un'interpretazione dell'interpretazione e sulle quali, in ragione di ciò, non si può riporre un'eccessiva fiducia. Di recente si veda su tali questioni M. VARVARO, *Una lettera inedita di Bluhme a Göschen*, in *IAH* 1 (2009), spec. 242 nt. 3; ID., *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, in *SCDR* 22 (2009), *passim*, spec. 510 ss.

¹⁵ Si vedano, tra i molti, sebbene diversamente tra loro, F. KNIEP, *Gai Institutionum. Commentarius secundus, §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht). Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen*, Jena 1913, 100: «...es gab zwei Arten von Manzipationstestament, eins mit, eins ohne Erbeseinsetzung»; VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., 435: «Übung kam. Gaius unterscheidet deutlich eine ältere und eine jüngere Form des *testamentum per aes et libram*»; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma 1977, 267 nt. 734: «...nella impostazione di Gaio v'è solo una modificazione intrinseca, non un cambio di classe, fra la *mancipatio familiae* in senso stretto ed il testamento civile classico» (sul punto v. anche ID., *Istituzioni*, cit., 717: «Come terza forma risalente di testamento Gai 2.102 menziona la *mancipatio familiae*, distinguendola

Come leggiamo infatti in Gai 2.103, al tempo in cui il giurista scrive,¹⁶ il testamento librato è regolato diversamente da come un tempo era solito essere disposto:

Gai 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat* rell.

Che si tratti di due configurazioni storicamente distinte di un'unica forma testamentaria si evince, altresì, dall'uso delle due locuzioni temporali (*olim*¹⁷ e *nunc*) adoperate da Gaio nell'esposizione:

Gai 2.103: *...namque olim familiae emptor ... heredis locum optinebat...;*¹⁸ *nunc vero alius heres testamento instituitur ... alius dicis gratia, propter veteris juris imitationem, familiae emptor adhibetur.*

Si noti, inoltre, che Gaio riferisce i due formulari del *negotium* (ossia i *verba* pronunciati rispettivamente dal *familiae emptor* e dal testatore),¹⁹ senza far distinzione tra *mancipatio familiae* e *testamentum*

come tipo autonomo di negozio *mortis causa* dal *testamentum per aes et libram* dell'epoca tardo-repubblicana e classica, in cui alla *mancipatio* residua una funzione soltanto formale); ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 49: «La *mancipatio familiae (testamentum per aes et libram)* ebbe, nel suo svolgimento storico, due configurazioni assai diverse, in quanto ... l'acquisto della *familia* da parte del *familiae emptor* dapprima fu effettivo; poi, non si verificò affatto».

¹⁶ Ciò si ricava dall'uso dell'indicativo presente in Gai 2.104: *Eaque res ita agitur* rell. Come vedremo, mentre Gaio sembrerebbe presentare il testamento librato come ancora in uso al suo tempo, Gellio (15.27.3) utilizza invece l'imperfetto per riferirsi a tutti e tre i tipi di testamento. Sul punto v. *infra*, § 3, e ivi ntt. 29 e 32.

¹⁷ L'avverbio *olim* ricorre ben tre volte nell'esposizione. V. Gai 2.103 (riportato, in questa stessa pagina, nel testo) e Gai 2.105 (riferito *infra*, nt. 18). Sul suo valore nella trattazione gaiana, spesso adoperato per introdurre istituti antichi e comunque non più sicuramente vigenti al tempo in cui Gaio scrive, rimandiamo, in particolare, alla letteratura riferita in C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 17 e ivi nt. 2.

¹⁸ V. anche Gai 2.105: *...quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat* rell.

¹⁹ Gai 2.104: *Eaque res ita agitur. 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: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUAM CUSTODELAQUE MEA QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adjiunt,*

per aes et libram, così come, fin dall'inizio della sua trattazione sui *genera testamentorum*, introduce il *tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur* senza adoperare una differente terminologia per distinguere quello di età arcaica da quello di età classica.²⁰

Allo stesso modo, in Gai 2.105-106 si tratta delle incapacità di alcuni soggetti, legati da vincoli di *adgnatio* al *mancipio dans*-testatore e al *mancipio accipiens-familiae emptor*, a rivestire *iure* il ruolo di testimoni all'interno dell'atto senza distinguere tra *mancipatio familiae* e *testamentum per aes et libram*, ma riferendosi al *negotium* in modo unitario e distinguendo due fasi dello stesso, una più antica e una più recente, al cui interno muta il ruolo del *familiae emptor*.²¹

Gai 2.105-106: 105. *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia, propter veteris juris imitationem, totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium.* 106. *Unde et si is qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater ejus testis esse non potest: at ne is quidem qui in eadem potestate est, velut frater ejus rell.*

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, quae testator in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

²⁰ Sebbene non sia questa la sede opportuna per affrontare i problemi in ordine all'attendibilità dei *verba* dei due formulari del testamento librare riferiti nel palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e alla loro controversa restituzione e ricostruzione, ci sembra che tale considerazione unitaria dell'istituto da parte del giurista favorisca l'ipotesi che nei formulari del *testamentum per aes et libram* coesistano elementi formati in fasi evolutive differenti, e che quindi per la ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto sia pregiudiziale l'esame delle suddette formule. Del resto, non viene detto che i formulari riguardavano il solo testamento librare di età classica, in uso al tempo del giurista. Sul punto v., per tutti, SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 49 nt. 5: «Gaio ci dà la formula usata al suo tempo – “*eaque res ita agitur*” – e non dice che sia stata sempre uguale».

²¹ Tale distinzione emerge invece implicitamente in Gai 2.108, ove si tratta dell'idoneità dell'erede, del legatario e dei soggetti a costoro legati da vincoli di *adgnatio* a fungere *iure* da testimoni all'interno dell'atto. In questo caso appare evidente che Gaio si riferisce a un testamento librare al cui interno è stata introdotta la *heredis institutio*.

Il testo è stato esaminato da noi in un'altra sede.²² Ai fini della presente indagine è sufficiente sottolineare che l'inidoneità degli appartenenti alla *familia* del *mancipio accipiens-familiae emptor* a fungere *iure* da testimoni sembrerebbe essere un residuo storico della precedente configurazione strutturale del rito, che Gaio si premura di spiegare in quanto verosimilmente non se ne scorgevano più le ragioni ai tempi in cui egli scrive. Il ruolo di *pars* del *familiae emptor* viene mantenuto, infatti, solo *dicis gratia* e *propter veteris iuris imitationem* (v. anche Gai 2.103), dato che oramai nell'atto era stata introdotta la *heredis institutio*.²³

²² Cfr. le nostre *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 289 ss. In argomento si veda anche Tit. Ulp. 20.3-5, la cui prima parte è riferita, per altre ragioni, *infra*, nel testo, § 7.

²³ Sul punto la descrizione gaiana è abbastanza chiara. L'inidoneità dei soggetti sottoposti alla potestà del *familiae emptor* (*is ... qui in potestate est ... familiae emptoris*) discende dal fatto che originariamente egli era parte effettiva dell'atto, ed è per imitazione del *vetus ius* che il *negotium* mantiene esternamente struttura bilaterale (*quia, propter veteris iuris imitationem, totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat*). Il principio *reprobatum est in ea re domesticum testimonium* è, a sua volta, una diretta conseguenza (*itaque*) della sua originaria partecipazione attiva all'atto.

È il caso di ricordare che è assai controversa l'esatta individuazione degli effetti che il testamento librale produceva inizialmente nei confronti del *familiae emptor*. Molteplici sono, sul punto, le spiegazioni dell'espressione '*heredis locum optinebat*' (Gai 2.103; v. anche Gai 2.105: '*heredis loco erat*') adoperata da Gaio per descrivere la posizione del *familiae emptor* nel testamento librale di età arcaica. In letteratura si sostiene per lo più che il *familiae emptor* fosse un mero intermediario che nulla tratteneva per sé del patrimonio del testatore, un 'fiduciario' o, secondo altri, un esecutore testamentario. Le posizioni degli studiosi sono comunque assai divergenti tra loro. Infatti, taluni sostengono che in origine il *familiae emptor*, in quanto titolare fiduciario, acquistava effettivamente in blocco la *familia* del *mancipio dans*-testatore e tratteneva per sé quelle cose di cui il testatore non aveva disposto in alcun modo. Così, tra i molti, sebbene diversamente tra loro, COLI, *Lo sviluppo*, cit., 81 nt. 4 (*adde* ID., *Il testamento*, cit., spec. 40); PEROZZI, *Istituzioni*², II, cit., 475 nt. 1; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 100, e *ivi* nt. 3, il quale ritiene tuttavia che il *familiae emptor* acquistava solo le *res mancipi* del *mancipio dans*, e non l'intero patrimonio; F. LEIFER, *Altrömische Studien VI: Suus heres und älteres Libraltestament*, in AA. VV., *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar 1939, spec. 240 ss.; CARCATERRA, *La successione intestata*, cit., spec. 27 s.; AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, cit., 39 ss.; ID., *Le applicazioni innovative della 'mancipatio'*. (*Linee di sviluppo del diritto sostanziale privato quiritario*), estr. da AA. VV., *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1950, 31 s.; TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., 76 s.; M. TALAMANCA, *Rec. a P. VOCI, Diritto ereditario romano, I, Introduzione. Parte generale* (Milano 1960), in *IVRA* 12 (1961), spec. 356 s. (ma si veda anche ID., *Istituzioni*, cit., 718); ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 50 s., e *ivi* nt. 79; SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus*, cit., 31 ss.

Altri ritengono invece che il *familiae emptor* fosse *fiduciarius*, nel senso di 'esecutore testamentario' incaricato di distribuire, alla morte del *mancipio dans*, il suo intero patrimonio

Infine, depone a favore della considerazione unitaria del testamento librato da parte del giurista di età antoniniana anche l'uso della parola *testator* per qualificare il *mancipio dans* nel rito più antico ivi descritto, ossia nella cosiddetta *mancipatio familiae* (cfr. Gai 2.103).²⁴

3. Ulteriori conferme della sussistenza di una concezione unitaria del *tertium genus testamenti* si rinvencono anche nelle altre fonti che riportano – seppur in maniera talora più sintetica rispetto all'esposizione gaiana²⁵ – la medesima trattazione dei *genera testamentorum*.

ai veri beneficiari. Su tale questione si vedano, anche diversamente tra loro, principalmente, H. DEUTSCH, *Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Recht*, Berlin 1899, 3 ss.; E. LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, Paris 1901, 51 ss.; E.F. BRUCK, *Zur Entwicklungsgeschichte des Testamentvollstreckung im römischen Recht*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* XL (1914), 533 ss.; LÉVY-BRUHL, *La fonction*, cit., 661 ss. (v. anche ID., *Nature de la Mancipatio Familiae*, cit., *passim*, spec. 256); B. KÜBLER, s.v. *Testamentsvollstrecker*, in *PWRE* 5 A1 (Stuttgart 1934), 1010-1016, con letteratura; W.-CH. KAMPS, *La Fiducie dans le Droit de Grande-Grèce et l'origine de la Mancipatio familiae*, in *NRHDFE* 15 (1936), 153 ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, cit., 89, 90 nt. 3, ove lo studioso sembrerebbe sostenere che non vi è alcun effettivo trasferimento di proprietà dal *mancipio dans*-testatore al *familiae emptor*; A. WACKE, *Die Entwicklung der Testamente in Antike und Mittelalter*, in *OIR* II (1996), spec. 114 ss. Dello stesso avviso è anche COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, cit., 167 s., 170 nt. 18, 171 nt. 21, cui *adde* BLANCH NOUGUES, *Nuncupare heredem*, cit., 128 s. ntt. 17-18. Sull'ipotesi che il *familiae emptor* non possa essere considerato acquirente del testatore v., tra i tanti, SCHULIN, *Das griechische Testament*, cit., 54 ss., che paragona il ruolo del *familiae emptor* a quello rivestito dall'ἐπίτροπος o dall'ἐπιμελητής greco. Nella letteratura più recente v., inoltre, F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegui e sistema nella formazione del testamento fiduciario*, I. *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli 2002, spec. 44 ss.; in quella più antica, v., in particolare, J.K. WIESENHAUERN, *Recitationes suas publicas pariter et privatas proximo semestri 1749 habendas. Obiter loci aliquot e Theophili antecessoris Paraphrasi Institutionum vindicantur, illustrantur*, Lipsiae 1749, 6 ss., al quale aggiungi WERNSDORFIUS, *Observatio de familiae emtore*, cit., *passim*.

