

Religione e Diritto Romano

La cogenza del rito



A cura di
Salvo Randazzo



INDICE

S. Randazzo	
<i>Premessa</i>	1
SEZIONE PRIMA	
ORIENTAMENTI	
S. Amato	
Merito quis sacerdos appellet	5
F. Arcaria	
<i>Religio e ius privatum in Roma antica</i>	21
A. Bettetini	
<i>Appunti sul fondamento giuridico delle persecuzioni contro i cristiani e sulla libertà religiosa</i>	35
J. Rüpke	
<i>Historians of religions and the space of Law</i>	43
SEZIONE SECONDA	
CONTRIBUTI	
F. Alicino	
<i>L'editto di Costantino e l'Initium libertatis della Chiesa cattolica. "Segni" e "riti" di una mutazione</i>	53
A. Arnese	
<i>La religione degli altri: tolleranza o repressione?</i>	93
S. Castagnetti	
<i>Ancora sui suspendiosi nelle leges libitinariae: aspetti religiosi e giuridici</i>	105

F. Chini	
<i>Idee vecchie e nuove intorno ai concetti di ius e fas</i>	115
S. A. Cristaldi	
<i>Confarreatio e svolgimento delle nozze</i>	153
M. Falcon	
‘Praetor impius’: ‘ius dicere’ nei ‘dies nefasti’.....	187
L. Franchini	
<i>Principii di ius pontificium</i>	265
A. Milazzo	
<i>Causa funeris e causa religionis: spunti ricostruttivi sui sacra praticati dai collegia funeraticia</i>	305
V. M. Minale	
<i>Costantino, Strategio Musoniano e i Manichei: ancora su Amm. Marc. Res Gestae 15.3.2</i>	333
E. Quadrato	
<i>Urbem condere: la città «nuova» tra fas e ius</i>	357
A. Spina	
<i>Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano</i>	373
G. Turelli	
<i>Fetialis religio. Una riflessione su religione e diritto nell’esperienza romana</i>	449
INDICE DELLE FONTI.....	495
INDICE DEGLI AUTORI.....	507

Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano.

Alessia Spina

Abstract. — The research aims to study the ideological and religious implications of Roman law of successions, with a particular attention to the testament. With the testament the Roman man can survive after death in the memory of posterity.

The investigation will be conducted mainly through literary sources. In the most ancient system, the rite of the testamentum calatis comitiis was tool of the conservation of the domestic religion, but in more recent time we can observe the emergence of the property principle, by the laws of the pontiffs. In both ancient genera testamentorum, calatis comitiis e in procinctu, we can see a religion element and a political one. The property principle penetrates into the rite, through the mancipatio familiae, the antecedent of the testamentum per aes et libram. In the formulas of the familiae emptor and of the mancipio dans, we can notice the survival of the old formularies and the traces of the ancient liturgical language.

Keywords: Genera testamentorum – Mancipatio familiae – Rite – Sacra – Successio mortis causa.

Sommario: 1. *Finalità e limiti del presente lavoro.* – 2. *La morte e le vicende della successione nelle fonti letterarie: tra vicenda privata e rilevanza sociale.* – 3. *Il testamento come strumento di sopravvivenza della religione domestica. L'emersione del principio patrimonialistico nella normazione pontificale.* – 4. *Brevi cenni al regime della successione ab intestato.* – 5. *L'evoluzione del testamento romano: i tria genera testamentorum attraverso le testimonianze giuridiche e letterarie.* – 6. *L'elemento politico nei testamenti arcaici: la partecipazione della comunità nella realizzazione del rito.* – 6.1. *I comitia calata: attori e spettatori del rito.* – 6.2. *Esercito e commilitoni: la comunità militare partecipe del rito in procinctu.* – 7. *La presenza del divino nei testamenti più antichi.* – 7.1. *La partecipazione dei pontefici a garanzia di una corretta futura trasmissione dei sacra.* – 7.2. *La presa degli auspicia prima della battaglia: l'elemento religioso come movente psicologico nel rituale del*

testamentum in procinctu. – 7.3. *Il tempo ed il luogo come elementi strutturali del rito.* – 8. *Il rito della mancipatio familiae: su un plausibile itinerario di trasformazione nelle forme del testamento librato.* – 9. *La formula pronunciata dal familiae emptor: l'emersione della patrimonialità nelle forme del discorso religioso.* – 10. *La nuncupatio del mancipio dans: il testamento librato tra permanenza dell'aspetto rituale e nuove cause negoziali.* – 11. *La persistenza di una componente 'politica' nelle vicende testamentarie: i nuovi momenti di controllo e garanzia pubblica. L'emersione dell'idea di pubblicità.* – 12. *Su alcuni residui di ritualità e religiosità nelle disposizioni del testamento librato.* – 13. *Dal testamento-rito al testamento-documento.*

1. *Finalità e limiti del presente lavoro.* — Il presente lavoro si propone di studiare, in una nuova prospettiva diacronica, valorizzando la componente religiosa e antropologica, l'aspetto rituale della successione *mortis causa* romana, ed in particolare del negozio testamentario, dalla sua configurazione più antica, alla più recente forma, in cui il testatore riversa le proprie volontà in una ritualità divenuta ormai mero ossequio alle regole della scrittura. Si precisa sin da ora che, sebbene il titolo del contributo contenga l'espressione 'diritto successorio', l'indagine verterà principalmente proprio sulla successione *ex testamento*, la cui evoluzione si rivela più complessa rispetto a quella della successione *ab intestato*, destinata a rimanere vincolata al contenuto del versetto delle Dodici Tavole che indica l'ordine dei successibili *ex lege*.

Non vi è dubbio, peraltro, che il testamento sia il negozio giuridico più idoneo a descrivere le modificazioni della mentalità e della cultura. Basti accennare alla funzione originaria del testamento comiziale – da taluna dottrina definito testamento religioso – che aveva quale obiettivo principale la creazione di un erede estraneo, sul quale sarebbe dovuto gravare *in primis* l'onere di assolvere ai *sacra familiaria* e ai *sacra gentilicia*. Nella sua versione più moderna, invece, il testamento diviene la migliore e più autentica espressione dell'animo del *de cuius*, trasformandosi nello strumento idoneo a dare veste giuridica perpetua agli affetti e ai sentimenti di riconoscenza o di odio maturati in vita, nonché a perpetuare la memoria del defunto.

La necessità di tornare allo studio delle più antiche forme testamentarie, anche al fine di meglio affrontare i problemi di interpretazione dei *verba testatoris* di età più moderna, è bene espressa in un preciso monito

di Arangio-Ruiz, che mette in guardia tutti coloro che intendessero intraprendere una ricerca in materia successoria, perché si premurino contro il rischio gravissimo di scambiare, nella valutazione delle regole della disciplina più recente, i retaggi del regime più antico con quelli che sono, invece, «il risultato del lungo travaglio della giurisprudenza pontificale e laica, soprattutto nei primi secoli della Repubblica»¹.

Studiare la materia testamentaria nella sua evoluzione storica si rivela complesso, oltre per il sostrato culturale e sociale che la presuppone, anche per i numerosi problemi giuridici che i singoli aspetti delle procedure sollevano; di questi non sarà possibile in questa sede proporre un'esauritiva disamina e, pertanto, individuati i termini della questione, ci si limiterà a segnalare la natura del dubbio sorto in dottrina e gli argomenti addotti per risolverlo. L'obiettivo ben più modesto che si intende perseguire in questa indagine è quello di esaminare i riti del testamento romano, sulla base delle poche fonti che lo descrivono, alla luce di due considerazioni. Da un lato, si intende valorizzare l'idea di 'rito', da intendersi come azione che dà voce ad un patrimonio di valori sociali e religiosi propri di una comunità. Dall'altro lato, ed in stretta connessione ontologica con il concetto stesso di 'rito', si intende rivalutare la componente religiosa, che, predominante nell'età arcaica, costituisce, a parere di chi scrive, una costante del diritto successorio romano anche nelle età più recenti, quando al rituale antico si sostituisce il formalismo negoziale.

Una nuova prospettiva di studio si colloca in un panorama dottrinale che ha privilegiato sinora un'interpretazione meramente 'naturalistica' della successione, spiegando il fenomeno attraverso le profonde interazioni tra 'politico' e 'giuridico' e mirando a individuare le sopravvivenze

¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli-Jovene 1976, 511 ss.; il passo è riportato già da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino-Giappichelli 1996, 10, che sottolinea come si tratti di «moniti da rispettare per chi si sforzi di recuperare la misura storica riguardo a una tematica che conserva una certa impenetrabilità», al quale si rimanda anche per una considerazione complessiva della dottrina che si è occupata della storia delle successioni e soprattutto del testamento.

di talune forme giuridiche e l'esaurimento storico di talaltre nel diritto più antico².

L'antica disciplina della successione *mortis causa* è stata materia di riflessione per la dottrina filosofica, sociologica e politologica, soprattutto dalla seconda metà dell'Ottocento, quando ad una visione storicista ed idealista, si contrapponeva la tesi positivista ed evoluzionista. La prima posizione si basava sul dogma della distinzione tra diritto romano e diritto germanico: il diritto di Roma, che assumeva quale valore fondamentale la perpetuità della personalità del singolo, scorgeva nel testamento lo strumento idoneo a garantire l'immortalità attraverso il culto degli antenati, e si contrapponeva al diritto dei Germani concentrato sul principio della successione legittima³. La seconda posizione accettava, invece, come dato incontrastabile, il primato della successione legittima e, mirando a perpetuare la famiglia come istituzione, ricostruiva il sistema di successione *ex testamento* romana come in origine sottoposto al controllo della comunità e, declinato nella forma del testamento librato, connesso al nuovo valore della proprietà individuale⁴.

Con specifico riferimento al negozio del *testamentum*, poi, pur muovendo da una comune visione in cui l'istituzione di erede segna il limite estremo raggiunto dalla volontà dei particolari di perpetuare i *sacra*, sopravvivendo al naufragio delle credenze religiose, la dottrina della seconda metà dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento è giunta a posizioni diametralmente opposte. Una prima tesi ha negato l'origine religiosa del testamento, leggendo nell'istituto l'unica valida alternativa alla

² Come noto il migliore sostenitore della concezione 'politica' della famiglia è P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. 6. *Le successioni*, Milano-Giuffrè 1974, 85 ss., oltre ai numerosi contributi; ID., *Corso di diritto romano*. 1. *Diritto di famiglia*, Milano-Giuffrè 1963, 25 ss. sottolinea come il testamento comiziale garantisca la sopravvivenza dell'ordine politico della *civitas*. Diversamente, ad esempio, E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, 1. *L'ancien droit*, Paris-Librairie Plon 1902, 300 s. riconosce al testamento comiziale la sola e circoscritta funzione di disporre della *familia*, escludendovi la *pecunia*, sicché i beni personali del *pater* avrebbero seguito la destinazione giuridica tipica dei legati.

³ F. LASSALLE, *Gesamtwerke*. 5.2. *Das System der erworbenen Rechte*. 2. *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung*, Abt. 2, Leipzig-Pfau 1902, 565 ss.

⁴ Sarebbe la posizione di S. MAINE, *Ancient Law and its connection with the early history of society, and its relation with modern ideas*, London-Murray 1906, 101 ss.

successione legittima, dalla quale si sarebbe distinto in maniera decisa. L'opposta tesi sosteneva, invece, che l'antico diritto avrebbe consentito solamente di testare a favore di un membro della famiglia, perché la designazione dell'erede sarebbe stata esclusivamente finalizzata alla prosecuzione del culto⁵.

Nella consapevolezza di queste opposte visioni, che pur essendo di matrice risalente non sono mai state abbandonate dalla dottrina anche più moderna, mossasi sempre all'interno della sopra descritta dualità, si intende verificare quale sia stata la sorte dell'originario nucleo di valori del testamento antico, e se ed in quali forme esso sia sopravvissuto nella struttura del testamento librare. Si vorrebbe in questa sede accogliere l'invito ad ascoltare il linguaggio delle fonti, che ancora nell'età repubblicana, in un diritto privato dal carattere profano, paiono manifestare punti di incontro con la sfera sacrale⁶.

In particolare, se il tradizionalismo romano ha conservato le forme esteriori antiche anche nel *gerere per aes et libram* più antico, la religiosità che permea la causa stessa del testamento comiziale tende a dileguarsi. Il testamento, invero, mantiene una propria consistenza metagiuridica, insita nell'atto di ultima volontà destinato ad acquisire efficacia dopo la morte del *de cuius*, ma si sono modificati gli strumenti, perché se il rito riuniva in sé divino ed umano, il formalismo giuridico dovrà percorrere strade diverse.

2. *La morte e le vicende della successione nelle fonti letterarie: tra vicenda privata e rilevanza sociale.* – Un dato che emerge con chiarezza dalle fonti è la duplice rilevanza, privata e pubblica, di tutte le vicende connesse alla successione *mortis causa, in primis* dell'evento della morte di un individuo, rilevante in quanto momento a partire dal quale si apre la successione stessa.

⁵ Campione della prima posizione può essere ritenuto N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, Paris-Flammarion 2009, 90 ss.; la seconda fu invece sostenuta da H. LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, in *NRHD.* 45, 1921, 651 s.

⁶ M. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *AUCT.* 3, 1948-1949, 80 ss.

Presso i Romani, la morte è innanzitutto un fatto di natura privata, un avvenimento che genera paura, disperazione, tanto nella prospettiva di colui che sta abbandonando la vita e con essa gli affetti più cari, quanto in coloro che gli stanno attorno, sottoposti ad un dolore straziante. La morte, tuttavia, nella mentalità romana, è anche un momento da vivere in maniera corale. Esempi di tale condivisione sono non soltanto i suicidi dei neostoici, veri e propri eventi politici, da compiersi innanzi ad una pluralità di persone, bensì anche le morti di uomini importanti che desiderano abbandonare la vita terrena circondati dagli amici e dagli affetti più cari. L'iconografia classica presenta tradizionalmente il morente, sdraiato su un letto, attorniato dai membri del suo gruppo: «nessuno vuole affrontare la morte da solo, è un passo troppo grande per chiunque e perciò c'è la ricerca del sostegno morale, oltre che fisico, nella solidarietà del gruppo»⁷. L'uomo romano delle classi alte, in altri termini, avverte la necessità di vivere il momento del trapasso come una vicenda pubblica, come un fatto che coinvolge tutto il gruppo sociale cui il morente appartiene: oltre agli amici, anche gli schiavi più fidati e la componente femminile della *familia*. Tra le molte testimonianze della letteratura latina in proposito, si può ricordare la morte di Marco Aurelio: l'imperatore filosofo, chiamati i suoi più intimi collaboratori, discute con essi del senso della vita e della morte, nonché delle vicende collegate alla successione; infine chiama il figlio, per impartirgli le ultime direttive⁸.

⁷ A. CATELLI, *L'uomo romano davanti alla morte*, Èskathon Publishing 2012, 62. Sul tema, si possono vedere le testimonianze di Tac. *Ann.* 15.62-68; Tac. *Ann.* 16.19. Tra la dottrina in argomento, si segnala S. TREGGIARI, *Roman Marriage. 'Iusti coniuges' from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford-Clarendon Press 1993, 483 ss.

⁸ S.H.A. *Marcus Aurelius* 28: 1. *Mors autem talis fuit: cum aegrotare coepisset, filium advocavit atque ab eo primum petit, ut belli reliquias non contemperet, ne videretur rem p. prodere.* 2. *Et, cum filius ei respondisset cupere se primum sanitatem, ut vellet, permisit, petens tamen, ut expectasset paucos dies, haut simul proficisceretur.* 3. *Deinde abstinuit victu potuque mori cupiens auxitque morbum.* 4. *Sexta die vocatis amicis et ridens res humanas mortem autem contempnens ad amicos dixit: "Quid de me fletis et non magis de pestilentia et communi morte cogitatis?"* 5. *Et cum illi vellent recedere, ingemescens ait: "Si iam me dimittitis, vale vobis dico vos praecedens."* 6. *Et cum ab eo quaereretur, cui filium commendaret, ille respondit: "Vobis, si dignus fuerit, et dis immortalibus."* 7. *Exercitus cognita mala valetudine vehementissime dolebant, quia illum unice amarunt.* 8. *Septimo die gravatus est et solum filium admisit, quem statim dimisit, ne in eum morbus transiret.* 9. *Dimisso filio caput operuit quasi volens dormire, sed nocte animam efflavit.* 10. *fertur filium mori voluisse, cum eum talem videret futurum, qualis exstitit post eius mortem, ne, ut ipse dicebat, similis Neroni, Caligulae et Domitiano esset.*

D'altra parte, a spiccare, ancora nelle fonti letterarie, è sia l'interesse che i rappresentanti dei ceti più potenti nutrono nei riguardi dei testamenti, anche per quelli in cui non sono direttamente coinvolti, sia l'interesse del popolo tutto, che risulta parte attiva ed attenta in riferimento alle successioni *mortis causa*⁹.

Il concetto attorno a cui ruota il senso del rito testamentario più antico è, anche sulla scorta di quanto la letteratura recente ha avuto modo di sottolineare¹⁰, quello di *sacra privata*, espressione con cui si indicano i riti e le cerimonie relative al culto domestico, di cui il *pater familias* era sacerdote¹¹.

Festo definisce i *sacra privata* contrapponendoli ai *sacra publica*:

Fest. sv. *publica sacra* (L. 284): *Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curis, sacellis: at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.*

I *sacra publica* vengono compiuti a spese pubbliche (*publico sumptu*) e nell'interesse del popolo (*pro populo*), in luoghi pubblici; al contrario, i *sacra privata* sono celebrati a vantaggio dei singoli (il vocabolo *homo* sembra avere una connotazione 'naturalistica', quasi ad indicare la mera appartenenza al genere umano), del gruppo familiare e del gruppo gentilizio¹².

⁹ Si vedano, a titolo esemplificativo, i racconti di Cic. *ad Att.* 15.2.4; di Plin. *Epist.* 1.9.2; 7.24.2; Petr. *Satyr.*, 116; Sen. *Epist.* 8.6. In dottrina segnala il fenomeno E. CHAMPLIN, *Final Judgments: duty and emotion in Roman wills, 200 b.C.-a.D. 250*, Berkeley-University California Press 1991, 5 s. e 18 s.: «inevitably this strong social dimension affected the will itself. What is for us a very personal document was for the Romans much more consciously the product of a tension between private hopes and social expectations».

¹⁰ A. MAIURI, 'Sacra privata'. *Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica*, Roma-L'Erma di Brentschneider 2013, 1 ss. Tuttavia, già M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 52 s.

¹¹ Non è sottovalutabile la specificazione che il termine *ritus* (il cui termine corrispondente, nella lingua greca, è νόμος), designerebbe un modo di azione, più precisamente un modo di celebrazione dei servizi religiosi, e non già lo stesso contenuto dei servizi religiosi, per il quale i Romani utilizzavano il termine *caerimoniae* o proprio *sacra*, come considera J. SCHEID, *Rito e religione dei Romani*, ed. italiana a cura di G. Arrigoni, Bergamo-Sestante edizioni 2002, 41.

¹² Si distinguevano, pertanto, i *sacra familiaria* (rivolti a due gruppi di divinità, da un lato i *Penates* e i *Lares*, adorati in casa, e dall'altro lato i *Manes*, adorati nella tomba di

Tuttavia, lo Stato non si disinteressa dei culti di natura privata, ma, riconoscendone l'utilità, interviene per assicurare la continuità dei culti gentilizi e per verificare che essi non turbino l'ordine¹³.

I *sacra privata* erano gelosamente custoditi nell'ambito della famiglia romana, comunità essa stessa religiosa fondata sul culto degli antenati; il dato rilevante è che i *sacra* erano oggetto di successione alla morte del *pater familias* stesso e, più precisamente, si tramandavano per discendenza di padre in figlio¹⁴.

In origine, dunque, l'erede è, in primo luogo, il continuatore della religione domestica, ossia delle credenze e dei culti della famiglia, che complessivamente si definiscono *sacra familiaria*. È noto, infatti, come accanto agli dei Lari, ai Penati e a quel complesso di divinità che consacrano il vincolo familiare e la vita comune, i Romani onorino le anime dei trapassati, gli *dei parentes*, i *Manes*, il cui culto è specchio dell'atteggiamento più autentico del *civis Romanus* nei confronti della vita e della morte¹⁵. La venerazione per i morti è intesa come prosecuzione del rispetto, della fiducia, del timore che si ebbe per il capofamiglia quando era in vita e, vicendevolmente, i *Manes* garantiscono il benessere della famiglia qualora ricevano dai vivi l'osservanza delle regole della

famiglia) ed i *sacra gentilicia* (che in origine erano appannaggio dei soli patrizi, gli unici ad essere costituiti in *gentes*): cfr., rispettivamente, A. MAIURI, 'Sacra privata' cit. 20 ss. e 25 ss.

¹³ G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica. Con un'appendice su la religione degli Etruschi*, Milano-Biblioteca Universale Rizzoli 2001, 474.

¹⁴ Sui *sacra* rimangono fondamentali i contributi più risalenti, tra i quali E. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, I. *La religione nella vita domestica*, Milano-Ulrico Hoepli 1886, 1 ss.; N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna-Cappelli 1939, 11 ss.; G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'', Napoli-Jovene 1965, 74 ss.; ID., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, III ed., Torino-Giappichelli 1995, 60 ss.

¹⁵ Proprio le offerte ai *Manes* costituivano la maggior parte dei *sacra privata*. Tali offerte rappresentavano un dovere per i vivi e un diritto per i morti, che si configuravano come 'creditori ultraterreni': così osserva A. MAIURI, 'Sacra privata' cit. 13, aggiungendo che la *ratio* sottesa alla religione domestica era in realtà ben più complessa, perché gli officianti volevano contemporaneamente assicurare per sé una felice immortalità, «operando in modo che un giorno anche i propri discendenti potessero rivelarsi nei loro confronti tanto ossequienti quanto essi lo erano stati con i loro predecessori».

morale tradizionale, ossia attraverso lo svolgimento di una serie di riti¹⁶. Si tratta di riti dalla complessa teatralità, caratterizzati da cerimonie fastose e spettacolari, costituenti l'occasione per esaltare il defunto e la sua famiglia, per ricordarne la vita, le gesta e l'illustre casata¹⁷.

I riti iniziano nel momento stesso della morte del cittadino romano, essendo connessi al funerale e alla sepoltura, e vengono ripetuti, mediante sacrifici ed offerte, secondo le ricorrenze fissate dagli usi: onerato della loro esecuzione è il successore del defunto.

Pubblico e privato si intrecciano inesorabilmente, anche perché la responsabilità verso gli dei è collettiva ed è oggetto di tutela da parte dello Stato in nome di una *utilitas communis*. In questo senso, «continuità e necessaria attinenza con la famiglia rendono la religione dei morti un elemento dell'*hereditas* ... come la parentela è congiunta con la religione, così è congiunta con l'eredità»¹⁸. Più precisamente, pur essendo i *sacra* rituali privati, la negligenza dei singoli nella cura del focolare domestico genera sventura all'intera comunità della *civitas*: Ovidio riferisce che quando si iniziarono a trascurare questo genere di rituali, i defunti si vendicarono scaraventando sulla città terribili prodigi e presagi di sventura¹⁹.

Una simile descrizione si riferisce verosimilmente ad un'epoca anteriore al IV secolo a.C.; quando, in seguito, Roma iniziò ad acquisire una dimensione cosmopolita ed il diritto si pose in rapporto dialettico con un'economia di produzione sofisticata rispetto alla tradizionale organiz-

¹⁶ Si veda il contributo di U. ZILLETI, v. *Sacra*, in *NNDI*. 16, Torino-Utete, 1969, 304 s.

¹⁷ Sul punto, E. DE MARTINO, *Morte e pianto rituale: dal lamento funebre antico al pianto di Maria*, II ed., Torino-Bollati Boringhieri 2000, 192 ss.; l'autore mette in luce come presso tutti i popoli antichi i rituali funerari appaiano dominati «da quell'importante momento del mito del morto che è la ideologia del cadavere vivente». Si tratta della fase intermedia di passaggio tra il mondo dei vivi e quello dei defunti, «sostenuta e determinata dal comportamento rituale del periodo di lutto, di guisa che se i riti non sono eseguiti, e il morto resta senza sepoltura e senza lamento, il regno dei morti non è raggiunto, e il cadavere rimane inquieto in una sorta di rischiosa instabilità, tornando ostilmente tra i vivi».

