CONSIDERAZIONI SPARSE SULLA RELAZIONE TRA *IUS* E *TESTAMENTUM* NEL
DIRITTO EREDITARIO ROMANO*

Eugenio Ciliberti**

L'importanza che una società fortemente improntata sul diritto, qual era quella romana, attribuiva alla pratica testamentaria può essere valutata soprattutto in base all'influenza e alla posizione che il diritto testamentario occupava all'interno del suo ordinamento giuridico¹. Da questo punto di vista, è particolarmente significativa, al fine di illustrare il rapporto intercorrente tra l'ordinamento giuridico e la quotidiana prassi applicativa dei diversi istituti, la scelta operata da Cicerone, il quale, come fonti giuridiche, aveva scelto proprio un gran numero di esempi incentrati sul diritto testamentario².

Alcuni secoli più tardi, Isidoro di Siviglia avrebbe identificato lo *ius Quiritium*, proprio dei Romani, in primo luogo con le successioni legittime e le *cretiones*, atti formali necessari in caso di accettazione delle devoluzioni testamentarie³. Del resto, non costituisce un fattore meno sintomatico di questa particolare attenzione il fatto che il principale campo d'azione di Gaio Licinio Verre durante la sua pretura urbana era costituito dalle materie rientranti nel cosiddetto *ius testamentorum*⁴, considerato come uno dei nuclei specifici dello *ius Romanorum* qualificati dall'oggetto a cui si riferisce⁵, che riunisce tutte le norme relative ai testamenti⁶. Questo termine, frequentemente adoperato da Cicerone e, ciononostante, pressoché ignorato dalla manualistica e dalle monografie dedicate al diritto ereditario o testamentaria, è altresì utilizzato in alcune fonti giuridiche, nella sua accezione in termini di diritto oggettivo⁷.

Infatti, lo *ius testamentorum* godeva, nella Roma dell'età repubblicana e del principato, di un'indiscussa autorità, derivante dalla sua lunga tradizione e dal fatto che esso era un prodotto dello *ius civile*⁸, che faceva proprio, come testimoniato, tra l'altro, dallo stesso Cicerone⁹.

* Il presente contributo, opportunamente rivisto ed integrato con note esplicative, riproduce la relazione tenuta in occasione del III *Congreso Internacional y Multidisciplinar sobre el Mundo Antiguo* dedicato a *La muerte en la antigüedad*, organizzato dalla UNED Cantabria presso il Centro Colaborador della UNED di Colindres (Spagna) presso nei giorni 17 e 18 ottobre 2024, ed è destinato alla pubblicazione nel volume "*La muerte en la Antigüedad. Estudios desde la interdisciplinarietà*" (Dykinson, Madrid, 2025).

** Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ J. Stern, *Aspects de la pratique sociale des testaments a Rome. Voluntas du testateur face aux institutions légales et aux normes sociales et transmission des patrimoines par voie testamentaire a l'époque républicaine et du principat*, Napoli 2022, 21ss.

² M. Fuhrmann, *Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros "Topik"*, in T. Schirren, G. Ueding (curr.), *Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium*, Berlin-Boston 2000, 51ss., in particolare 62s.

³ Isid., *Etym.* 5.9.1: *Ius Quiritium est proprie Romanorum, quo nulli tenentur nisi Quirites, id est Romani, tamquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de usucapionibus [...]*. Su questo passo, cfr. C. Beduschi, *La cretio nelle fonti letterarie*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano 1973, 55ss.

⁴ E. Michel, *La justice selon Verrès ou un prêteur urbain sous la République*, in *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 78 (2000) 661ss.

⁵ A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, IV ed., Napoli 1980, 72.

⁶ M. Kaser, *Lex und Ius Civile*, in Id., *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli 1976, 159ss., in particolare 168; M. Bretonne, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari 1999, 136.

⁷ Inst. Iust. 2.25.2: *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. nec condicionem heredi instituto codicillis adicere neque substituere directo potest*. Con riferimento a questo testo, cfr. A. Guarino, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, in *Z.S.S.* 62 (1942) 209ss., in particolare 249ss.

⁸ Inst. Iust. 2.10.2: *Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur [...]*.

⁹ Cic., *Pro Caec.* 26.74: *Quid enim refert aedis aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est, quae nunc tua iure Mancipi sint, ea possisne retinere, si parum est communitum ius civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest? quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a maioribus iura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt?*

La solidità dei rapporti tra *ius testamentorum* e *ius civile*, invero, è testimoniata dal fatto che il primo costituisce parte integrante del secondo e, anzi, si colloca al centro di quest'ultimo¹⁰. La preponderanza di questa istituzione nel sistema civilistico si sarebbe successivamente tradotta, agli occhi della società romana, in una omologia, se non addirittura in una pura e semplice identità tra *ius civile* e diritto testamentario.

La vetustà dello *ius testamentorum*, la cui autorità era ulteriormente rafforzata dalla migliore tradizione romana¹¹, risultava principalmente dalla appartenenza delle norme che originariamente disciplinavano la devoluzione testamentaria alle primordiali regole giuridiche vigenti a Roma, codificate e no. Sebbene i dettagli cronologici si perdano nella notte dei tempi e nell'indeterminatezza delle fonti, vi sono diversi indizi rivelatori della veneranda antichità di alcune disposizioni e forme testamentarie. In particolare, Cicerone associò lo *ius testamentorum* agli antichi formulari, sicuramente a quelli delle *legis actiones*¹², senza però indicare se esso risalisse alla Legge delle XII Tavole, che, secondo la tradizione, fu all'origine della loro codificazione, oppure alla fine

Mihi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab eis a quibus illa ipsa nobis relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.

Sul punto, cfr., tra gli altri, G. Lombardi, *Il concetto di ius publicum negli scritti di Cicerone*, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere. Classe di scienze morali e storiche*, 72 (1938-39) 1ss.; B.W. Frier, *The rise of the Roman jurists. Studies in Cicero's Pro Caecina*, Princeton 1985, 119 e 185; Bretonne, *I fondamenti cit.*, 3ss. e 242; E. Fantham, *The Roman world of Cicero's De Oratore*, Oxford 2004, 114 s.

¹⁰ Cic., *De or.* 1.39.180: [...] *num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?*

Cic., *De leg.* 2.21.53: [...] *Hoc vero nihil ad pontificium ius, sed e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant [...].*

Al riguardo, occorre evidenziare come, secondo autorevole dottrina, è nei *Libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola che Cicerone avrebbe potuto trarre il materiale giuridico basato sulla casistica dello *ius controversum*, in particolare in materia di successioni ereditarie, da lui esposto nel primo libro del *De oratore*: così F. Bona, *Cicerone e i Libri iuris civilis di Quinto Mucio Scevola*, in G.G. Archi (cur.), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un Seminario (Firenze, 27-28 maggio 1983)*, Milano 1985, 205ss., in particolare 226 ss. e 234.