²⁴ V. anche Gai 2.102: *qui ... testamentum fecerat* rell. In letteratura si reputa, invece, improprio l'utilizzo di tale termine da parte di Gaio. Così, tra i tanti, VOCI, *Il diritto ereditario*, cit., 16 nt. 48, cui *adde* D'ORTA, *Saggio*, cit., 69.

²⁵ Più concise rispetto al passo gaiano sono le informazioni che leggiamo nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, nel manuale imperiale e nelle *Noctes Atticae*. In queste ultime due fonti si ravvisano inoltre alcune imprecisioni, tra cui ad esempio l'erroneo impiego di *emancipatio* in luogo di *mancipatio*, non infrequente peraltro nelle fonti di cui disponiamo (si vedano i numerosi esempi riportati da M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II. *Das Zivil- und Kriminalrecht der XII Tafeln*, Leipzig 1883, rist. Aalen 1966, 126 nt. 3). Ben più articolato si presenta il testo della Parafrasi di Teofilo (v. *infra*, nt. 27).

Infatti, il passo delle Istituzioni di Giustiniano e il corrispondente testo della Parafrasi di Teofilo (I. 2.10.1; PT. 2.10.1) adottano nell'esposizione dei testamenti riconosciuti dal *ius civile* lo stesso schema descrittivo adoperato da Gaio. Si occupano, in primo luogo, dei *duo genera testamentorum* di età arcaica (*olim*; τὸ παλαιὸν) e introducono, successivamente (*deinde*),²⁶ il *tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram* (τρίτον γένος, ὅπερ ἐλέγετο per aes & libram).

Mettendo i testi a confronto, emerge l'evidente simmetria con l'esordio gaiano:²⁷

I. 2.10.1: ...*accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram, scilicet quia per emancipationem ... agebatur* rell.;

PT. 2.10.1: ...Διὰ τοῦτο ἐπενοήθη τρίτον γένος, ὅπερ ἐλέγετο per aes & libram, τουτέστι διὰ χαλκοῦ καὶ ζυγοῦ· ἐγίνετο δὲ κατὰ ἔμᾶνκιπατίωνα κτλ.

(Reitz: ...*Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur PER AES ET LIBRAM, fiebatque per emancipationem* rell.)²⁸

²⁶ Per indicare che il testamento librare venne introdotto in un momento storico successivo (benché imprecisato), Teofilo non adopera un avverbio corrispondente a quello utilizzato nelle Istituzioni gaiane e giustiniane (*deinde*). Che il *testamentum per aes et libram* sia stato introdotto 'successivamente', si desume però dal complesso della sua esposizione.

²⁷ Malgrado il medesimo esordio, manca nel manuale imperiale il riferimento alle due differenti configurazioni strutturali del *testamentum per aes et libram*. Infatti, l'esposizione in I. 2.10.1, dopo un fugace riferimento al fatto che i *duo genera testamentorum* più antichi erano da tempo immemorabile caduti in desuetudine, e che lo stesso testamento librare, rimasto in uso per più lungo tempo – *attamen partim* (su cui v. *infra*, § 6) – non trovava più impiego, prosegue al paragrafo successivo con la trattazione del cosiddetto testamento pretorio (I. 2.10.2).

Non così sintetica si presenta, invece, l'esposizione in PT. 2.10.1, ove il Parafraste integra, in maniera evidente, il testo delle Istituzioni giustiniane con quanto leggeva nel manuale del giurista di età antoniniana da cui riprende, seppur esprimendola in maniera autonoma, la descrizione delle due diverse configurazioni strutturali assunte nel tempo dal *testamentum per aes et libram*. In un'altra sede (v. *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 309 nt. 70, con bibliografia ivi citata) si è già ricordato come la dottrina individui i frequenti punti di contatto tra il manuale gaiano e la Parafrasi di Teofilo nella circostanza che l'*antecessor* aveva utilizzato il manuale gaiano nei corsi di primo anno.

²⁸ Per i passi tratti dal manuale imperiale si veda *Iustiniani Digesta*, edd. TH. MOMMSEN e P. KRÜGER, in *Corpus Iuris Civilis*, I, Hildesheim 2000 (13. Auflage, Nachdruck der 8. Auflage Berlin 1963). Per quelli escerpiti dalla Parafrasi di Teofilo ci siamo serviti di *Theophili Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum caesarearum*, I, a cura di G.O.

Quanto sinora rilevato trova riscontro anche nelle *Noctes Atticae* e nei *Tituli ex corpore Ulpiani*. Lo schema espositivo in queste due fonti è però molto più semplice. Il divario temporale fra i tre tipi di testamento risulta azzerato e si fa genericamente riferimento ai *tria genera testamentorum*, e non alle due forme più antiche, alle quali poi si aggiunse il *tertium genus testamenti*.²⁹

Gell. 15.27.3: ...*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*,³⁰

Tit. Ulp. 20.2: *Testamentorum genera fuerunt tria, unum quod calatis comitiis, alterum quod in procinctu, tertium quod per aes et libram appellatum est. his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per aes et libram fit* rell.³¹

REITZ, *Hagae Comitiis 1751*, spec. 328 ss. (corrispondenti a PT. 2.10.1). Sulle ragioni di preferenza di tale edizione rispetto a quella curata da Ferrini rimandiamo alle considerazioni svolte da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA* 45.1 (1998), 223 s.

²⁹ È opportuno notare che Tit. Ulp. 20.2 e Gell. 15.27.3 pongono i tre istituti (*testamenta calatis comitiis, in procinctu e per aes et libram*) sullo stesso piano, azzerando la dimensione temporale per esigenze probabilmente classificatorie. Ciò si nota in modo evidente in Gell. 15.27.3 dove si adopera l'imperfetto, in modo simmetrico, per tutte e tre le forme testamentarie (così ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 48 nt. 65). V., tra i tanti, J. ZABŁOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' in età arcaica*, in *BIDR* 94-95 (1991-1992), 165, il quale rileva che il «testo di Gellio non permette ... di stabilire quali fossero i testamenti fatti in epoche più remote e di quali invece i Romani si fossero avvalsi posteriormente».

Solo dal brano delle Istituzioni gaiane (il cui schema espositivo, come già detto, è ripreso anche nel manuale imperiale e, ancor più fedelmente, nella Parafrasi di Teofilo) sembrerebbe quindi emergere un certo divario temporale fra i *tria genera testamentorum*. L'uso delle due locuzioni temporali *initio* e *deinde* adoperate da Gaio e impiegate anche nelle Istituzioni giustiniane potrebbe costituire, quindi, un valido punto di partenza per stabilire l'origine dei tre istituti, e in particolare della cosiddetta *mancipatio familiae*. Non riteniamo tuttavia opportuno, data l'ampiezza del problema, trattarne compiutamente in questa sede. Sulla questione rimandiamo, in particolare, alla letteratura riferita da RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 41 nt. 5, cui *adde* ARCES, *Riflessioni sulla norma «uti legassit»*, cit., 25 nt. 181; più di recente, PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 64 nt. 129.

³⁰ Riferiamo il testo nell'edizione curata da G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti attiche di Aulo Gellio*, I, Torino 1992, 1132-1133.

³¹ Segnaliamo che abbiamo tratto i passi dei *Tituli ex corpore Ulpiani* dall'edizione di E. BÖCKING, *Domitii Ulpiani quae vocantur Fragmenta sive excerpta ex Ulpiani libro singularis regularum*⁴, Lipsiae 1855.

Tuttavia, a differenza che nelle *Noctes Atticae*, nei *Tituli ex corpore Ulpiani* viene precisato che dei tre tipi di testamento solo l'ultimo era rimasto nell'uso.³²

4. L'espressione *mancipatio familiae* è invero adoperata – come già anticipato – solo in una fonte giuridica, i *Tituli ex corpore Ulpiani*. Si legga, anzitutto, in proposito

Tit. Ulp. 20.9: *In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti rell.*

Il testo costituisce un ostacolo solo apparente a quanto sinora detto. Se si guarda al contesto espositivo complessivo dell'operetta postclassica, è agevole constatare la corrispondenza fra il passo appena citato e Gai 2.104.³³ Infatti nella fonte gaiana è riportato il formulario del testamento librato ancora in uso al tempo del giurista, ossia i *verba* della *mancipatio familiae* pronunciati dal *familiae emptor* e quelli della *nuncupatio testamenti* adoperati dal *mancipio dans*-testatore (*verba* che costituiscono, in un certo senso, le due parti del complesso rituale del *testamentum per aes et libram*). L'espressione *familiae mancipatio* viene quindi adoperata per indicare la prima parte di cui consta strutturalmente l'atto, e non la sua configurazione originaria secondo l'impiego usuale invalso nella letteratura romanistica.

Si noti in particolare che prima di introdurre i *verba* pronunciati

³² La notizia attestata nei *Tituli ex corpore Ulpiani* concorda con quella riferita nel manuale gaiano dove, come si è visto, il testamento librato viene presentato dal giurista come ancora in uso al suo tempo (v. *supra*, nt. 16). L'uso del presente (*agitur*) porterebbe quindi a ipotizzare che ancora al tempo in cui Gaio scrive si compiva – seppur fittiziamente – la *mancipatio*. Molti studiosi ritengono che in età classica non venissero espletate tutte le formalità del rituale della *mancipatio*, ma che vi si facesse cenno nei documenti mediante clausole che ne attestassero l'avvenuto compimento. Così, tra i tanti, M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, I. *Lezioni di diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino 1966, spec. 78, 215 ss.; di recente, MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 172. Di diverso avviso GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», cit., 216, il quale rileva che la *mancipatio familiae* non si era ridotta in età classica a una mera formalità se l'*interpretatio* giurisprudenziale continuava a considerarla un atto compiuto – *propter veteris iuris imitationem* – tra *familiae emptor* e testatore. Sul punto si veda anche quanto già rilevato in *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 313 nt. 80.