¹⁸ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I. Parte generale, II ed., Milano-Giuffrè 1967, 43.

¹⁹ Ov. *Fasti* 2.547-554: *at quondam, dum longa gerunt pugnacibus armis// bella, Parentales deseruere dies./ non impune fuit; nam dicitur omine ab isto// Roma suburbanis incaluisse rogis./ vix equidem credo: bustis exisse ferunt// et tacitae questi tempore noctis avi,// perque vias Urbis latosque ululasse per agros// deformes animas, volgus inane, ferunt.*

zazione agricola e pastorale, anche le regole della successione *mortis causa* mutarono, ed alla graduale perdita di importanza dei valori tradizionali si sostituisce uno spiccato sentimento dell'individualità e una corsa alla ricchezza sino a quel momento ignota, sicché il fare testamento diviene un momento assai importante per i ceti medi-alti romani²⁰. In età tardo-repubblicana, il quadro dei valori che connota l'uso sociale del testare si arricchisce di nuove finalità: ad esempio, il ricorso al testamento risponde ad un intimo desiderio di libertà, «sentimento che così lusinga da resistere a tutti i tentativi volti a comprimerne gli spazi»²¹.

3. *Il testamento come strumento di sopravvivenza della religione domestica. L'emersione del principio patrimonialistico nella normazione pontificale.* – La causa del testamento, in epoca arcaica, è da riconnettersi alla necessità di procurarsi un erede naturale per l'ipotesi in cui questo mancasse: al *pater familias* privo di *filii sui* è richiesto di assicurarsi un continuatore della *familia*²². In questo senso, si può accettare l'idea secondo cui il testamento romano avrebbe avuto la medesima funzione svolta, presso altri popoli, dalla primogenitura: primogenitura e designazione rimangono nella storia istituzioni correlative, adempiendo ad una essenziale funzione sociale, poiché «evitano una divisione fatale all'esistenza e alle finalità del gruppo»²³.

²⁰ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 7 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, II ed., Roma-Athenaeum 1928, 523. Si veda per alcune riflessioni sull'evoluzione dell'idea patrimonialistica, E. GABBA, *Del buon uso della ricchezza. Saggi di storia economica e sociale del mondo antico*, Milano-Guerini e Associati 1988, 45 ss.

²¹ Così M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 158, sottolineando che si tratta di un sentimento talmente forte, di natura principalmente etica, tale da resistere alle antitesi che il fenomeno medesimo produceva, come ad esempio il dinasticismo, che incentivava il ricorso a circuiti extrafamiliari di circolazione della ricchezza.

²² Secondo C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli-Jovene 1996, 55, se è valida la tesi secondo la quale il testamento comiziale sarebbe servito al *civis* per procurarsi un *suus heres* qualora ne fosse stato privo, si potrebbe pensare che il liberto si presentasse ai comizi per compiere tale atto sulla base di validi motivi, tra i quali potrebbe essere annoverato l'intervento del patrono in tal senso.

²³ Si tratta della teoria bonfantiana, secondo la quale la struttura del testamento romano coinciderebbe con la designazione di una persona con il titolo di *heres*, la quale persona solo in conseguenza del titolo sarebbe stata chiamata a raccogliere il patrimonio, ad assumere la responsabilità del defunto, a conservare il culto e tutelare i sepolcri, come illustrato in una prospettiva di comparazione con altri diritti

Sotto un altro profilo, la designazione testamentaria dell'erede era un atto idoneo a sottrarre un elemento agli *adgnati* e alla *gens*, sicché il modo in cui la tradizione familiare – e soprattutto religiosa – sarebbe proseguita era una questione che interessava l'intera comunità²⁴.

Nel mondo romano, uno degli strumenti – probabilmente il più antico – di cui il cittadino romano disponeva per realizzare questo obiettivo era l'*adrogatio*, attraverso la quale l'*adrogatus*, divenuto *filius in potestate* dell'arrogante, acquisiva un'aspettativa ad assumere il ruolo di *suus heres*²⁵. L'altro strumento tecnico a disposizione del cittadino romano era il testamento, che in epoca risalente avveniva davanti all'assemblea popolare, i *comitia calata*.

Si è a lungo discusso in dottrina in merito ai rapporti in origine esistenti tra *testamentum* ed *adrogatio* (entrambi negozi riservati ai soli patrizi) e numerosi sono stati gli autori che hanno sostenuto la tesi del cosiddetto 'testamento-adozione', ossia di un'originaria identità tra i due negozi giuridici²⁶. Non è questa la sede per addentrarsi nell'annosa questione,

dell'antichità, in P. BONFANTE, *Il testamento nel diritto comparato. Germi veri e false analogie*, in *Il Filangieri* 30, 1905, 247 ss., ora in *Scritti giuridici varii I. Famiglia e successione*, Ristampa a cura di G. Crifò e A. Mancinelli, Roma-Aracne, 2007, 303 ss.

²⁴ P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit. 19.

²⁵ Isolata è rimasta in dottrina la posizione di O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, in *Essays in Legal History read before the International Congress of Historical Studies held in London in 1913*, London-Oxford University Press 1913, 120 ss., secondo la quale il testamento comiziale sarebbe un testamento di soli legati, essendo la formula modellata sul legato *per vindicationem*. Tra le critiche più puntuali alla visione leneliana, si segnala quella di U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, in *Ricerche sulla storia e sul diritto romano*, III, Roma-A. Nardecchia 1920, ora in *Scritti di diritto romano* I, Milano-Giuffrè 1973, 65 s. Più dubitativa la posizione di A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli-Jovene 2001, 431 ss.

²⁶ Sostengono, seppur con diversità di motivazioni, siffatta posizione: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II. *Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig-Weit & Co. 1901, 246; L. MITTEIS, *Das römische Privatrecht bis auf Zeit Diokletians* I, Aalen-Scientia 1908, 98 nt. 11; V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene (1854-1954)*, Napoli-Jovene 1954, ora in *Scritti di diritto romano* I, Napoli-Jovene 1974, 574 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechtes*, in *Studi De Francisci*, I, Milano-Giuffrè 1956, 424 ss.; J. ZABŁOCKI, *Appunti sulla 'sacrorum detestatio'*, in *BIDR.* 31-32, 1989-1990, 525; A. GUARINO, *Diritto privato* cit., 430 confuta la posizione di Otto Lenel, che aveva concepito il *testamentum calatis comitiis* come contenente sempre e soltanto disposizioni a titolo particolare, affermando che «a nostro avviso, il *testamentum calatis comitiis* coincideva spesso con l'*adrogatio* di un altro *pater familias* da parte del *testator* privo di discendenza:

sulla quale, peraltro, sarà poi necessario fare brevi cenni, anticipando soltanto che chi scrive ritiene discriminante l'alterità delle due procedure, determinata anzitutto dalla natura di negozio *inter vivos* dell'arrogazione, e di negozio *mortis causa* del testamento. Diverso è pure il ruolo svolto dall'assemblea nei rispettivi riti, la presenza di una diversa componente religiosa e la necessità, attestata soltanto in connessione all'*adrogatio*, di rinunciare ai propri precedenti *sacra*, attraverso l'oscura procedura della *detestatio sacrorum*²⁷.

Nel momento in cui il testamento comiziale cadde in desuetudine e si affermò il meccanismo della *mancipatio familiae* – ossia quando si ricorse al negozio usuale per il trasferimento della proprietà, adeguatamente modificato, per realizzare finalità successorie – divenne urgente una nuova regolamentazione dei *sacra*. Secondo altra dottrina, però, il legame tra i *sacra* e la *pecunia*, che tra poco si avrà cura di illustrare, andrebbe collegato con l'istituto del *consortium*, nel senso che sia nel caso del *consortium* artificiale, sia nel caso della successione ereditaria, il modellarsi della posizione degli eredi estranei su quella dei *sui* avrebbe portato ad un accentuarsi dell'elemento patrimoniale su quello familiare²⁸.

questo, infatti, procurandosi un *filius*, si procurava automaticamente un *heres suus* (*ab intestato*); P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I cit. 20 ss. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano-Giuffrè 1990, 717, ritiene che il *testamentum calatis comitiis* si fosse sviluppato dall'*adrogatio*, in quanto la comunanza delle forme proverebbe l'origine comune dei due istituti. Negano la tesi del testamento-adozione: P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma-Apollinaris 1959, 480 ss. (che non si esprime in merito, ma ritiene risalente la *heredis institutio*); M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I. Torino-Giappichelli 1966, 29 s. («una simile identificazione tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis* è evidentemente del tutto estranea alla raffigurazione dei medesimi atti nella sistematica gaiana»); G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento* (a cura di F. Gnoli), Milano-Cisalpino 1995, 192; D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Torino-Giappichelli 2001, 451.

²⁷ La misteriosa procedura è attestata in Gell. *noct. Att.* 15.27.3, dove vengono elencati gli atti che si svolgono innanzi ai *comitia calata*, nonché in Gell. *noct. Att.* 7.12.1; in letteratura, F. DAVERIO, *'Sacrorum detestatio'*, in *SDHI.* 45, 1979, 530 ss.; P. ARCÉS, *Note in tema di 'sacrorum detestatio'*, in *Diritto@Storia* 5, 2006, in particolare 5 s.; A. MAIURI, *'Sacra privata'* cit. 18 la ritiene sicuramente una formalità avente natura pubblica.

²⁸ G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'* cit. 95 s. ritiene che l'istituzione dell'estraneo abbia segnato una tappa decisiva nella decadenza delle istituzioni familiari: «nel caso della successione ereditaria, come nel caso del consorzio artificiale, il modellarsi sulla posizione dei *sui* di quella degli estranei, che per forza di cose dovevano sopravvalutare l'aspetto economico, contribuì a far sì che questo si accentuasse rispetto alle

Sicuramente, ad un certo punto della storia di Roma, si venne a creare una situazione di dualismo destinata a perdurare per tutta l'età classica: il patrimonio poteva essere trasmesso in via testamentaria con la più ampia libertà, ma i *sacra* si trasferivano con un regime che rimase loro proprio.

Tale regime fu il prodotto dell'attività normativa dei pontefici²⁹, i cui provvedimenti in materia di *sacra* sono descritti nell'opera *De legibus* di Cicerone, di cui ora verranno sinteticamente esposti i passaggi più rilevanti³⁰.

In forza di un primo provvedimento, la cui paternità è attribuita al pontefice Tiberio Coruncanio, venivano create tre categorie di obbligati all'osservanza dei *sacra*. La prima categoria comprendeva gli eredi.

Cic., *de leg.*, 2.20.49: (*Antiqui*) *his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi, aut hereditate...*

Attraverso il generico riferimento agli eredi, sia familiari che estranei, veniva spezzata l'originaria connessione tra appartenenza alla famiglia e continuazione dei riti religiosi.

In secondo luogo, obbligato all'osservanza dei *sacra* era colui che aveva ottenuto, con l'*usucapio pro herede*, la *maior pars* del patrimonio ereditario.

caratteristiche più propriamente familiari. Questi mutamenti dettero un poderoso impulso alla valutazione patrimonialistica del *consortium...* ». Cfr. anche J.F. GARDNER, *Family and 'Familia' in Roman Law and Life*, Oxford-Clarendon Press 1998, 212 s.

²⁹ Sul pontificato romano e sui provvedimenti pontificali come fonte del diritto, L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli-Editoriale Scientifica 2008, 138 ss.

³⁰ In questa sede si è preferito mantenere un generico riferimento ai provvedimenti pontificali, evitando di classificarli. È d'uopo, però, ricordare che gli studiosi qualificano espressamente gli interventi pontificali: secondo alcuni essi avrebbero la forma degli *edicta*, secondo altri dei *decreta*, secondo altri sarebbero stati meri ordini o *priesterliches Gewonheitsrecht*, secondo altri, infine, le regolamentazioni descritte in materia di *sacra* sarebbero il frutto di *responsa* reiterati ed ordinati (per quest'ultima posizione, M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino-Giappichelli 2011, 92, nt. 5, al quale si rimanda anche per le accurate indicazioni bibliografiche).

Cic., *de leg.*, 2.20.49: ... *aut si maiorem partem pecuniae capiat...*

Si può notare come non tutti coloro che avessero usucapito una parte di eredità, ma soltanto colui che ne avesse acquisito la parte più cospicua, fosse tenuto all'obbligazione di carattere sacro. Si può pensare che la *ratio* ispiratrice di tale norme risiedesse nella pratica constatazione che l'obbligo di adempiere ai riti familiari veniva assolto in maniera più efficace se gravante interamente su di un'unica persona, la più motivata per motivi di affetto e riconoscenza, piuttosto che su una pluralità di individui. D'altra parte, come chiarisce Ovidio, i riti funebri e quelli ad essi connessi non richiedevano grosse spese:

Ov. *Fasti*, 2.535: *Parva petunt Manes.*

La *ratio* così individuata, però, non avrebbe trovato simile applicazione nel caso dei legatari, come si evincerebbe dal passaggio ciceroniano:

Cic., *de leg.*, 2.20.49: ... *aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quipiam ceperit.*

Un onere in capo a questi sarebbe sorto solamente se ai legatari fosse stata distribuita una porzione rilevante dell'asse (*maior pars pecuniae*, ossia una porzione eccedente la metà dell'asse) e se i diversi legatari si fossero impossessati dei beni. In questa ipotesi, l'erede sarebbe stato sgravato dall'osservanza dei *sacra*, che si sarebbe ripartita tra i diversi legatari.

Più articolate sono le previsioni di un secondo provvedimento pontificale, attribuito verosimilmente a Quinto Mucio Scevola³¹, che indivi-

³¹ Così a parere di M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 66 e, *amplius*, 138 ss. (si rimanda all'autore, oltre che per l'accurata disamina della fonte ciceroniana, anche per la completa bibliografia sull'argomento). Individua in Quinto Mucio Scevola l'appartenente alla famiglia degli Scevola citato da Cicerone anche M. GENOVESE, *Mortis causa capitur* cit. 96: «questo assetto egli mostra di apprendere da uno Scevola a lui contemporaneo, con ogni probabilità da riconoscere nel figlio di P. Mucio, ovvero Quinto Mucio Scevola, giurista e pontefice (console nel 95 ed in vita ancora nell'anno

duava cinque categorie di obbligati³². Il contenuto dell'atto può essere scisso in due parti, la prima delle quali corrispondente al decreto di Tiberio Coruncanio. La prima categoria comprendeva gli eredi; la seconda si riferiva, invece, ai legatari, ma risulterebbe modificata a seguito delle previsioni della *lex Voconia*³³; la terza categoria annovererebbe chi ha compiuto l'*usucapio pro herede*. La seconda parte del provvedimento configurerrebbe due nuove categorie. Una quarta categoria di onerati coinciderebbe con coloro i quali, avendo acquistato i beni del defunto in seguito all'esecuzione patrimoniale, avessero assicurato la maggiore percentuale ai creditori. La quinta categoria comprenderebbe i debitori che, non avendo un erede a cui pagare, avrebbero conseguito da tale circostanza il vantaggio di una liberazione di fatto, equivalendo tale situazione ad un *capere pecuniam hereditariam*³⁴.

82 a.C.». Si veda anche M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, II ed., Napoli-Edizioni Scientifiche Italiane 1984, 109 s.

³² Cic. *de leg.* 2.19.48: *Hoc posito haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit. Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur quibus implentur iuris consultorum libri. Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum, causa iustissima est; nulla est enim persona quae ad vicem eius qui e vita emigravit propius accedat. Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes: id quoque ordine, est enim ad id quod propositum est adcommodatam. Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis quae eius fuerint quom moritur usu ceperit plurimum possidendo. Quarto qui, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet.* Sul brano, si vedano anche G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della 'hereditas' alla luce del regime dei 'sacra'*, in *SDHI.* 21, 1955, 229 s.; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Roma-L'Erma di Brentschneider 1964, 273 ss.; M. GENOVESE, *'Mortis causa capitur'* cit. 90 ss., secondo il quale si tratterebbe di notizie preziose non soltanto per l'idoneità a documentare la sempre più marcata rilevanza della *pecunia* nell'ambito delle successioni *mortis causa*, ma anche perché documentano un utilizzo tecnico del verbo *capere*, in relazione agli acquisti dipendenti dalla morte di una persona.

³³ La *lex Voconia*, del 169 a.C. si applica ai legati e alle *donationes mortis causa*, prevedendo che quanto consegua il legatario o il donatario non superi quanto conseguito dall'erede.

³⁴ A parere di F. BONA, *'Ius pontificum' e 'ius civile' nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto*, in *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano, Copanello, 1-4 giugno 1988*, Napoli-Edizioni Scientifiche Italiane 1990, 221 ss. L'allargamento dell'ambito degli onerati ai *sacra*, nonché i criteri quantitativi che ne regolavano l'accoglienza rifletterebbero un mutamento socio-economico evidente anche nell'ambito dell'esecuzione patrimoniale, comunque escluso dalla regolamentazione dei pontefici.

L'obiettivo di entrambi i provvedimenti pontificali parrebbe la realizzazione di una connessione tra i *sacra* e la *pecunia*³⁵: i pontefici sostituirono ad un criterio familiare un criterio patrimoniale, con la finalità specifica di non fare perire l'antica religione familiare. L'urgenza di porre in essere una riforma tanto importante può essere letta come il segnale di uno stato di crisi in cui versava la religione tradizionale: se i pontefici dovettero intervenire per imporre l'osservanza dei riti familiari in capo a chi dell'eredità acquisiva i vantaggi, sussisteva certamente il rischio che essi venissero trascurati, e d'altra parte la commedia plautina testimonia che il godimento di una *hereditas sine sacris* era da considerarsi una grande fortuna³⁶.

Il provvedimento di Tiberio Coruncanio, il più antico dei due descritti, può essere correttamente datato al 254 a.C.; si tratta di un momento storico coincidente con lo svolgimento della prima guerra punica (264-241 a.C.), anni in cui il problema delle eredità vacanti, affidate al regime della *usucapio hereditatis* divenne molto pressante. Contemporaneamente, si dovette verificare un risveglio della religiosità ufficiale, anticipazione di una ripresa più profonda e di matrice popolare che si sarebbe verificata all'epoca della seconda guerra punica.

I provvedimenti pontificali, infatti, mirarono a recuperare il consenso tra umanità e divinità, e realizzarono il compromesso attraverso l'elaborazione di una disciplina in grado di conciliare diritto pontificale e diritto civile, in tal modo contemporaneamente legittimando l'interdipendenza tra il divino ed il giuridico, sicché – a parere di parte della dottrina – si avvia con essi un processo che avrà svolgimento nell'età medio-repubblicana ed il proprio epilogo nell'elaborazione del

³⁵ L'obiettivo di realizzare la *coniunctio sacrorum cum pecunia* è continuamente ribadito da Cicerone: Cic. *de leg.* 2.19.48: ... *Iis essent sacra alimenta adiuncta, ad quos ... pecunia venerit*; 2.20.50: *Pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt*; 2.21.52: *Sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt*.

³⁶ Il proverbio ha il significato scherzoso di acquisto a titolo gratuito, di fortuna inaspettata e si rinviene in due luoghi plautini: Plaut. *Capt.* 775; *Trin.* 484, oltre ad essere spiegata da Fest. <*Sine sacris hereditas*> in proverbio dici solet, <*cum aliquid obvenit*> sine ulla incommodi appendice. Osserva P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit. 122, che Plauto visse tra il 255 ed il 184, ed iniziò l'attività di commediografo attorno al 218, «dunque può aver raccolto nelle sue commedie un detto popolare di origine recente».

*testamentum per aes et libram*³⁷. Addirittura è stato ipotizzato che i pontefici avessero già in quest'epoca una visione complessiva e lungimirante dei passaggi che avrebbero condotto al testamento moderno ed in qualche maniera, ne «pilotassero gli sviluppi»³⁸.

Di certo l'intervento pontificale si inserì in una situazione sociale ed economica modificata rispetto alle origini: Roma non era più esclusivamente una società agricola e pastorale, ma si era trasformata in una potenza commerciale di respiro mediterraneo, in cui spiccavano le nuove personalità affermatesi per propri meriti personali. L'uomo romano si rapportava in maniera diversa anche nei confronti delle antiche divinità domestiche, affrancandosi dal vincolo di sudditanza con gli dèi di matrice esterna. Siffatte modificazioni avrebbero avuto un'innegabile ripercussione anche sul piano del formalismo rituale, sicché «il legalismo religioso tramonta non solo perché la forma dei suoi precetti appare superata, ma pure perché la sostanza di essi, legata ad un livello arcaico di civiltà ove l'idea della personalità non è sentita, non può mantenersi in un mondo, che della personalità direttiva ha il culto»³⁹.

³⁷ Secondo A. MAIURI, *'Sacra privata'* cit. 109, con l'introduzione della regola pontificale, l'integrazione della *pecunia* ai *sacra* fu garanzia sufficiente a perpetuarli, sicché «il formalismo religioso divenne superfluo e il *testamentum calatis comitiis*, poco praticabile per la sua struttura complicata ed esageratamente formale, fu rimpiazzato da modalità trasmissive più agevoli e funzionali».

³⁸ Così M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 67 e nt. 52, laddove si sottolinea come i processi involutivi coincidenti con il deterioramento dell'antica organizzazione patriarcale, e la decadenza della religione tradizionale avrebbero indotto i pontefici ad intervenire. È stato, altresì, considerato un altro aspetto socio-giuridico di grande significato: la regola pontificale avrebbe attenuato la primitiva irriducibilità della donna al culto, implicitamente ammettendo che l'ereditiera acquistasse la titolarità dei *sacra*. Inoltre, «il culto poteva persino pervenire a degli sconosciuti, secondo una palese infrazione del principio dell'estraneità e del carattere domestico della religione privata»: A. MAIURI, *'Sacra privata'* cit. 35.

³⁹ Così efficacemente, P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*. 19, 1953, 101 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, 211 ss. Cfr. anche A. MAIURI, *'Sacra privata'* cit. 118, laddove si sottolinea che la tradizione culturale avita subisce uno svecciamento in conseguenza di «suggerzioni eterogenee»: suggestioni culturali, derivanti dagli apporti della filosofia greca e delle credenze orientali, e suggestioni politiche, nel senso che «si faceva sentire piuttosto la tendenza a superare i vecchi equilibri nei rapporti tra le classi, con frequenti moti di subduzione che favorivano la ricomposizione del tessuto sociale».

4. *Brevi cenni al regime della successione ab intestato*. Le dodici Tavole rappresenterebbero la primeva fonte in materia di successione, disciplinando, almeno per quanto ci è dato conoscere del testo, un tipo di vocazione disposta dall'ereditando⁴⁰, nonché alcune ipotesi di vocazione *ab intestato*⁴¹. In particolare, il testamento parrebbe presupposto dalla legislazione decemvirale, laddove essa sembri preoccuparsi soltanto di regolare la successione in mancanza di testamento⁴².

L'assenza di qualunque menzione in ordine al testamento potrebbe venire agevolmente spiegata attraverso i principi romani dell'eccezionalità della legge e del carattere di integrazione o correzione rispetto alla consuetudine, fonte del diritto antecedente alla legge stessa⁴³.

È possibile, altresì, tentare di fornire una spiegazione ulteriore al presunto silenzio delle dodici Tavole in materia di testamento. Il testamento utilizzato in epoca predecemvirale e propriamente decemvirale

⁴⁰ Tab. 5.3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto* (secondo la tradizione di Gai 2.224 e di D. 50.16.120, Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*), sulla quale si possono ricordare le riflessioni ed il confronto con le parallele tradizioni della tradizione letteraria (nello specifico ciceroniana) e posteriore (dai *Tituli ex corpore Ulpiani*) compiute da P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit., 3 ss. Secondo M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 43, «non alle *gentes*, ma al *civis* si rivolge l'*uti legassit*. Il *civis*, cioè, sarebbe posto al centro di un progetto di comunità politica diverso rispetto alla *gens*, sino ad essere posto «nelle condizioni di esprimere le proprie potenzialità, di valutare 'strategicamente' i propri obiettivi, e i propri desideri». Cfr. anche G. FRANCIOSI, *La versione retorica e la versione giuridica di disposizione delle XII tavole*, in <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Franciosi-Versione-retorica-versione-giuridica-disposizione-XII-tavole.htm>.