¹¹ Cic., *De inv.* 2.22.67: [...] *Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem [...].*

Cic., *Pro Balb.* 27.64: *Sed quoniam C. Caesar abest longissime, atque in iis est nunc locis quae regione orbem terrarum, rebus illius gestis imperium populi Romani definiunt, nolite, per deos immortalis, iudices, hunc illi acerbum nuntium velle perferri, ut suum praefectum fabrum, ut hominem sibi carissimum, non ob ipsius aliquod delictum, sed ob suam familiaritatem vestris oppressum sententiis audiat. Miseremini eius qui non de suo peccato sed <de> huius summi et clarissimi viri facto, non de aliquo crimine sed periculo suo de publico iure disceptat. Quod ius si Cn. Pompeius ignoravit, si M. Crassus, si Q. Metellus, si Cn. Pompeius pater, si L. Sulla, si P. Crassus, si C. Marius, si senatus, si populus Romanus, si qui de re simili iudicarunt, si foederati populi, si socii, si illi antiqui Latini, videte ne utilius vobis et honestius sit illis ducibus errare quam hoc magistro erudiri. Sed si de certo, de perspicuo, de utili, de probato, de iudicato vobis iure esse constituendum videtis, nolite committere ut in re tam inveterata quicquam novi sentiatis.*

¹² Cic., *Brut.* 52.195: [...] *quid ille (il riferimento è a Quinto Mucio Scevola nell'ambito della causa Curiana) non dixit de testamentorum iure, de antiquis formulis? [...].*

Le *antiquae formulae* in questione non possono certamente essere quelle del processo *per formulas*, così come ritengono taluni studiosi: in questo senso, A.E. Douglas, *M. Tulli Ciceronis Brutus*, Oxford 1966. Infatti, sia nel 46 a.C., anno di composizione del *Brutus*, che nel 92-91 a.C., data dello svolgimento della *causa Curiana*, Cicerone non avrebbe potuto definire *antiquae* delle *formulae* introdotte nel periodo tra il 125 e il 120 a.C.: così V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli 1960, 123. Secondo un'autorevole opinione, con le parole riportate dall'Arpinate, Quinto Mucio Scevola intende difendere un approccio formalista al diritto, fondato sulla parola scritta e volto a garantire la certezza e la chiarezza del sistema giuridico: in questi termini, C. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklausen*, Berlin 1992, 286s. D'altronde, la manualistica aveva già sottolineato l'importanza di una difesa incentrata sulla certezza del diritto: in particolare, P. Voci, *Diritto ereditario romano. Volume Secondo – Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, II ed., Milano 1963, 911s.

del IV secolo a.C., periodo della loro divulgazione e secolarizzazione¹³. Un punto di riferimento più preciso e di gran lunga maggiormente decisivo in questo senso è rappresentato da alcune norme successorie della Legge delle XII Tavole e, precisamente, dalle regole numero 3¹⁴, 4¹⁵ e 5¹⁶ della

¹³ Pomp., Dig. 1.2.2.6: [...] *lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt* [...].

In argomento, cfr. S. Tondo, *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in D. Mantovani (cur.), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino 1996, 1ss., in particolare 13s.; nonché V. Scarano Ussani, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in Mantovani (cur.), *Per la storia cit.*, 229ss., in particolare 230s.

¹⁴ Tab. 5.3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*. Su questo precetto, cfr., a titolo meramente esemplificativo, J. Gaudemet, «Uti legassit...»: *XII Tables 5, 3*, in H. Zehnacker, G. Hentz (curr.), *Hommages à Robert Schilling*, Paris 1983, 109ss.; nonché, più di recente, P. Arces, *Riflessioni sulla norma 'uti legassit' (Tab. V.3)*, in *Riv. di dir. rom.* 4 (2004) 1ss.

Gai Inst. 2.224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: "UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO". qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

Pomp., Dig. 50.16.120: *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*. Riguardo a questo brano, cfr. soprattutto M. Bretone, *Sesto Elio e le Dodici Tavole*, in *Labeo* 41 (1995) 66ss., nonché Id., *I fondamenti cit.*, 26 s. Cfr. anche M. d'Orta, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino 1996, 39ss.

Inst Iust. 2.22 pr.: *Superest, ut de lege falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset: uti legassit suae rei, ita ius esto) [...]*.

Di questa legge, tuttavia, esistono altresì due versioni alternative:

1) *Tit. Ulp. 11.14: Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO: qui tutores dativi appellantur;*

Paul., Dig. 50.16.53 pr.: Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur [...] "super pecuniae tutelaeve suae", tutor separatim sine pecunia dari non potest [...]. In particolare, su questo passo, cfr. O. Diliberto, *Materiali per una palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, 97ss.; nonché B. Albanese, *Osservazioni su Tab. 5.3 (Uti legassit..., ita ius esto)*, in *A.U.P.A.* 45 (1998) 35ss.

2) *Rhet. ad Her. 1.13.23: Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. Ea est huiusmodi: [...] Et lex: paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto [...]*;

Cic., De inv. 2.50.148: Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: [...] Et lex: "PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO" [...].

¹⁵ *Tab. 5.4: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.*

Ulp., Coll. 16.4.1: Intestatorum gentiliciorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque qui liberorum loco sunt: si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae. Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: "si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto".

Tit. Ulp. 26.1: Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt: si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae: Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO.

Una versione alternativa di questa legge è proposta dai seguenti testi, già citati nella nota precedente ed oggetto di attenzione da parte della dottrina:

Rhet. ad Her. 1.13.23: [...] Et lex: si paterfamilias <intestato moritur, familia> pecuniave eius agnatum gentilium esto [...].

Cic., De inv. 2.50.148: [...] Et lex: "SI PATERFAMILIAS INTESTATO MORITUR, FAMILIA PECUNIAQUE EIUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO". Per questa ipotesi ricostruttiva, cfr. Albanese, *Osservazioni cit.*, 39ss.

¹⁶ *Tab. 5.5: Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

Ulp., Coll. 16.4.2: Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: "si agnatus nec escit gentiles familiam habento." Nunc nec ullus est heres hinc nec gentilicia iura in usu sunt.

Tit. Ulp. 26.1a: Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: SI

quinta tavola.