³³ Per il testo di Gai 2.104 v. *supra*, nt. 19.

dal *familiae emptor* Gaio riferisce che colui che fa testamento, dopo aver scritto le tavolette testamentarie, trasferisce per così dire a qualcuno la sua *familia*:

Gai 2.104: ...*mancipat alicui dicis gratia familiam suam* rell.

La *mancipatio* della propria *familia* effettuata per mera formalità (*dicis gratia*)³⁴ è proprio il primo atto di cui si compone l'istituto, cui corrisponde il formulario pronunziato dal *mancipio accipiens-familiae emptor*. Seguono i *verba nuncupationis* (in altri passi si parla di *nuncupatio testamenti* e di *nuncupare testamentum*) pronunziati dal testatore mentre tiene in mano le tavolette testamentarie,³⁵ preceduti

³⁴ Com'è noto, le due espressioni *dicis gratia* e *propter veteris iuris imitationem* vengono impiegate nel manuale gaiano per descrivere la posizione del *familiae emptor* nel testamento librato di età classica. Esse ricorrono infatti, in primo luogo, in Gai 2.103: ...*alius dicis gratia, propter veteris iuris imitationem, familiae emptor adhibetur*. L'utilizzo di entrambe non parrebbe casuale, tanto che esse vengono ripetute in altri due luoghi dell'esposizione. *Dicis gratia* in 2.104, riferito in questa stessa pagina, nel testo; *propter veteris iuris imitationem* in 2.105 (cfr. *supra*, nt. 11). La prima espressione indicherebbe che nel *testamentum per aes et libram* di età evoluta il testatore trasferiva per mera formalità la propria *familia* al *familiae emptor*. La seconda preciserebbe che per imitazione del *vetus ius* [termini con i quali probabilmente si fa riferimento alla prima configurazione strutturale del testamento librato appena descritta da Gaio ai paragrafi precedenti (2.102-103), ossia quella avente effetti *inter vivos* tra *mancipio dans*-testatore e *mancipio accipiens-familiae emptor*] si continuava a considerare (*creditur*), al tempo in cui il giurista scrive, il *testamentum per aes et libram* come un atto bilaterale che si compiva tra *familiae emptor* e testatore.

³⁵ È noto che la solenne pronunzia del testatore è tecnicamente definita nelle fonti *nuncupatio*. In proposito si leggano, ad esempio, Gai 2.104: ...*et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*; Tit. Ulp. 20.9: ...*quae nuncupatio et testatio vocatur*; Tit. Ulp. 28.6 (riferito *infra*, nel testo, § 5); Isid., *Etym.*, 5.24.12: ...*Nuncupatio est, quam in tabulis cerisque testator recitat* rell.; ID., *loc. ult. cit.*: ...*et hoc dicit nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare et confirmare*.

Il manuale istituzionale gaiano riporta anche le espressioni *nuncupationis verba* (v., ad esempio, Gai 2.119; 2.121; 2.149*a*; tale locuzione è attestata anche in Tit. Ulp. 20.13), *nuncupare testamentum* (Gai 2.109; 2.116) e *nuncupationes* (Gai 2.115). Sui suddetti passi delle Istituzioni gaiane v. *infra*, § 5. La locuzione *nuncupatio testamenti* si rinviene, invece, in Tit. Ulp. 20.9. La *nuncupatio* del testatore, inoltre, viene qualificata *suprema contestatio* [D. 28.1.20.8 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Et veteres putaverunt eos, qui propter sollemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec supra contestatio peragatur*], in riferimento al fatto che i *verba* in questione venivano pronunziati a conclusione dell'intero *negotium*. Così B. ALBANESE, *Prospettive negoziali arcaiche*, in AA. VV., *'Poteri negotia actiones' nella esperienza romana arcaica*, in AA. VV., *Atti del Convegno di diritto romano, Copanello (12-15 maggio 1982)*, Napoli 1984, spec. 119 [= *Scritti giuridici*, II, a cura di M. MARRONE, Palermo 1991, 1631]. Incidentalmente è opportuno notare che il termine *contestatio* è presente anche in

dal compimento di determinati gesti: la percussione della bilancia con l'*aes* da parte del *familiae emptor* e la sua consegna al testatore *velut pretii loco*. Il riferimento al compimento fittizio (*dicis gratia*) della *mancipatio* in favore del *familiae emptor* è invece reso nei *Tituli ex corpore Ulpiani* mediante l'espressione *mancipatio imaginaria*.³⁶ il *testamentum per aes et libram* di età classica era infatti un atto ormai sostanzialmente unilaterale che aveva solo l'apparenza (*imago*) di una *mancipatio*.³⁷

5. Altri luoghi delle Istituzioni giuridiche, poi, distinguono chiaramente nella struttura del testamento librario di età classica i due diversi – ma funzionalmente connessi – momenti della *familiae Mancipatio* e della *nuncupatio testamenti*:

Gai 2.109: ...*nam, quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque vendiderint familiam, neque nuncupaverint testamentum, recte nihilominus testantur,*

Gai 2.115: *Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio quam supra exposuimus, de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus;*

alcune definizioni di *testamentum* attestate dalle fonti di età classica e postclassica (Tit. Ulp. 20.1; Gell. 7.12.1-2), e potrebbe richiamare un valore del verbo *testor* diverso da quello classico di 'dispongo per testamento' (sul punto v. *infra*, § 8, e in particolare nt. 69).

È risaputo, infine, che la dottrina distingue una *nuncupatio* cosiddetta 'totale', compiuta oralmente dal testatore [nelle fonti si rinviene l'espressione *nuncupare heredem*: si vedano, ad esempio, D. 28.1.21 pr. (Ulp., 2 *ad Sab.*); 28.1.25 pr. (Iav., 5 *post. Lab.*); 28.5.1.1 (Ulp., 1 *ad Sab.*); 28.5.1.5 (Id., *op. cit.*); 28.5.9.2 (Ulp., 5 *ad Sab.*); 28.5.9.5 (Id., *op. cit.*); 28.5.59 pr. (Paul., 4 *ad Vitell.*); 29.7.20 (Paul., 5 *ad Iul. et Pap.*); 35.2.11.7 (Pap., 29 *quaest.*); 37.11.8.4 (Iul., 24 *dig.*); Svet., *Caligola*, 38], da una *nuncupatio* cosiddetta 'di rinvio', sebbene tale terminologia sia estranea alle fonti. Su tali questioni rimandiamo alla letteratura più recente riferita nelle nostre *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 326 nt. 102.

³⁶ V. Tit. Ulp. 20.2: ...*his duobus testamentis abolitibus hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam* tell. In I. 2.10.1 e PT. 2.10.1 si adoperano invece le espressioni *imaginaria quaedam venditio* e εἰκονικὴ πρῶσις, che, come visto, non ricorrono in Gai 2.102 ss. (v. *supra*, nt. 34).

³⁷ In argomento v., per tutti, E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuzession und vom Pfandrecht*, in ZSS 27 (1906), 309: «...beim Testament, das infolgedessen ebensowohl *imaginaria Mancipatio* (Ulp. 20,2) als *mancipare dicis causa* (Gai 2,103. 104) heißt».

Gai 2.116: *Ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemnni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire, testesque ita adhibere aut nuncupare testamentum, ut supra diximus;*

Gai 2.119: *...Nam idem juris est, et si alia ex <causa> testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit;*

Gai 2.121: *...item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutae non sint rell.;*

Gai 2.149a: *...factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit rell.*

Le locuzioni *familiam vendere, familiae venditio, familia venire* non si riferiscono, com'è evidente, alla forma più antica del *testamentum per aes et libram*, ma sono anch'esse impiegate per indicare la prima parte della struttura composita, e per così dire 'duale', del testamento librato di età evoluta.

In base a tale complessa struttura, sulla *mancipatio*, adattata però in modo da aver a oggetto la *familia* (o *familia pecuniaque*),³⁸ si innestava

³⁸ Non ci occuperemo in questa sede del rapporto tra il termine *familia* che ricorre nella locuzione *familiae emptor*, nonché in numerosi sintagmi attestati nelle fonti (tra cui, ad esempio, *vendere familiam, familiam mancipare, familiae venditio, familiae mancipatio, accipere mancipio familia, familiam restituere*) e l'endiadi *familia pecuniaque*, che si rinviene, peraltro, proprio nel formulario del testamento librato pronunciato dal *familiae emptor* (cfr. Gai 2.104, *supra* riferito, nt. 19) e in numerosi documenti testamentari di età classica e postclassica (per i quali v., nella letteratura più recente, L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al IV sec. d.C.*³, Torino 1997, 16, 19, 23, 28, 32, 38, 42, 51, 60, 66, 84, 92, 95, 126).

Come si ricorderà, Gaio puntualizza che il termine *familia*, oggetto della *mancipatio* compiuta dal *mancipio dans*-testatore, va inteso nel senso di patrimonio. V. Gai 2.102: *...is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat rell.* Da qui l'opinione, assai diffusa in letteratura, di quanti intendono, nei luoghi prima citati, sia *familia* sia *familia pecuniaque* con accezione reale. Si vedano, tra i tanti, ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., spec. 258 ss., il cui lavoro, sebbene non recente, è ancora fondamentale; VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, cit., 23 ss., con ampia rassegna di fonti, 89; ID., *Il diritto ereditario*, cit., 15, e ivi nt. 44; O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli 1984, 51 ntt. 6-7, con ampia letteratura ivi citata alla quale rimandiamo;

la *nuncupatio testamenti*. È chiaro, quindi, che la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio testamenti* si venivano a trovare, in base a questa lettura, in corrispondenza biunivoca tra loro, nel senso che non si può cogliere il significato complessivo dell'atto se non tenendo conto del rapporto funzionale che le lega volto a realizzare essenzialmente lo scopo finale di consentire a un soggetto di fare 'testamento' (Gai 2.105: *...totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia* rell.).

L'unitarietà del testamento librare sembrerebbe quindi essere data non tanto dalla struttura del *negotium* che, al di là delle singole interpretazioni sostenute dalla dottrina, si presenta in ogni caso – come

TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 718. Sull'inciso gaiano *id est patrimonium* si veda, inoltre, GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», cit., 212, con ampia bibliografia citata alle ntt. 5-6; di recente, COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, cit., 168 nt. 15. Non è mancato chi ha considerato l'inciso gaiano una glossa di età postclassica. Così, ad esempio, E. ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi di diritto romano, V. Storia metodologia esegesi*, Milano 1937, 451 ss.; CH. APPLETON, *Les Interpolations dans Gaius. La vraie date de ses Institutes. Critiques qu'elles ont soulevées*, in *NRHDFE* 8 (1929), 203; M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. I. – Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze 1942, 52 nt. 1; ma v. le obiezioni, tra i tanti, di SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 48 nt. 2; ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 289 nt. 1, con ulteriore bibliografia. Inoltre non è detto che la spiegazione gaiana corrisponda al diritto più risalente e alla natura originaria dell'atto. CARCATERRA, *La successione intestata*, cit., 26 s., rileva, ad esempio, che l'inciso *id est patrimonium suum* «va inteso cum grano salis». Difatti, il chiarimento del giurista potrebbe essere stato influenzato dalle sue concezioni classiche. In argomento v., ad esempio, P. BONFANTE, *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, in *Scritti giuridici vari*, I. *Famiglia e successione*, Torino 1916, 242, secondo il quale «che *familia, pecunia*, designanti l'oggetto del diritto ereditario, sieno termini esprimenti idea patrimoniale, non è certo se non pel diritto storico».