⁴¹ Anche per queste disposizioni, Cicerone e l'autore della *Rhetorica ad Herennium* recano una versione differente: *Si pater familias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*. Ritiene P. VOICI, *Diritto ereditario* I cit., che «anche questa volta la preferenza è da dare ai libri giuridici, piuttosto che a quelli retorici».

⁴² G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in *Il Filangieri* 35, 1910, 641 ss., ora in *Scritti giuridici*, Pavia-Tipografia e Legatoria Cooperativa 1922, 31 s., dove si sostiene che, «nel complesso non sembra ... eccessivo ritenere che anche le norme del diritto privato delle XII tavole hanno, al pari delle altre istituzioni legislative, un carattere eccezionale e sporadico». Cfr. M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia-Iuss Press 2005, 48.

⁴³ V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città* cit., 153, secondo cui «chi pensi che il testamento è legge, deve ritenere naturale che non se ne parli, come non si parla dell'arrogazione, come non si descrive il cerimoniale della *mancipatio*, come non si chiamano i discendenti all'eredità».

era ancora in via esclusiva il testamento comiziale, ossia un testamento riservato ai soli patrizi, dal momento che, come si è già sottolineato, i comizi curiati erano un'assemblea gentilizia. E poiché la legislazione decemvirale si propose quale codice comune ad entrambi gli ordini, con la funzione di *aequare libertatem* ed *aequare iura*⁴⁴, si comprenderebbe bene perché essa abbia taciuto laddove fosse stato necessario conservare la situazione giuridica esistente⁴⁵.

Appare in ogni caso opportuno svolgere almeno una riflessione sul contenuto dei versetti dedicati alle sorti della *familia* alla morte del *suus* privo di testamento.

Tab. 5.4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec [est] <escit>, agnatus proximus familiam habeto. 5. Si agnatus nec <escit>, gentiles familiam habento.*

La norma parrebbe non statuire alcunché in materia di diritto del *suus*, semplicemente qualificato come *heres*: il diritto dei *sui* risulterebbe quasi presupposto, e tale da potersi ricavare in maniera indiretta, perché a tal punto radicato nella coscienza sociale da doversi omettere nella legislazione decemvirale⁴⁶. L'attenzione risulta piuttosto concentrata sulla condizione di *adgnati* e di *gentiles*, ai quali veniva attribuita una vera e propria posizione nell'ambito della successione. L'*adgnatus proximus* e, collettivamente, i *gentiles* in via sussidiaria⁴⁷, non soltanto non venivano

⁴⁴ Così Liv. 3.31.7 e 3.34.3; sulla questione, recentemente G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino-Giappichelli 2013, 89.

⁴⁵ In questa prospettiva, M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale* cit. 22 sottolinea come siano stati comunque senza dubbio i pontefici i padri intellettuali della legislazione decemvirale: «il *ius civile* non si improvvisa e non si inventa: non più nel 450 che nel 390 o nel 304». È modificato, peraltro, anche lo *status* del *paterfamilias*: egli non è più né patrizio, né plebeo, perché lo *ius decemvirale* è «*ius* del *paterfamilias-civis*»: M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 37, richiamando le riflessioni di L. AMIRANTE, *Famiglia, libertà, città nell'epoca decemvirale*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano, Copanello 3-7 giugno 1984*, Napoli-Edizioni scientifiche italiane 1988, 72.

⁴⁶ Così P. VOCI, *Diritto ereditario* I cit. 10, osservando che «il legislatore non ha nulla da statuire in proposito: anche le civiltà arcaiche hanno un loro 'diritto naturale', fondato sulle ragioni del sangue sui vincoli della parentela. Una cosa perfettamente analoga, e con lo stesso significato, si incontra in alcune legislazioni germaniche».

⁴⁷ Si tratterebbe di una forma di successione riservata ai soli patrizi, perché i plebei non avevano una *gens* di riferimento, come spiega Liv. 10.8.9.

classificati come eredi, ma erano descritti semplicemente quali soggetti legittimati ad impossessarsi del patrimonio ereditario, ossia della *familia*⁴⁸.

Parrebbe evidente come la norma decemvirale non affronti direttamente il problema del rapporto coi *sacra*, sebbene ciò non significhi necessariamente che i decemviri si fossero disinteressati di tale profilo. Più verosimilmente, come è stato osservato, «la legge percorre altre strade. Nella congiuntura della mancanza dell'erede attribuisce la *familia* all'*adgnatus proximus*, eventualmente ai *gentiles*. Ma non per questo il sacro viene meno». I decemviri, infatti, scelgono di fare assorbire il sacro dalle stesse disposizioni legislative, nel senso che attribuire all'*adgnatus* la *familia* significava, mancando l'erede, attribuire anche l'onere di osservanza dei *sacra*⁴⁹.

5. *L'evoluzione del testamento romano: i tria genera testamentorum attraverso le testimonianze giuridiche e letterarie.* – Premesso che, per quanto è conservato, le dodici Tavole non contengono una regolamentazione in materia di testamento, pur dovendosi ritenere indubbio che il testamento, nella forma meno recente del testamento comiziale⁵⁰, esista al tempo della codificazione decemvirale (come si evincerebbe dall'*incipit* di Tab. 5.4), occorre soffermarsi sulla storia dei negozi testamentari così come proposta da due autori del II sec. d.C., il giurista Gaio e l'erudito Gellio⁵¹.

Nel suo manuale di Istituzioni, ed in particolare nei paragrafi 101 e seguenti del libro secondo, Gaio descrive in prospettiva diacronica le forme di successione *ex testamento*, procedendo in maniera rapida sulle

⁴⁸ V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città* cit. 152 sottolinea come il puro e semplice diritto di impossessarsi dei beni coincida con la previsione della legge di Solone secondo cui τούσδε κυρίους εἶναι τῶν χρημάτων.

⁴⁹ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 58, sottolinea come, con una simile scelta, i decemviri avessero ottenuto contemporaneamente due vantaggi. Da un lato, «la presenza non ostentata del sacro nella legge», dall'altro lato, «il vantaggio di non dover apprestare un'apposita regolamentazione a tutela dei *sacra*».

⁵⁰ Così, ad esempio, P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I cit. 15, a parere del quale «non si può pensare che un legislatore, specie se di tempi arcaici, affidi la sanzione di un istituto così importante, come il testamento, al risultato di due norme combinate (*n.d.a.*: la norma decemvirale sulla *mancipatio* e quella sui legati), piuttosto che a una disposizione esplicita».

⁵¹ Cfr. anche P. ARCÉS, *Studi sul disporre 'mortis causa'. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano-Led 2013, 78 ss.

più antiche e soffermandosi con maggiore dovizia di dettagli sul testamento più recente⁵².

Gai 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Gaio riferisce che ai primordi (*initio*), vi erano due generi di testamenti, il testamento che si svolgeva davanti ai *comitia calata* ed il testamento davanti all'esercito schierato (*in procinctu*)⁵³.

Il giurista antoniniano sceglie di classificarli come *genera* e li presenta come alternativi (*aut ... aut...*), l'uno (*alterum*) utilizzato in situazioni di pace, l'altro (*alterum*) in battaglia. Si noti che entrambe le condizioni sono descritte come ordinarie, non assumendo neppure quella *in proelio* carattere di eccezionalità⁵⁴.

Gai 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim 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 uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem*

⁵² Sulla storia della successione testamentaria, A. WATSON, *Roman Law & Comparative Law*, Athens-University of Georgia Press 1991, 79 ss.; ID., *The Spirit of Roman Law*, Athens & London-The University of Georgia Press 1995, 180 ss.

⁵³ La letteratura sul testamento romano è assai ampia. Si ricordano, tra i molti contributi ed omettendone i già citati e quelli che verranno in seguito citati: B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano-Giuffrè 1943, 92 ss.

⁵⁴ Si è sottolineato come non vi sia nulla di straordinario nella prassi testamentaria *in procinctu*: «non è straordinario l'evento, né sono speciali le circostanze di tempo e di luogo. La guerra, in antico, è vicenda fenomenica assolutamente coerente ai reciproci modi di porsi della comunità» (così M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 116).

*suam dari uellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*⁵⁵.

Nel paragrafo 102, viene introdotta la descrizione della *mancipatio familiae*, quale *tertium genus* che si aggiunge ai due precedenti⁵⁶.

Nella descrizione gaiana, il testamento librato nella sua forma primitiva sarebbe stato utilizzato nelle ipotesi in cui non si sarebbe potuto utilizzare né quello comiziale (che si celebrava due volte all'anno), né quello *in procinctu*, ed in particolare per situazioni caratterizzate da urgenza, ossia nell'imminenza di una morte improvvisa (*subita morte urgebatur*)⁵⁷. L'oggetto del negozio è la *familia*, sebbene Gaio ritenga di doverne precisare la coincidenza col patrimonio: "*familiam suam, id est patrimonium suum*".

Molto sinteticamente, e senza indagarne le ragioni, Gaio afferma che il testamento comiziale e quello *in procinctu* caddero in desuetudine (*in desuetudinem abierunt*) e che sopravvisse nell'uso il solo testamento librato (*hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est*). Segue, invero, un'ulteriore digressione storica, segnalata dalla ripetuta contrapposizione tra le modalità vigenti *nunc* e quelle vigenti *olim*: quest'ultimo avverbio è difficilmente idoneo, di per sé, a consentire una precisa determinazione cronologica, sicché rimarrebbe da chiarire se Gaio si riferisse all'età delle dodici Tavole, oppure si ricollegasse semplicemente ad una situazione precedente alle riforme pretorie, ma successiva all'età decemvirale⁵⁸.

Il *paterfamilias*, in imminente pericolo di vita, faceva una *mancipatio* complessiva del proprio patrimonio, ad una persona di fiducia, cui dava

⁵⁵ Per un'esegesi letterale del brano gaiano, si rimanda all'approfondita e ricca disamina del testo compiuta da F. SCOTTI, *Il testamento romano. Studi esegetici*, Roma-Aracne 2012, 5 ss.

⁵⁶ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 9 sottolinea che il testamento di età antica è senza dubbio istituto differente dal testamento *per aes et libram*, che appare l'esito di un intenso lavoro ermeneutico della giurisprudenza, destinato ad arrivare sino a Giustiniano.

⁵⁷ Vale la pena sottolineare sin da ora che la *mancipatio familiae* soprattutto giovava ai plebei, che non avrebbero invece potuto accedere alla forma del testamento comiziale, riservato ai patrizi.

⁵⁸ Il dubbio è sollevato da C. MASI DORIA, *'Bona libertorum'* cit. 53.

l'incarico di destinare secondo precise indicazioni i cespiti ereditari (*eumque rogabat ... dari velle*)⁵⁹.

Ai tempi di Gaio si procedeva diversamente rispetto a quanto avveniva nel passato e, in particolare, un tempo il *familiae emptor* occupava il posto dell'erede⁶⁰, mentre nel II secolo il *familiae emptor* era un mero «figurante», mantenuto per motivi di forma negoziale in ossequio alla tradizione, mentre il testamento aveva ormai maturato una nuova struttura, con la presenza della *mancipatio familiae* e dei legati⁶¹.

Dopo lo svolgimento della *mancipatio familiae*, divenuta, dunque, un negozio fittizio, il testatore procedeva alla manifestazione delle sue ultime volontà. Deve ritenersi che in epoca gaiana ciò avvenisse attraverso il riferimento alle disposizioni contenute nelle *tabulae ceratae* precedentemente disposte dal testatore, il quale tenendole in mano pronunciava la *nuncupatio* (*haec ita ... perhibetote*)⁶². Tuttavia, sulla descrizione del rito librato versata in Gai 2.104 (testo che rappresenta l'unica testimonianza delle parole pronunciate durante l'*agere per aes et libram*, mancando qualunque simile ricostruzione nelle fonti letterarie), ci si soffermerà più avanti. Per ora è sufficiente notare che, nella visione gaiana, la *mancipatio familiae* era ritenuta essa stessa testamento librato, di cui rappresenterebbe il modello più antico: Gaio, tuttavia, non arrivò a classificare i due

⁵⁹ Osserva M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 718 che si trattava di un'applicazione particolare della *mancipatio fiduciae causa*, in cui lo stesso *familiae emptor* diveniva titolare fiduciario del patrimonio ereditario, al fine di adempiere alle volontà del defunto.

⁶⁰ Nel senso che il *familiae emptor*, seppur a fini ereditari, acquistava davvero i beni ereditari, ed il testatore avrebbe dovuto dargli un vero e proprio mandato di disporre dei beni alla sua morte: cfr. B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2,104*, in B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, in *AUPA*. 47, 2002, 68 ss. Consentanea la posizione di A.M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio, Institutiones. Il testo. Versione illustrata e ipotesi interpretative*, I, Urbino-Quattro Venti 1994, 94.

⁶¹ Dalla fine della repubblica ai primi decenni del III secolo d.C., si può affermare l'identità tra testamento ordinario e testamento librato, che è l'unico dato sicuro della prassi, come osservato da M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 85.

⁶² Come precisa M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 720, in questo caso si suole parlare di *nuncupatio testamenti*, perché l'oggetto della dichiarazione era il testamento nel suo complesso, così come contenuto nelle tavolette cui il dichiarante si riferiva. Più specificamente, una simile *nuncupatio* risalirebbe all'epoca in cui la *mancipatio familiae* era una forma autonoma di negozio *mortis causa*, privo della nomina dell'erede, in cui il contenuto della disposizione è indicato con l'espressione *do lego*.

negozi come *species* di un medesimo *genus*, limitandosi a descrivere il secondo come evoluzione della prima⁶³. Altri autori hanno, tuttavia, sottolineato come la *mancipatio familiae*, che sul piano storico si configurerebbe piuttosto come un atto paratestamentario – atto *inter vivos*, a struttura bilaterale e ad efficacia immediata⁶⁴ – venga valutata da Gaio come se questi fosse consapevole delle profonde diversità esistenti tra i due negozi, proprio sottolineando come la *mancipatio* rappresentasse soltanto una formalità⁶⁵.

La medesima scansione in *tria genera testamentorum* si rinviene nei *Tituli ex corpore Ulpiani*:

Tit. Ulp. 20.2: *Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.*

Nell'opera ulpianea si legge che furono tre i *genera testamentorum*, quello *calatis comitiis*, quello *in procinctu* e quello *per aes et libram*. Le tre modalità di successione vengono inizialmente poste su di un medesimo piano cronologico, salvo poi descriverne l'evoluzione nella proposizione successiva. I primi due tipi di testamento vennero aboliti, e rimase in uso soltanto quello librare, che viene fatto coincidere con una *imaginaria mancipatio*⁶⁶. Si precisa che il rito del testamento *per aes et libram* contempla la presenza di un *libripens*, di un *familiae emptor* e di almeno cinque testimoni. Scarse informazioni aggiuntive sono poi desumibili dalle *Institutiones* giustiniane.

⁶³ La dottrina ha però osservato come la *mancipatio familiae* non possa essere intesa come vero e proprio testamento. Con tale negozio, semmai, si tenterebbe di eludere da un lato i requisiti del testamento comiziale, dall'altro lato la mera successione *ab intestato*, come osserva P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I cit. 23.

⁶⁴ Come sottolinea S. RANDAZZO, *Leges mancipii*. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano-Giuffrè 1998, 43.

⁶⁵ M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 76 s.

⁶⁶ Cfr. S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano-Giuffrè 2010, 247 ss.

Inst. 2.10.1: *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram, scilicet quia per emancipationem, id est imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus Romanis puberibus, praesentibus et eo qui familiae emptor dicebatur. 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.*

Nel libro II, titolo 10 (rubricato *De testamentis ordinandis*) delle Istituzioni di Giustiniano, al *principium* contenente l'etimologia del termine *testamentum*, connesso all'espressione *testatio mentis*, segue il paragrafo 1 sopra riportato, dove si legge che, affinché non si perda nulla del ricordo delle età antiche, occorre sapere (*sciendum est*) che in passato erano in uso due generi di testamento, l'uno utilizzato in tempo di pace e definito *calatis comitiis*, l'altro in tempo di guerra e detto *procinctum*. La terminologia abbracciata dalla commissione giustiniana corrisponde a quella gaiana, anche nella descrizione del testamento librato, che "*accessit deinde*", quale terza tipologia testamentaria, del cui rito sono forniti maggiori dettagli⁶⁷.

L'unica fonte letteraria che descrive in maniera sistematica i riti testamentari succedutisi nella storia sono le *Noctes Atticae* di Gellio, che forniscono numerosi spunti integrativi rispetto alle informazioni gaiane.

Gell., *Noctes Atticae*, 15.27: *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere calata comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum alia esse curiata, alia centuriata. Curiata per lictorem curiatum calari, id est convocari, centuriata per cornicinem. Isdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad*

⁶⁷ Per un'ulteriore analisi delle fonti dedicate alla successione storica delle più antiche forme testamentarie, entro cui viene riconosciuta natura fedecommissaria alla *mancipatio familiae*, si veda P. ARCES, *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommissario*, in *Rivista di diritto romano* 12, 2012, 1 ss.

*proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libram adhiberetur*⁶⁸.

Anche l'erudito parla di *genera testamentorum*, laddove descrive il testamento davanti ai *comitia calata*, ossia alla presenza del popolo riunito, il testamento *in procinctu*, espressione assunta dal negozio *mortis causa* quando avviene in corso di battaglia ed il più recente negozio librare, che si realizzerebbe attraverso una *familiae emancipatio*, compiuta attraverso il bronzo e la bilancia⁶⁹. La testimonianza gelliana sotto un certo profilo è più sintetica, ma anche essa come quella di Gaio sceglie di parlare di tutte e tre le forme di successione come di *testamenta*⁷⁰. Essa appare, invece, più dettagliata laddove fornisce notizie in merito alla natura delle assemblee dinanzi alle quali vengono compiuti i riti.

I due testamenti antichi vengono citati in modo congiunto da tutti gli autori che si occupano dei *tria genera testamentorum*. Tuttavia, la loro contemporaneità risulta una mera illazione, non documentata dalle fonti; e in ogni caso, è da escludersi che essi rappresentassero due modalità equivalenti da applicarsi in due situazioni diverse ma entrambe avvertite come normali, ossia la pace e la guerra.

⁶⁸ Secondo M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 162 ss. la notizia dei *tria genera testamentorum* si rinverrebbe, oltre che in Gaio, anche in Lelio Felice, per il tramite di Gellio (Gell. *noct. Att.* 15.27.4), ed entrambi i giuristi commenterebbero Quinto Mucio Scevola. Dunque, non residuerebbero nell'opera civilistica muciana elementi ulteriori che possano agevolare la ricostruzione analitica dei più antichi riti testamentari. Tuttavia, «se l'articolazione in *genera* del testamento sarà recepita dalla posteriore giurisprudenza, questo esito esclusivamente si deve a Q. Mucio: allo sforzo di costituire il *ius civile generatim*, al tentativo di offrire un'attendibile visione storica dei fenomeni giuridici, e del testamento».

⁶⁹ Si può notare che Gellio, come anche le *Institutiones* giustiniane, parli di *familiae emancipatio*, e non di *familiae mancipatio*, come fa Gaio. Cfr. anche M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*. I, cit. 32 e nt. 8.

⁷⁰ Sottolinea il dato M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento* I cit. 28 s., aggiungendo che «qualsiasi cosa possiamo oggi ritenere sulla natura effettiva di tali atti, essi al pensiero dei giuristi romani, i quali andavano riorganizzando e classificando col sussidio degli strumenti didattici del *genus* e della *species* la realtà fenomenologica, si configurassero alla stregua di veri e propri testamenti». Osserva M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 127 che quanto viene omesso in Gellio compare in Gaio e viceversa: «i percorsi culturali che conducono al secondo secolo d.C. diversamente si sostanziano attraverso le testimonianze dell'antiquario e del giurista».

Come si tenterà di argomentare, sembrerebbe da condividere la tesi secondo la quale il testamento *in procinctu* non potrebbe venire ricostruito quale surrogato del testamento comiziale⁷¹; mentre meno suggestivo e in ogni caso non sostenuto da adeguate testimonianze appare il tentativo di considerarlo un residuo dell'originario testamento non comiziale, non civico ma gentilizio. Quest'ultimo si configurerebbe come un testamento primitivo, consistente in una dichiarazione fatta dal capo famiglia dinanzi ai membri della *gens* e della *familia*, «continuazione del vecchio testamento precivico, di cui la città tollera la sussistenza nell'evento straordinario di un testatore in pericolo di vita, che non abbia potuto o voluto a tempo giovare della nuova forma comiziale»⁷².

6. *L'elemento politico nei testamenti arcaici: la partecipazione della comunità nella realizzazione del rito.* – 6.1. *I comitia calata: attori e spettatori del rito.*

Come accennato, dalla narrazione compiuta da Gaio non è dato ricavare alcun tipo di contemporaneità tra *testamentum calatis comitiis* e *testamentum in procinctu*, poiché la prospettiva diacronica abbracciata dal giurista antoniniano appare finalizzata a segnalare l'eterogeneità del testamento librato rispetto agli altri⁷³. Certamente, in entrambe le più arcaiche forme di testamento, spicca l'elemento politico, nel senso che la collocazione del testatore rispetto alla comunità di riferimento e la presenza della comunità medesima rappresentano una condizione imprescindibile per la realizzazione del rito medesimo⁷⁴.

⁷¹ Più assertiva è la posizione di L. MONACO, *Hereditas'* cit. 157, laddove afferma che «il secondo [n.d.a.: *testamentum in procinctu*], solo in tempi di guerra, quando il primo [n.d.a.: *testamentum calatis comitiis*] – del quale rappresenta una imitazione – non era possibile e il rischio di morte era altissimo».

⁷² Si tratta della posizione assunta da S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anno di insegnamento*, II, Milano-Hoepli 1904, ora in *Scritti giuridici*. III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, Milano-Giuffrè 1948, 520 s.

⁷³ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli-Jovene 1932, 89; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*. I. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano-Giuffrè 1966, II ed., 220 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus'-'species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano* II, Roma-Accademia Nazionale dei Lincei 1977, 266 s.

⁷⁴ Scrive in proposito D. SILVESTRI, *La testimonianza*, in *Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia* 5, 2003, disponibile su *World Wide Web*:

In particolare, indagare le modalità della presenza e del ruolo dei comizi rappresenta un passaggio cruciale per tentare di gettare una maggiore luce sul rito del testamento più antico⁷⁵.

I *comitia calata* si distinguerebbero temporalmente dai *comitia curiata*, essendo la prima aggregazione delle *gentes*, distinguendosi dai secondi, che invece si collocherebbero nella fase cosiddetta protostorica della comunità romana, sensibilmente anteriore alla risistemazione operata con l'ordinamento centuriato che si attiverà in fase repubblicana⁷⁶.

In dottrina si discute su quale sia stata la funzione dei *comitia calata*⁷⁷, se la convocazione dovesse avvenire al solo scopo di rendere testimonianza dell'atto⁷⁸, ovvero se fosse richiesta una vera e propria approvazione o un'autorizzazione da parte del popolo, al punto da potersi con-

<http://mondodamani.org/dialegesthai/ds02.htm>, 5: «colui che testimonia non è solo ... uno che pur nell'atteggiamento di chi si sente coinvolto emotivamente e intellettualmente in ciò che narra, riferisce di cose accadute ad altri, ma qualcuno che sente che ciò che racconta lo riguarda personalmente e direttamente. ... Questo vuol dire la 'competenza' a star dentro alle mediazioni simboliche attraverso le quali inevitabilmente l'esperienza viene recepita e quindi riespressa. Sono queste mediazioni a dare all'azione una prima leggibilità che ne permetterà poi la 'messa in narrazione'».

⁷⁵ Sul testamento comiziale, oltre alla bibliografia citata e che si citerà, si possono ricordare i contributi di J. PAOLI, *Le testament 'calatis comitiis' et l'adrogation d'Octave*, in *Studi in onore di Betti III*, Milano, 1962, 529 ss., in particolare 536 s.; M. LEMOSSE, *Remarques sur le testament romain primitif*, in *Iura* 3, 1952, 224; D. STOJCEVIC, *La fonction du testament 'calatis comitiis'*, in *Syntelesia Arangio Ruiz I*, Napoli-Jovene 1964, 240 ss.

⁷⁶ Si tratta della posizione di P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*' cit. 577 ss. L'attribuzione *calata* deriverebbe dalla presenza del *kalator*, di cui è menzione nel *Lapis Niger*, che non è antecedente al VI secolo: recentemente su questa misteriosa figura, P. LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica romana*, Milano-Giuffrè 2010, 61 s.