È da ricordare il fatto, apparentemente incontestabile, che la Legge delle XII Tavole presupponeva l'esistenza della successione testamentaria, pur tuttavia non regolamentandola: questo è quanto ci viene tramandato da Ulpiano nel passo riportato in Ulp., Dig. 50.16.130, laddove si legge che «*Lege Duodecim Tabularum testamentariae hereditates confirmantur*»¹⁷. Una siffatta testimonianza implicherebbe la presenza di pratiche testamentarie già nel V secolo a.C., se non addirittura in un'epoca anteriore, essendosi l'opera dei Decemviri probabilmente limitata, il più delle volte, alla codificazione delle regole ancestrali ancora in vigore: tale doveva essere, in linea generale, il caso della legislazione primordiale. L'analisi di un brano di Cicerone parrebbe confermare questa ipotesi nel caso specifico delle tutele e delle successioni: rivolgendosi a Clodio dinanzi al collegio dei Pontefici al suo ritorno dall'esilio, l'Arpinate lo rimproverò di aver sconvolto il culto del sacro e di aver contaminato la *gens* da lui abbandonata, come pure quella da lui radunata per adozione «*iure Quiritium legitimo tutelarum ac hereditatum relicto*»¹⁸. L'interpretazione di questo passo è particolarmente complessa, il che spiegherebbe l'imbarazzo di alcuni traduttori ed il fatto che questo testo venga spesso omesso sia negli studi di diritto successorio che in quelli dedicati allo *ius Quiritium* e allo *ius legitimum*.

Seppur divisi in merito all'appartenenza della *mancipatio familiae* alle forme testamentarie conosciute all'epoca delle XII Tavole¹⁹, gli studiosi ammettono l'esistenza, ai tempi del Decemvirato, dei *testamenta calatiis comitiis* e in *procinctu*. Nel menzionare, evidentemente per finalità didattiche, queste due tipologie testamentarie ormai obsolete, Gaio insisteva sulla loro obsolescenza²⁰: è ovviamente impossibile datare con precisione l'avverbio *initio* adoperato dal

AGNATUS NEC ESCIT GENTILES FAMILIAM HABENTO. Nunc nec gentilicia iura in usu sunt.

¹⁷ Con riferimento a questo testo, cfr., più nello specifico, G. Rotondi, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in Id., *Scritti giuridici. Volume I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano 1922, 1ss., in particolare 31; S. Riccobono, *La Lex XII Tabularum*, in Id., *Scritti di diritto romano. I. Studi sulle fonti*, Palermo 1957, 251ss., soprattutto 262; U. Coli, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in Id., *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1973, 615ss., in particolare 624; nonché, più di recente, F. Terranova, *Riflessioni su D. 50.16.130 (Ulp. 2 ad leg. Iul. et Pap.)*, in *A.U.P.A.* 56 (2013) 159ss.

Nello stesso senso, oltre a Pomp., Dig. 50.16.120, citato in precedenza, Ulp., Dig. 38.6.1 pr.: *Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui.*

¹⁸ Cic. *Dom.* 18.35: *Quid? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est? quae omnis notio pontificum, cum adoptare, esse debuit: nisi forte ex te ita quaesitum est, num perturbare rem publicam seditionibus velles et ob eam causam adoptari, non ut eius filius esses, sed ut tribunus plebis fieres et funditus everteres civitatem. Respondisti, credo, te ita velle. Pontificibus bona causa visa est: adprobaverunt. Non aetas eius qui adoptabat est quaesita, ut in Cn. Aufidio, M. Pupio quorum uterque nostra memoria summa senectute alter Oresten, alter Pisonem adoptavit, quas adoptiones sicut alias innumerabilis hereditates nominis pecuniae sacrorum secutae sunt. Tu neque Fonteius es, qui esse debebas, neque patris heres, neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti. Ita perturbatis sacris, contaminatis gentibus, et quam deseruisti et quam polluisti, iure Quiritium legitimo tutelarum et hereditatum relicto, factus es eius filius contra fas cuius per aetatem pater esse potuisti.* In merito a questo brano, cfr. J. Stern, *Iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus. A propos de l'interprétation de certains textes littéraires concernant le droit successoral*, in *Rev. de phil., de litt. et d'hist. anc.* 71 (1997) 133ss.

¹⁹ A prendere posizione in questo dibattito, tra gli altri, sono stati: S. Solazzi, *Diritto ereditario romano. Anno accademico 1931-32*, Napoli 1932, 46, nt. 2; H. Lévy-Bruhl, *Nature de la mancipatio familiae*, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar 1951, 253ss., in particolare 260s.; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 241; Arangio-Ruiz, *Istituzioni cit.*, 513s.; G. Grosso, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Milano 1962, 10s.; P. Voci, *Diritto ereditario romano. Volume Primo – Introduzione. Parte generale*, II ed., Milano 1967, 14, 86 e 120; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt – Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, II ed., München 1971, 105s.; Coli, *Il testamento cit.*, 628ss.; A. Watson, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton 1975, 61; A. Magdelain, *Les mots legare et heres dans la loi des XII Tables*, in Zehnacker, Hentz (curr.), *Hommages cit.*, 159ss., soprattutto 163; C. Venturini, *Ereditare ed ereditande. Appunti a margine di una recente ricerca*, in *B.I.D.R.* 39 (1997) 617ss., in particolare 658s.

²⁰ Gai Inst. 2.101-103: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant [...] aut in procinctu [...] Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt.*

giurista del II secolo d.C. e certamente non può essere interpretato in senso letterale, ma si può tuttavia affermare che quest'ultimo si riferiva ad un periodo anteriore a quello della legislazione decemvirale, epoca che questi ha sempre cura di menzionare esplicitamente e con deferenza, allo scopo di ricondurre alle XII Tavole ogni istituto successivo. Informazioni cronologiche più precise in merito sono state tramandate da Aulo Gellio, il quale ricollega i *comitia calata* all'età monarchica oppure a tutto il periodo iniziale della *libera res publica*, allorché l'autore di età adrianea riferisce che uno degli obiettivi di questa assemblea consisteva nella scelta del *Rex Sacrorum*²¹. Allo stesso modo, il *testamentum in procinctu*, riservato ai soldati in vista di una battaglia, era già comune ai tempi di Coriolano (Plut., *Vit. Cor.* 9.2) – tra la fine del VI e l'inizio del V secolo a.C.²². – e probabilmente anche prima, se si crede a quanto riportato da Cicerone²³.

Queste regole ancestrali, che andavano a costituire lo *ius civile*, benché progressivamente adattate alle trasformazioni sia istituzionali che socio-economiche vissute dalla città, dovettero in certi casi, grazie all'opera dei giuristi²⁴, essere corrette e riformate per via legislativa. Integrate nello *ius civile* alla stregua delle altre leggi comiziali di diritto privato²⁵, le regole che disciplinavano le eredità e i

Cfr. anche *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 [...].*

Inst. Iust. 2.10.1-2: 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 [...] 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. 2. sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur. postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est [...].*

²¹ Gell., *Noct. Att.* 15.27.1: *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.*

²² Cfr. anche *Vell. Pat.*, 2.5.3: *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.*

²³ *Cic., De Nat. Deor.* 2.3.9: *An Atti Navi lituus ille, quo ad investigandum suem regiones vineae terminavit, contemnendus est? Crederem, nisi eius augurio rex Hostilius maxima bella gessisset. Sed neglegentia nobilitatis augurii disciplina ommissa veritas auspiciorum sprete est, species tantum retenta; itaque maximae rei publicae partes, in is bella quibus rei publicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt [...].*

²⁴ In argomento, cfr., più diffusamente, G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino 1948, 42; B. Biondi, *Lex e ius*, in *R.I.D.A.* 12 (1965) 169ss., soprattutto 187; M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, 225ss.; Id., *I fondamenti cit.*, 21; F. Wieacker, *Ius e lex in Roma arcaica*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli 1984, 3105ss., in particolare 3107.