Sostengono, invece, che l'endiadi *familia pecuniaque* non abbia accezione esclusivamente reale, tra i tanti, E. BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, estr. da *Il Filangieri* 40 (Maggio-Giugno 1915), *passim*, spec. 11 nt. 2; CARCATERRA, *La successione intestata*, cit., spec. 26; F. GALLO, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, in AA. Vv., *Gaetano Scherillo. Atti del convegno. Milano, 22-23 Ottobre 1992*, Torino 1992, 91 ss., spec. 99 ss., per il quale il binomio *familia pecuniaque* indicherebbe «gli elementi personali e patrimoniali appartenenti a un determinato soggetto». Nella letteratura più recente, si sono occupati, anche incidentalmente, del problema, J. ZLINSZKY, «*Familia pecuniaque*», in *Index* 16 (1988), 31-42; B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3 (Uti legassit... ita ius esto)*, in *AUPA* 45.1 (1998), spec. 39 ss. = *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, spec. 511 ss.; RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 41 nt. 6, 144 e ivi nt. 31, con ulteriore letteratura; C. FEUVRIER-PREVOTAT, *Le concept de la familia pecuniaque dans la loi des XII Tables*, in AA. Vv., *La question agraire à Rome: Droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques*, Como 1999, 59 ss.; SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus*, cit., 32 nt. 47; ARCÉS, *Riflessioni sulla norma "uti legassit"*, cit., spec. 19 ss., e ivi ntt. 162-163, 166-167; PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 64 ss., spec. 65 ntt. 131-132, 69 nt. 140, con altra bibliografia.

emerge in maniera evidente dalle fonti di età classica e postclassica che ne trattano (v. spec. Gai 2.104 e Tit. Ulp. 20.9) – alquanto composita,³⁹ quanto dalla finalità che le parti col medesimo si prefiggevano. Questo dato appare, del resto, rispondente sia alla più antica mentalità giuridica romana, fondamentalmente pragmatica, sia alla natura dell' *interpretatio* (prima pontificale, poi laica), essenzialmente creativa e quindi capace di volgere e piegare gli schemi degli atti giuridici per realizzare lo scopo voluto dalle parti.

La corrispondenza di significato tra le locuzioni impiegate nel manuale gaiano e l'espressione *familiae Mancipatio* adoperata nei *Tituli ex corpore Ulpiani* sembrerebbe ravvisarsi, inoltre, anche in

Tit. Ulp. 28.6: *Etiam si iure ciuili non ualeat testamentum, forte quod familiae Mancipatio uel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium ciuium Romanorum signis, bonorum possessio datur.*

Nel passo si tratta, come in Gai 2.119,⁴⁰ della *bonorum possessio*

³⁹ Non è mancato, fra gli studiosi, chi, muovendo dalla lettura di Gai 2.115-116, ha ipotizzato che il *testamentum per aes et libram* di età classica prevedesse tre (e non due) «elementi formali *ad substantiam* del testamento civile...: la *venditio familiae*, la *nuncupatio*, i *testes*» e ha posto i passi in questione in contrasto con Tit. Ulp. 20.9 ove in luogo «dei tre requisiti gaiani ... ne abbiamo due soli; dei *testes* non si parla», deducendo da ciò che «da Gaio all'autore delle *Regulae*» vi sia stata un'evoluzione diretta ad «accentuare il valore della *nuncupatio*» a discapito degli altri due requisiti, *familiae venditio* e *testes*. Così G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel «testamentum per aes et libram»*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, II. *Studi di diritto privato*, 2, Milano 1981, 737 ss. Critico sul punto è, invece, M. TALAMANCA, *D. 29.7,20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.): Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*, estr. da AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle 1999, 81 nt. 33. Da parte nostra, ci sembra opportuno notare che nell'esposizione dei *Tituli ex corpore Ulpiani* non manca il riferimento ai *testes*: della *testamenti factio cum testibus* si tratta infatti in Tit. Ulp. 20.3-8. Inoltre anche altri luoghi delle Istituzioni gaiane si riferiscono ai due soli atti della *familiae venditio* e della *nuncupatio testamenti* (così Gai 2.109; 2.119; 2.121; 2.149a). La presenza dei *testes* è, del resto, come vedremo (*infra*, § 8), essenziale per il compimento dell'intero *negotium*. Non è, quindi, un requisito che può valutarsi in modo indipendente rispetto alle due parti di cui consta l'atto in età classica: *familiae venditio* e *nuncupatio testamenti*. Infatti, esso inerisce strutturalmente a entrambe.

⁴⁰ Gai 2.119: *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur; si nemo sit ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem juris est, et si alia ex causa testamentum non ualeat, velut quod familia non uenierit, aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.*

secundum tabulas concessa dal pretore in assenza di uno dei requisiti richiesti perché si abbia un testamento valido *iure civili* ma in presenza dei sigilli di almeno sette testimoni.⁴¹ È evidente che in luogo della locuzione *venire familiam* di cui si serve Gaio, in Tit. Ulp. 28.6 ricorre l'espressione *familiae mancipatio*, ma in entrambi i casi il riferimento è parimenti al primo atto di cui si compone il testamento librato di età classica.

6. Ulteriori conferme di quanto sinora detto si rinvengono, inoltre, nel prosieguo delle esposizioni del testamento librato riferite nelle Istituzioni di Giustiniano e nella Parafrasi di Teofilo, di cui più sopra ci siamo limitati a riportare l'esordio introduttivo per ravvisarne la corrispondenza a quello presente nel manuale gaiano.⁴² Esse consentono di trarre indirettamente ulteriori informazioni sul passaggio dalla prima alla seconda fase evolutiva del *testamentum per aes et libram*, che ben si coordinano con quanto è emerso dalla lettura di Tit. Ulp. 20.9. Si leggano quindi

I. 2.10.1: *...sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit.*

e il corrispondente brano di

PT. 2.10.1: *...Καὶ τούτου ἐπινοηθέντος τοῦ γένους, τὰ πρότερα ἐκεῖνα δύο γένη, τὸ calatis comitiis καὶ τὸ procinctu, ἐκ πλείστων ἤδη τῶν χρόνων εἰς ἀσυνήθειαν ἐχώρησε, καὶ αὐτὸ δὲ τὸ per aes & libram κατεφρονήθη κατὰ μικρὸν κτλ.*

(Reitz: *...Atque hoc invento genere, priora illa duo genera, calatis comitiis & procinctu, ex multis jam temporibus in desuetudinem concesserunt, atque ipsum per aes et libram paulatim spreum fuit rell.*)

Dal testo della Parafrasi di Teofilo emerge che la configurazione

⁴¹ Sul tema si veda anche Tit. Ulp. 23.6. Si è occupato del confronto tra Tit. Ulp. 28.6 e Gai 2.119, nella letteratura più recente, F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 82 ss. Su Tit. Ulp. 28.6 v. anche AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 503 s.

⁴² Cfr. *supra*, § 3.

strutturale più risalente del testamento librare era coesistita per un periodo di tempo imprecisato con i *testamenta calatis comitiis* e in *procinctu*, ma che poi anch'essa (come i *duo genera testamentorum* più antichi) era caduta, sebbene solo 'in parte' (κατὰ μικρόν), in desuetudine. Il Parafraсте alluderebbe in questo caso al fatto che il ruolo del *familiae emptor* prima effettivo era diventato, successivamente, fittizio con l'introduzione nell'atto della *heredis institutio*.⁴³

Senso non propriamente analogo avrebbe, a nostro avviso, il passo tratto dal manuale imperiale, ove si riferisce che il *testamentum per aes et libram* era rimasto in uso per più lungo tempo rispetto ai *duo genera testamentorum* più antichi, ma tuttavia in parte (*attamen partim*). L'espressione potrebbe voler dire che delle due parti di cui consta il *negotium*, ossia *mancipatio familiae* e *nuncupatio testamenti* (v. Tit. Ulp. 20.9), solo la seconda rimase in uso, perché la prima venne svuotata dei suoi reali effetti,⁴⁴ fino a diventare una formalità che non si svolgeva più, ma si dava come avvenuta nei documenti testamentari di età classica e postclassica.⁴⁵

⁴³ Quanto rilevato nel testo trova conferma nel prosieguo dell'esposizione. Si legga infatti PT. 2.10.1: ...ἐπειδὴ γὰρ ὁ familiae emptor αὐτὸς ἦν καὶ κληρονόμος, καὶ ἐντεῦθεν λοιπὸν γινώσκων, ὅτι αὐτὸς ἔσται διάδοχος, ἐπεβούλευε τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας· διὰ τοῦτο κατὰ μὲν τὸ ἀρχαῖον σχῆμα παρελαμβάνετο, familiae emptor, ὅστις εἰκονικῶς ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευταῖαν ὑπόστασιν· ὁ δὲ διαθέμενος ἰδίᾳ ἔγραφεν ἐν δέλτοις ἢ ἐν χάρταις, ὃν ἠβούλετο ἔσεσθαι αὐτῷ κληρονόμον. (Reitz: ...*Quoniam enim familiae emptor idem erat ac heres, & inde porro sciens se fore successorem, insidiabatur domino patrimonii: ideo secundum antiquam quidem formam adhibebatur familiae emptor, qui morituri patrimonium imaginarie emebat; sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse*). Sul passo si veda, in particolare, DE GALTIER, *Theophilus renovatus*, cit., 165.

⁴⁴ In tal senso si veda *Theophili Antecessoris paraphrasis Graeca*, I, a cura di REITZ, cit., 333 nt. f.): «ex duabus partibus, mancipatione & nuncupatione, quibus hoc testamentum constabat, [vid. Ulp. XX. 9.] unam tantum retinemus, id est nuncupationem cum solemnibus quibusdam», cui *adde* WERNSDORFIUS, *Observatio de familiae emptore*, cit., spec. 42. Che la *familiae venditio* o *mancipatio* fosse un atto che si compiva solo *dicis gratia* è attestato, come già visto, nel manuale gaiano e trova conferma nell'impiego nei *Tituli ex corpore Ulpiani* dell'espressione *mancipatio imaginaria* nonché nell'assenza nell'operetta postclassica dei *verba* del formulario pronunziati dal *familiae emptor*. È noto infatti che essa tramanda solo quelli della *nuncupatio testamenti* pronunziati dal testatore (cfr. Tit. Ulp. 20.9).

⁴⁵ In argomento v., ad esempio, SCHERILLO, *Il testamento*, I, cit., spec. 258 s., e AMELOTTI, *Rec. a SCHERILLO, Il testamento*, I-II, cit., 319. Altra letteratura che si è occupata della clausola mancipatoria è riferita *supra*, nt. 32. Che la prima parte del testamento librare, ossia la *mancipatio familiae*, sia caduta in desuetudine, secondo alcuni studiosi, sarebbe da porre in relazione, inoltre, con l'introduzione del cosiddetto 'testamento pretorio'. In tal senso, ad esempio, J.C.A. THOMAS, *The Institutes of Justinian. Text, Translation and Commentary*, Amsterdam-Oxford 1975, 114.