⁷⁷ Sui *comitia calata*, A. CORBINO, *La nozione di 'comitia calata'*, in *Iura* 52, 1991, 145 ss.; ID., *La capacità deliberativa dei 'comitia curiata'*. *Appunti*, in *Le strade del potere: 'maiestas' 'populi Romani', 'imperium', 'coercitio', 'commercium'*, Catania-Libreria editrice Torre 1994, 80 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 89 ss.

⁷⁸ Aderiscono all'idea che i *comitia calata* avessero una funzione meramente testimoniale, *ex multis*, E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a fare testamento*, in *BIDR.* 48, 1942, 74 ss., ora in *Scritti giuridici II. Famiglia e successioni*, Napoli-Jovene 1991, 77 ss.; B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Poteri, 'Negotia', 'Actiones' nell'esperienza romana arcaica*, in *Atti del Convegno di diritto romano: Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli-Edizioni Scientifiche Italiane 1994, 114 ss., ora in *Scritti giuridici II*, Palermo-Palumbo 1991, 1626 ss., in particolare 1629, laddove si precisa che «il ruolo del popolo era, come conferma significativamente il nome dell'atto, un mero ruolo di testimonianza»; L. MONACO, *'Hereditas' e 'mulieres'. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli-Jovene 2000, 150 s.

figurare una procedura analoga a quella che portava alla formazione di una vera e propria *lex*⁷⁹.

Se Gaio afferma semplicemente che il testamento avveniva due volte all'anno *calatis comitiis*, Gellio (*noct. Att.* 15.27.3, sopra riportato) fornisce un'indicazione ulteriore, precisando che il rito si svolgeva *in populi contione*. È stato scritto che l'espressione sarebbe atecnica, inserita *sua sponte* da Gellio, il quale ne conoscerebbe il significato, come si evince da Gell. *noct. Att.* 13.16.1-3, sulla base dei *libri ex auspicis* di Marco Valerio Messalla. Si legge che occorre distinguere tra *comitiatus*, assemblea nella quale si votava, e *contio*, nell'ambito della quale era invece esclusa la votazione. Ammettendo che l'assemblea del popolo fosse una semplice *contio*, apparirebbe avvalorata l'idea del ruolo meramente testimoniale da essa svolto.

Anche la scienza filologica fornisce utili strumenti per illuminare sulla funzione svolta dai comizi, attraverso la riflessione sul significato e sull'etimologia del vocabolo stesso *testamentum*⁸⁰. Ancora Gellio rappresenta la fonte regina, laddove propone, pur riconoscendola fallace, l'etimologia sostenuta da Servio Sulpicio Rufo, che ricostruisce il voca-

⁷⁹ È la posizione ritenuta più probabile da P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I cit., a parere del quale avendosi una deliberazione, e non potendosi questa prendere senza la *rogatio* di chi presiede, il testamento dovrebbe essere considerato come una *lex* (è la tesi anche di TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig-Hirzel 1887, 319). In precedenza sostennero una simile posizione anche R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Aalen-Scientia Verlag 1968, 49 e E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains* I cit. 294; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, traduz. it., IV ed., Milano-Società editrice Libreria 1909, 813 ss.; M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 29 s.; J. ZABŁOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' in età arcaica*, in *BIDR.* 33-34, 1991-1992, 171 s. Si veda il già citato M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 16 ss., per un'accurata disamina delle posizioni assunte dalla dottrina più risalente.

⁸⁰ Sottolinea M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 169, che le esigenze di garanzia e di affidabilità coerenti al *testari* vengono accentuate nel testamento, al punto da segnare persino il nome. Una simile circostanza – e si condivide in questa prospettiva l'affermazione dell'autore – consentirebbe di valutare le implicazioni morali e intime presenti nel fenomeno della successione *ex testamento*, sino a negare «per il *testamentum*, un monismo dell'atto in senso strettamente giuridico».

bolo *testamentum* attraverso la mera descrizione dei lemmi *testatio* e *mentis*.⁸¹

Le Istituzioni giustiniane riprendono integralmente il passo di Servio, che, seppur inesatto dal punto di vista della moderna scienza filologica, si presenta comunque coerente con la visione stoica che sottolinea la natura del testamento come manifestazione di ultima volontà. Si legge, infatti:

Inst. 2.10 pr.: *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est.*

Conferma di una generale e diffusa opinione che collega l'etimologia stessa del vocabolo 'testamento' alla presenza di testimoni è un passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*:

Tit. Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.*

Nell'opera di attribuzione ulpiana, i riferimenti sono più estesi anche rispetto al passo gelliano, tant'è che si potrebbe pensare che la ricostruzione in essa versata corrisponda al complessivo pensiero di Servio. Infatti, rispetto alla riflessione dell'erudito, Ulpiano sembra oltrepassare il piano della mera curiosità filologica, proponendo dettagli giuridici della definizione di testamento e specificando che la *contestatio mentis* doveva essere *iusta*, ossia conforme allo *ius*, doveva avvenire *sollemniter*, e avere un'efficacia *post mortem*. I *Tituli* ulpiani, dunque, si riferiscono ad una ca-

⁸¹ Gell. *noct. Att.* 7.12.1-4: *Quod neque "testamentum", sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque "sacellum", sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum alterum, alterum a sacro imminutum.* 1. *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus "testamentum" verbum esse duplex scripserit, non reperio;* 2. *nam compositum esse dixit a mentis contestatione.* 3. *Quid igitur "calciamentum", quid "paludamentum", quid "pavimentum", quid "vestmentum", quid alia mille per huiusmodi formam producta, etiamne ista omnia composita dicemus?* 4. *Obrepsisse autem videtur Servio, vel si quis est, qui id prior dixit, falsa quidem, sed non abhorrens neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio, sicut hercle C. quoque Trebatio eadem concinnitas obrepsit.* Sulle etimologie degli antichi, si veda W.P. LEHMANN, *Manuale di linguistica storica*, Bologna-Il Mulino 1998, 48 s. Gellio non riuscirebbe a cogliere il senso di un'operazione culturale volta a coniugare ragioni del diritto e della lingua, come osservato da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 169.

ratteristica formale del testamento, il quale, secondo la dottrina, per lo meno in età storica, si sarebbe dovuto compiere dinanzi a testimoni⁸².

Le fonti citate si riferiscono ad epoche successive a quelle di vigenza del testamento comiziale; tuttavia, trattandosi di definizioni che intendono risalire alla radice del significato del termine, occorre pensare che i dati in esse contenuti tendano ad esaltare caratteristiche proprie della forma rituale più antica.

Il richiamo costante è alla testimonianza: esso può sorprendere laddove si rifletta sul fatto che il testamento, anche nella sua forma più remota, è comunque precipua manifestazione di ultima volontà di colui che lo pone in essere⁸³. Peraltro, la prestazione di una testimonianza non rappresenta una specificità del testamento, poiché essa è richiesta anche per tutti i formali negozi arcaici, basti pensare alla *mancipatio*⁸⁴. Ci si è chiesti, dunque, per quale motivo l'estrema manifestazione di volontà abbia forgiato la propria denominazione sull'elemento della presenza di un pubblico di testimoni, in questo caso rappresentato dall'intera *civitas* riunita nei comizi.

Ad una soluzione convincente si riesce a pervenire accogliendo la proposta di considerare un diverso significato del vocabolo *testamentum*, ossia quello coincidente con l'idea di 'richiesta di testimonianza', nel senso che il lemma *testamentum* rievocerebbe una 'chiamata a futura testimonianza'. Peraltro, come si vedrà più approfonditamente esaminando il negozio librare, lo stesso formulario del testamento *per aes et libram* riecheggerebbe quello del rito comiziale, proprio nella parte in cui contiene l'invocazione di "*itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*" (Gai

⁸² M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento* I cit. 2 s., laddove si sottolinea che il modo di definire dei Romani è determinato da finalità diverse rispetto a quelle della moderna dogmatica, sicché, per giungere ad una definizione esaustiva, la nostra sensibilità richiede l'integrazione con ulteriori elementi.

⁸³ Più evidente è la natura di atto di ultima volontà nella definizione contenuta nei *Digesta Iustiniani* ed attribuita a Modestino. Si tratta di D. 28.1.1 (Mod. 2 *pand.*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

⁸⁴ Osserva M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 168, che nelle dodici Tavole il verbo *testari* individua una varietà di equilibri e di assetti personali che conducono «alla conoscenza e alla verità del fatto giuridico. E il conseguimento della verità ... non è soltanto problema di verità, dunque solo tentativo di conoscenza del fatto giuridico; ma anche, questione di condotta, ossia dovere di comunicare esattamente la verità».

2.14)⁸⁵. Quest'ultimo passaggio, a sua volta, avrebbe palesemente a modello il formulario dell'*adrogatio*, simile nella struttura, ma divergente laddove quest'ultimo segnali la necessità di ottenere dall'assemblea una vera e propria approvazione: "*haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites rogo*" (Gell. *noct. Att.* 5.19.9)⁸⁶. La gravità dell'atto di *adrogatio*, infatti, avrebbe richiesto il consenso tanto dell'*adrogator* quanto dell'*adrogatus*, e persino il *iussum populi*, ossia un vero e proprio assenso da parte dell'assemblea comiziale presieduta dal pontefice massimo⁸⁷, soltanto in seguito sostituita dai trenta littori, rappresentanti delle trenta curie⁸⁸. Tale assenso non sarebbe stato, invece, necessario in caso di testamento, e la *ratio* di una simile diversificazione potrebbe essere facilmente colta nella già evidenziata diversità degli effetti prodotti dai due negozi⁸⁹. Attraverso l'*adrogatio* si sottraeva

⁸⁵ L'antica invocazione ai *Quirites* deve essere ritenuta indizio innegabile di una continuità tra il formulario del testamento comiziale e quello librare. In particolare, è stato osservato che il richiamo ai *Quirites* evoca un tempo in cui nella *civitas* spiccavano e venivano tutelati i valori familiari, in cui i membri della comunità osservavano i precetti religiosi ed i riti ad essi connessi, come si trattasse di un assetto di valori in grado di identificare nel profondo una comunità compatta. «Un'epoca lontana. Il prevalere delle ragioni economiche avrebbe snaturato quella originaria identità e l'ordine antico, costretto il *ius* a percorsi di patrimonializzazione, e i *sacra* a legarsi alla *pecunia*», ha osservato M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 172. Sull'antica denominazione di *Quirites*, si veda L. LABRUNA, '*Quirites*', in *Labeo* 8, 1962, 340 ss.; P. CATALANO, '*Populus Romanus Quirites*', Torino-Giappichelli 1974, 123 ss.

⁸⁶ Gell. *noct. Att.* 5.19.9: *Eius rogationis verba haec sunt: "Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo"*.

⁸⁷ Gai 1.98-100: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut imperio magistratus velut praetoris. 99. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: Quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiat; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis. 100. Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet.* G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica* cit. 497; F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino-Giappichelli 2008, 82 s.

⁸⁸ M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 29. Sui trenta littori, cfr. Cic. *de leg. agr.* 2.12.31: *Sint igitur xviri neque veris comitiis, hoc est, populi suffragiis, neque illis ad speciem atque ad usurpationem vetustatis per xxx lictores auspicio causa adumbratis constituti. Videte nunc eos qui a vobis nihil potestatis acceperint quanto maioribus ornamentis adficiat quam omnes nos adfecti sumus quibus vos amplissimas potestates dedistis.*

⁸⁹ G. FACCHETTI, *All'origine del 'testamentum'*, in *Index* 30, 2002, 229 ss. precisa che «il termine *testamentum* è un *nomen actionis*/ *rei actae* in *-mentum* tratto dal tema *testa-* del verbo

alla *civitas* un *paterfamilias*, ossia un soggetto *sui iuris*, che veniva ridotto sotto la potestà altrui⁹⁰; l'*adrogatus* acquisiva il *nomen gentilicium* ed il *cognomen* dell'*adrogator*, diveniva partecipe dei nuovi *sacra familiaria* e *gentilia*, e titolare del *ius sepulchri*. Il fenomeno non si verificava, invece, per il testamento, che aveva un'efficacia *mortis causa* e si limitava a programmare lo spostamento della complessiva situazione giuridica in capo ad un altro soggetto.

6.2. *Esercito e commilitoni: la comunità militare partecipe del rito in procinctu*. – Prima di tentare di aggiungere qualche osservazione in merito al significato profondo dell'«essere testimoni» nel mondo antico, appare opportuno valutare quale fosse il ruolo svolto dalla comunità di riferimento nell'altro rito testamentario arcaico, il *testamentum in procinctu*⁹¹.

Si suole comunemente e tralattivamente affermare che il testamento *in procinctu* deriverebbe la propria denominazione dal fatto di avvenire

denominativo *testari*, la cui area semantica occupava in origine due settori: «prestare testimonianza» o «chiedere testimonianza», corrispondenti a due primitivi significati di *testamentum*».

⁹⁰ È stato osservato che individuare la genesi di un istituto in un'esigenza religiosa di perpetuazione del culto è un'ipotesi senza dubbio suggestiva, ma nelle fonti latine non si trova alcun tipo di conferma. Semmai argomenti in tal senso si possono trarre dal confronto con i sistemi giuridici indoeuropei, in particolare indiano e greco, in cui «è provato dai testi che l'adozione fosse un fenomeno di natura sostanzialmente religiosa» (A. MAIURI, *Sacra privata* cit. 80 s.).

⁹¹ A. ZOCCO-ROSA, *Il 'testamentum in procinctu'. Contributo alla storia della successione testamentaria nel diritto romano*, in *Annuario dell'Istituto di Storia del diritto romano di Catania* 8, 1901-1902, 123 ss.; ID., *Nuovi studi sul 'testamentum in procinctu'*, in *RLSG.* 35, 1903, 302 ss.; ID., *Nuove osservazioni sul 'testamentum in procinctu'*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche (Roma, 1-4 aprile 1903)* 9, Roma-Tipografia della R. Accademia dei Lincei 1904, 223 ss.; ID., *Il 'testamentum in procinctu' nella storia del diritto romano*, Catania-Istituto di storia del diritto romano 1910, 3 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *L'origine del 'testamentum militis' e la sua posizione nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 18, 1906, 149, ora in *Scritti di diritto romano I*, Napoli-Jovene 1974, 20 ss.; G. SCHERILLO, *Corso* cit. 107 e 240 ss. (diversamente all'opinione dominante, l'autore ritiene che tale forma testamentaria si fosse svolta dinanzi ai comizi centuriati, e che avesse la funzione di provvedere all'istituzione di erede per chi non fosse ammesso alle curie); ID., *Appunti sul testamento 'in procinctu' nel diritto romano, in Scritti in memoria di A. Giuffrè I*, Milano-Giuffrè 1967, 781 ss.; J. ZABLOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris'* cit. 157 ss.; L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'*, in *SDHI.* 64, 1998, 253 ss.; J. MEYER-HERMANN, *Testamentum militis – das römische Recht des Soldatentestaments. Entwicklung von den Anfängen bis zu Justinian*, Aachen-Shaker 2012, 49 ss.

dinanzi all'esercito schierato in battaglia, contrapponendosi così al testamento comiziale che invece avveniva “*in pace et in otio*”⁹². Nello specifico, la testimonianza gaiana afferma che:

Gai 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: ... aut in procinctu, id est belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus.*

Gellio (*noct. Att.* 15.27.3) scrive che esso avveniva “*cum viri ad proelium faciendum in aciem*”; le voci festine scelgono quale criterio di spiegazione del participio *procinctus*, l'abbigliamento indossato per combattere, abbigliamento che si differenziava dalla toga indossata in tempo di pace soltanto per il diverso pannello.

Fest. sv. *Procincta classis* (M. 249): *Procincta classis dicebatur exercitus ad proelium instructus et paratus, quem Diali flamini videre non licet anti qui enim procinctum hominem dixerunt, ut nunc quoque, dicitur, qui ad agendum expeditus est. procincta autem toga Romani olim ad pugnam ire soliti sunt, unde et testamenta in procinctu fieri dicuntur, quae ante pugnam fiunt*⁹³.

Fest. (Paul) sv. *Endo procinctu* (L. 67): *Endo procinctu in procinctu: significat autem, cum ex castris in proelium exitum est, procinctos, quasi praecinctos atque expeditos. Nam apud antiquos togis incinti pugnasse dicuntur.*

Anche Plutarco (*Plut. Coriol.* 9.3), in un passaggio ritenuto importante per descrivere la storia del testamento *in procinctu*, ricorda che i soldati romani, prima di iniziare la battaglia, erano soliti cingere la toga attorno

⁹² F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 11 e nt. 41, sottolinea che si tratta di un'endiadi, dove il termine *otium* alluderebbe alla quiete e alla tranquillità rispetto all'impegno militare.

⁹³ Cfr. Fest. (L. 251.19): *Procincta classis dicebatur, cum exercitus cinctus erat Gabino cinctu confestim pugnaturus. Vetustius enim fuit multitudinem hominum, quam navium, classem appellari*; Fest. (L. 96.28): *In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitonibus.*

al corpo, e imbracciare lo scudo⁹⁴. Più precisamente, lo storico greco tramanda che presso i Romani era uso che, al momento di disporsi in ordine di combattimento, di prendere lo scudo e cingersi stretta la toga, essi facessero un testamento non scritto e che, alla presenza di tre o quattro testimoni, nominassero il loro erede.

Parrebbe, pertanto, da accogliere l'idea che il testamento *in procinctu* si svolgesse sul campo di battaglia, prima dell'inizio della lotta e davanti all'esercito schierato. L'*exercitus*, infatti, è *expeditus* perché è pronto, *paratus* al combattimento. Si tratta di una situazione di pericolo, di urgenza, che induce il *miles* a testare, «un privilegio che la comunità accorda presto al cittadino-soldato»⁹⁵.

La letteratura si è domandata quale fosse l'origine del testamento *in procinctu*, ossia a chi fosse originariamente destinato. Si è supposto che il negozio, non disciplinato dalle Dodici Tavole, si fosse affermato nella pratica quale strumento in grado di giovare tanto ai patrizi quanto ai plebei. Poteva, infatti, giovare ai patrizi che non avessero testato *calatis comitiis* e che si trovassero in una condizione di morte imminente, e poteva, altresì, giovare ai plebei, che non avevano alcuna possibilità di testare, essendo loro preclusa la partecipazione all'assemblea comiziale⁹⁶.

Nel racconto di Velleio Patercolo, relativo all'episodio avvenuto nel 142 a.C. durante l'assedio della città spagnola di Contrebia ad opera di Quinto Cecilio Metello Macedonico, la dichiarazione di ultima volontà non viene compiuta dinanzi a tutto l'esercito schierato, bensì soltanto dinanzi a cinque coorti⁹⁷. Non pare irragionevole ammettere che, dall'originaria situazione in cui l'atto si doveva realizzare dinanzi a tutto quanto l'esercito, si fosse passati alla sufficienza di uno schieramento di

⁹⁴ Sul brano, cfr. anche D.A. RUSSEL, *Plutarch's Life of Coriolanus*, in *JRS*, 53, 1963, 54.

⁹⁵ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 116, che precisa come l'*exercitus* non possa essere *procinctus* e *expeditus* prima di Servio Tullio: «in età serviana il costituirsi della *classis* pone l'inedita relazione: essere soldato è riconoscersi *civis*».

⁹⁶ P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I cit. 18.

⁹⁷ Vell. Pat. *hist. Rom.* 2.5.2-3: *Et ante eum paucis annis tam severum illius Q. Macedonici in his gentibus imperium fuit, ut, cum. Urbem Contrebiam nomine in Hispania oppugnaret, pulsas praecipiti loco quinque cohortes legionarias eodem protinus subire iuberet. 3. facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret, non deterritus proposito, quem moriturum miserat militem victorem recepit: tantum effecit mixtus timori pudor spesque desperatione quaesita. Hic virtute ac severitate facti, at Fabius Aemilianus Pauli exemplo disciplina in Hispania fuit clarissimus.*

minore ampiezza, anche come conseguenza di una modifica della tattica militare. Come è stato osservato, «se la coorte era così autonoma da operare da sola o con altre unità, è allora possibile che essa potè essere considerata tale anche per la pronuncia del testamento»⁹⁸. La testimonianza parrebbe raccontare come, nell'imminenza di un'impresa particolarmente rischiosa, i soldati esprimessero le loro volontà attraverso il testamento *in procinctu*. Si tratterebbe dell'ultimo caso di cui vi è notizia di applicazione del testamento in esame, in cui, peraltro, la presa degli auspici – che è l'elemento religioso sul quale tra poco ci si soffermerà – non viene menzionata. Invero, sulla base di narrazioni dell'episodio diverse rispetto a quella di Patercolo, sembrerebbe che fosse stato lo stesso Metello Macedonico a convincere i soldati a fare testamento, per costringere le coorti a non arretrare più: i soldati dovevano sapere che non sarebbe stata loro concessa una seconda fuga⁹⁹.

Un dubbio fondamentale, però, sorge. Come è stato constatato, in un momento di grave urgenza, ben diverse dovevano essere le preoccupazioni e le operazioni da porre in essere nell'imminenza del combattimento. Si potrebbe pensare, quindi, che l'unico oggetto di liquidazione post mortem fossero le armi del soldato: si comprenderebbe, così, anche il significato della presa degli auspici, quale atto precedente il testamento stesso.

Anche nel testamento *in procinctu*, come nel testamento comiziale, la comunità di riferimento è tenuta a dare testimonianza di quanto stava avvenendo: nello specifico, i testimoni sono i commilitoni del testatore¹⁰⁰.

⁹⁸ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 121 s.

⁹⁹ J. RÜPKE, *'Domi militiae': die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Stuttgart-Franz Steiner Verlag 1990, 153: «Sie sprechen von der Durchführung zweier *auspicia*, einem vor Aufstellung des Heeres und einem nach erfolgter Aufstellung, unmittelbar vor der Schlacht. In der zweiten Phase besteht für die Soldaten Gelegenheit ein *testamentum in procinctu* zu errichten. Diese Testamentserrichtung bleibt keine blanke Theorie. Die historischen Fälle, für die sie belegt ist, lassen die psychische Potenz dieses Aktes bewußten Antizipierens und Formulierens der eigenen Nichtexistenz in vollem Umfang aufscheinen».

¹⁰⁰ Anzi, come già segnalato, con il *testamentum in procinctu*, il negozio testamentario, prima riservato ai soli patrizi, viene esteso all'intera comunità di cittadini; anzi, si può arrivare ad affermare che sia prova di una modificata concezione della comunità di riferimento: non più la *gens*, ma ormai la *civitas*. Isolata rimane la tesi (senza dubbio

Occorre, però, procedere ad alcune precisazioni. Anzitutto, non emerge dalla lettura delle fonti che il rito si dovesse necessariamente svolgere alla presenza di tutti quanti i commilitoni. Né è specificata la necessità di un numero minimo di commilitoni: nel sopra richiamato brano plutarco che narra la vita di Coriolano, il riferimento alla presenza di tre o quattro testimoni, pare doversi leggere come un numero meramente esemplificativo, verosimilmente coincidente con il numero di soldati che, nella prassi, erano presenti alla singola dichiarazione di ultima volontà. In altri termini, si deve pensare che fossero tre o quattro le persone che ascoltavano (ed il verbo scelto da Plutarco è ἐπακούω) la dichiarazione, perché tanti erano i soldati che concretamente si trovavano nelle immediate vicinanze del testatore.

È stato detto che i commilitoni avrebbero avuto una posizione non meramente passiva, bensì intermedia tra quella di controllo e quella di pubblicità: essi garantivano un rispetto delle forme necessario a preservare dai rischi di alterazione la volontà testamentaria, sicché i *testes-milites* che accoglievano la *nuncupatio* «registrano, ma non partecipano»¹⁰¹.

Quest'ultima riflessione, che in letteratura è stata formulata a proposito del testamento *in procinctu*, meriterebbe, forse, di trovare applicazione anche in riferimento al ruolo dell'assemblea nel testamento svolto avanti ai *comitia calata*.

Il nostro concetto di testimonianza, infatti, sembrerebbe insufficiente a descrivere la più complessa realtà giuridica antica¹⁰².

suggestiva, ma, a parere di chi scrive, poco efficacemente argomentata) di G. SCHERILLO, *Corso* cit. 193 ss., secondo cui il testamento *in procinctu* si sarebbe svolto dinanzi all'assemblea dei *comitia centuriata*.