Gai Inst. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.* Sul significato di questo testo, cfr. F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part II: Commentary*, Oxford 1952.

Pomp., Dig. 1.2.2.12: *[...] est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit [...].*

Pomp., Dig. 1.2.2.5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.*

²⁵ *Gai Inst.* 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus [...].*

Pap., Dig. 1.1.7 pr.: *Ius autem civile est, quod ex legibus [...] venit.*

Cic., Top. 5.28: *[...] Ius civile dicat id esse quod in legibus [...] consistat [...].*

Cic., De Inv. 2.22.65: *[...] Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.* Riguardo a questo passo, cfr., più nel dettaglio, G. Aricò Anselmo, *Partes iuris*,

testamenti godevano della stessa autorità riconosciuta allo *ius testamentorum lato sensu*, che tali regole completava e perfezionava.

Una simile interazione si desume chiaramente dalla difesa di Balbo da parte di Cicerone, in un caso che non aveva alcuna implicazione testamentaria: l'Arpinate, in particolare, menziona la ratifica, da parte degli antenati, di «*innumerabiles aliae leges de iure civili*», ma si limita a citare, tra queste, la *Lex Furia testamentaria* (legge del 200 a.C. in materia di legati, il quale, come noto, stabiliva che i legati non potevano superare il valore di 1000 assi e per l'eventuale eccedenza, se incamerata, il legatario era tenuto a pagare una multa di quattro volte tanto), nonché la *Lex Voconia de mulierum hereditatibus* (provvedimento legislativo del 169 a.C., anch'esso in materia dei legati, che non solo limitò la capacità delle donne di ricevere per testamento, ma statuiti altresì che l'erede non potesse ricevere meno del legatario), essenzialmente dedicate alla devoluzione testamentaria²⁶. Qualche anno prima della *Pro Balbo*, lo stesso Cicerone aveva rimproverato a Verre di aver emanato clausole innovative dello *ius civile*, aventi efficacia retroattiva. Al fine di denunciare l'illegittimità e l'eccezionalità di tale pratica, l'Arpinate aveva fatto riferimento a «*omnes leges ... de iure civili*», ma si era limitato a citare, oltre alla *Lex Voconia*, che costituiva l'argomento principale del dibattito, soltanto la *Lex Atinia* e la già menzionata *Lex Furia testamentaria*²⁷. Non solo: nel medesimo contesto, Cicerone aveva ricordato che il principio di retroattività non poteva essere applicato neppure alle leggi che, senza introdurre nuove norme, si limitavano a fissare un quadro repressivo dei fatti da sempre considerati alla stregua di reati e, tra le leggi *ceterae complures*, l'Arpinate aveva richiamato la *Lex Cornelia testamentaria*, seguita da quella *nummaria*²⁸. Quattro secoli dopo la promulgazione della *Lex Furia*, infatti, nei *Tituli pseudo-ulpiani* viene ancora fatto riferimento a questa norma, ormai obsoleta, per illustrare un esempio di una *lex minus quam perfecta*²⁹.

Il ruolo cruciale riconosciuto alla legislazione in materia successoria ha fatto sì che, per dimostrare la validità di un testamento, di un'eredità o, più semplicemente, di un titolo di proprietà da essi derivante, non ci si accontentò di far valere l'applicazione di norme di legge o il rispetto della volontà del testatore, ma si insistette, specificamente ed indipendentemente dalle regole generali dello *ius*, sul rispetto delle leggi successorie. Così, nella *Pro Caecina*, Cicerone riferisce che l'eredità pertiene maggiormente allo *ius civile* e alle leggi che lo garantiscono che al testatore. Questa affermazione è avvalorata da due esempi: il primo riguarda il ruolo dello *ius civile* nell'attribuzione per via ereditaria del diritto di proprietà, mentre il secondo concerne il ruolo delle leggi «*fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a*

in A.U.P.A. 39 (1987) 45ss., soprattutto 50s.; nonché V. Giodice Sabbatelli, *Gli iura populi Romani nelle Istituzioni di Gaio*, Bari 1996, 47ss.

²⁶ Cic., *Pro Balb.* 8.21: *Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus; innumerabiles aliae leges de civili iure sunt latae; quas Latini voluerunt, adsciverunt; ipsa denique Iulia, qua lege civitas est sociis et Latinis data, qui fundi populi facti non essent civitatem non haberent [...]*. In merito a questo testo, cfr. J. Harries, *Cicero and the law*, in G. Powell, J. Paterson (curr.), *Cicero the advocate*, Oxford 2004, 147ss., in particolare 161.

Cfr. anche *Paul. Sent.* 4.8.20(22): *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione effectum est.*

²⁷ Cic., *In Verr.* 2.1.42.109: *De iure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnis praeterea de iure civili [...]*.

²⁸ Cic., *In Verr.* 2.1.42.108: *In lege Voconia non est "fecit fecerit", neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus ut ante facta in iudicium non vocentur; Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat ex certo tempore.*

²⁹ *Tit. Ulp.* 1.2: *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.*

*legibus»*³⁰.

In una declamazione attribuita a Quintiliano venne proposta una definizione di *testamentum* che, pur non essendo propriamente tecnica, rifletteva l'idea che la società romana doveva avere del testamento, nella quale *ius* e *lex* erano chiamate, separatamente, a ratificare la volontà del testatore³¹. Di nuovo Cicerone, nella seconda orazione contro Verre, in merito alla controversia testamentaria incentrata sulla retroattività della *Lex Voconia* insisteva ripetutamente sui diversi elementi, di natura sia giuridica che sociale, che suffragavano la tesi della validità del testamento di Publio Annio Asello, che istituiva erede la figlia Annia³².

La centralità della legislazione in materia testamentaria nel quadro delle *leges publicae* che disciplinavano le situazioni giuridiche dei singoli rivela però soltanto un aspetto dei complessi rapporti intercorrenti tra *lex* e *testamentum*. Questi due termini, infatti, dovevano essere già associati nell'ambito di equazioni che dovevano, allo stesso tempo, essere intese in termini di antitesi e di analogia, se non addirittura di identità, molto prima che i comizi invadessero la sfera dell'autonomia privata del cittadino e si impegnassero ad imporre un equilibrio tra le ultime volontà del *privatus*, fino ad allora sovrane, e la realtà mutevole di una città in piena espansione.