Entrambi i testi confermerebbero, infine, che l'evoluzione storica del *testamentum per aes et libram* era trattata nelle fonti di età classica, postclassica e giustiniana in modo unitario.

7. È opportuno ricordare che quanti ritengono che originariamente l'istituto non avesse natura testamentaria e adoperano in ragione di ciò l'espressione *mancipatio familiae*, oltre a basare le loro argomentazioni sulla struttura dell'atto (bilaterale, *inter vivos*) e sulla mancanza in esso della *heredis institutio*, si fondano sul convincimento che la formula adoperata dal testatore, e dunque la *nuncupatio testamenti*, sia stata introdotta in un periodo storico successivo rispetto a quella impiegata dal *familiae emptor*, la cui epoca non sarebbe tuttavia facilmente individuabile allo stato attuale delle fonti di cui disponiamo.

Varie sono sul punto le congetture formulate in letteratura. Secondo molti autori l'inserimento di tale formula all'interno della struttura dell'atto sarebbe avvenuta nel momento in cui la cosiddetta *mancipatio familiae* si sarebbe trasformata, con l'introduzione della *heredis institutio* e per interpretazione congiunta dei due precetti di XII Tab. 5.3 e 6.1, in vero e proprio testamento.⁴⁶ Altri sostengono, invece, che i *verba* impiegati dal *mancipio dans*-testatore fossero presenti anche nella struttura più risalente del testamento librato.⁴⁷

A nostro avviso, tuttavia, il problema andrebbe impostato in modo

⁴⁶ Così, ad esempio, BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., 38 ss. Nella letteratura più recente, si vedano anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 719 ss.; RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., spec. 43 ss., 50 ss. In argomento si veda anche B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (IV), II. 'Lex mancipii' e 'nuncupatio' in due passi ciceroniani (*de orat.* 1.13.178; *de off.* 3.16.65), in *AUPA* 48 (2003, pubbl. 2004), 18 s. = *Scritti giuridici*, IV, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 998 s., il quale sembrerebbe ipotizzare, sulla base del confronto tra Gai 1.119 (ove parla solo il *mancipio accipiens*) e Gai 2.104 (ove parla anche il *mancipio dans*), che «in età risalente (e anche in epoca decemvirale) le *nuncupationes* delle mancipazioni fossero pronunziate solo dall'*accipiens*» e che solo in prosieguo di tempo «sia sorta la pratica di un'autonoma *nuncupatio* del *mancipio dans*». Lo studioso palermitano si era però espresso diversamente in un precedente contributo (v. *infra*, nt. 47).

⁴⁷ Così, in un primo tempo, B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (I), IV. *Cum nexum faciet mancipiumque*, in *AUPA* 42 (1992), 55 = *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 91: «...ipotizziamo che l'uso del verbo *legare* (e non di *nuncupare*) in XII tab. 5,3 sia da collegare alla circostanza per cui forse già il disponente *mortis causa* in una *mancipatio familiae* (come poi certamente il testatore in un testamento librato di tipo progredito) manifestava la sua volontà con una *nuncupatio* che si caratterizzava per la presenza, tra l'altro, della locuzione *ita lego...*».

differente. Il fatto che la *nuncupatio* sia stata introdotta nel testamento librare in un successivo momento, non legittima l'ipotesi che in età arcaica l'atto si riducesse alla sola *mancipatio familiae* (ossia alla prima parte del complesso rituale del *testamentum per aes et libram*), come ipotizza la maggior parte della dottrina.

Tale conclusione appare riduttiva, secondo noi, in primo luogo perché non può dirsi che storicamente il tutto (ossia il testamento librare nel suo complesso) sia preceduto da una parte del tutto (la sola *mancipatio* della *familia*); in secondo luogo perché non tiene conto delle ulteriori 'rogationes' rivolte dal *mancipio dans*-testatore al *familiae emptor* (Gai 2.102; 2.103; PT. 2.10.1),⁴⁸ le quali facevano anch'esse parte della struttura dell'atto, in quanto finalizzate a realizzarne lo scopo: consentire a un soggetto di fare *testamentum*, pianificando la destinazione della sua *familia* dopo la sua morte.

A rigor di logica, infatti, anche il testamento librare di età arcaica, come quello di età classica, presenta una struttura complessa. Mentre nella configurazione dell'istituto vigente ai tempi di Gaio il *testamentum per aes et libram* consta di *familiae Mancipatio* e *verba nuncupationis* o *nuncupatio testamenti*, in quella più antica alla *familiae venditio* seguono le ulteriori 'preghiere' del *mancipio dans* (cfr. i verbi *rogo* e *mando* adoperati nel manuale gaiano) rivolte al *familiae emptor-amicus* e aventi a oggetto le disposizioni da eseguirsi dopo la morte del testatore in favore delle persone da lui indicate (*quid cuique post mortem suam dari vellet*).⁴⁹

⁴⁸ Gai 2.102: ...*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* rell.; Gai 2.103: ...*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* rell.; PT. 2.10.1: ...*ὁς ἡμελλε γενέσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτῶν περιουσίαν, λέγων τινὰ ῥήματα τυπικά ... καὶ ἐδίδου λόγῳ τιμήματος ἔικονικοῦ νοῦμμον τῷ δεσπότη τῆς περιουσίας, καὶ ἐλέγετο ὁ ἀγοράζων familiae emptor, καὶ λοιπὸν ὁ μέλλον τελευτῶν διετύπου τί ὀφείλει δοθῆναι μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτήν· ἔλεγε γὰρ τῷ familiae emptori ἦτοι τῷ κληρονόμῳ, ὅτι βούλομαι σε τῷδε δοῦναι ἀγρὸν, τῷδε οἰκίαν, τῷδε ἕκατον νομίσματα κτλ. (Reitz: ...*qui successor futurus erat defuncti, emebat morituri patrimonium, dicens quaedam verba solemnia ... dabatque pretii imaginarii nomine nummum domino patrimonii, & emens dicebatur familiae emptor, & moriturus porro ordinabat, quid dari oporteret post suam mortem: dicebat enim familiae emptori sive heredi: Volo ut huic agrum, illi domum, alii centum aureos des rell.*)*

⁴⁹ Cfr. Gai 2.102; 2.103 e PT. 2.10.1, i cui testi sono riferiti *supra*, nt. 48. In sostanza, dal modo in cui Gaio si esprime, l'atto del *rogare-mandare* sembrerebbe avere una sua autonomia rispetto a quello avente per contenuto il *mancipio dare*. Diverso è

Quanto finora detto permette di fornire una spiegazione della presenza

l'orientamento comunemente diffuso in letteratura, secondo il quale i successivi incarichi del testatore sarebbero *leges mancipii* (o *leges mancipio dictae*) intese come clausole accessorie inserite in seno ai *gesta per aes et libram* (*nexum* e *mancipium*), riconosciute forse per la prima volta dal noto versetto decemvirale di XII Tab. 6.1 (così, per tutti, ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 17). Nelle fonti non si ravvisano, tuttavia, indizi che permettano di suffragare in modo inequivoco tale ipotesi. In proposito bene si è rilevato (v. Id., *op. cit.*, 51 nt. 80) che «L'ipotesi di una comunicazione non formale sembra più probabile in considerazione dei verbi usati da Gaio (*rogabat; mandabat* rell.), più idonei a designare un incarico affidato senza forme, che non una *nuncupatio* solenne» (si veda, tuttavia, anche Id., *Cum nexum faciet mancipiumque*, cit., 54 nt. 10 = *Scritti giuridici*, III, cit., 90 nt. 10, ove lo studioso palermitano, tornando sul tema, mette in dubbio la sua precedente posizione e sostiene che «...in realtà, l'uso di *rogare* e *mandare* in Gai 2.102-103 non esclude una qualificazione tecnica di *nuncupatio*, specie se si ammette ... che la *mancipatio familiae* nacque in età assai antica»). L'idea che gli incarichi affidati al *mancipio accipiens-familiae emptor* abbiano avuto in origine la natura di 'preghiere', espresse in modo non formale, non è nuova in dottrina. Sul punto, rimandiamo alla letteratura riferita in COLI, *Lo sviluppo*, cit., 76 nt. 4.

Opportunamente si è inoltre rilevato che il precetto di XII Tab. 6.1 avrebbe riconosciuto non solo le *leges mancipii*, ma più in generale gli atti liberali (*mancipium* e *nexum*) nel loro complesso, e quindi i rispettivi formulari in essi contenuti. Così, tra i tanti, P. NOAILLES, *Fas et ius. Études de droit romain*, Paris 1948, 80 ss.; C. GIOFFREDI, *Su XII Tab. VI.1*, in *SDHI* 27 (1961), spec. 347 ss.; SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 303 nt. 7. Ciò troverebbe conferma in FV. 50 (Paul. 1 *man.*): *...et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat* rell.

Occorre altresì ricordare che alcuni studiosi adoperano le espressioni *leges mancipii* e *nuncupationes* come sinonimi, sulla base peraltro di una uguaglianza di significato tra i verbi *legem dico* e *nuncupo* di cui sembrerebbe scorgersi traccia nelle fonti (v. Serv., *Verg. Aen.*, 3.89). Altri, invece, vi attribuiscono un differente valore. Sostengono il primo orientamento, sebbene tra loro con diverse sfumature di pensiero e diversa terminologia, V.A. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des "Leges privatae"*, Paris 1932, 144 ss.; GIOFFREDI, *Su XII Tab. VI.1*, cit., spec. 346; SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 301 ss.; M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in AA. VV., *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, spec. 96; ALBANESE, *Cum nexum faciet mancipiumque*, cit., 50 ss. = *Scritti giuridici*, III, cit., 86 ss.; Id., *'Lex mancipii' e 'nuncupatio' in due passi ciceroniani*, cit., 16 ss. = *Scritti giuridici*, IV, cit., 996 ss. V., inoltre, la letteratura riferita da RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., 26 nt. 79. Sulla differenza tra *leges mancipio dictae* e *nuncupationes* v., invece, a titolo esemplificativo e diversamente tra loro, A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I. *Geschichte des Kaufs im roemischen Recht*, Erlangen 1876, 234 ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963, spec. 153 ss.; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I. *Le nuncupationes*, Napoli 1979, 47 ss.; EAD., *Una testimonianza dell'antico significato di 'nuncupare' e 'nuncupatio' in Servio auct. 3.89*, in *Studi Senesi* 94 (1982), 190 ss.; di recente, RANDAZZO, *op. cit.*, *passim*, spec. 5 ss. (con ampia letteratura ivi nel testo e nelle note discussa e citata), 34 ss., 83 ss., 135 ss., 155 ss. [su cui v. anche V. GIUFFRÈ, *'Nuncupationes' e 'leges mancipii'*, in *Labeo* 46 (2000), 117 ss.; G. WESENER, *Rec. a S. RANDAZZO, Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione* (Milano 1998), in *SDHI* 66 (2000), 488 ss.].

in Tit. Ulp. 20.3 dell'espressione *familiae mancipatio* in un'accezione che sembrerebbe corrispondere stavolta, quanto meno a una prima lettura, a quella comunemente impiegata in letteratura. Abbiamo riservato la fonte per ultima perché, a nostro avviso, per fornire un'interpretazione verosimile della stessa era necessario, in via pregiudiziale, analizzare gli altri testi che forniscono informazioni sul *testamentum per aes et libram*:

Tit. Ulp. 20.3: *Qui in potestate testatoris est aut familiae emptoris, testis aut libripens adhiberi non potest, quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fit, et ob id domestici testes adhibendi non sunt* rell.