¹⁰¹ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 121 s., arrivando a supporre «che i soldati, in un momento di estrema tensione, si impegnassero in operazioni testamentarie simultanee. A gruppi di tre, quattro restassero coinvolti nel *testamentum* del commilitone; poi, formati nuovi gruppi, nuncupassero a loro volta, e ottenessero voto e approvazione del proprio testamento».

¹⁰² B. BIONDI, *Successione* cit. 34; F. PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in *RIDA*. 6, 1951, 161 ss.; C. APPLETON, *Le testament romain: la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, Paris-Albert Fontemoing Éditeur 1903, 82. In altri termini, la presunta discrasia tra le testimonianze delle fonti e le ricostruzioni della critica moderna, si potrebbe spiegare con il condizionamento delle nostre idee moderne su che cosa sia, ad esempio, un'assemblea deliberante, come osservato da P. CARAFA, M. FIORENTINI, U. FUSCO, *La leggenda di Roma*. III. *La Costituzione*, Milano- Fondazione

Peraltro, l'idea che la testimonianza richiesta ai *comitia calata* e ai commilitoni rivestisse una valenza diversa rispetto alla comune concezione odierna sembrerebbe avvalorata da talune ricostruzioni – o meglio supposizioni – che escludono l'attribuzione della funzione deliberativa dei *comitia curiata*: le curie più antiche, precedente storico dei comizi, avrebbero avuto esclusivamente una funzione di testimonianza, sicché l'originaria *rogatio testium* si sarebbe trasformata soltanto in prosieguo di tempo in *rogatio populi*¹⁰³.

In conclusione, appare riduttivo pensare che il popolo raccolto svolgesse una mera funzione di testimonianza, e si potrebbe forse ammettere che la funzione fosse piuttosto di controllo, sull'assenza dei *sui* e sulla capacità del soggetto nominato di essere erede¹⁰⁴. Non appare, invece, irragionevole pensare che si potesse ritrovare nei riti testamentari più antichi la stessa interpretazione abbozzata, la stessa teatralità ancora rozza, ma investita di un'importante valenza sacrale, quasi magica, che caratterizza i riti arcaici e che si pone come evento di una celebrazione collettiva. All'interno di una simile ritualizzazione corale, la comunità riveste un ruolo fondamentale e duplice. Da un lato, essa partecipa al rito come se ne fosse il pubblico, interpretando il rito stesso come espressione corale di un evento. Dall'altro lato, essa della pratica spettacolare diviene vera e propria protagonista, «e, riunendo in sé la funzione religiosa e quella attoriale, interpreta il rito»¹⁰⁵.

Nella fase più arcaica, in riferimento ai due testamenti desueti ai tempi di Gaio, lo specifico rituale ha una natura drammaturgica così intrinseca da investire sia l'interprete del rito, sia la collettività tutta, in un certo senso spettacolarizzando il rito stesso. La dimensione sacrale ed antropologica viene vissuta come un vero e proprio momento comuni-

Lorenzo Valla Mondadori 2006, 286 ss. Per una prospettiva filosofica, si possono ricordare i contributi di E. CASTELLI, *I significati della testimonianza*, in *La testimonianza. Atti del Convegno indetto dal Centro internazionale di studi umanistici e dall'Istituto di studi filosofici. Roma, 5-11 Gennaio 1972*, Roma-Istituto di Studi Filosofici 1972, 24 s.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano-Giuffrè 1988, 4 ss., in particolare 7.

¹⁰³ Tale ricostruzione è proposta da H. SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lehr-Schauburg 1952, 27.

¹⁰⁴ Così L. MONACO, *'Hereditas'* cit. 151.

¹⁰⁵ L.A. CALLARI, *Il rito arcaico* cit. 7.

tario, in cui sia il singolo sia la collettività acquistano la possibilità di usare il rito-spettacolo «come mezzo di espressione religiosa, politica e civile»¹⁰⁶. In particolare, non pare azzardato affermare che, nei riti testamentari arcaici, l'interprete del negozio stesso è insieme attore, «dalla recitazione incerta ma consapevole, dalla gestualità abbozzata ma sicura, dalla teatralità primitiva ma autentica»¹⁰⁷. Non risulta privo di significato che lo storico Polibio sottolinei il continuo 'tragediare' della religione romana: «ma nel nostro caso c'era probabilmente, ad accrescerne il peso, anche il riflesso di una psicologia collettiva fortemente sollecitata da particolari condizioni ambientali ... ed è su questa base che si sarebbe formato lo scheletro della religiosità cittadina»¹⁰⁸.

7. *La presenza del divino nei testamenti più antichi.* – Occorre fare un'osservazione, valevole in generale per tutti i riti ed in particolare per gli antichi testamenti. Gli unici precetti applicabili al rito erano due: che venisse celebrato in una data precisa e che si svolgesse secondo un ordine tradizionale. L'autorità non era chiamata a dispiegare il significato del rito, ossia non sarebbe stata chiamata a rendere esplicito il senso letterale dei riti medesimi¹⁰⁹. Come è stato efficacemente affermato, la *performance* di sequenze di atti ed enunciati formali più o meno invariati, non interamente codificati dagli attori cui è affidata la gestualità e la pronuncia

¹⁰⁶ Così L.A. CALLARI, *Il rito arcaico* cit. 2 ss., sulla scia degli studi di C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, trad. it. a cura di F. Grillenzoni, Roma-Editori riuniti 1999, 467 ss.

¹⁰⁷ Ancora L.A. CALLARI, *Il rito arcaico* cit. 2, sottolineando che «i primi attori sono perciò da individuare nei sacerdoti atti a propiziare con formule sacrali e con canti liturgici il benessere della comunità». Illuminante per definire la connessione tra singoli aspetti storico-religiosi e loro attinenza alle forme letterarie codificate dal mondo classico è il lavoro di E. NORDEN, *Dio ignoto. Ricerche sulla storia della forma del discorso religioso*, Brescia-Morcelliana 2002, soprattutto 261 ss.

¹⁰⁸ A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino-Giulio Einaudi editore 2005, 49 s.

¹⁰⁹ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione nella costruzione dell'umanità*, Padova-Edizioni Messaggero 2002, 64 sottolinea che «il rito denota la *performance* di sequenze di atti ed enunciati formali più o meno invariati e non interamente codificati da chi li esegue o li pronuncia».

verbale, risulta un implicito riconoscimento della vigenza di una convenzione, o forse meglio di un contratto sociale¹¹⁰.

In particolare, «se si desidera studiare ciò che a Roma si chiamava religione, bisogna esaminare i riti e il loro contesto»¹¹¹, nella convinzione che forma e sostanza siano inseparabili nella celebrazione di qualunque rito¹¹².

7.1. *La partecipazione dei pontefici a garanzia di una corretta futura trasmissione dei sacra.* – Come narrano le fonti – nello specifico Gaio e Gellio – la cerimonia del testamento comiziale prevedeva la presenza di una componente religiosa. In particolare, dal racconto di Gellio, si viene a conoscenza del fatto che i *comitia calata* avvenivano *pro collegio pontificum*, dettaglio che viene interpretato nel senso che essi erano presieduti dal pontefice, circostanza da porre in relazione, come la dottrina ha sottolineato, con l'importanza, o per lo meno con i riflessi religiosi, degli atti compiuti dinanzi ai magistrati¹¹³.

Sin dall'epoca più arcaica, la società romana conosce un necessario e stretto legame tra le *curiae* primitive (che avrebbero costituito il precedente dei *comitia calata*) ed il capo del collegio dei pontefici, i quali erano intesi come i conservatori della tradizione religiosa, dei precedenti e delle consuetudini. Si sarebbe trattato, pertanto, di una congiunzione che avrebbe coinvolto le questioni di religione, di culto e di costume. Più nello specifico, si può accogliere la tesi secondo la quale numerosi negozi giuridici di valenza politico-sociale, che in epoca protostorica si compivano dinanzi all'assemblea delle curie, riguardassero gli interessi e la struttura dei gruppi coinvolti e, contemporaneamente, la loro vita religiosa¹¹⁴. Si è già illustrato *supra* come fosse urgente il problema connesso

¹¹⁰ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 68.

¹¹¹ J. SCHEID, *Rito e religione* cit. 44; è stato, peraltro, sostenuto, che il rito sarebbe «il sostrato fertile da cui ha origine e si sviluppa la religione».

¹¹² R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 71, il quale però aggiunge che «affermare questa inseparabilità nella pratica non significa ritenere che siano analiticamente indistinguibili».

¹¹³ M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 29 s., che pensa in particolare alla *detestatio sacrorum*.

¹¹⁴ A parere di P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'* cit. 488 s., la circostanza che la presidenza dei *comitia calata* spettasse al *Pontifex Maximus* sarebbe indice dell'estrema

alla continuità dei *sacra* nel caso di estinzione del gruppo, o di arrogazione di un *pater familias*.

Ben si comprende, dunque, la presenza del pontefice massimo, qualificato come *iudex atque arbiter rerum divinarum et humanarum*: si voleva mantenere la solidità del gruppo, garantire l'osservanza dei *mores maiorum* ed evitare la violazione di principi religiosi che avrebbe potuto turbare la *pax deorum*¹¹⁵. Il buon pontefice, peraltro – così come descritto da Cicerone in un brano del *de legibus* –, era colui che rivestiva nella comunità un ruolo antico quanto la comunità stessa, e che ben conosceva il diritto civile¹¹⁶. Ed era colui che conosceva anche il rito, dal momento che «l'esplosione della fantasia ritualistica e sistemica» avrebbe funzionato come tentativo di stabilizzazione e di esorcizzazione del pericolo della violenza e del caos: «l'ordine del rituale, contro la forza sopraffattrice e sempre incombente della disgregazione»¹¹⁷.

risalenza delle consorterie gentilizie: «esse devono ... risalire ad un tempo in cui non esisteva un *rex* quale capo stabile, e in cui la vita interna della comunità dei villaggi era diretta dai grandi collegi religiosi».

¹¹⁵ L'idea di *pax deorum* risulta fondamentale per comprendere le dinamiche del sistema giuridico-religioso romano; essa può essere definita come una situazione di benevolenza ed amicizia da parte degli dei, la cui conservazione richiedeva una perfetta conoscenza da parte dei sacerdoti di tutto ciò che potesse turbarla, come scrive F. SINI, *Diritto e 'pax deorum' in Roma antica*, in *Diritto@Storia* 5, 2006; ID., *'Pax deorum' e sistema giuridico-religioso romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna VII*, Napoli-Editoriale Scientifica 2007, 5169 ss., dove si precisa che «riti e culti della religione politeista furono sempre finalizzati al conseguimento e alla conservazione della *pax deorum*, pace degli dèi, ma da intendere nel senso di pace con gli dèi ... La conservazione della *pax deorum* costituiva il fondamento e la *ratio* di tutte le procedure operative dei riti pubblici e privati». Si rimanda ai citati lavori anche per la bibliografia essenziale sul tema. Precisa P. DE FRANCISCI, *Spirito della civiltà romana*, II ed., Roma-Edizioni dell'Ateneo 1952, 50 che per conseguire la *pax deorum* non sarebbe sufficiente che il magistrato si accostasse con animo devoto e puro agli atti propiziatori, ma questi ultimi dovevano essere compiuti secondo norme rigorose, conformi al *ritus* o al *ius*.

¹¹⁶ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 142.

¹¹⁷ A. SCHIAVONE, *Ius'* cit. 53. In particolare, l'autore sul punto conclude osservando che «la contrattualizzazione cerimoniale delle relazioni con le divinità, i riti (sacrificiali e non) come garanzia dalla loro ira, diventavano simmetrie formulaiche nei rapporti tra capifamiglia, reti di reciprocità assicurate da comportamenti gestuali e verbali tesi a raggiungere il medesimo obiettivo: armonia con il soprannaturale e buona convivenza tra i *patres* erano valori essenziali in una comunità dagli equilibri sempre precari».

7.2. *La presa degli auspicia prima della battaglia: l'elemento religioso come movente psicologico nel rituale del testamentum in procinctu.* – L'esecuzione del rituale del testamento *in procinctu* recava in sé una spiccata componente religiosa, che si appalesava nella presa degli auspici.

Si prendano le mosse dalla fonte più utile in proposito, uno scolio ad un verso dell'Eneide riportato da un palinsesto custodito nella Biblioteca Capitolare di Verona.

Schol. Veron. *ad Aen.* 10.241: *Exercitu in aciem deducto iterum morabantur ut immolaretur. Interim ea mora utebantur qui testamenta in procinctu facere volebant.*

Da questa testimonianza sembra emergere che il testamento sarebbe stato compiuto alla presenza dell'intero esercito schierato per la battaglia, e non alla presenza dei commilitoni più vicini (diversamente da quanto poc'anzi si è visto documentato nel brano di Plutarco), nel breve lasso di tempo in cui il *dux* sacrificava¹¹⁸.

Il testo completo, che qui non si ritiene di dover riportare, descrive dettagliatamente il rituale dell'*auspicium ex tripudiis*, ossia di quell'auspicio preso dal console prima della battaglia, consistente nell'offrire del cibo ai polli. Se i polli avessero consumato il cibo, l'*auspicium* sarebbe stato propizio, in caso contrario, il rifiuto del cibo veniva interpretato come una mancata adesione degli dei alla buona riuscita del combattimento. Sintetizzando l'articolato rituale propedeutico alle dichiarazioni che avrebbero realizzato il testamento vero e proprio, il console provvedeva alla *cobortatio* degli dei e alla solenne chiamata degli uomini al combattimento (*viros vocare*); in seguito egli conduceva l'esercito sul campo di battaglia (*educere in aciem*) e una volta giunto *in aciem*, l'esercito sostava, perché si compisse un secondo sacrificio, al termine del quale sarebbe stato possibile testa-
re¹¹⁹.

¹¹⁸ M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 31.

¹¹⁹ P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino-Università di Torino 1960, 245 s.

L'altra fonte da esaminare in materia di *testamentum in procinctu* è un passo ciceroniano tratto dall'opera di natura filosofica *de natura deorum*, che sotto si riporta nei passaggi rilevanti:

Cic. *de nat. deor.* 2.3.9: *Sed negligentia nobilitatis augurii disciplina ommissa veritas auspiorum spreta est, species tantum retenta; itaque maximae rei publicae partes, in is bella quibus rei publicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt; tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt*¹²⁰.

L'affermazione importante è quella secondo la quale, a causa dell'inosservanza degli *auspicia*, i *testamenta in procinctu* erano ormai da tempo caduti in desuetudine¹²¹.

¹²⁰ Ulteriore conferma dell'oblio in cui era incorso il *testamentum in procinctu* nell'età repubblicana è resa da un passaggio del *de bello Gallico*: Caes. *de bel. Gall.* 1.39: *Dum paucos dies ad Vesontionem rei frumentariae commeatusque causa moratur, ex percontatione nostrorum vocibusque Gallorum ac mercatorum, qui ingenti magnitudine corporum Germanos, incredibili virtute atque exercitatione in armis esse praedicabant (saepe numero sese cum his congressos ne vultum quidem atque aciem oculorum dicebant ferre potuisse), tantus subito timor omnem exercitum occupavit ut non mediocriter omnium mentes animosque perturbaret. Hic primum ortus est a tribunis militum, praefectis, reliquisque qui ex urbe amicitiae causa Caesarem secuti non magnum in re militari usum habebant: quorum alius alia causa inlata, quam sibi ad proficiscendum necessariam esse diceret, petebat ut eius voluntate discedere liceret; non nulli pudore adducti, ut timoris suspicionem vitarent, remanebant. Hi neque vultum fingere neque interdum lacrimas tenere poterant: abditi in tabernaculis aut suum fatum querebantur aut cum familiaribus suis commune periculum miserabantur. Vulgo totis castris testamenta obsignabantur. Horum vocibus ac timore paulatim etiam ii qui magnum in castris usum habebant, milites centurionesque quique equitatu praerant, perturbabantur. Qui se ex his minus timidos existimari volebant, non se hostem vereri, sed angustias itineris et magnitudinem silvarum quae intercederent inter ipsos atque Ariovistum, aut rem frumentariam, ut satis commode supportari posset, timere dicebant. Non nulli etiam Caesari nuntiabant, cum castra moveri ac signa ferri iussisset, non fore dicto audientes milites neque propter timorem signa laturos.* Scrive J. RÜPKE, 'Domi militiae' cit. 153 che «die römischen Legionäre bringen damit zum Ausdruck, für wie abenteuerlich sie Caesars Unterfangen, sich direkt mit den Germanen zu messen, halten – natürlich kann sie der Feldherr dann eines besseren belehren».

¹²¹ Osserva P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* cit. che si tratta di una desuetudine che investe più in generale le consultazioni magistratuali e augurali per determinate attività e che dipende in larga misura dalla disciplina del diritto augurale, rigidamente mantenuta, secondo la quale i promagistrati erano privi del potere di trarre *auspicia*.

Dal punto di vista della riflessione politico-ideologica, appare interessante che Cicerone lamenti il disinteresse, delle classi medie e alte di Roma, per l'aspetto tecnico-divinatorio della disciplina augurale, che aveva provocato l'estinzione della *virorum evocatio* e, di conseguenza, dei *testamenta in procinctu*¹²².

La dottrina più risalente ha in molte occasioni sottovalutato l'elemento religioso, ritenendo semplicemente che il rito si collocasse in un momento di pausa tra due passaggi rilevanti per lo *ius sacrum* e finalizzati allo svolgimento della battaglia piuttosto che alla dichiarazione di testamento. Altri autori, invece, hanno sottolineato la natura comune del testamento *in procinctu* e del testamento comiziale, entrambi finalizzati alla nomina di un *suus* al testatore. Alla base di quest'ultima interpretazione vi sarebbe la testimonianza ciceroniana. Si è detto che, se l'Arpinate afferma che senza gli *auspicia* non si sarebbe potuto compiere il testamento *in procinctu*, significa che solamente in quel momento il popolo in armi coincideva con il popolo convocato nei comizi quale comunità politico-religiosa¹²³.

In verità, il testo ciceroniano pare avere un'intonazione diversa. La fine degli *auspicia* parrebbe rilevare in quanto, per la *neglegentia* dei detentori del potere politico-religioso, si mise in serio pericolo la sopravvivenza dello Stato medesimo. Il riferimento al testamento *in procinctu* si inserisce nel discorso – attraverso una proposizione relativa, “*ex quo in procinctu testamenta perierunt?*” – quale mera conseguenza del venire meno di atti che negli *auspicia* trovavano legittimazione. Su tali atti Cicerone pone l'accento, enfatizzando retoricamente la loro assenza nella prassi augura-

¹²² L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'* cit. 290 ritiene che nella narrazione ciceroniana la scomparsa della forma di testamento sia stata una diretta conseguenza della mancata osservanza della cerimonia dell'*evocatio virorum*. Sulla scia di TH. MOMMSEN, *Droit public romain* III, II ed., Paris-E. Thorin 1893, 108, l'autore ritiene che la *virorum evocatio* costituisse un requisito fondamentale per la validità del testamento *in procinctu*, o almeno il necessario precedente per la sua pronuncia: «non facendosi più ricorso alla *virorum evocatio* e ai due sacrifici che precedevano il combattimento e ne favorivano in buon esito, venne meno anche la possibilità di compiere il *testamentum in procinctu*».

¹²³ P. BONFANTE, *Le genti e la città* cit. 153, concludendo che «è appunto il carattere di legge, comune all'antico testamento e all'antica adozione, quello che li subsume invincibilmente sotto un medesimo principio».

le, attraverso la figura retorica dell'anafora: “*nullis ... nulla ... nulla ... nulli viri...*”.

In altre parole, si deve forse pensare che non esistesse un vero e proprio collegamento di necessità tra la presa degli *auspicia* ed il testamento *in procinctu* (e ciò potrebbe forse spiegare perché nel passo di Patercolo non vi sia alcuna menzione degli auspici). Piuttosto, si potrebbe ipotizzare che tale forma testamentaria, eseguita alla stregua di un rito collettivo e priva dei requisiti di formalità propri del testamento comiziale, in tanto potesse essere realizzata, in quanto collocata tra due momenti a forte connotazione religiosa. Dal punto di vista dei militari, poi, l'intervallo tra gli auspici, nell'imminenza della battaglia, doveva caratterizzarsi come momento di intensa tensione psicologica. D'altra parte, fare testamento prima di uno scontro è atto che reca in sé la consapevolezza e la volontà di non abbandonare il campo di battaglia, disponendosi a rischiare il tutto per tutto.

Il momento religioso della presa degli auspici, dunque, sembrerebbe finalizzato alla buona riuscita della battaglia, pur rivestendo un ruolo in qualche modo propedeutico rispetto al rito *in procinctu*. La componente religiosa, comunque, non avrebbe un significato ed un valore paragonabile al ruolo rivestito dalla presenza dei pontefici nel testamento comiziale. Se il collegio dei pontefici presenziava al rito del testamento per garantire la conservazione del culto familiare, e se il controllo religioso mancava nel caso di testamento reso dinanzi all'esercito, apparirebbe logico pensare che il testamento *in procinctu* non potesse servire a creare un nuovo erede. La causa preminente sarebbe quella della liquidazione e distribuzione dei beni, sicché quello *in procinctu* si configurerebbe alla stregua di un testamento di legati, secondo la tesi abbracciata, sulla base delle più diverse argomentazioni, da numerosi autori¹²⁴. Non pare scrimi-

¹²⁴ Si possono ricordare, *ex multis*, le posizioni di E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Basel-Verlag für Recht und Gesellschaft 1949, 513; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 707 e 717 s.: secondo quest'ultimo autore, le vicende collegate alle proprietà personali, anzitutto delle armi, e alla titolarità dei beni di produzione, avrebbero influito sulla storia della successione ereditaria, e soprattutto del testamento *in procinctu* («appare preferibile l'ipotesi che il cittadino e soldato vi potesse prendere, come nella più tarda *mancipatio familiae*, disposizioni a titolo particolare soprattutto sui propri beni personali»).

nante la lettura del brano di Plutarco, laddove è contenuto il riferimento a un erede; difatti, gli atti che verrebbero compiuti dai soldati sono definiti *διαθήκαι*, e la *διαθήκη* è notoriamente strumento di mera distribuzione del patrimonio ereditario, differenziandosi in maniera sensibile, per questa sua natura, dal testamento romano, che è invece fondato sull'istituzione di erede: in altri termini, lo scopo prevalente nel testamento *in procinctu* sarebbe già tipicamente patrimoniale¹²⁵.

Cic. *de orat.* 1.53.228: *Reprehendebat igitur Galbam Rutilius, quod is C. Sulpici Gali propinqui sui Q. pupillum filium ipse paene in umeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione et memoria fletum populo moveret, et duos filios suos parvos tutelae populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati. Itaque, cum et invidia et odio populi tum Galba premeretur, hisce eum tragoediis liberatum ferebat; quod item apud Catonem scriptum esse video, nisi pueris et lacrimis usus esset, poenas eum daturum fuisse. Haec Rutilius valde vituperabat et huic humilitati dicebat vel exsilium fuisse vel mortem anteponendam.*

Il brano, tratto dal *de oratore*, si riferisce alla vicenda del processo del 149 a.C. contro Servio Sulpicio Galba, che aveva trucidato a sangue freddo un vasto numero di Lusitani. L'Arpinate si sofferma sulle modalità con cui Galba suscitò la pietà del popolo, ottenendo l'assoluzione nonostante l'accusa promossa dall'anziano Catone. L'espedito oggetto di critica da parte dell'oratore consiste nell'aver Galba portato in giudizio i suoi figli ed il piccolo Quinto su cui aveva la tutela, dichiarando di volere istituire, in caso di sua condanna, quale tutore di quei bambini, l'intero popolo romano, allo stesso modo di quanto accade quando si compie il rituale del testamento *in procinctu*, senza bilancia e senza tavole testamentarie.

¹²⁵ Come osserva, peraltro, P. BONFANTE, *Il testamento nel diritto comparato* cit. 310, «da successione testamentaria vera e propria, romana, non è stata mai conosciuta dai Greci. Una comparazione organica non sussumerà giammai quelle disposizioni sotto il concetto dell'istituzione di erede, che è quanto dire il testamento romano, ma sotto quello delle donazioni a causa di morte o al più dei legati».