L'aspetto antitetico del binomio *lex – testamentum*, che dà luogo ad una interpretazione di quest'ultimo in termini di divisione e classificazione piuttosto che di opposizione o antagonismo, si manifesta in una serie di brani provenienti dall'opera di Cicerone, che pongono fianco a fianco la sfera del *publicum* con quella del *privatum*. Infatti, In alcuni luoghi della *Pro Caecina*³³, delle

³⁰ Cic., *Pro Caec.* 26.74: *Mihi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab eis a quibus illa ipsa nobis relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.* Su questo brano, cfr., più approfonditamente, P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*, Milano 1952, 39s.; F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, 35; Frier, *The rise* cit., 185 e 239s.

³¹ Ps.-Quint., *Decl. min.* 308: *Quid est enim testamentum? Ut opinor voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis.* Per un'analisi di questa declamazione, cfr., nello specifico, A.M. Rodríguez Gonzalez, *Duo testamenta (Ps.-Quint. decl. min. 308). El derecho en la escuela*, in *Athenaeum* 2 (2013) 569ss.; nonché, da ultimo, F. Lamberti, *Testamenta e propinquitas nella Declamatio minor 308 (duo testamenti)*, in L. Garofalo, L. D'Amati (curr.), *Scritti per Francesco Maria Silla*, Napoli 2024, 405ss.

³² Cic., *In Verr.* 2.1.41.104: [...] *Is cum haberet unicam filiam neque census esset, quod eum natura hortabatur, lex nulla prohibebat, fecit ut filiam bonis suis heredem institueret. Heres erat filia. Faciebant omnia cum pupilla, leges, aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo iuris eius quod erat tum cum Asellus est mortuus.*

Cic., *In Verr.* 2.1.42.107: [...] *Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annii fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum [...].*

Cic., *In Verr.* 2.1.44.113: *Homo importunissime, cur tantam iniuriam P. Annio mortuo fecisti? cur hunc dolorem cineri eius atque ossibus inussisti, ut liberis eius bona patria — voluntate patris, iure, legibus tradita — eripere [...].*

Un siffatto vocabolario sarà nuovamente adoperato da Cicerone nel corso della sua requisitoria contro l'amministrazione della giustizia in Sicilia da parte di Verre, anche se in questa ipotesi ci si trova di fronte alla legislazione siracusana, il che probabilmente giustifica l'assenza del ricorso al termine *ius* (Cic., *In Verr.* 2.2.18.46: *Eripis hereditatem quae venerat a propinquo, venerat testamento, venerat legibus*).

Per una lettura in chiave giuridica di questi testi, cfr., a titolo meramente esemplificativo, Voci, *Diritto ereditario romano. Volume Secondo* cit., 670; A. Watson, *The law of succession in the later Roman Republic*, Oxford 1971, 29s.; L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli 1972, 100s.; R. Vigneron, *L'antifeministe loi Voconia et les Schleichwege des Lebens*, in *Labeo* 29 (1983) 140ss., in particolare 149; A. Weishaupt, *Die lex Voconia*, Köln-Weimar-Wien 1999, 8s.; nonché, più di recente, A. McClintock, *Un'analisi giuridica della lex Voconia*, in *T.S.D.P.* 10 (2017) 1ss., soprattutto 9ss.

³³ Cic., *Pro Caec.* 18.51: [...] *Quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudicia aut stipulationes aut pacti et conventi formula [...].*

*Partitiones oratoriae*³⁴ e del *De oratore*³⁵, spesso invocati dagli storici del diritto nella ricerca di una linea di demarcazione tra *ius publicum* e *ius privatum*, le *tabulae* testamentarie sono citate non solo in quanto fonte rilevante e documento principale del diritto privato, ma soprattutto esse vengono puntualmente confrontate con la *lex*, primo elemento creativo del diritto pubblico³⁶. Questa corrispondenza o, più precisamente, questa simmetrica antitesi, le cui implicazioni sia giuridiche che sociali sono di evidente significato, è altresì esplicitamente confermata da un altro testo dell'Arpinate, tratto dalle Filippiche, in cui Cicerone, senza nascondere i due termini in questione in mezzo ad un lungo elenco di fonti ed istituzioni giuridiche, proclama che «*in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*» (Cic., *Phil.* 42.109).

La correlazione tra *lex* e *testamentum* non è sfuggita neanche all'autore delle *Declamationes* pseudo-quintiliane, il quale non manca di rilevare che la distinzione *publicum (lex) - privatum (testamentum)* rivela il suo carattere di antagonismo inconciliabile, che conduce alla subordinazione del testamento alla *lex publica*³⁷.

Se le fonti letterarie alle quali si fa riferimento insistono sul fattore che differenzia la *lex* dal *testamentum*, cioè il fatto che mentre la prima è prodotta dal popolo, la seconda discende dalla volontà dei privati, determinando tale distinzione l'ambito dello *ius publicum* e quello dello *ius privatum*³⁸, i passaggi presi in considerazione tacciono però sulle autentiche ragioni che giustificano il parallelismo al quale queste due istituzioni sono costantemente sottoposte. Si rende necessario, pertanto, ricercare altrove dette ragioni.

³⁴ Cic., *De part. or.* 37.130: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulation.* Con riferimento a questo passo, cfr., nello specifico, Lombardi, *Il concetto cit.*, 472ss.; C. Gioffredi, *Ius, lex, praetor*, in *S.D.H.I.* 13-14 (1947-48) 7ss., soprattutto 88s.; Grosso, *Problemi generali cit.*, 86s. e 91 ss.; Biondi, *Lex e ius cit.*, 191; M. Kaser, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in O. Behrends, M. Diesselhorst, H. Lange, D. Liebs, J.G. Wolf, C. Wollschläger (curr.), *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, 90ss., in particolare 91 s. e 104; G. Aricò Anselmo, *Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *A.U.P.A.* 37 (1983) 445ss., soprattutto 510 ss.

³⁵ Cic., *De or.* 2.27.116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua [...].*

³⁶ Cic., *Top.* 26.96: [...] *Iam hoc perspicuum est, non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere [...].* Per quel che concerne questo brano, cfr., per tutti, Aricò Anselmo, *Partes iuris cit.*, 65.