Il passo sembrerebbe utilizzare il sintagma *familiae mancipatio* per indicare la struttura più antica dell'atto, la quale, seguendo questa interpretazione, consterebbe in origine della sola *mancipatio* della *familia*, come ritiene la dottrina corrente.

Tuttavia, si è già rilevato che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* non si tratta della configurazione strutturale più antica assunta dal *testamentum per aes et libram*,⁵⁰ ma solo di quella di età successiva. Si ricorderà, inoltre, che al paragrafo precedente del titolo XX dell'operetta postclassica si era detto che l'istituto si compiva mediante una *mancipatio imaginaria* (cfr. Tit. Ulp. 20.2).

Dunque, la fonte farebbe pur sempre riferimento alla *familiae mancipatio* che compone la prima parte della struttura del testamento librato di età classica, il quale, pur compendosi mediante una *mancipatio* fittizia (*imaginaria*), avviene (si noti l'uso del presente *fit*) tra testatore e *familiae emptor*. Il fatto che tali soggetti fossero parti del *negotium* (sebbene sostanzialmente l'atto fosse unilaterale, non producendo realmente effetti nei confronti del *familiae emptor*) giustifica, di conseguenza, l'inidoneità dei loro sottoposti a essere chiamati a svolgere il ruolo di *testes* (o di *libripens*) all'interno dell'atto.⁵¹

⁵⁰ Cfr. *supra*, § 4.

⁵¹ In tal senso si veda, nella letteratura più recente, AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, 385: «Wer in der Gewalt des Testators oder des Erbschafts-Scheinkäufers ist, kann als Zeuge oder Waagehalter nicht hinzugezogen werden, weil nämlich die Erbschaftsmanzipation zwischen dem Testator und dem Erbschafts-Scheinkäufer stattfindet und deswegen Zeugen aus dem jeweiligen Hause nicht hinzugezogen werden dürfen». In argomento si veda anche Gai 2.105-106 e quanto in precedenza rilevato al § 2, e *ivi spec. nt.* 23.

8. Il dato emergente dai testi esaminati ha evidenziato chiaramente come nelle fonti non si adoperi l'espressione *mancipatio familiae* per riferirsi alla configurazione risalente del testamento librato. A nostro avviso, l'impiego della locuzione contribuirebbe non poco ad alimentare il preconcetto secondo cui l'istituto non possa essere originariamente considerato un vero e proprio 'testamento'. Tale convincimento, apertamente smentito dalle informazioni che leggiamo nelle fonti, non potrebbe essere stato condizionato dal moderno concetto di testamento poc'anzi riferito (cfr. § 1), concetto che è a sua volta il frutto della riflessione giuridica alla quale pervennero i giuristi romani solo in età progredita.⁵²

Per rispondere a tale domanda, è necessario affrontare il problema del significato da attribuire al verbo *testor*, e al connesso sostantivo *testamentum*,⁵³ termini che ricorrono, tra l'altro, negli stessi formulari del testamento librato (il primo in quello pronunciato dal testatore, il secondo in quello adoperato dal *familiae emptor*).

Per quanto concerne il possibile valore del verbo *testor*, va precisato che esso non ricorre nelle fonti unicamente con quel significato di 'dispongo per testamento' che parte della dottrina a esso attribuisce.⁵⁴ Sono attestati, infatti, altri significati, in base ai quali il verbo indicherebbe anche una dichiarazione in presenza di testimoni, la prestazione e la richiesta di testimonianza.⁵⁵

⁵² Così, per tutti, OBRIST, *Essai sur les origines du testament romain*, cit., 24: «Le testament classique est ... un point d'arrivée».

⁵³ In dottrina si è rilevato come l'uso del verbo *testor* sembrerebbe essere più antico rispetto a quello di *testamentum*. In tal senso si è espresso, nella letteratura più antica, BANG, *De tribus Romanorum testamentis*, cit., spec. 36, cui adde OBRIST, *Essai sur les origines du testament romain*, cit., 58, il quale sostiene che «L'équivalent de *testamentum* dans le langage juridique ancien est *testimonium*». Certo è che *testor* sembrerebbe aver trovato impiego già nel testo decemvirale. Si veda, in proposito, sia l'*incipit* del noto versetto di XII Tab. 5.4 (*Si intestato moritur rell.*), sia l'esordio del precetto decemvirale riferito da Gell. 15.13.11 (*Qui se sierit testarier rell.*), su cui v. *infra*, nt. 62.

⁵⁴ Così, tra i tanti, VOCI, *Diritto ereditario*², I, cit., 89, il quale ipotizza, ad esempio, che nella formula del testamento librato mancassero originariamente le parole *ita testor*, proprio sulla base del convincimento che i termini alludessero al testamento inteso nell'accezione classica, «e non alla perfezione dell'atto in presenza dei testimoni (circostanza menzionata dall'ultima parte della formula)».

⁵⁵ In proposito v., per tutti, i significati del verbo riferiti in *Oxford Latin Dictionary*, ed. P.G.W. GLARE, Oxford 1976, s.v. *testor*, 1932 s., ove però si ritiene che il termine ricorra nel formulario del testamento librato pronunciato dal testatore con il valore di 'dispongo un testamento in presenza di testimoni'.

Quest'ultimo valore, rinvenibile in diverse fonti di età repubblicana e classica,⁵⁶ è stato considerato da alcuni studiosi come più risalente rispetto a quello di 'dispongo per testamento dinanzi ai testimoni'.⁵⁷

⁵⁶ Si vedano, ad esempio, Cic., *De fin.*, 2.66; *Part. orat.*, 126; *Phil.*, 2.28; *Pro Cluentio*, 194; *Pro Flacco*, 38; *Pro Rab. perd.*, 30; *Pro Sulla*, 86; Fest., s.v. *Oratores* (M. 182 = L. 196.9-12); Paul.-Fest., s.v. *Oratores* (M. 183.5 = L. 197.1); Paul.-Fest., s.v. *Obtestatio* (M. 184.15 = L. 201.26); Gell. 15.13.10-11; Lep., *Fam.*, 10.35.1; Liv. 1.32.10; 3.72.1; 4.53.5; 25.10.8; 33.29.8; 37.56.8; Ovid., *Fasti*, 5.885; Plaut., *Rud.*, 1338; Prop. 2.16.25; Quint., *Inst. orat.*, 11.1.34; Sen., *Medea*, 440; *Oedipus*, 14; *Thyestes*, 1102; *Troades*, 28; 644; Sen. maior, *Controv.*, 1.1.6; Sall., *Cat.*, 33.1; *Jug.*, 70.5; Stat., *Theb.*, 3.439; 5.455; 8.100; Tac., *Ann.*, 2.15; Ter., *Hec.*, 476; Verg., *Aen.*, 3.599; 4.519; 4.492; 9.429.

⁵⁷ Così, in particolare, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 716 s.; ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3*, cit., 60 s. = *Scritti giuridici*, III, cit., 532 ss. [lo studioso è ritornato nuovamente sul tema in ID., *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2.104*, in *AUPA* 47 (2002), spec. 76 = *Scritti giuridici*, IV, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, spec. 944, ove tratta della formula pronunciata dal *familiae emptor* senza tuttavia riprendere le riflessioni precedentemente svolte in ordine al valore di *testamentum* inteso come 'richiesta di testimonianza']; nella letteratura più recente, FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, cit., 227 ss.; PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 73 nt. 145, 75 s. Si veda anche ARCÉS, *Riflessioni sulla norma «uti legassit»*, cit., 25, il quale ipotizza che il verbo *testor* riferito nel formulario del testamento librare sia «correlato alle origini con il concetto di "rendere testimonianza"». Interessanti appaiono, poi, sul punto le considerazioni svolte, nella letteratura più antica, da BANG, *De tribus Romanorum testamentis*, cit., 35 s. e ivi nt. 1: «„Testor“ etiam passivam habere significationem, apud Gell. (XV., 13.) invenies. Equidem passivam puto fuisse significationem originariam (*bezeugt werden, sich Zeugnis geben lassen*); et quia hoc testari imprimis obvenit in testamentis postea sic dictis, verbum illud postmodo significationem eam accepisse, sub qua postea semper obvenit: „sein Testament machen“, quia „sich bezeugen lassen“ et „sein Testament machen“ erat unum. – Veteres autem etiam habebant activum „testo“ (cf. Priscianum VIII., 797 ed. Putschii)». In tal senso si veda anche WERNSDORFIUS, *Observatio de familiae emptore*, cit., spec. 23.

Si è, inoltre, opportunamente rilevato (ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3*, cit., 61 = *Scritti giuridici*, III, cit., 533) che il verbo *testor* nel senso di testimoniare e far testamento si rinviene solo a partire dall'epoca ciceroniana. Minuziosa sul punto è l'indagine svolta da F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius secundus, §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht), Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen*, Jena 1913, 127 ss., il quale perviene tuttavia a risultati che ci lasciano perplessi in merito all'interpretazione dei termini *ita testor* presenti nel formulario del testamento librare. Lo studioso mantiene, infatti, la lezione tradita nel palinsesto veronese, ossia *ITA TESTATOR*, che ritiene una corruzione di *antestator*, forma originaria di *antestamino*. Tuttavia l'emendazione in *testor* è confermata dal corrispondente passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani* (20.9). Inoltre, come si è visto, non è estraneo alle fonti un valore del verbo *testor*, inteso nel senso di 'chiamo a testimone'.

Altri studiosi ritengono invece che il verbo vada inteso nel senso di 'dichiaro dinanzi ai testimoni'. Così, ad esempio, COLI, *Il testamento*, cit., 44, cui *adde* TALAMANCA, *Rec. a VOGLI, Diritto ereditario romano*, I, cit., 356. Su tale valore v. le fonti riferite in *Oxford Latin Dictionary*, cit., 1933, s.v. 2.

Alla luce di tali significati del termine, peraltro, non appare peregrina l'ipotesi che *testamentum* e *testor* ricorrano nelle formule pronunziate rispettivamente dal *familiae*

Significativo è, poi, che il verbo ricorra nell'accezione di 'chiamo a testimone, richiedo la testimonianza' in un formulario riferito da Livio,⁵⁸ in alcuni lemmi festini,⁵⁹ in Plauto⁶⁰ e Terenzio⁶¹ e, forse, anche nel noto versetto decemvirale 'Qui se sierit testarier rell.'⁶²

emptor e dal testatore con il significato di 'richiesta di testimonianza, invocazione di testimonianza' o 'dichiarazione dinanzi ai testimoni'. Tradurre, poi, *ita testor* nel senso di 'chiamo a testimone' non ci pare una sovrabbondante ripetizione rispetto al *testimonium mihi perhibetote* finale, il quale esprimerebbe una richiesta di testimonianza futura, laddove il primo sintagma indicherebbe una richiesta di testimonianza formulata al presente: 'così chiamo a testimone e così voi, *quirites*, mi renderete testimonianza' (sul punto v. *infra*, in questo stesso paragrafo, nel testo, e anche nt. 71).