La procedura davanti alle coorti, dunque, risulterebbe più facilmente accostabile al rito del testamento librato, almeno quanto a finalità, come d'altra parte sembra cogliersi nel brano ciceroniano in cui la peculiarità del testamento compiuto in battaglia sta nel fatto di avvenire *sine libra atque tabulis*¹²⁶.

7.3. *Il tempo ed il luogo come elementi strutturali del rito.* – La formalità del rito, proprio in quanto tale, si concretizza nello svolgimento in tempi e luoghi stabiliti, ed anche il testamento non si sottraeva a tale metodica e ripetitiva collocazione spazio-temporale¹²⁷. Gli stessi pontefici erano depositari del calendario, contenente la previsione dei *dies fasti*, sicché a loro spettava il decisivo controllo del tempo a fini sociali. Come è stato sottolineato, la percezione di una temporalità scandita dalla ripetizione agisce quale rassicurazione dinanzi alla caotica multiformità della vita e «il peso della tradizione contro la volatile leggerezza e rischiosità di scelte e comportamenti senza precedenti»¹²⁸.

Certamente, infatti, il tempo calendariale prescelto per la celebrazione di un rito, così come di un sacrificio o di una dedica, poteva orientarne il significato generale: si è soliti affermare, d'altro canto, che il solo vincolo che reggeva il rito era che dovesse essere celebrato ad una data precisa e secondo un ordine tradizionale¹²⁹.

Gaio riferisce che il testamento comiziale aveva luogo due volte all'anno, in giorni non specificati, sebbene secondo un'antica ricostruzione di Theodor Mommsen, essi vengano fatti coincidere con il 24

¹²⁶ Coglie l'accostamento tra i due riti testamentari, ma lo svolge in chiave di contrapposizione tra testamento orale – quello *in procinctu* – e testamento scritto – quello librato, L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'* cit. 282 s., senza sottolinearne però l'equivalenza di scopo e di sottofondo ideologico.

¹²⁷ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 75 sottolinea che «i riti si svolgono in contesti specifici: cioè sono ripetuti regolarmente nei tempi stabiliti dall'orologio, dal calendario, dal ritmo biologico, dall'ontogenesi, da condizioni fisiche o da situazioni sociali definite. Inoltre si compiono in luoghi speciali».

¹²⁸ A. SCHIAVONE, *Tus'* cit. 66. Cfr. anche J. RÜPKE, *Kalender und Öffentlichkeit. Die Geschichte der Repräsentation und religiösen Qualifikation von Zeit in Rom*, Berlin, New York-W. De Gruyter 1995.

¹²⁹ J. SCHEID, *Rito e religione* cit. 42 s.

marzo ed il 24 maggio¹³⁰. Si tratta dei due giorni dell'anno che l'antico calendario celebrava quali giorni comiziali (con l'indicazione *Q.R.C.F.* = *Quando rex comitiavit fas*), quelli in cui il *rex* avrebbe 'comiziato', ossia avrebbe provveduto a riunire i *Quirites* in assemblea¹³¹. In particolare, si sarebbe trattato delle due date immediatamente precedenti la cerimonia del *tubilustrum*, ossia della purificazione delle trombe in vista della guerra¹³².

Come è stato sottolineato, poiché i *comitia calata* avvenivano in giorni prestabiliti, non avrebbe avuto senso un'auspicazione in senso tecnico in merito ai *dies*. Dunque, si può affermare che si realizzasse in tale evenienza una sovrapposizione tra diritto pontificale e diritto augurale, poiché «in quel giorno era *fas* tenere comizi a prescindere da ogni auspicazione»¹³³.

Quanto al luogo in cui si riunivano i *comitia calata*, si è ipotizzato che essi si svolgessero nella Curia Calàbra sul Campidoglio, luogo all'interno del pomerio e che, presumibilmente, la loro riunione si fosse strutturata secondo il sistema delle curie¹³⁴.

Nel tempo e nello spazio tipicamente rituale, le parole e le azioni, indistinguibili da quelle utilizzate nella vita quotidiana, giungono ad assumere significati particolari: in altri termini, la scelta di tempi e di spazi peculiari per la celebrazione del rito favorisce l'incontro tra emittenti e destinatari del messaggio rituale, sicché «le caratteristiche della formalità e della non-strumentalità aumentano la sua funzionalità comunicativa»¹³⁵.

¹³⁰ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III.1 cit. 319. La difficoltà di ricostruzione deriva dalla circostanza che a Roma mancava un calendario religioso universale; nei Fasti, infatti, non si rinvenivano le feste mobili, le cerimonie, i sacrifici o i riti pubblici che non corrispondevano alle grandi feste, come osserva J. SCHEID, *Rito e religione* cit. 51.

¹³¹ M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 106 s., che, rifacendosi alla posizione di P.F. GIRARD, *Manuale* cit. 814 s. e nt. 1, giustifica la prossimità temporale delle due date ipotizzando che i due giorni non fossero in origine stati stabiliti in considerazione dei *testamenta*.

¹³² Così D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni* cit. 452.

¹³³ P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* cit. 372.

¹³⁴ Riferisce Macr. sat. 1.15.10: *in Capitolio iuxta Curiam Calabram*. Così E. BIANCHI, *Il 'rex sacrorum' a Roma e nell'Italia antica*, Milano-Vita e Pensiero 2010, 202 s. e nt. 74 ss.

¹³⁵ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 99.

L'elemento spazio-temporale è presente in maniera spiccata solamente nel rito del testamento comiziale. È individuabile, però, seppure con sembianze meno formali, anche nel testamento *in procinctu*. Il tempo coincide con il momento, precedente la battaglia, che si colloca tra i due *auspicia*. Pure il luogo è bene identificabile, trattandosi del campo di battaglia, il terreno di lotta su cui si sono svolti gli *auspicia* stessi, e che, dunque, è divenuto luogo religioso.

8. *Il rito della mancipatio familiae: su un plausibile itinerario di trasformazione nelle forme del testamento librato.* – Per illustrare il rito della *mancipatio familiae*, l'unica fonte disponibile è il racconto di Gaio versato nel libro II, paragrafo 104 delle sue *Institutiones*:

Gai 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

La forma esterna del rituale della *mancipatio familiae* rievoca quella della consueta *mancipatio*¹³⁶. Vi sono cinque testimoni, cittadini romani puberi ed un *libripens*, il *mancipio dans*, ossia colui che intende disporre del proprio patrimonio, ed un *familiae emptor* (figura corrispondente al *manci-*

¹³⁶ Dice Gai 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus...*

pio accipiens), ossia colui che si presta ad eseguire le istruzioni del *mancipio dans* dopo la sua morte¹³⁷.

Non è possibile ricostruire i tempi ed i modi della trasformazione del rito della *mancipatio familiae* nella più moderna versione del testamento librato¹³⁸, e d'altro canto Gaio riferisce la formula del terzo *genus testamentorum* senza fare distinzione tra età arcaica ed età più moderna¹³⁹. I segnali della trasformazione sono certamente evidenti, anche nella narrazione del giurista antoniniano, nel mutamento del ruolo del *familiae emptor*, che non è più un personaggio attivo del rito, bensì un soggetto fittiziamente utilizzato per garantire la sopravvivenza della struttura esterna della *mancipatio* medesima¹⁴⁰. Piuttosto, nelle concrete vicende della successione, acquista un ruolo l'erede, che, se estraneo, è, altresì, tenuto ad un atto di adizione dell'eredità; inoltre, le formule pronunciate da alienante ed acquirente definiscono come vero e proprio testamento l'atto che si sta ponendo in essere¹⁴¹.

Ciò premesso, appare opportuna una riflessione: la legge delle Dodici Tavole non dedica alcuna attenzione ai mezzi tecnici che consento-

¹³⁷ Sui testimoni e sui requisiti che devono sussistere per la loro chiamata, U. VINCENTI, *'Duo genera sunt testium'*. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova-Cedam 1989, 34 s.; sulla complessiva funzione della *mancipatio familiae*, si veda anche G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in *Iura* 60, 1999, 161 ss.

¹³⁸ Sul problema, cfr. S. SOLAZZI, *Una data per la storia del testamento romano?*, in *Iura* 4, 1953, 149 ss., ora in *Scritti di diritto romano V* (1947-1956), Napoli-Jovene 1972, 423 ss., il quale nega che il testamento *per aes et libram* si possa essere formato nell'arco di tempo intermedio tra l'età di Tiberio Coruncanio e la *lex Voconia*.

¹³⁹ F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'*. I. *Il ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino-Giappichelli 2011, 73 s., laddove sottolinea che «tale considerazione unitaria dell'istituto favorisce l'ipotesi che nel formulario del *testamentum per aes et libram* coesistano elementi formati in fasi evolutive differenti».

¹⁴⁰ Come chiarisce F. SCOTTI, *Il testamento romano* cit. 13, nella *mancipatio familiae* più moderna le prescrizioni antiche vengono osservate fittiziamente, a mero scopo di osservanza al rito, che ha perso, però, la sua originaria efficacia, come già osservato da G. GANDOLFI, *'Prius testamentum ruptum est'*, in *Studi in onore di E. Betti* III, Milano-Giuffrè 1961, 215 ss.

¹⁴¹ Sebbene, conviene anticiparlo sin da ora, il formulario del testamento *per aes et libram* debba essere inteso come l'attestazione più vicina al formulario della *mancipatio*, soprattutto «stante il carattere fortemente conservativo delle formule romane giuridiche e religiose», come osservato da F. TERRANOVA, *Ricerche* cit. 435.

no ai privati l'accesso al diritto. In riferimento all'atto compiuto *per aes et libram*, ad esempio, nulla si dice sulle condizioni formali di validità o di esistenza dell'atto medesimo¹⁴². In particolare, la normazione decemvirale non chiarisce quali siano gli elementi necessari alla formazione dell'atto: nulla sul numero ed i requisiti dei testimoni, sulla qualifica del *libripens*, sulle qualità della *libra*, nulla neppure sulle parole del rituale negoziale, e neppure sulle condizioni di tempo e di luogo idonee a rendere valido un testamento. Gli elementi che sono stati definiti come imprescindibili componenti costitutivi del rito medesimo, nel primo tentativo romano di codificazione del diritto, non paiono venire in alcun modo presi in considerazione. Il dato confermerebbe la sussistenza di una stretta dipendenza dei privati nei confronti dei pontefici, tanto da potersi affermare che «le forme del diritto partecipavano ancora del meccanismo segreto delle forme del culto». La conseguenza parrebbe – ma si tratta, giova ripeterlo, di un'ipotesi formulata sulla base di quanto si dispone del testo decemvirale – che ad avere rilievo, nella prassi, non sarebbe stata l'esistenza della norma, bensì il procedimento religioso mediante il quale, caso per caso, si riconosceva la liceità o l'illiceità dell'atto stesso¹⁴³.

La parte finale del paragrafo 104 del libro II delle Istituzioni di Gaio, infatti, merita qualche riflessione. Gaio parla della *nuncupatio* in cui, attraverso lo strumento del rinvio, vengono richiamate tutte le specifiche disposizioni versate nella scheda testamentaria, come di una formula generale. Specifica che con questa formula il testatore dichiara e dà con-

¹⁴² Secondo alcuni autori la configurazione giuridica della *mancipatio familiae* poggierebbe su due versetti delle Dodici Tavole, *Tab. 6.1 (Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto)* e *Tab. 5.3 (Uti legassit suae rei, ita ius esto)*, e dunque l'ordinaria *mancipatio* sarebbe stata utilizzata per raggiungere un fine successorio. Secondo altra dottrina, invece, sarebbe stata la medesima giurisprudenza pontificale ad operare la trasformazione della stessa *mancipatio familiae* nel più moderno testamento librato di età classica.

¹⁴³ Così R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino-Giappichelli 1967, 9; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia-Iuss Press 2005, 24 s., laddove aggiunge che attraverso l'interpretazione, per la formazione delle *legis actiones* e nel controllo del calendario giudiziario, la massa dei cittadini si manteneva alle strette dipendenze degli esperti pontificali.

ferma a quanto egli abbia scritto nelle tavole testamentarie¹⁴⁴. Se si tentasse di ricostruire la gestualità di tale momento, si potrebbe immaginare il testatore che si limiti a ricordare l'esistenza dello scritto che tiene in mano, ma senza leggerne il contenuto ai testimoni, al solo fine di ottenere, dinanzi ai testimoni, la promessa di segretezza sulle disposizioni di ultima volontà ivi contenute¹⁴⁵.

Vale la pena sottolineare che la *mancipatio familiae*, anche nella forma più evoluta che si configurava quale vero e proprio testamento librato, sebbene meno teatrale e spettacolare del testamento comiziale, rimaneva un vero e proprio rito, caratterizzato da una specifica gestualità. Si trattava di un sistema di gesti e di riti che, in quanto tale, era comprensibile soltanto in un ambiente particolare, che possedeva una comune tradizione gestuale, divenuta progressivamente un legame tra tutti i cittadini¹⁴⁶. Si trattava di un rito dalla struttura più complessa rispetto al testamento comiziale, constando di due negozi, sovrapposti e combinati insieme, il cui contenuto non si esauriva nella sola istituzione di erede¹⁴⁷.

¹⁴⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 721 conclude che il *testamentum per aes et libram*, almeno nella sua forma più diffusa di *nuncupatio testamenti*, è un negozio *per relationem*, «in cui il contenuto precettivo dell'atto non risulta interamente dalla dichiarazione, che va integrata mediante il riferimento ad un fatto oggettivo, nel caso rappresentato da un documento».

¹⁴⁵ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria, II ed., Milano-Giuffrè 1963, 66 ss. L'autore sottolinea la duplice valenza del termine *nuncupatio*: vi sarebbe un significato più ristretto, riferito alla mera pronuncia di una formula, ed un significato allargato, in cui il sostantivo *nuncupatio* ed il verbo *nuncupare* si riferirebbero alla dichiarazione orale comprensiva tanto del formulario, quanto delle disposizioni di ultima volontà. Tale significato più ampio sarebbe anche il più antico, perché nei tempi risalenti le ultime volontà erano tutte pronunciate verbalmente: «la funzione costante della *nuncupatio* è, dunque, di qualifica; ma essa può avere, e ha di solito, l'ulteriore funzione di assumere in sé lo scritto cui rinvia».

¹⁴⁶ J. SCHEID, *Rito e religione* cit. 42, aggiungendo che «era la loro tradizione comune, quali che fossero la loro origine e il loro luogo di residenza, quella tradizione che veniva enunciata dai racconti, dalle immagini e dai commentari degli eruditi».

¹⁴⁷ Le fonti chiariscono come il testamento librato nasca dalla sovrapposizione di due distinti negozi, la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio testamenti*; in particolare, Tit. Ulp. 20.9: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: HAEC VT IN HIS TABULIS CERISVE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM PERHIBETOTE. Quae nuncupatio et testatio vocatur.*

La prassi, invero, attesta come successivamente la procedura si sia semplificata, sicché le formalità più importanti si davano ormai per compiute ed i sette testimoni si limitavano a sigillare le tavolette apponendovi una firma¹⁴⁸. Già nel racconto di Gai 2.104, il cerimoniale della *mancipatio familiae* viene descritto come ormai sorpassato, poiché lo si riteneva compiuto attraverso una semplice dichiarazione scritta. È stato scritto che «la *mancipatio familiae*, cioè, si trasforma in una ‘clausola di stile’, in cui vengono di volta in volta inseriti i nomi delle persone che sono coinvolte nell’atto e che fungono in realtà da meri *testes* e *signatores* delle tavolette testamentarie»¹⁴⁹.

9. *La formula pronunciata dal familiae emptor: l'emersione della patrimonialità nelle forme del discorso religioso.* – Si è già avuto modo di sottolineare taluni dati significativi nel racconto gaiano sui negozi testamentari. Dopo avere brevemente trattato dei due *testamenta* più antichi, Gaio descrive il rituale della *mancipatio familiae*, presentando quest’ultima come la forma più risalente del testamento librare, che al tempo in cui il giurista antoniano scriveva aveva ad ogni modo assunto tratti diversi da quelli originali: *sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*.

La frase solenne pronunciata dal *familiae emptor* era la seguente:

FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATE-
LAM <TVAM> CVSTODELAMQVE MEAM <MEAM ESSE A-
IO, EAQVE>, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS
SECVDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE AENEAQVE LI-
BRA, ESTO MIHI EMPTA.

“Io affermo che il tuo patrimonio (*familia pecuniaque*) è mio nei limiti del tuo incarico e della mia custodia, ed esso sia da me acquistato con questo bronzo e con questa bilancia di bronzo, affinché tu possa fare testamento secondo la legge”.

Non paiono sussistere grosse perplessità in merito alla struttura del rito una volta avvenuta la pronuncia dei *verba* da parte del *familiae emptor*:

¹⁴⁸ M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 78.

¹⁴⁹ F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 13 s. e nt. 61.

essa consisteva nella percussione della bilancia con *aes*, nella consegna dello stesso *aes* al testatore da parte del *familiae emptor* e nella *nuncupatio* del testatore tenendo nelle mani le *tabulae*. Semmai è il tenore letterale della formula a suscitare le maggiori perplessità¹⁵⁰. Senza potere in questa sede entrare nel merito delle varianti suggerite da un'evidente irregolarità grammaticale del dettato proveniente dal manoscritto veronese – corretto, nella versione proposta, secondo una delle ricostruzioni ritenute da chi scrive maggiormente attendibili¹⁵¹ –, si è accolta la tesi secondo la quale, anche la *mancipatio familiae* dell'età più moderna, recante l'innesto della *nuncupatio* di colui che è ormai testatore in senso proprio, avesse contenuto una solenne dichiarazione espressa con il verbo *aio*, riferito alla *familia pecuniaque*, esattamente come accadeva per la versione più antica della *mancipatio familiae*¹⁵².

Occorre tenere presente un dato importante. L'ipotesi abbracciata in questa sede è che tra il formulario più antico – addirittura comiziale – ed il formulario moderno del testamento *per aes et libram*, sussista una linea di continuità, come taluna dottrina ha messo in adeguata luce.

Un dato interessante in questa prospettiva è rappresentato dal tema, invero poco trattato in letteratura, della composizione e delle formule

¹⁵⁰ Semplificando ragionamento ed argomentazioni assai articolate, si può dire che la letteratura si è divisa. Vi sono coloro che ritengono completa, sebbene meritevole di talune correzioni, la versione trådita dal manoscritto veronese, tesa sostanzialmente ad affermare in maniera solenne che il *familiae emptor* emit con rito librare la *familia pecuniaque* altrui. Vi sono altri autori che, invece, ritengono la formula gaiana bisognosa di un'integrazione, sulla base della formula della normale *mancipatio* nota attraverso Gai 1.119, sicché il *familiae emptor*, prima di affermare che l'altrui *familia pecuniaque* era *empta* con rito librare, avrebbe dovuto dichiarare che quel patrimonio «si trovava in una situazione particolare, predicata con l'uso dei sostantivi *mandatela* e *curatela*», come osservato da B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit. 69.

¹⁵¹ Si accoglie qui, in particolare, la versione riportata da M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 719.

¹⁵² B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit. 70 ritiene sia da mantenere la forma all'accusativo dell'espressione *familia pecuniaque*, simmetrica all'accusativo della *res* che si rinviene nella comune formula delle *mancipationes* descritta da Gai 1.119 (*hunc ego hominem*). Corretta deve ritenersi, di conseguenza, la scelta del verbo *aio*, «senza il quale quell'accusativo iniziale resterebbe in aria. In sostanza, credo che la seconda struttura prospettata in dottrina sia preferibile all'altra». Cfr. le ricostruzioni del testo gaiano proposte da A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem tenens' in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI*. 42, 1976, 173 ss. e S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'* cit. 42 ss.

degli istituti in età arcaica. Difatti, in una cultura che è soprattutto orale, i moduli mnemonici e ritmici assumevano un'importanza fondamentale, ed essi dovevano rivestire una funzione fondamentale nell'esecuzione dei rituali. In particolare, anche le formule degli atti giuridici arcaici dovettero essere caratterizzate dalla struttura dei *carmina* ritmici¹⁵³. Inoltre, nelle società antiche, come sottolineato, il rapporto tra oralità ed evento, attuabile in quanto l'oralità non conosce architetture concettuali e si fissa sul singolo episodio, veniva colto attraverso le parole che lo rappresentavano, poiché, come è stato osservato, «l'obiettivo era una sorta di equilibrio statico, fondato sulla memoria e sulla ripetizione del tipico»¹⁵⁴.

Seppure i tentativi promossi in dottrina di restituzione del formulario del testamento librare suscitino per lo meno perplessità¹⁵⁵, di certo la scelta di vocaboli come *mandatela* e *custodela*¹⁵⁶, di arcaica derivazione e di indubbia assonanza e musicalità, indurrebbe a ritenerli parte di una struttura verbale che prevedeva la pronuncia secondo precise cadenze ritmiche¹⁵⁷: la struttura linguistica appare ricca di parallelismi e allitterazioni, quasi a ricreare il ritmo proprio della formula magica¹⁵⁸. D'altra parte, le

¹⁵³ È noto che l'informazione orale potette essere tesaurizzata in modo durevole proprio grazie al principio ritmico, oltre che al cosiddetto "formato narrativo" (ossia alla constatazione che tutti gli enunciati di una composizione orale si presentano narrativizzati), elementi entrambi che si rinvergono nell'esecuzione di qualunque rito (M. LA MATINA, *Il testo antico. Per una semiotica come filologia integrata*, Palermo-L'epos 1994, 144 ss.).

¹⁵⁴ A. SCHIAVONE, *Ius*' cit. 68 s.

¹⁵⁵ Si vedano, per esempio, le ricostruzioni di S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della 'manumissio vindicta'*, Milano-Giuffrè 1967, 66 ss.; ID., *'Vindicatio' primitiva e grammatica*, in *Labeo* 16, 1970, 78, ritenute poco plausibili da F. TERRANOVA, *Ricerche* cit. 104 s. e ntt. 201 ss., anche per l'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁵⁶ E. WEISS, *'Mandatela' und 'custodela'*, in *ZSS.* 42, 1921, 107 ss.: *custodela* è termine arcaico per *custodia*, da intendersi come detenzione del patrimonio del disponente destinata a divenire possesso e ad aggiungersi alla proprietà nel momento della morte del disponente medesimo.

¹⁵⁷ Sostiene questa idea, citando numerosi esempi tratti da fonti giuridiche, letterarie e religiose PH.E. HUSCHKE, *Studien des römischen Rechts*, Breslau-in Joh. Friedrich Korn des ält. Buchhandlung 1830, 244 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, II ed., Torino-Giappichelli 2006, 57 ss., sottolineando come lo stesso verbo *nuncupare* significhi «pronunciare pubblicamente una formula solenne adeguatamente predisposta».

¹⁵⁸ L.A. CALLARI, *Il rito arcaico: interpreti, spettacolarità e spettacolarizzazione*, in *E-journal del Dipartimento di Arti e Comunicazioni dell'Università di Palermo*, 3 ss., sottolineando come

espressioni dei formulari rituali non erano semplici parole, ma possedevano un carattere speciale, misterioso, connotato dalla ripetitività, in grado di intensificare la loro forza esteriore, e la nota insistenza con cui esse venivano pronunciate contribuiva a rafforzare la loro intrinseca potenzialità¹⁵⁹.

Dal punto di vista del contenuto della formula, le riflessioni più significative paiono scaturire dalle parole di esordio della formula stessa, *familia pecuniaque*, che devono, pertanto intendersi collocate in una posizione enfatica.

Vale la pena, almeno momentaneamente, scomporre l'espressione nei due lemmi che la compongono. *Familia* è parola che ha in sé due significati, un primo, indicante la comunità di persone libere ed un secondo significato, indicante il patrimonio familiare. *Pecunia* viene utilizzata nelle dodici Tavole (Tab. 10.7) in riferimento ai cavalli e agli schiavi e probabilmente con tale termine venivano designate tutte le cose mobili. Sulla base dell'etimologia del termine, la cui origine si connette a *pecus*, ossia al bestiame, esso designerebbe la parte di patrimonio destinato allo scambio, sino ad arrivare a definire la *res* per eccellenza destinata alla circolazione, ossia il denaro. In questo senso, tra *familia* e *pecunia* non vi sarebbe contrapposizione perché il secondo vocabolo descriverebbe soltanto una parte del patrimonio familiare¹⁶⁰.