Cic., *De part. or.* 21.107: *Sed in gravissimis firmamentis etiam illa ponenda sunt, si qua ex scripto legis aut testamenti aut verborum ipsius iudicii aut alicuius stipulationis aut cautionis opponuntur defensionem contraria. Ac ne hoc quidem genus in eas causas incurrit quae coniectura continentur; quod enim factum negatur, id argui non potest scripto. Ne in definitionem quidem venit genere scripti ipsius; nam etiamsi verbum aliquod de scripto definiendum est quam vim habeat, ut cum ex testamentis quid sit penus aut cum ex lege praedii quaeritur quae sint ruta caesa, non scripti genus sed verbi interpretatio controversiam parit.*

Rhet. ad Her. 2.9.13: *Cum voluntas scriptoris cum scripto dissidere videbitur, si a scripto dicemus, his locis utemur: secundum narrationem primum scriptoris conlaudatione, deinde scripti recitatione, deinde percontatione scirentne idonee adversarii id scriptum fuisse in lege aut testamento aut stipulatione aut quolibet scripto quod ad eam rem pertinebit; deinde conlatione quid scriptum sit, quid adversarii se fecisse dicant: quid iudicem sequi conveniat, utrum id quod diligenter perscriptum sit, an id quod acute sit excogitatum; deinde ea sententia quae ab adversariis sit excogitata et scripto adtributa contemnetur et infirmabitur. Deinde quaeretur quid periculi fuerit si id voluisset adscribere, aut num non potuerit perscribi. Deinde a nobis sententia reperietur et causa proferetur quare id scriptor senserit quod scripserit; et demonstrabitur scriptum illud esse dilucide, breviter, commode, perfecte, cum ratione certa. Deinde exempla proferentur quae res, cum ab adversariis sententia et voluntas adferretur, ab scripto potius iudicatae sint. Deinde ostendetur quam periculosum sit ab scripto recedere. Locus communis est contra eum qui, cum fateatur se contra quod legibus sanctum aut testamento perscriptum sit fecisse, tamen facti quaerat defensionem. In merito a quest'ultimo testo, cfr., in particolare, R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 34 s.*

Quint., *Inst.* 7.5.6: [...] *Quod de legibus dico, idem accipi volo de testamentis pactis stipulationibus, omni denique scripto: quod de scripto, idem de voce [...].*

³⁷ Ps.-Quint., *Decl. min.* 374: [...] *Deinde haec lex publica est, ad omnes pertinet: testamentum privatum est. Potentius est quod in albo lego quam quod in testamento [...].*

³⁸ Così Coli, *Il testamento cit.*, 640.

Una prima motivazione potrebbe essere indubbiamente rinvenuta nel fatto che la volontà dei privati, alla stregua di ogni atto giuridico derivante dalla *voluntas* dei cittadini, costituiva fonte del diritto civile allo stesso modo della legge. Tale preminenza, già obsoleta ai tempi di Gaio e Papiniano, costituiva parte integrante dei principi giuridici vigenti alla fine della Repubblica: è ancora una volta Cicerone a riferire che «*Ius omne nostrum est non solum in legibus publicis positum sed etiam in privatorum voluntate*» (Cic., *Pro Balb.* 11.27)³⁹.

Alla base dell'autonomia del privato cittadino in materia testamentaria si trova la Legge delle XII Tavole e in questo caso, più precisamente, la già citata *Tab. 5.3*, che esprime il noto principio in base al quale «*uti legassit suae rei, ita ius esto*». Le linee generali di questa statuizione non sembrano porre particolari problemi: essa esprime la regola secondo cui le disposizioni testamentarie dettate dal cittadino relativamente ai propri beni hanno un valore giuridico. Sembra evidente il perfetto parallelismo di questa norma con il potere creativo dello *ius* che la dodicesima *tabula* della Legge delle XII Tavole, secondo quanto tramandato da Tito Livio⁴⁰, attribuiva alle decisioni votate dal popolo. All'obiezione secondo cui altri istituti di diritto privato, quali la *mancipatio* e il *nexum*⁴¹, sono creatori di diritto allo stesso modo della volontà e sono, quindi, suscettibili di essere, a loro volta, paragonati alle *lex publicae*, si potrebbe rispondere osservando che, nel loro caso, si tratta di atti aventi ad oggetto singoli beni e che, quindi, avevano una portata notevolmente limitata rispetto al testamento, che disciplinava il patrimonio nella sua interezza⁴². Similmente, le diverse fonti dello *ius publicum* erano espressione di istituti costitutivi di diritto di portata inferiore a quella della *lex*, da intendersi quale manifestazione della volontà suprema dell'intero popolo, alla quale si faceva ricorso, in età repubblicana, per le questioni più serie e che poteva essere annullata solo da un'altra legge, allo stesso modo di quanto accadeva per il testamento.

Una seconda spiegazione, volta a giustificare la stretta relazione tra questi due concetti, integrando ed andando al di là di quella fondata sulla loro parità funzionale come fonti creative di diritto, risiede nella pura e semplice equivalenza tra *lex* e *testamentum*, almeno con riferimento al diritto arcaico e preclassico. Ancora una volta, il punto di partenza è costituito dalla più volte richiamata terza regola della quinta *tabula* della Legge delle XII Tavole. Se gli studiosi sono concordi nel collegare il sintagma *uti legassit* alle disposizioni di ultima volontà, essa restano tuttavia divisi circa il significato da attribuire al verbo *legare* e, quindi, sulla natura e la portata di tali disposizioni. Per alcuni di essi, *legare* significa affidare il compito di fare qualcosa, ma anche designare qualcuno come sostituto, come 'legato'⁴³. Una siffatta interpretazione sembra porre più problemi di quanti effettivamente ne risolva: non solo, come è stato autorevolmente osservato⁴⁴, essa non specifica la persona a cui tale incarico veniva affidato, ma si pone altresì in contrasto con il concetto di *legare suae rei* riferito da Gaio.

L'opinione più diffusa attribuisce al verbo adoperato dalla Legge delle XII Tavole il significato di 'lasciare in eredità' (*legata dare*). La prima critica rivolta a questa teoria è di ordine linguistico e consiste nella difficoltà di ammettere che nel V secolo a.C. il verbo *legare* possa aver avuto il significato tecnico di 'lasciare in eredità', che conosciamo in epoca storica. L'obiezione essenziale, tuttavia, riguarda la natura stessa dell'atto giuridico in questione, che, secondo la testimonianza concordante di diverse fonti⁴⁵, non poteva essere limitata ai legati, ma riconosceva al testatore una

³⁹ Nello stesso senso Cic., *De part. or.* 28.100: *Quarum causarum genus est positum in iure civili quod est in privatarum rerum lege aut more positum* [...]. In tema, cfr., più nel dettaglio, Aricò Anselmo, *Ius publicum* cit., 726s.

⁴⁰ Liv., 7.17.12: *In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse.*

⁴¹ *Tab. 6.1: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto.*

⁴² In tal senso, cfr. Stern, *Aspects* cit., 38.

⁴³ In questi termini, cfr. soprattutto Solazzi, *Diritto ereditario* cit., 46; Lévy-Bruhl, *Nature* cit., 260; Gaudemet, «*Uti legassit...*» cit., 111.

⁴⁴ B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, II ed., Milano 1955, 40.