⁵⁸ Liv. 1.32.10 (WEISSENBORN): „*Audi Iuppiter et tu Iane Quirine diique omnes caelestes vosque terrestres vosque inferni audite! ego vos testor, populum illum*“ – *quicumque est, nominat - „iniustum esse, neque ius per solvere...“* rell.

È opportuno ricordare che è dibattuto se le citazioni dei formulari riferite da Livio siano, o meno, affidabili. Su tale questione rimandiamo, nella letteratura più recente, a E. BIANCHI, *Fest. s. v. 'Nuntius' p. 178, 3 L. e i documenti del collegio dei feziali*, in *SDHI* 66 (2000), 338 e ivi nt. 24; B. ALBANESE, "Res repetere" e "bellum indicere" nel rito feziale (*Liv. 1,32,5-14*), in *AUPA* 46 (2000), 7 ss., e ivi nt. 2, con altra letteratura = *Scritti giuridici*, IV, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 719 ss., e ivi nt. 2. È il caso inoltre di ricordare che tali formule venivano perpetuate e recitate anche quando non se ne comprendeva più il senso (v. Quint., *Inst. orat.*, 8.2.12).

⁵⁹ Paul.-Fest., s.v. *Obtestatio* (M. 184.15 = L. 201.26): *Obtestatio est, cum deus testis in meliorem partem vocatur* rell.; Fest., s.v. *Oratores* (M. 182 = L. 196.9-12): <*Oratores ex Graeco ἀρητήρες dictos existimant gentes qui missi <m>agistratus populo Romano <solerent> ἀρᾶσθαι, <id est testari>* rell.; Paul.-Fest., s.v. *Oratores* (M. 183.5 = L. 197.1): *Oratores ex Graeco ἀρητήρες dicti, quod missi ad reges nationesque deos solerent ἀρᾶσθαι, id est testari* rell.

⁶⁰ Plaut., *Rud.*, 1338 (AUGELLO): *Venus Cyrenensis, testem te testor mihi...*

⁶¹ Ter., *Hec.*, 476 (FLECKEISEN): *Néque mea culpa hóc discidium euénisse, id testór deos.*

⁶² Gell. 15.13.10-11: [10] «*Dignor*» quoque et «*veneror*» et «*confiteor*» et «*testor*» habita sunt in verbis communibus... [11] ...«*Qui se sierit testarier libripensue fuerit, ni testimonium fateatur, improbus intestabilisque esto*». Si veda sul punto ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab.* 5,3, cit., 61 nt. 41 = *Scritti giuridici*, III, cit., 533 nt. 41, che traduce l'esordio del versetto decemvirale secondo il seguente tenore «chi avrà permesso che gli venga solennemente chiesta testimonianza in una *mancipatio familiae*».

Va ricordato che la norma solleva molteplici questioni non solo in ordine alla sua portata, ma anche per quanto concerne la sua collocazione palinogenetica. Per i problemi che il versetto pone rimandiamo, nella letteratura più recente, a U. VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 17 ss.; B. ALBANESE, *Sull'intervento dell'«auctor» nella «legis actio sacramenti in rem*», in *Labeo* 41 (1995), 359 ss. = *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 465 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht, Zweite Auflage, neu bearbeitet von K. HACKL*, München 1996, 119 e ivi nt. 37, con altra bibliografia, 367 nt. 48; L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo Medioevo*, Milano 2004, 15 s.; da ultimo, M. HUMBERT, *Intestabilis*, in AA. VV., *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2543 ss., con letteratura ivi citata alle ntt. 3-4, al quale aggiungi R. FIORI, *Fides*

Tale accezione del verbo confermerebbe, quindi, l'ipotesi da cui siamo partiti, e cioè che l'atto poteva benissimo essere considerato *testamentum* fin da età arcaica.

Il fatto che i due termini *testor* e *testamentum* richiamassero alla mente la necessità di una invocazione dei testimoni, o comunque di una dichiarazione fatta in loro presenza non è affatto casuale.

È nota, infatti, l'importanza della partecipazione dei testimoni al *testamentum per aes et libram*, in quanto essi integravano con la loro presenza la struttura stessa dell'atto.⁶³ In mancanza del numero richiesto o nel caso in cui i *testes* non avessero le qualità prescritte per essere ritenuti *idonei*, non si aveva un testamento *iure factum*.⁶⁴ La loro presenza doveva essere altresì 'richiesta'. Essi venivano, in ragione di ciò, invitati ad assistere al *negotium* attraverso una *rogatio*. La loro partecipazione all'atto non poteva quindi essere semplicemente accidentale, né involontaria. Tecnicamente tale richiesta è resa nelle fonti dai verbi *adhibeo* e *rogo*.⁶⁵

La *rogatio* aveva la funzione di informare i testimoni delle ragioni per cui si richiedeva la loro presenza, in modo da preparare il loro intervento.⁶⁶ Non si sa come tale richiesta fosse formulata, né se venisse espressa con parole determinate. Mentre con essa si chiamavano i testimoni a prestare attenzione all'atto che si stava per svolgere dinanzi a loro,⁶⁷

e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. FIORI, Napoli 2008, spec. 244 ntt. 31-32.

⁶³ Sul punto v., tra i tanti, F. PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in *RIDA* 6 (1951), 164: «...ceux qui assistent à l'acte corroborent sa portée juridique par le fait même de leur présence».

In altra sede (v. *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 283 nt. 2, con bibliografia) si è già accennato alla distinzione posta in letteratura tra testimoni strumentali e *ad solemnitatem* (*Instrumenten- und Solemnitätszeugen*) e giudiziali (*gerichtliche Zeugen*) o di prova (*Beweiszeugen*). Sul tema si veda, nella letteratura più antica, C.F. HARPPRECHT, *Conclusiones practicae de differentia testimonii iudicarij et instrumentarij*, Tubingae 1751, *passim*.

⁶⁴ V. Gai 2.109; 2.115-116, i cui testi sono riferiti *supra*, § 5.

⁶⁵ Sul punto rimandiamo alle fonti riferite in G. CASTELLI, *Un testamento romano dell'anno 131 d.Cr.*, in *Scritti giuridici a cura di Emilio Albertario con prefazione di Pietro Bonfante*, Milano 1923, 235 nt. 1, cui *adde* ARCHI, *Oralità e scrittura*, cit., 745, con letteratura ivi riferita alle ntt. 34-36. In altre fonti si parla anche di *testes advocati*. In argomento si veda, da ultimo, LOSCHIAVO, *Figure di testimoni*, cit., 7 e ivi nt. 12, con bibliografia.

⁶⁶ In argomento v., per tutti, BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., 57.

⁶⁷ In letteratura si è ritenuto che la funzione di convocare i testimoni e di richiamare la loro attenzione su quanto si sarebbe compiuto in loro presenza era svolta dall'oscura figura dell'*antestatus*, di cui si conserva notizia in fonti tarde come Epit. Gai. 1.6.4 (ove, com'è noto, si tratta dell'*emancipatio*) e in alcuni documenti di età classica e postclassica

con l'invocazione conclusiva contenuta nella *nuncupatio testamenti* (cfr. Gai 2.104; Tit. Ulp. 20.9; Isid., *Etym.*, 5.24.12) si richiedeva la loro testimonianza per il futuro. Ciò trova chiaramente conferma nell'uso, che ricorre nelle fonti, dell'imperativo futuro *perhibetote*.⁶⁸

concernenti sia testamenti librali (MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti*², cit., 16, 19, 23, 28, 32, 38, 51, 55, 61, 66, 92, 95, 126) sia *mancipationes donationis causa* [v. *FIRA*, III², n. 80 d) l. 17, p. 242; n. 94, l. 22, p. 301; n. 95, l. 13, p. 302] e *mancipationes fiduciae causa* (v. *FIRA*, III², n. 91, l. 10, p. 292; n. 92, l. 5, p. 296), sia *emancipationes* (v. *FIRA*, III², n. 14, l. 6, p. 31).

Alla luce delle attestazioni di cui disponiamo, si è ipotizzato che tale figura indicasse il «primo dei testimoni». Sul punto, v., ad esempio, V. SCIALOJA, *Testamento di C. Longino Castore*, in *BIDR* 7 (1894), 18, cui *adde* ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 35 nt. 22. Non è mancato chi ha interpretato il passo tratto dall'*Epitome Gai* nel senso che l'*antestatus* aveva sostituito il *libripens* all'interno degli atti librali. Così BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., 57 nt. 1, con altra letteratura. Vi è, inoltre, chi ha negato che tale figura effettivamente esistesse in epoca classica. Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, 2, ristampa corretta della I edizione, a cura di G. BONFANTE-G. CRIFO, Milano 1968, 185 ss. Sul significato del verbo *antestor* e sul fatto che tirare qualcuno per le orecchie (*aurem vellere* o *tangere*) aveva un valore giuridico connesso all'ambito processuale si veda, in particolare, C. MASI DORIA, *Aurem vellere*, in AA. VV., *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli 2001, 317 ss., spec. 319 nt. 8, con altra bibliografia. Si è anche ipotizzato in letteratura che il *familiae emptor* tirasse per le orecchie l'*antestatus* per richiamare la sua attenzione sull'importanza dell'atto. Sul punto v. CASTELLI, *Un testamento romano dell'anno 131 d.Cr.*, cit., 234, con altra letteratura. Basandosi sulla lettura di Clem. Alex., *Strom.*, lib. V, c. 8 (P.G., IX, ed. MIGNE, 85-88), altri studiosi sostengono, invece, che «...Antestatus aures testium attriebat, eosque rei gestae iubeat esse memores». Così, già nella letteratura più antica, I.G. HEINECCIUS, *Dissertatio de origine testamenti factionis, et ritu testandi antiquo. Exercitatio XXVII*, in *Opusculorum variorum Sylloge*, Halae Magdeburgicae 1735, 992 [v. anche ID., *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani Digestum, notulas operi adiecit* C.G. HAUBOLD, *denuo opus retractavit suisque observationibus auxit* C.F. MÜHLENBRUCH, Francofurti ad Moenum 1841, 420 s. (lib. II, tit. X, § 7)]; WERNSDORFIUS, *Observatio de familiae emtore*, cit., 21 ss. La spiegazione del gesto si desume chiaramente da Plin., *Nat. Hist.*, 11.103.251: *Est in aure ima memoriae locus, quem tangentes antestamur* rell. Sul punto v. anche le fonti riportate da MASI DORIA, *op. cit.*, 318 nt. 4. Nella letteratura più antica, si occupano in maniera specifica della figura dell'*antestatus*, tra i tanti, C.W. KÜSTNERUS, *De antestato in mancipationibus*, Lipsiae 1742, *passim*; C.G. WALCH, *De antestato in mancipatione*, Jena 1840, *passim*; F. SCHUPFER, *Lantestatus, della Epitome di Gaio e l'orator, delle carte Longobarde*, estr. da *RISG* 47, fasc. I-II (1910), 303 ss., con ampia letteratura ivi citata e discussa alla quale rimandiamo; F. KNIEP, *Gai Institutionum. Commentarius primus. Text mit Vorwort, Erklärung und Anhängen*, Jena 1911, spec. 198 ss., con ulteriore bibliografia.