Il mutamento sarebbe avvenuto in età postdecemvirale, quando l'uso comune attribuì al patrimonio il nome di *familia pecuniaque*¹⁶¹, espressione che riecheggia – e non pare essere un caso – la ridondanza di talune formule religiose testimoniate dalle fonti letterarie¹⁶². Soltanto in

nelle formule rituali si riproporrebbe il movimento ritmico tipico delle espressioni liturgiche.

¹⁵⁹ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 97, che giunge all'affermazione secondo cui «l'efficacia misteriosa del rito si basa per intero sulle parole».

¹⁶⁰ Cfr. anche 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-C. Cya 1950, 1 ss.

¹⁶¹ P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit. 24 considera che il formarsi dell'espressione può essere connesso alla maniera, tipicamente romana, di descrivere una cosa sia nel tutto, sia nelle parti, nel timore di non risultare sufficientemente esauritivi.

¹⁶² Si pensi ad espressioni come *populus Romanus Quirites; arx Capitoliumque; urbe arceque; arma telaque; loca, templa, sacra; legiones exercitum; loci regionesque; devotas consecratasque;*

seguito ad un ulteriore sviluppo terminologico, il termine *pecunia* passò ad indicare l'intero patrimonio, sicché lo stesso Cicerone giunse a definire l'*hereditas* come "*pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*"¹⁶³.

Nelle dodici Tavole, l'espressione non compare, mentre il più antico documento giuridico che ne attesti l'utilizzo è proprio il formulario della *mancipatio familiae*, descritto in Gai 2.104, in cui designerebbe il patrimonio nel suo complesso, alla stessa maniera in cui indicava il patrimonio oggetto di *usucapio hereditatis*; l'espressione si rinviene, poi, nel linguaggio delle fonti letterarie¹⁶⁴. Il linguaggio delle leggi utilizzava il termine *familia*, poi il termine *pecunia*, ma non sceglieva *familia pecuniaque*, al contrario del linguaggio rituale, ed in particolare religioso, che prediligeva, invece, una terminologia meno precisa. In particolare, nelle formule rituali (si può ricordare il testo di alcune preghiere riferite da Catone) si rinviene con una certa frequenza l'espressione *domus familiaque*, che è, invece, assente nelle fonti giuridiche: il *pater familias* pregava "*mibi liberis domo familiae*", oppure "*mibi domo familiae liberis*"; oppure "*mibi domo familiae*". Appare verosimile pensare che il termine *domus* si riferisse ai beni che circondavano il *pater familias*, e che il termine *familia* si riferisse tanto alle persone libere quanto ai servi, e che, infine, l'ulteriore e non sempre presente vocabolo *liberi* si riferisse specificamente ai propri figli¹⁶⁵.

Si può osservare come l'esperienza religiosa sia meno precisa di quella giuridica, e l'espressione *domus familiaque* stesse ad indicare «la rappresentazione collettiva di quello insieme di persone e di cose che costituiscono la famiglia: qui c'è la famiglia come si presenta al sentimento dell'uomo – luoghi, persone e cose familiari. L'indistinto di questa rappresentazione può riversarsi intatto nella preghiera; ma non può essere

fruges frumenta; familia liberique, ricordate anche da P. VOGLI, *Diritto ereditario romano* I cit. 24 e ntt. 46 ss.

¹⁶³ Cic. *top.* 6.20. Il contributo ciceroniano sarebbe lo specchio delle difficoltà incontrate dall'intellettualità romana e dalla stessa giurisprudenza nell'affrontare il problema, come osservato da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'* cit. 137.

¹⁶⁴ Si possono ricordare Svet. *Nero* 4.1; Tac. *Hist.* 3.66; Tac. *Hist.* 4.2; Petr. *Satyr.* 141; Gell. *noct. Att.* 1.9.12; 2.24.11; 16.10.11.

¹⁶⁵ Ad esempio, Rhet. *ad Herenn.* 4.39; Cic. *pro Cael.* 18.42; Nep. *Enl.* 6.3; Val. Max. 5.2.7.

utilizzato dal diritto. Il diritto deve separare: e perciò, di regola, la *familia* o è patrimonio, o è comunità di liberi, o è gruppo di schiavi»¹⁶⁶.

Sotto questo profilo, la presenza di *familia pecuniaque* nel formulario della *mancipatio familiae*, conservata nel testamento librato, potrebbe essere considerata la prova di un'origine religiosa del formulario stesso, essendo essa almeno potenzialmente in grado di avvalorare l'idea che si trattasse di un formulario assai simile a quello utilizzato dinanzi ai *comitia calata*¹⁶⁷.

Peraltro, si è ragionevolmente supposto che la parte di formula da “*quo tu iure*” a “*legem publicam*” non appartenesse al testo originario della *mancipatio familiae*, trattandosi, invece, di un'aggiunta di età successiva, caratterizzante il testamento come negozio già compiuto.

Perplexità avevano sollevato anche le parole “*secundum legem publicam*”: parrebbe da escludersi il riferimento ad una legge comiziale, e l'espressione potrebbe invece riferirsi alla *nuncupatio*, qualificabile come *lex* in quanto formula verbale, similmente all'utilizzo del termine nell'espressione *lege agere*. Siffatta *lex* – è stato detto – verrebbe accompagnata dall'aggettivo *publica* perché esplicitamente rivolta al popolo romano rappresentato dai cinque testimoni¹⁶⁸. Più verosimilmente, l'aggettivo *publica* sarebbe stato utilizzato in quanto legge dello Stato, potendosi spingere sino a ritenere che il riferimento sia stato compiuto alle dodici tavole, ed in particolare a Tab. 5.3 (*Uti legassit ... ita ius esto*)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Così, efficacemente, P. VOCI *Diritto ereditario romano* I cit. 30 ss.

¹⁶⁷ Insiste sul concetto di ‘inalterabilità’ delle espressioni linguistiche e del lessico religioso, in quanto compito demandato al collegio dei pontefici, R. DEL PONTE, *Aspetti del lessico pontificale: gli ‘indigitamenta’*, in *Diritto@Storia* 1, 2002, 1 ss.

¹⁶⁸ B. ALBANESE, *Sul formulario della ‘mancipatio familiae’* cit. 74. L'espressione non sarebbe ridondante rispetto all'ablativo *iure* che la precede, essendo quest'ultimo utilizzato dai giuristi per riferirsi alla regolarità formale della scheda testamentaria, come osservato da F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 14 nt. 66.

¹⁶⁹ F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 14 nt. 67. Vale la pena qui ricordare come, secondo M. D'ORTA, *Saggio sulla ‘heredis institutio’* cit. 46, l'espressione ‘*uti legassit*’ esprimerebbe lo sforzo compiuto dalla ragione giuridica di corrispondere alla ragione civile: «*legare la sua res* significa riconoscere al *pater* quella *latissima potestas* originaria, fonte dell'*heredem instituire*, del *dare legata et libertates*, del *constituere tutelam*». S. RANDAZZO, *Leges mancipii*’ cit. 144 s. ritiene che l'interpretazione della norma decemvirale non debba necessariamente postulare il collegamento con i *verba* dell'atto formale della *mancipatio familiae*.

Un'altra osservazione merita di essere formulata. Sia la *mancipatio familiae* sia il *testamentum per aes et libram*, nella loro struttura esteriore, erano atti di disposizione totale, nel senso che la dichiarazione del *familiae emptor* riguardava l'intero patrimonio del disponente. Il formulario conteneva una disposizione totale, che era elemento già presente nella forma esterna dell'atto medesimo, e appariva perciò imm modificabile. La conseguenza di un simile tenore letterale del formulario era che non sarebbe risultata possibile una delazione parziale a favore degli eredi *ab intestato*, «e la correzione del difetto della *heredis institutio* con l'utilizzazione della dichiarazione generale»¹⁷⁰.

10. *La nuncupatio del mancipio dans: il testamento librare tra permanenza dell'aspetto rituale e nuove cause negoziali.* – Si riporta di seguito la formula nuncupatoria pronunciata dal *mancipio dans* e la relativa traduzione:

HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE.

“Nei termini in cui le mie volontà sono scritte in queste tavolette cerate, in tali termini io dispongo e chiamo voi presenti a testimoni, ed in tali termini, Quiriti, offritemi la vostra testimonianza”¹⁷¹.

Accogliendo la tesi di risalente e autorevole dottrina, si può ritenere che l'*interpretatio* abbia inserito nel rituale della *mancipatio familiae* alcuni *verba* del formulario tipicamente comiziale; le parole da *ita do a perhibetote*

¹⁷⁰ P. VOGLI, *Diritto ereditario romano* I cit. 97, che aveva già precisato (92) come «la totalità della disposizione lascia senza oggetto la delazione *ab intestato*, e in tal modo un conflitto con essa viene evitato». È questa l'origine del noto principio decemvirale “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”, sul quale, recentemente, G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *Teoria e storia del diritto privato* 5, 2012, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com.

¹⁷¹ D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni* cit. 453 ritengono non improbabile che la formula rituale «il cui tono altisonante sembra travalicare la struttura del negozio mancipatorio, sia ricalcata su quella adibita nel testamento comiziale, ove pure, come si è detto, il popolo fungeva esclusivamente da testimone».

sarebbero state rivolte al popolo riunito nel comizio, come si evincerebbe dall'uso dell'appellativo *Quirites*¹⁷².

La *nuncupatio* del *mancipio dans* è chiaramente da riferirsi ad un momento cronologicamente successivo all'originario rito mancipatorio, verosimilmente al tempo di Gaio. Nelle epoche più remote, infatti, prevaleva l'oralità e tutto il contenuto del negozio testamentario veniva pronunciato dal disponente ad alta voce, dinanzi ai testimoni. La dottrina parla a proposito di *nuncupatio heredis*, in cui alla pronuncia seguiva una formula confirmatoria avente una struttura analoga alla *nuncupatio testamenti* (ossia alla *nuncupatio* che compiva un rinvio a formalità rituali e a disposizioni già effettuate oralmente) dell'età successiva, ma in cui, invece che al contenuto delle *tabulae ceratae*, il testatore si riferiva alle dichiarazioni verbali poco prima compiute¹⁷³.

Nel II secolo d.C., ossia nell'età in cui scrive Gaio, invece, il testatore presentava un documento scritto che non leggeva, limitandosi a confermarlo attraverso la *nuncupatio*¹⁷⁴. Il passaggio dal testamento librato a quello scritto rappresenta ancora oggi un tema poco indagato dalla letteratura, per la quale il dubbio fondamentale verte sulla natura probatoria o dispositiva della scrittura nel testamento¹⁷⁵.

¹⁷² G. GANDOLFI, 'Prius testamentum ruptum est', in *Studi in onore di E. Betti* III, Milano 1962, 214 s.

¹⁷³ Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 720, il tenore di siffatta formula confirmatoria, sarebbe verosimilmente del tipo: "ita ut nuncupavi, ita do...".

¹⁷⁴ Sulla scrittura del testamento librato, si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del 'testamentum per aes et libram'*, in *AICV*. 3, 1953, ora in *Scritti di diritto romano* IV, Napoli-Jovene 1977, 183 ss.; A. GUARINO, *La scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze-Le Monnier 1956, 377 ss., ora in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli-Jovene 1995, 331 ss.; ID., *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci* II, Milano-Giuffrè 1956, 55 ss., ora in *Pagine di diritto romano* VI cit. 314 ss.; G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di P. De Francisci* II cit. 761 ss.; L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'* cit. 283 e nt. 148.

¹⁷⁵ M. TALAMANCA, *D. 29.7.20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.): oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle-Helbing & Lichtenhahn 1999, 73 ss.; in particolare l'autore si propone di verificare «se – alla stregua di una valutazione oggettiva della disciplina del *testamentum per aes et libram* con *nuncupatio testamenti* – le *tabulae* rappresentassero un documento costitutivo in senso stretto o soltanto una forma costitutiva assunta dall'atto nel caso concreto»; F. ARCARIA, *Per la storia dei testamenti pubblici romani: il 'testamentum apud acta conditum' ed il 'testamentum principi oblatum'*, in *Studi per G. Nicosia* I, Milano-Giuffrè 2007, 171, che,

La stessa formula nuncupatoria più recente suscita all'interprete talune perplessità. Ad esempio, è da ritenersi non autenticamente attribuibile al rituale della *mancipatio familiae* originaria l'espressione "ita testor", con cui parrebbe alludersi propriamente alla redazione di un negozio testamentario e non già alla testimonianza richiesta in ogni caso per il valido compimento del rituale. Il riferimento alla chiamata testimoniale è invece contenuto nella parte finale dello stesso formulario, quella compresa tra "itaque vos" e "perhibetote"¹⁷⁶. Come si evince dal sopra riportato Tit. Ulp. 20.1¹⁷⁷, i testimoni dovevano essere convocati appositamente per il perfezionamento del *testamentum per aes et libram*, ed oltre ai cinque previsti nel rituale della *mancipatio familiae*, vi sarebbero stati il *libripens* ed il *familiae emptor*, che pure, in questa fase del rito testamentario, fungevano da testimoni. Il loro ruolo, come è stato scritto, era di «ascoltare per ricordare»¹⁷⁸.

Dalla descrizione gaiana parrebbe emergere, in particolare, una struttura costituita da un 'nucleo formale particolare', coincidente con la pronuncia del *familiae emptor*, cui si aggiungerebbe, nella fase del vero e proprio testamento *per aes et libram*, la *nuncupatio testamenti*, una formula specifica, solenne e formale, «che in tal modo avrebbe l'effetto di rendere il *gestum* così compiuto funzionalmente idoneo al raggiungimento dello scopo particolare, nella specie successorio, perseguito dal testatore»¹⁷⁹.

ricordando le posizioni discordi della dottrina circa la genesi dei testamenti cd. pubblici, spesso collegati all'antica forma del testamento comiziale, ritiene che «una tale disparità di vedute giustifica e conferma allora pienamente la necessità ... di una generale rivisitazione dei numerosi e complessi problemi connessi alle forme testamentarie pubbliche romane che possa gettare nuova luce sui singoli istituti presi in considerazione».

¹⁷⁶ P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit. 88 s.

¹⁷⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 716 s., laddove osserva che la forma classica del *testamentum per aes et libram* deriverebbe dall'innesto della nomina di erede, propria del *testamentum calatis comitiis*, sulla struttura della *mancipatio familiae*.

¹⁷⁸ P. VOICI, *Diritto ereditario romano* II cit. 72.

¹⁷⁹ S. RANDAZZO, *Leges mancipii*' cit. 45 s., laddove si sottolinea che i formulari gaiani sarebbero «esempi evidenti di atti complessi che tendono a realizzare, attraverso una speciale utilizzazione di *verba*, effetti tipici peculiari, conseguenti alle specifiche dichiarazioni delle parti. Tali dichiarazioni ... finiscono per avere valore costitutivo, facendo acquistare al *gestum per aes et libram* una sua specificità e rendendolo, così, immediatamente produttivo dei particolari effetti giuridici voluti, diversamente non realizzabili».

Il rito del testamento librare si componeva, dunque, di diversi momenti, che sebbene nettamente distinguibili, perché sortissero l'effetto giuridico richiesto, dovevano essere compiuti senza soluzione di continuità. In altri termini, sebbene non si potesse concepire il testamento più moderno nella concentrazione spazio-temporale della realtà comiziale, occorreva comunque la sussistenza dell'*unitas actus*, principio vigente sia per taluni atti formali (si pensi alla *sponsio-stipulatio*, in cui domanda e risposta dovevano essere simultanee¹⁸⁰), sia per la totalità dei riti (ed è stato messo in luce in riferimento alla cerimonia della *devotio ducis*)¹⁸¹. L'applicazione del principio dell'*unitas actus* implica che la *familiae emptio*, la *nuncupatio* e la *rogatio* dei testimoni dovessero susseguirsi l'una dopo l'altra¹⁸². Ancora in età severiana l'unicità dell'atto veniva concepita come essenziale, e lo dimostrerebbe il testo di:

D. 28.1.21.3 (Ulp. 2 *ad Sab.*): *Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinet ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*¹⁸³.

11. *La persistenza di una componente 'politica' nelle vicende testamentarie: i nuovi momenti di controllo e garanzia pubblica. L'emersione dell'idea di pubblicità.* – Anche il testamento librare, pur avendo perduto la solennità e la ritualità che connotava il rituale comiziale, continuava ad essere essenzialmente un atto pubblico¹⁸⁴.

¹⁸⁰ G. ROSSETTI, M. DE CRISTOFARO, *Le obbligazioni solidali*, in *Trattato delle obbligazioni V. Le figure speciali*, diretto da M. TALAMANCA E L. GAROFALO, a cura di S. PATTI E L. VACCA, Padova-Cedam 2010, 757.

¹⁸¹ Cfr. F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in *SDHI*, 23, 1957, 184 s.

¹⁸² B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. 54 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* II cit. 72 s. e nt. 31.

¹⁸³ A proposito del documento testamentario, scrive G. GANDOLFI, *'Prius testamentum'* cit. 222 che «il testamento è un atto unico, e deve esprimere l'intera volontà dell'ereditando».

¹⁸⁴ Di opinione opposta G. SCHERILLO, *Corso* cit. 204, laddove parla del testamento *per aes et libram* come di un negozio «meramente di diritto privato: ciò implica che tutto quanto concerne la successione è materia ormai sottratta al diritto pubblico e attratta nel diritto privato, ed altresì che la successione ha assunto un carattere meramente pat-

Argomento a favore di tale affermazione è un passo ulpiano eserpito in:

D. 29.3.2 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universonum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum*¹⁸⁵.

Si dice che le tavole testamentarie rappresentano uno strumento non di un unico uomo, cioè non dell'erede, bensì di tutti quanti in esso si vedono attribuito qualcosa: esso non coinvolge l'interesse del solo erede *ex testamento*, ma anche, in via esemplificativa, dei legatari, degli schiavi manomessi, dei fedecommissari e persino degli eredi legittimi, che possono impugnare il negozio giuridico qualora si ritengano illegittimamente danneggiati. Per questa ragione, dice Ulpiano, il testamento è piuttosto da definirsi come uno strumento pubblico (*publicum instrumentum*), con un'accezione che da taluni autori¹⁸⁶ è stata interpretata in riferimento alla legislazione fiscale, risalendo all'età augustea l'istituto della *vicesima hereditatis*, che imponeva il pagamento all'erario militare di un'imposta del 5% sul patrimonio ereditario¹⁸⁷.

Il testamento librato, peraltro, continuava ad essere svolto alla presenza di cinque testimoni cittadini romani puberi, alla stessa stregua di quanto avveniva nella procedura della *mancipatio*. Ad una componente di cittadini qualificati, dunque, era ancora riservato un ruolo – in seguito

rimoniale. Anzi, se tale carattere non avesse assunto, un negozio come il testamento *per aes et libram* sarebbe inconcepibile».

¹⁸⁵ Scrive E. CHAMPLIN, *Final Judgments* cit. 5 s., che «at the other end of its existence, writing of the formal public opening of the will Ulpian could remark that the tablets of a will were a document belonging not to one person, the heir, but to all those to whom something was assigned therein, indeed that they were a public document (hence the public interest in the opening so vividly described by Augustine and others)» ed aggiunge (p. 8) che «it is interaction of this private pleasure in testation with an intense public interest in it that gives the Roman will a character markedly different from its modern counterpart».

¹⁸⁶ Si pensi ad esempio a B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. 599 ss., alla cui tesi pare aderire anche F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 402 s.

¹⁸⁷ L'introduzione della *vicesima hereditatis* si ebbe con la *lex Julia de vicesima hereditatum*, del 6 d.C., legge che disciplina anche le modalità di apertura del testamento.

soltanto fittizio – di garanzia e di custodia di quanto pronunciato dal testatore nel corso della procedura librale.

Una volta avvenuto il passaggio dalla pronuncia orale dei *verba testatoris* alla redazione scritta delle ultime volontà, cui la *nuncupatio* si riferiva *per relationem*, occorre garantire la segretezza, la corretta custodia e la serena lettura dei documenti testamentari. Si affermavano, dunque, nuove procedure di controllo e di garanzia, che si sostituirono agli antichi riti e che richiedevano la fattiva collaborazione di organi di pubblica autorità, veri e propri rappresentanti della *civitas*.

Ad esempio, diversi luoghi del Digesto chiariscono che i testamenti andavano aperti a Roma dinanzi al pretore, e nelle province dinanzi al proconsole.

Per la prima ipotesi è utile il testo di:

D. 43.5.3.9 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Exhibere autem apud praetorem oportet, ut ex auctoritate eius signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa: et si forte non optemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a praetore debere.*

Per le ipotesi di testamenti di matrice provinciale, soccorre il testo di Gaio:

D. 29.3.7 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Sed si quis ex signatoribus aberit, mitti debent tabulae testamenti ubi ipse sit, uti agnoscat: nam revocari eum adgnoscenti causa onerosum est. quippe saepe cum magna captione a rebus nostris revocamur et sit iniquum damnosum cuique esse officium suum. nec ad rem pertinet, unus absit an omnes. et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas urgeat, debet proconsul curare, ut intervenientibus optima opinionis viris aperiantur et post descriptum et recognitum factum ab isdem, quibus intervenientibus apertae sunt, obsignentur, tunc deinde eo mittantur, ubi ipsi signatores sint, ad inspicienda sigilla sua.*

Le fonti, inoltre, in merito all'apertura del testamento, richiamano anche il rispetto di precisi vincoli di tempo. Le tavole, infatti, devono essere presentate all'autorità in un periodo di tempo breve, compreso tra i tre ed i cinque giorni dopo la morte del testatore:

Paul. Sent. 4.6.3: *Testamentum lex statim post mortem testatoris aperiri voluit. Et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae: ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint: nec enim oportet tam heredibus et legatariis aut libertatibus quam necessario vectigali moram fieri.*

Il rituale di sigillazione e successiva apertura del testamento è stato ricostruito in questi termini¹⁸⁸. Le *tabulae ceratae* (o di qualunque altro supporto scrittorio, come legno o altri materiali al tempo utilizzabili) venivano consegnate all'erede, che doveva renderle note agli eventuali coeredi; una copia dell'atto veniva conservata negli archivi del pretore o del proconsole, dopo l'apposizione del relativo sigillo¹⁸⁹. Gli eredi presentavano le tavole testamentarie dinanzi ai testimoni, che vi avevano apposto i loro sigilli e ne controllavano l'integrità¹⁹⁰. Solamente se tutto appariva regolare ed i sigilli non risultavano manomessi, veniva data lettura del testamento¹⁹¹.

Se in origine l'aspetto davvero rilevante per la validità del testamento era la celebrazione della *mancipatio* e la pronuncia della *nuncupatio*, mano a mano che la sostanza dell'atto si spostò dalla cerimonia al documento scritto, aumentava l'interesse dell'ereditando a garantire

¹⁸⁸ Specifica M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. 721, che le *tabulae* venivano sigillate mediante i *signa* dei presenti, lungo la cucitura che le teneva insieme. Si trattava delle tipica procedura delle *testationes*. Accanto ai *signa*, veniva indicato anche il nome del *subsignatus* (indicazione che, precisa l'autore, non può essere paragonata all'odierna sottoscrizione). In altri termini, il testatore non procedeva al *signare*, ma si limitava ad apporre la proprio *subscriptio* all'interno delle *tabulae*. Ad ogni modo, merita di essere ricordata la circostanza che la maggior parte dei testamenti pervenuti abbiano un'origine provinciale.

¹⁸⁹ La ricostruzione risale a E. CUQ, v. 'Testamentum', in *DAGR*. V, Paris 1909 (Graz 1969), 145 s.

¹⁹⁰ S. TOSO, 'Fabulae Graecae'. *Miti greci nelle gemme romane del I sec. a.C.*, Roma-L'Erma di Brentschneider 2007, 14 ss., in particolare 16, sottolinea come il sigillo fosse «l'impronta dell'individuo, il massimo dell'autorappresentazione, quello che il proprietario della gemma vuole mostrare di essere di fronte alla società». I sigilli della gente comune recavano normalmente incisa l'immagine degli antenati.