⁴⁵ Il riferimento è ai brani riportati in Pomp., Dig. 50.16.120; Ulp., Dig. 50.16.130; Gai Inst. 2.224; Inst. Iust. 2.22 pr.;

latissima potestas nella disposizione della totalità dei suoi beni.

Pertanto, deve ritenersi preferibile una terza interpretazione, secondo cui *legare* significherebbe *legem dicere*⁴⁶, e, pertanto, la *lex suae rei dicta* in questione non sarebbe altro che l'insieme delle norme che, provenendo dalla volontà unilaterale del cittadino espressa nelle forme del diritto privato⁴⁷, costituisce il testamento. Nonostante, a quanto pare, il diritto privato avesse perso la sua efficacia normativa nel diritto classico, il Digesto contiene numerosi riferimenti alla *lex dicta*⁴⁸ e al *legem testamento dicere*⁴⁹. Ma soprattutto, nel *testamentum civis Romani Gallicae nationis* (in FIRA 3.49), risalente al periodo tra il II e il I secolo a.C., le clausole relative alla disciplina della tomba in cui il *de cuius* intendeva essere sepolto terminano con la frase «*loco autem huic lex in perpetuum dicitur*»⁵⁰. Quanto all'autore, anch'esso anonimo, della *laudatio Turiae* (in FIRA 3.69), orazione funebre di una matrona romana datata tra l'8 e il 2 a.C., egli dimostra che le ultime volontà dei testatori - e delle testatrici - erano effettivamente percepite dagli eredi come leggi: «*legem habui mandata tua*»⁵¹.

Al di là di queste ricostruzioni, sarà utile soffermarsi su alcuni tratti che confermano il carattere di *lex* proprio del testamento. Innanzitutto, fondamentale è il suo potere costitutivo di *ius*, che, in pratica, trova la sua concretizzazione più evidente nel dovere dell'erede di rispettare i diritti attribuiti per testamento ai terzi, legatari o schiavi liberati⁵². In secondo luogo, non può omettersi di considerare la forma imperativa con cui sono scritte le clausole testamentarie, a cominciare dalle istituzioni ereditarie⁵³, che, secondo la nota definizione adoperata da Gaio nelle *Institutiones*, costituiscono il «*caput atque fundamentum totius testamenti*» (Gai Inst. 2.229). Pertanto, soltanto il confronto con la *lex publica* è in grado di offrire una spiegazione soddisfacente della regola per la quale «*prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est*»⁵⁴, che consentiva la revoca del testamento a condizione che fosse sostituito da un altro, così come accadeva per le *leges publicae*, per le quali vigeva il già ricordato principio decemvirale secondo cui «*quod postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*».

Tuttavia, tali punti in comune non esauriscono la problematicità della relazione tra *lex* e

Cic., *De inv.* 2.50.148 e *Rhet. ad Her.* 1.13.23, già citati in precedenza.

⁴⁶ Questa tesi è stata sostenuta, in particolare, da Biondi, *Successione testamentaria* cit., 40s.; Coli, *Il testamento* cit., 626; Grosso, *I legati* cit., 13; Di Lella, *Querela* cit., 8s.; Magdelain, *Les mots* cit., 165; E. Nardi, *I significati storici del verbo lego come termine giuridico*, in *S.D.H.I.* 63 (1997) 293ss.

⁴⁷ In questa direzione, cfr. specialmente V.A. Georgesco, *Essai d'une théorie générale des leges privatae*, Paris 1932, 37; G. Tibiletti, *Leges dictae*, in *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano 1955, 179ss., in particolare 181; M. Kaser, *Ius publicum und ius privatum*, in *Z.S.S.* 103 (1986) 1ss., soprattutto 94s.

⁴⁸ Paul., Dig. 23.4.20.1: *Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim suae rei dicit: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet.*

Pomp., Dig. 23.4.7: *Cum dos filiae nomine datur, optimum est pactum conventum cum utroque generum facere, quamquam initio dotis dandae legem quam velit etiam citra personam mulieris is qui dat dicere possit [...].*

⁴⁹ Paul., Dig. 28.1.14: *Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse aditamque eius esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet iam pater familias et sui iuris est: nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest.*

Marc., Dig. 30.114.14: *Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere [...].*

⁵⁰ Su questa testimonianza documentale, cfr., nel dettaglio, M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 17, nt. 19.

⁵¹ Per un approfondimento sul contenuto dispositivo *mortis causa* della c.d. *Laudatio Turiae*, cfr. M. Durry, *Éloge funèbre d'une matrone romaine (Éloge dit de Turia)*, 1950, 61; E. Wistrand, *The so-called Laudatio Turiae. Introduction, Text, Translation, Commentary*, Göteborg 1976; D. Flach, *Die sogennante Laudatio Turiae. Einleitung, Text, Übersetzung und Kommentar*, Darmstadt 1991, 109ss.

⁵² Tale è l'opinione, in particolare, di Georgesco, *Essai* cit., 30s.; Grosso, *I legati* cit., 17; Coli, *Il testamento* cit., 642.

⁵³ In questo senso, cfr. Georgesco, *Essai* cit., 29; Tibiletti, *Leges dictae* cit., 181s., Magdelain, *Les mots* cit., 169.

⁵⁴ Così, a proposito di Ulp., Dig. 28.3.2, Coli, *Il testamento* cit., 642.

testamentum. Infatti, secondo molti studiosi⁵⁵, il testamento originario, pronunciato nell'ambito dei *comitia calata* (circostanza dalla quale trae, appunto, il nome di *testamentum calatiis comitiis*), veniva sottoposto alla votazione da parte di questa assemblea e, una volta approvato, diveniva *ipso facto* una *lex publica*. A favore di questa teoria si invocava la stessa convocazione dell'assemblea, alla quale sarebbe stato conferito un potere deliberativo. Inoltre, sono state rinvenute numerose analogie tra la procedura inerente alla citata forma testamentaria e quella dell'*adrogatio*, istituto di diritto privato per il quale era prevista la votazione assembleare, come indicato tra l'altro dal nome stesso⁵⁶, e ciò sulla base del legame esistente tra l'*adrogatio* e la *detestatio* sacrorum, che aveva luogo dinanzi ai *comitia calata*, esattamente come il *testamentum calatiis comitiis*⁵⁷. Al riguardo, è stato però sostenuto che era improbabile che l'intero popolo potesse essere convocato al fine di ratificare un'adozione o magari qualche lascito testamentario di valore trascurabile⁵⁸. Tuttavia, una delle principali obiezioni in merito alla riconducibilità del testamento alla *lex publica comitialis* individua il proprio fondamento, ancora una volta, in un passo delle *Noctes Atticae*, in cui Aulo Gellio, citando Labeone, riferisce che il *testamentum calatiis comitiis* veniva fatto *in populi contione* e, dunque, in modo informale e senza alcuna votazione⁵⁹. Indipendentemente da una considerazione in termini di *lex dicta* piuttosto che come *lex rogata*, il testamento non può essere oggetto di una classificazione assoluta, che lo circoscriverebbe *in privatis*, così come voleva Cicerone. Tra l'altro, fonti giuridiche dello stesso periodo - periodo che vide il declino della competenza pubblica per le *leges dictae* - collegano ancora la volontà alla sfera del diritto pubblico⁶⁰.