⁶⁸ Così Gai 2.104, Apul., *Metamorph.*, 2.24. In Tit. Ulp. 20.9 si legge, invece, *PRAEBITOTE*; in Isid., *Etym.*, 5.24.12, *perhibete*.

Non è mancato chi ha ipotizzato che i testimoni non si limitassero ad ascoltare, ma rispondessero alla richiesta di testimonianza pronunciata dal testatore con *verba* del seguente tenore: *'In hanc rem ita, uti dixisti, testimonium tibi perhibeo'*. Così, ad esempio, M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig 1883, rist. Aalen 1966, 162 ss., spec. 165, 216.

Le due *rogationes* sembrerebbero, in sostanza, strettamente connesse tra loro. Da esse si evince chiaramente che i *testes* avevano la funzione non solo di perfezionare l'atto che dinanzi a loro si compiva, ma anche – come in altra sede si è già rilevato – di 'rafforzare' (secondo il significato originario del termine 'prova')⁶⁹ il ruolo delle *partes* all'interno del *negotium* stesso, in vista anche di una loro eventuale testimonianza in sede di giudizio.

Non trascurabile, inoltre, ai fini del significato da attribuire ai termini *testor* e *testamentum* in età arcaica, è il dato etimologico in base al quale essi deriverebbero dalla stessa radice di *testis* (osco **tristis*).⁷⁰

In conclusione, che il *negotium* sia *ab origine* 'testamento' si evince, da un lato, dalla complessità della sua struttura (arg. ex Gai 2.102: ...*mancipio dabat, eumque rogabat* rell.; PT. 2.10.1: ...ὄς ἤμελλε γενέσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτῶν περιουσίαν ... καὶ λοιπὸν ὁ μέλλον τελευτῶν διετύπου τί ὀφείλει δοθῆναι μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτὴν κτλ.), che permane anche in età classica (arg. ex Tit. Ulp. 20.9: ...*duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti* rell.), dall'altro dalla comunanza di scopo con il *testamentum calatis comitiis* e *in procinctu*, che richiamerebbe l'importanza dell'intervento dei testimoni all'atto. Si noti, infatti, che tutti e tre i tipi di 'testamento' riconosciuti dal *ius civile* erano posti in essere per consentire a un soggetto di disporre delle proprie sostanze e

⁶⁹ Sul punto v. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., spec. 325 ss. Muovendo proprio dal valore arcaico di 'prova', potrebbe rimettersi in discussione la valenza per l'età più antica della distinzione tra testimoni strumentali e giudiziali (v. *supra*, nt. 63). Sul punto rimandiamo alla bibliografia riferita in *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 300 nnt. 42-43. Già nella letteratura dell'Ottocento vi è stato, comunque, chi ha ipotizzato che i testimoni potessero essere impiegati in diversi atti giuridici «et solennitatis et probationis gratia». In tal senso A. BETHMANN-HOLLWEG, *De causae probatione dissertatio*, Berolini 1820, 110.

Quanto appena rilevato consentirebbe, inoltre, di comprendere meglio l'importanza della testimonianza sulla *litis contestatio* dell'epitome festina, contenente un riferimento all'intervento dei testimoni espresso con le parole *testes estote* [v. Fest., s.v. *Contestari litem* (M. 57.18 = L. 50.14); s.v. *Contestari* (M. 38.16 = L. 34.18)], e la sua connessione con i *verba* della *testatio* del *testamentum per aes et libram* (Tit. Ulp. 20.9: ...*quae nuncupatio et testatio uocatur* rell.), non a caso definita anche *suprema contestatio* [D. 28.1.20.8 (Ulp. 1 *ad Sab.*)]. Su tale nesso v., ad esempio, F.L. VON KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich 1827, 1 nt. 1.

⁷⁰ A tal proposito si veda la bibliografia citata in *Osservazioni su Gai 2.108*, cit., 293 nt. 27, alla quale può aggiungersi, nella letteratura più antica, CECL, *Le etimologie*, cit., 82 s. e ivi nt. 2; e in quella più recente, A. WATSON, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Baltimore-London 1993, 10 ss.

potestà familiari per il tempo dopo la sua morte attraverso una richiesta di testimonianza rivolta a coloro che gli erano più vicini: i commilitoni negli attimi concitati precedenti la battaglia, i partecipanti ai comizi, gli amici.⁷¹

9. Con le riflessioni svolte in queste pagine abbiamo tentato di affrontare da una diversa prospettiva il problema della natura testamentaria della cosiddetta *mancipatio familiae*.

Partendo dall'esame delle fonti si è messo in luce come da esse emerga una considerazione unitaria del *testamentum per aes et libram*. L'espressione *mancipatio familiae* (propriamente *familiae mancipatio*) viene quindi impiegata nelle fonti per indicare il primo atto di cui si compone l'istituto in età classica, e non la forma arcaica dello stesso, come pure ritiene la dottrina corrente. Ritenendo che la negazione della natura testamentaria dell'atto possa derivare dai condizionamenti provenienti dalla concezione moderna di 'testamento' (derivata a sua volta da quella romana di età classica), si sono indagati i diversi valori del verbo *testor* e si è rilevato come dai testi di età repubblicana e classica emerga un significato del termine ben diverso da quello tecnico di 'dispongo per testamento': ossia 'richiedo la testimonianza', 'dichiaro dinanzi a testimoni'.

Tali significati del verbo, da un lato, sembrerebbero concordare con l'etimologia dei termini *testor* e *testamentum*, aventi entrambi la stessa radice del sostantivo *testis*, dall'altro, potrebbero offrire una spiegazione della considerazione unitaria dell'istituto. Essi consentono comunque di qualificare vero e proprio *testamentum* anche la configurazione strutturale originaria del *testamentum per aes et libram*, sebbene in un'accezione del termine diversa da quella classica: 'richiesta di testimonianza', 'dichiarazione dinanzi ai testimoni'.

⁷¹ In argomento si veda, in particolare, FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, cit., 232: «...qualche studioso ha giustamente rilevato che tra le parole solenni della *nuncupatio* nel più tardo testamento *per aes et libram* era compresa (alla fine) un'invocazione che può ben risalire al testamento comiziale». La formula *ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE* avrebbe un valore «imperativo: è una "chiamata alla (futura) testimonianza", cioè, proprio, un *testamentum*. Quanto asserito risulta ancora più chiaro se ravvicinato alla frase conclusiva della ... formula dell'arrogazione», riferita in Gell. 5.19.9 (...*HAEC ITA, UTI DIXI, ITA VOS, QUIRITES, ROGO*). «La qual frase è, palesemente, una "richiesta di approvazione", cioè una *adrogatio*».

In conclusione, si è affrontato il problema nella convinzione che una diversa impostazione del suo studio possa contribuire a rimettere in discussione alcune questioni che ruotano intorno all'evoluzione del *testamentum per aes et libram* su cui la dottrina non ha raggiunto ancora soluzioni appaganti.

Il tema è denso di ulteriori sviluppi di indagine, ai quali si è brevemente accennato, di volta in volta, nelle note della trattazione. Riassumendo solo alcune possibili prospettive di ricerca, in primo luogo, varrebbe la pena di interrogarsi sulla natura delle 'rogationes' rivolte dal *mancipio dans*-testatore al *familiae emptor* e sulla struttura originaria dell'atto che sembrerebbe non potersi ridurre nemmeno *ab origine* alla sola *familiae mancipatio* del testatore (arg. ex Gai 2.102: ...*mancipio dabat, eumque rogabat* rell.; PT. 2.10.1: ...ὄς ἤμελλε γενέσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν περιουσίαν ... καὶ λοιπὸν ὁ μέλλων τελευτᾶν διετύπου τί ὀφείλει δοθῆναι μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτήν κτλ.).

Meriterebbe di essere approfondito, inoltre, il passaggio dal testamento librato orale a quello scritto.⁷² Tale evoluzione potrebbe, da un lato, illuminare alcuni aspetti ancora oscuri in ordine al valore delle espressioni *nuncupare heredem*, *nuncupatio testamenti* e *verba nuncupationis* di cui parlano le fonti. Dall'altro consentirebbe di porre le basi per una diversa impostazione del problema dell'introduzione della *heredis institutio* all'interno del testamento librato, la quale – come si ricorderà – aveva determinato la trasformazione del ruolo del *familiae emptor* da *pars* effettiva dell'atto a *pars* fittizia, chiamata ormai a intervenire all'interno del *negotium dicis gratia* e *propter veteris iuris imitationem*.

La questione relativa alla qualifica giuridica del *familiae emptor*, assai controversa nel *testamentum per aes et libram* di età arcaica, andrebbe

⁷² In dottrina è vivo il dibattito sul valore della scrittura nel testamento, se costitutivo o probatorio. Sul problema, nella letteratura più recente, TALAMANCA, *D. 29,7,20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.)*: *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*, cit., 73 ss., al quale rimandiamo per la principale bibliografia sul tema, ivi citata e discussa nelle note.

Raramente, però, ci si è soffermati ad analizzare il passaggio dal testamento orale a quello scritto sotto il profilo delle implicazioni che l'introduzione della scrittura dovette certo comportare rispetto a un linguaggio formulato per essere ricordato (adoperato e tramandato) all'interno di una cultura orale. Inoltre, sarebbe interessante chiedersi se, con l'introduzione delle *tabulae* testamentarie, le formule pronunziate oralmente, abbiano conservato del tutto intatta la loro originaria struttura verbale o siano invece mutate.

a sua volta riconsiderata alla luce dei problemi di interpretazione dei due formulari di cui si compone l'istituto, problemi che non possono prescindere in via pregiudiziale dall'affrontare alcune difficoltà di restituzione del testo tradito nel palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio.

Infine, le considerazioni svolte riguardo ai diversi significati dei termini *testor* e *testamentum* potrebbero costituire un punto di avvio per un'indagine dedicata ai precetti decemvirali comunemente collocati dagli studiosi in XII Tab. 5.3 e 5.4⁷³ e potrebbero offrire nuove prospettive di ricerca per quanto concerne l'interpretazione dell'esordio del noto versetto "*Si intestato moritur...*", e conseguentemente riguardo alla questione di quali testamenti erano presupposti dal testo decemvirale.

⁷³ Su XII Tab. 5.3 rimandiamo, da ultimo, a ARCES, *Riflessioni sulla norma «uti legassit»*, cit., *passim*, con bibliografia ivi citata (spec. nt. 1), al quale aggiungi PIETRINI, *Deducto usu fructu*, cit., 65 s., e ivi ntt. 130-134, 69 nt. 140, con altra letteratura. Su XII Tab. 5.4 si vedano, nella letteratura più recente, M. GARDINI, *Sviluppi giurisprudenziali intorno a XII Tab. 5.4*, in AA. VV., *Le Dodici Tavole dai Decemviri agli umanisti*, a cura di M. HUMBERT, Pavia 2005, 311 ss.; R. LAMBERTINI, *Legge delle XII Tavole e cosiddetta successio ordinum*, in AA. VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, 295 ss.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, Gennaio 2010