¹⁹¹ Appaiono significative le riflessioni di A. GUARINO, *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci* II, Milano-Giuffrè 1956, 56, laddove l'autore sostiene che «il *testamentum per aes et libram* del *ius civile* romano (classico) fu e rimase sempre essenzialmente orale, anche se assai diffusa fu l'usanza di trasferirlo, a fini esclusivamente probatori, in *tabulae* munite dei suggelli dei testimoni».

l'autenticità e la segretezza del contenuto delle tavolette¹⁹². La sigillazione, dunque – soprattutto con l'introduzione del testamento pretorio, in cui le tavolette scritte venivano sigillate con le firme di sette *obsignatores* –, divenne uno strumento idoneo a garantire l'autenticità della scheda testamentaria, proteggendone la natura di atti privati di ultima volontà¹⁹³.

Merita di essere segnalato un importante aspetto psicologico connesso alla sigillazione. Si è già avuto modo di sottolineare come il testamento rappresenti in ogni epoca un potente strumento nelle mani del testatore, capace di controllare e modificare i comportamenti delle persone che gli stanno intorno, allettandoli con promesse di lasciti o minacciandoli di diseredazione. La modifica del testamento è costantemente oggetto di inquietudine ed aspettative in coloro che sperano di venirne beneficiati e che, pertanto, si affannano per compiacere in tutti i modi il testatore. Di conseguenza, se tenere segreto un testamento e minacciare in continuazione di riscriverlo era un ottimo strumento di controllo sulle persone a sé più vicine, anche renderlo pubblico, dinanzi agli interessati, poteva funzionare come mezzo per indirizzare gli altrui comportamenti¹⁹⁴. Le fonti latine, d'altra parte, informano di testamenti redatti molto tempo prima della morte dell'ereditando: ad esempio, Plinio consigliava di aggiornare periodicamente il testamento, affinché ad un mutamento dei sentimenti corrispondesse il cambiamento dei destinatari dei lasciti¹⁹⁵.

Quanto al deposito delle *tabulae*, la consuetudine doveva prevedere che avvenisse in templi o in archivi, almeno secondo quanto sembrerebbe emergere dal pensiero di Frontone (*ep. ad M. Caes.* 1.6.5) ed essere

¹⁹² B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. 60 s.

¹⁹³ Si veda in particolare F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit. 391 ss., anche per l'analisi del provvedimento contenuto nel *senatusconsultum Neronianum adverso falsarios*, del 61 d.C., sulla chiusura e sigillazione del testamento. Cfr. anche S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione: 'impositio fidei', 'criminaliter agere', 'civiliter agere'*, Milano-Giuffrè 2007, 17 ss.

¹⁹⁴ Cfr. Petr. *Satyr.* 71 (*ut familia mea iam nunc sic me amet tamquam mortuum*) e 117 (*sedeat praeterea quotidie ad rationes tabulasque testamenti omnibus ... renovet*); in dottrina il rilievo è di E. CHAMPLIN, *Final Judgments* cit. 24 e di M. CORBIER, *Idéologie et pratique de l'héritage*, in *Index* 13, 1985, 501.

¹⁹⁵ Plin. *ep.* 5.5: *decessit veteri testamento, omisit quos maxime diligebat, prosecutus est quibus offensior erat.*

confermato da D. 28.4.4 (Pap. 6 *resp.*)¹⁹⁶; tuttavia, sarebbe stato possibile depositare le tavole anche presso un privato, legato da vincoli di *fides* all'ereditando¹⁹⁷. Il testamento di Cesare e quello di Augusto, ad esempio, come narra Svetonio, vennero custoditi nel tempio delle Vestali¹⁹⁸: verosimilmente, trattandosi di personaggi politici illustri, i documenti dovevano apparire dotati di un indiscutibile rilievo morale e pubblico, sicché la loro consegna e conservazione vennero accompagnate da un *pathos* e da una inconsueta solennità e, peraltro, da garanzie di inviolabilità più spiccate rispetto ai documenti di cittadini privati.

12. *Su alcuni residui di ritualità e religiosità nelle disposizioni scritte del testamento librato*. – Dal punto di vista della ricostruzione storico-sociale, è evidente che con l'avvento del testamento librato, il centro degli interessi si era spostato dal gruppo gentilizio e familiare, all'individuo. Il fenomeno è da porsi in relazione alla modifica della stessa struttura familiare, ed in particolare alla prevalenza della *familia proprio iure* rispetto alla *familia communi iure* di età più arcaica¹⁹⁹. È evidente, infatti, che, se la funzione dell'*hereditas* era di continuazione, essa venne risaltata laddove i *sui*, alla morte del *pater familias*, non avessero diviso l'eredità. Nei casi di divisione dell'asse ereditario, la continuazione della famiglia si attuava in maniera diversa, poiché essa non continuava come istituzione, ma nella persona dei figli, che erano titolari necessari del patrimonio e dei *sacra*. Il singolo individuo, dunque, prendeva il sopravvento rispetto all'istituzione familiare nel suo complesso, emergendo «l'uomo dall'involucro istituzionale,

¹⁹⁶ D. 28.4.4 (Pap. 6 *resp.*): *Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.*

¹⁹⁷ Così si evincerebbe da D. 4.3.35 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. sed et his, quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio.*

¹⁹⁸ Svet. *Inl.* 83; Svet. *Aug.* 101 e Tac. *hist.* 43.

¹⁹⁹ Sottolinea P. VOICI, *Diritto ereditario romano* I cit. 86, che la solidarietà della *familia proprio iure* verrebbe mitigata dalla possibilità che il *pater familias* possa fare testamento in favore di estranei, pur avendo dei *sui*. Siffatto risultato si otterrebbe proprio mediante l'introduzione della *mancipatio familiae*.

l'uomo che assicura la continuità delle funzioni familiari senza la mediazione del consorzio domestico»²⁰⁰.

Nella sua esteriorità, il testamento librato appare privo dell'elemento di religiosità immediatamente emergente nel testamento comiziale ed in quello *in procinctu*, pur con tutte le accortezze interpretative che in precedenza sono state segnalate.

Anzi, la stessa struttura della *mancipatio familiae*, negozio che obbedisce ad un principio di liquidazione del patrimonio piuttosto che di successione nello stesso²⁰¹, nonché i ricordati provvedimenti pontificali che sancirono la congiunzione tra i *sacra* e la *pecunia*, possono essere letti come aspetti di una crisi della religione tradizionale che avrebbe investito anche la redazione del testamento. Il testamento, però, rimase in ogni caso espressione dell'uomo, della sua sensibilità e dei suoi affetti, sicché anche nella sua più recente versione librata, esso mantenne una componente religiosa o, per lo meno, metagiuridica.

Sotto un primo aspetto, è possibile scorgere nelle stesse disposizioni dei testamenti più recenti, così come riprodotti nei *Digesta* giustinianeî, le tracce residuali di una ritualità arcaica e di matrice pontificale. Il riferimento è alle espressioni sovente inserite nei testamenti di età classica, che rinviano alla *mens testatoris* come criterio di interpretazione delle disposizioni testamentarie, definite *verba testatoris*, con un richiamo esplicito alla pronuncia orale di una formula. In questa finalità di coordinamento tra *verba* e *voluntas* si rispecchia tutta l'esperienza dei Romani nel campo della religione. Se in ambito religioso la parola acquisisce un significato in quanto pronunciata all'interno di un rito stabilito, così la formula deve essere in grado di esprimere compiutamente tutto il significato che il magistrato, il sacerdote o il privato intendono attribuirle²⁰². In generale, la difficoltà sta nel fatto che non si può essere certi che essi siano in gra-

²⁰⁰ P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I cit. 85. U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Iura* 7, 1956, 25 ss., ora in *Scritti di diritto romano* II, Milano-Giuffrè 1973, 610 ss. ritiene che anche successivamente alle dodici tavole non vi sarebbe stata possibilità di nominare eredi estranei, come si evincerebbe dall'istituto del *consortium hereditatis non cito*, che prevede la convivenza degli eredi nella *domus* del defunto, in un regime di comunione indivisa.

²⁰¹ G. SCHERILLO, *Corso* cit. 207 ss.

²⁰² Si veda anche J. SCHEID, *Il sacerdote*, in A. GIARDINA (a cura di), *L'uomo romano*, Bari-Laterza 1989, 71.

do di esprimere compiutamente le intenzioni di chi la pronuncia: l'accorgimento posto in essere consiste nell'inclusione nella formula del rinvio alle proprie intenzioni. Il riferimento alla *mens testantis*, all'*animus testantis* o alla *sententia testatoris* risulta costantemente previsto nella redazione delle schede testamentarie e rappresenta un retaggio delle antiche preghiere rivolte agli dei. Nel pensiero religioso romano, infatti, non tutti gli dèi conoscevano i pensieri riposti degli uomini, essendo l'onniscienza prerogativa riconosciuta solo agli dèi celesti, mentre il riferimento alla *mens* o all'*animus* si presentava nelle preghiere rivolte agli *dei Manes*, ovvero in taluni atti che assumevano una forma rituale pur non essendo vere e proprie preghiere.

Come è stato scritto, «l'esperienza religiosa dovette servire da esempio». Nell'interpretazione dell'atto religioso, la giurisprudenza pontificale elaborò l'espedito arcaico del rinvio esplicito alle intenzioni del disponente; successivamente, la giurisprudenza laica chiamata ad intervenire nei rapporti profani e privati «dette ascolto all'esigenza antiformalistica e rese possibile l'interpretazione dei *verba* secondo la *mens* senza bisogno di clausole apposite, ma in virtù di un principio interpretativo generale». Il confronto tra i formulari delle preghiere e talune clausole contenute nei testamenti pare confermare «la discendenza ideale del principio interpretativo privatistico dalla esperienza ritualistica»²⁰³.

Può essere considerato esemplare sotto la descritta prospettiva un brano tratto dai *Digesta* di Alfeno: nel responso si allude alla volontà del *de cuius* con una terminologia chiaramente ispirata al linguaggio sacro: «... *tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset...*».

Si riporta di seguito il passo, che offre l'opportunità di segnalare un ulteriore residuo delle concezioni religiose propriamente romane intrecciate nelle maglie di strumenti giuridici ormai di notevole raffinatezza.

²⁰³ L'intuizione è di P. VOCI, *Diritto ereditario romano* II cit. 925 ss., cui si rimanda anche per l'indicazione delle fonti letterarie che, riportando i formulari di preghiere, invocazioni, giuramenti e clausole di *foedera* testimonierebbero la derivazione sacrale del criterio interpretativo soggettivo. Utili riferimenti e conferme dell'impostazione sono desumibili dai lavori di G. APPEL, *'De Romanorum precatationibus'*, Gissae-Alfredi Toepelmanni 1909; R. PETTAZZONI, *L'onniscienza di Dio*, Torino-Edizioni Scientifiche Einaudi 1955, 23 s.; J. RICHTER, *The Celestial God. Discovering the predecessor of modern religions*, s.i.-Lulucom 2009, 37.

D. 35.1.27 (Alf. 5 dig.): *In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non repperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. respondit, si intellexeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam exstaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti exstruere debere.*

Sintetizzando il tenore dell'articolato *casus*, il testatore domanda agli eredi che gli erigano un monumento funebre sull'esempio di uno già esistente sulla via Salaria, di cui viene segnalato il nome. È prevista una sanzione pecuniaria in caso di inadempienza. Accade, però, che il nome indicato dal testatore non corrisponda al modello indicato. Gli eredi domandano al giurista se debbano essere costretti a pagare la multa pur essendo nell'impossibilità di realizzare un monumento sul modello di quello richiesto dal testatore. Il giurista risponde che, se si capisce che il testatore abbia voluto riferirsi ad un preciso monumento sepolcrale, in riferimento al quale aveva utilizzato una denominazione errata, il monumento deve essere realizzato secondo il desiderio del defunto. Se, invece, non emerge siffatta *voluntas*, non può avere efficacia la sanzione prevista, sebbene un monumento adeguato alla dignità e alle possibilità economiche del defunto debba comunque essere realizzato.

Si è già messa in luce l'importanza delle attenzioni rivolte al sepolcro, strumento attraverso il quale si perpetua il ricordo del *de cuius*. Nella mentalità dell'uomo romano, la sepoltura aveva un'importanza decisiva, perché il monumento funebre era quanto sopravviveva dell'individuo. La descrizione della tomba di Trimalchione nel *Satyricon* di Petronio bene rappresenta – al di là degli aspetti caricaturali dei personaggi – il tenore

e gli scopi insiti nell'operazione di redazione di un testamento nel I sec. d.C.²⁰⁴

Il testamento non è mai la sede privilegiata di una riflessione sull'aldilà, ma semmai è il tramite per farsi ricordare dai viventi: una tomba dignitosa e ben visibile è lo strumento migliore per rimanere nel ricordo della gente. Ecco perché le fonti letterarie e giuridiche testimoniano l'uso frequente di disposizioni finalizzate a determinare in maniera precisa gli spazi sepolcrali e la costruzione della propria tomba. Nel *Satyricon*, ad esempio, attraverso le ossessioni di Trimalchione, Petronio offre un quadro assai chiaro e variegato dell'atteggiamento dei ceti elevati nei riguardi della tomba²⁰⁵. Il ricordo del defunto doveva poi venire periodicamente rinnovato, attraverso l'adempimento delle offerte tradizionali in occasione delle feste dei *Parentalia*.

Il sepolcro era da includersi nelle istituzioni agnatizie, talora anche gentilizie, sicché il sepolcro familiare passava di generazione in generazione, sebbene il rito delle esequie ed i riti ricorrenti potessero essere eseguiti da qualunque parente. Sotto un diverso profilo, però, è comprensibile la preferenza accordata all'adempimento filiale, nel senso che «l'affetto detta una diligenza, che non si può sperare dagli agnati; pertanto muore tranquillo chi lascia *sui* dopo di sé»²⁰⁶.

²⁰⁴ Petr. *Satyr.* 71: *Diffusus hac contentione Trimalchio: "Amici, inquit, et servi homines sunt et aequae unum lactem biberunt, etiam si illos malus fatus oppresserit. Tamen me salvo cito aquam liberam gustabunt. Ad summam, omnes illos in testamento meo manu mitto. Philargyro etiam fundum lego et contubernalem suam, Carioni quoque insulam et vicesimam et lectum stratum. Nam Fortunatam meam heredem facio, et commendo illam omnibus amicis meis. Et haec ideo omnia publico, ut familia mea iam nunc sic me amet tanquam mortuum".* Come osserva CH. PAULUS, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin-Duncker & Humblot 1992, 22, «die Gedanken über Leben und Tod stellen demnach nichts anderes als die beiden Seiten einer einzigen Medaille dar. Dementsprechend legen die Todesbilder Zeugnis ab von der Einstellung zum Leben. Natürlich gehören Testamente zu den ganz speziellen Todesbildern, doch geht es hier vorerst allgemeiner um äußere Bilder».

²⁰⁵ A. CATELLI, *L'uomo romano* cit. 71, invita a non dimenticare come nelle intenzioni di chi redige un testamento, l'atto deve servire, oltre che a salvaguardare la memoria, a garantirgli assistenza e cura da parte dei familiari, che non sempre dovevano essere disposti ad accudire un morente.

²⁰⁶ P. VOGLI, *Diritto ereditario romano* I cit. 44.

13. *Dal testamento-rito al testamento-documento*. – Nella fase più arcaica, in riferimento ai due testamenti desueti ai tempi di Gaio, lo specifico rituale aveva una natura drammaturgica così intrinseca da investire sia l'interprete del rito, sia la collettività tutta, in un certo senso spettacolarizzando il rito stesso. La dimensione sacrale ed antropologica veniva vissuta come un vero e proprio momento comunitario, in cui sia il singolo sia la collettività acquistavano la possibilità di usare il rito-spettacolo «come mezzo di espressione religiosa, politica e civile»²⁰⁷. In particolare, non pare azzardato affermare che, nei riti testamentari arcaici, l'interprete del negozio stesso fosse, insieme, attore, «dalla recitazione incerta ma consapevole, dalla gestualità abbozzata ma sicura, dalla teatralità primitiva ma autentica»²⁰⁸.

Le componenti – sociale e religiosa – presenti al rito svolgono funzioni differenti. Chi partecipa ad un rito costituisce una congregazione o una comunità di individui e la relazione di questi all'evento è di partecipazione. Affermare che vi siano diversi partecipanti al rito non significa, però, che tutti abbiano ruoli uguali o equivalenti. Ponendo la questione da un punto di vista filosofico e antropologico, la partecipazione di tutti i membri richiederebbe «qualcosa di più o di diverso rispetto alla semplice passività o recettività richiesta dal pubblico occidentale». In un certo senso, chi partecipa al rito, anche in una posizione apparentemente passiva, costituisce una specie di *audience* per gli attori della *performance*²⁰⁹.

Anche i riti più recenti, in altri termini, si presentano soltanto come aggregati di elementi ripresi da riti più antichi: gli interpreti del diritto trovano spazio per la rielaborazione, per la rinuncia a taluni elementi, per l'introduzione di nuove fattispecie e cause, ma l'innovazione è co-

²⁰⁷ Così L. A. CALLARI, *Il rito arcaico* cit. 2 ss., sulla scia degli studi di C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, trad. it. a cura di F. Grillenzoni, Roma-Editori riuniti 1999, 467 ss.

²⁰⁸ Ancora L.A. CALLARI, *Il rito arcaico* cit. 2, sottolineando che «i primi attori sono perciò da individuare nei sacerdoti atti a propiziare con formule sacrali e con canti liturgici il benessere della comunità». Per illustrare la connessione tra singoli aspetti storico-religiosi e loro attinenza alle forme letterarie codificate dal mondo classico, significativo è il lavoro di E. NORDEN, *Dio ignoto. Ricerche sulla storia della forma del discorso religioso*, Brescia-Morcelliana 2002, soprattutto 261 ss.

²⁰⁹ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 83.

munque limitata e la *performance* originale mai apertamente eliminata²¹⁰. Non è un caso che gli antichi rituali testamentari non vennero aboliti ma, spiega Gaio, caddero in desuetudine.

La tendenza a conservare l'apparato rituale precedente è evidente nel formulario del testamento librato, in cui l'inserzione davvero nuova e discriminante rispetto al formulario della *mancipatio familiae* antica sarebbe da individuarsi nelle parole "*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*". Veniva precisato lo scopo perseguito dal *familiae emptor*: in maniera espressa e solenne venivano chiariti i limiti della dichiarazione di acquisto, che in tutte le sue componenti rimaneva immutata rispetto al più antico formulario. Conferma in questo senso verrebbe dalla consueta viscosità dei formulari antichi, sicché appare ragionevole presumere il mantenimento della struttura fondamentale per il discorso rituale, fatta salva la possibilità di svuotarlo dell'antico significato e riattribuirgliene uno diverso, attraverso poche ma fondamentali sistemazioni.

Il testamento librato sarebbe il risultato di una diversificazione dei formulari, coincidente con il progressivo tramonto della giurisprudenza pontificale ed il conseguente sviluppo della giurisprudenza laica. La stessa configurazione verbale delle varie *leges mancipii*, accomunate da una certa affinità terminologica, «quasi da un'assonanza ritmica», proverebbe che tale diversificazione fu frutto di un percorso lento e progressivo, che avrebbe condotto a quello che è stato definito un 'formalismo attenuato'²¹¹.

Il testamento librato, sebbene modificato nella struttura, era comunque un rito, mentre quando il testamento divenne scritto, abbandonando l'elemento della gestualità, perse il carattere della ritualità, pur mante-

²¹⁰ R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 74. Si vedano anche V. TURNER, *Dal rito al teatro*, Bologna-Il Mulino 1986, 104 s. (dove si descrive il rito come la storia che il gruppo racconta a se stesso, sicché il rito consentirebbe di vivere il dramma sociale e di partecipare al gioco sociale) e C. RIVIÈRE, *I riti profani*, Roma-Armando Editore 2002, 153.

²¹¹ L'espressione è utilizzata da S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'* cit. 139 s.; a parere dell'autore, ci si troverebbe dinanzi al momento di transizione dal 'formalismo pieno', che nel rito testamentario sarebbe stato realizzato dalla più rigida *nuncupatio*, ad un 'formalismo attenuato', «all'interno del quale vi è la possibilità di ricorrere a formule diverse, per realizzare il medesimo risultato giuridico, ma non ancora a dichiarazioni del tutto libere e svincolate da specifici modelli verbali».

nendo quello della formalità, in base alla condivisibile affermazione secondo cui «mentre non esiste rito privo di formalità, non tutto ciò che è formale è anche rituale»²¹².

La prassi avrebbe dimostrato come nella realtà le cose si svolgessero in una maniera molto più semplice, poiché le formalità più importanti si davano ormai per compiute ed i sette testimoni si limitavano a sigillare le tavolette apponendovi una firma. Si vennero a creare le cosiddette clausole formali, corrispondenti alle formalità della *mancipatio*, che «servivano a farle figurare compiute»²¹³. Semmai il problema è datare il momento del passaggio dalla ritualità alla mera formalità. Per esempio, le fonti letterarie attestano il testamento orale una sola volta, nella narrazione di Svetonio relativa al testamento di Orazio, che avrebbe nominato oralmente suo erede Augusto essendo egli gravemente malato²¹⁴.

Come è stato osservato, il formulario rituale non si prestava agevolmente ad essere imprigionato nelle rigide maglie formali della scrittura, sia per sua intrinseca natura, sia per una ragione di ordine magico-sacrale, «come il potenziale svilimento dell'incidenza del testo sacro una volta impresso e per così dire "imprigionato" sul supporto scrittoria»²¹⁵.

Il principio stesso della formularità valeva indifferentemente per il diritto e per la religione: l'efficacia delle preghiere, infatti, così come delle norme giuridiche, riposava sull'assoluto rispetto formale del tenore letterale e la violazione della sequenza verbale, così come delle regole della gestualità avrebbero cagionato la nullità dell'atto²¹⁶. Quella romana era una percezione della ritualità che si avvicinava molto, come è stato

²¹² R.A. RAPPAPORT, *Rito e religione* cit. 79 s., affermando che «il rito non esiste senza performance».

²¹³ M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*. I cit. 78, ritenendo che la *mancipatio familiae* vada intesa in senso molto elastico, «nel senso, cioè, che non tutto il rituale della medesima veniva pedissequamente eseguito».

²¹⁴ “*Cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas*”. Per un documento relativo alla prassi testamentaria romana, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Prassi testamentaria romana e onomastica: ancora su BGU XIII 2244*, in *Iura* 43, 1992, 125 ss.

²¹⁵ Così A. MAIURI, ‘*Sacra privata*’ cit. 15 s., aggiungendo che si trattava di «tutta un'altra cosa, davvero, rispetto alla sua ricaduta determinante sul piano del “sovertimento del cosmo”, come portato supremo dell'impiego simbolico dei caratteri grafici all'interno della liturgia magica».

²¹⁶ A. MAIURI, ‘*Sacra privata*’ cit. 39 e nt. 111; P. VOICI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*. 19, 1953, 98 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, 211 ss.

scritto, ad una vera e propria «sindrome prescrittiva»: i comandi, formulati attraverso le parole dei pontefici, acquistavano «un'oggettività alienata e irrevocabile ... ma il loro rispetto scrupoloso risultava ampiamente remunerativo: era un'osservanza che dava certezza e forza alla comunità. E dava insieme potenza ai pontefici»²¹⁷.

Una volta cessato il monopolio pontificale su una giurisprudenza ormai laicizzata, lo strenuo ancoraggio alla trasmissione orale dei formulari, predisposti in maniera rigida, inevitabilmente contrastò con l'inesistenza di un unitario indirizzo giurisprudenziale, sicché si rese indispensabile l'ampliamento dei tipici schemi negoziali. L'esigenza non si tradusse in una completa libertà di forma, poiché «seppure ammessa, la variabilità dei formulari non poteva infatti, almeno in origine, spingersi sino ad eliminare del tutto un nocciolo formale ritenuto essenziale per assicurare una relativa certezza del diritto, oltretutto per tutelare, mediamente, il ruolo degli stessi giuristi»²¹⁸.

²¹⁷ A. SCHIAVONE, *Il giurista*, in A. GIARDINA (a cura di), *L'uomo romano*, Bari-Laterza 1989, 86 s.

²¹⁸ Da questo punto di vista, precisa S. RANDAZZO, *Leges Mancipii'* cit. 150, sin dalle origini e nelle sue diverse applicazioni, la *nuncupatio* si configurerebbe come «atto eminentemente orale, la *lex Mancipii*, oltre che 'dicta', diventa, progressivamente ed irreversibilmente, anche 'scripta', il che ulteriormente – e decisamente – ne sottolinea l'impossibilità di farla coincidere con la *nuncupatio*».