Di fronte a questa insormontabile difficoltà, causata dalla duplice paternità alla quale sembra possibile ricondurre il testamento, potrebbe forse essere opportuno rinunciare *una tantum* alla necessità di fissare categorie inamovibili e invalicabili, anche e soprattutto nel momento in cui ci si imbatte in un fenomeno o in un'antica istituzione - come nel nostro caso - di cui non siamo in grado di cogliere interamente la portata⁶¹. In questo senso, è molto verosimile che, come autorevolmente sostenuto da Max Kaser, il testamento costituisca la linea di demarcazione tra *ius privatum* e *ius publicum*⁶², quest'ultimo non necessariamente da intendersi nel suo significato strettamente tecnico, bensì in un senso più generale, finalizzato alla tutela di quelli che lo studioso tedesco chiama *öffentliche Interessen*⁶³, cioè degli interessi pubblici e sociali sottesi al testamento, quali potevano

⁵⁵ Cfr., in particolare, E. Volterra, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in *B.I.D.R.* 48 (1941) 74ss., soprattutto 77, nt. 6; Coli, *Il testamento* cit., 631, nt. 64; Venturini, *Ereditare* cit., 649s.

⁵⁶ Gai Inst. 1.99: *Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis*. In merito al rapporto tra il *testamentum calatis comitiis* e l'istituto dell'*adrogatio*, cfr., per tutti, d'Orta, *Saggio* cit., 105ss.

⁵⁷ In questi termini, cfr., a titolo meramente esemplificativo, Arangio-Ruiz, *Istituzioni* cit., 516; Voci, *Diritto ereditario romano. Volume Primo* cit., 17s.; Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., 268; C. Beduschi, *Hereditatis aditio, I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano 1976, 10, nt. 21; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 678.

⁵⁸ Tesi sostenuta, tra gli altri, da Volterra, *Sulla capacità* cit.; Biondi, *Successione testamentaria* cit., 35; P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum, I. Profili funzionali*, Torino 1976, 178s.; L. Monaco, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 150s.

⁵⁹ Gell., *Noct. Att.* 15.27.3: *Isdem comitiis, quae "calata" appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhiberetur*.

⁶⁰ Pap., *Dig.* 28.1.3: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*. Su questo passo, cfr., più nello specifico, Aricò Anselmo, *Ius publicum* cit., 528; Monaco, *Hereditas* cit., 130; G. Nocera, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *S.D.H.I.* 68 (2002) 1ss., in particolare 47s.

⁶¹ In tal senso, cfr. J. Harries, *Cicero and the Jurists. From Citizens' Law to the Lawful State*, London 2006, 63.

⁶² Così Kaser, *Der Privatrechtsakt* cit., 112, nonché Id., *Ius publicum* cit., 93s. Cfr. anche Nocera, *Ius publicum* cit.

⁶³ Questa è la terminologia adoperata in Kaser, *Der Privatrechtsakt* cit., 104.

essere, ad esempio, quelli relativi alla cittadinanza (ai fini della *testamenti factio*), alle manomissioni, alle adozioni, alla trasmissione dei *sacra* e, a partire dall'età augustea, al pagamento della *vicesima hereditatum*.

Tale lettura pare essere suffragata anche dal ruolo che ancora oggi riveste la volontà testamentaria, rispetto alla quale l'elemento patrimoniale, pur assumendo una rilevanza centrale, non costituisce tuttavia una componente necessaria ed indefettibile della medesima. Nell'ordinamento italiano, per esempio, il comma secondo dell'art. 587 c.c., laddove, mentre al primo comma il testamento viene definito come «un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse», è previsto testualmente che «le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale»; tali disposizioni prendono il nome di atti *post mortem*⁶⁴. Una simile possibilità non era contemplata dal previgente Codice civile del 1865, nella vigenza del quale non poteva essere considerato come testamento un atto che non contenesse disposizioni di beni⁶⁵.

Si potrebbe pacificamente sostenere, in definitiva, che possono considerarsi ancora valide sia la definizione di Ulpiano, per il quale «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*» (*Tit. Ulp. 20.1*), sia quella di Modestino, secondo cui «*Voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*» (*Mod., Dig. 28.1.1*), dal momento che i contemporanei sistemi giuridici di *civil law* disciplinano il testamento quale atto di autonomia privata in grado di permeare ogni aspetto della volontà del *de cuius* dopo e al di là morte, purché non contrario alla legge: non soltanto, dunque, gli interessi relativi alla trasmissione dei beni, ma anche quelli di natura strettamente familiare, sociale e morale. In questo si sostanzia l'equilibrio dei rapporti tra *ius* e *testamentum*, che, ricercato a partire dall'esperienza giuridica romana, ha oggi, grazie a quella tradizione, trovato la sua massima espressione e compiutezza.

Abstract. – Il presente contributo, partendo dal presupposto che l'importanza che una società fortemente improntata sul diritto, qual era quella romana, attribuiva alla pratica testamentaria può essere valutata soprattutto in base all'influenza e alla posizione che il diritto successorio occupava all'interno del suo ordinamento giuridico, intende approfondire l'importanza che lo *ius testamentorum* aveva dapprima nello *ius Quiritium* e poi nello *ius civile*, risultante, peraltro, dalla appartenenza delle norme che originariamente disciplinavano la devoluzione testamentaria alle primordiali regole giuridiche vigenti a Roma, codificate e no, al fine di comprendere meglio la portata del rapporto tra *lex* e *testamentum* e valutarne la persistente centralità nell'ordinamento attuale.

This essay, starting from the assumption that the importance that a society strongly influenced by the law, such as the Roman one, placed on the testamentary practice can be assessed especially on the basis of the influence and position that inheritance law occupied within its legal system, aims to examine in depth the importance that the *ius testamentorum* has first in the *ius Quiritium* and then in the *ius civile*, resulting, moreover, from the belonging of the rules that originally regulated the testamentary devolution to the primordial legal rules in force in Rome, codified or not, in order to better understand the scope of the relationship between *lex* and *testamentum* and evaluate its persistent centrality in the current legal system.

⁶⁴ Quanto ai cc.dd. atti *post mortem*, cfr., nella dottrina civilistica contemporanea, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, IV ed., Milano 2015, 718s.; G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Napoli 2010, 10ss.; nonché, da ultimo, L. Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, II ed., Milano 2023, 912s.

⁶⁵ C.c. 1865, art. 759: *Il testamento è un atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o di più persone.*