

Michele Pedone

*'Voluntas' testamentaria, formalismo,
segretezza e normatività*

SOMMARIO: 1. Alcune osservazioni introduttive – 2. La volontà tra libera sostanza, vincoli di forma e controllo sociale – 3. La normatività della 'voluntas' testamentaria tra pubblico e privato – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Alcune osservazioni introduttive*

Ogni discorso odierno sul volontarismo giuridico nel diritto privato può essere considerato come un dialogo con Savigny (e ovviamente con i grandi giuristi successivi, il cui pensiero si è più o meno espressamente sedimentato, in una serie di stratificazioni, su quello di Savigny)¹. Che si guardi al tema della volontà testamentaria nell'ottica positiva del negozio giuridico o in quella negativa dell'autonomia privata, il testamento è oggi per noi un luogo di volontà. Addirittura, in una certa prospettiva savigniana, si potrebbe essere tentati di considerarlo il luogo privilegiato della volontà: se la volontà negoziale si sostanzia in uno scambio (*Umsetzung*) entro il quale si verifica l'atto di disposizione di una porzione della propria libertà (e cioè del proprio *poter volere*), per così realizzare un risultato giuridico conforme all'assetto di interessi desiderato, il testamento sarebbe – tra i negozi del diritto privato – quello in cui più di ogni altro il volere è meno costretto. Questo perché, per esempio, nel nostro ordinamento il testamento deve essere alieno alla dimensione dello scambio; il divieto dei patti successori esalta l'unilateralità del supremo atto di volontà, e ciò dovrebbe amplificare in capo al testatore il potere di adattare liberamente il testamento al proprio 'vero' volere, in ogni momento della propria esistenza. I principi cardine della revocabilità e modificabilità del testamento, in quest'ottica, fanno di quest'ultimo il regno della signoria della volontà, financo (se non fosse per alcuni, notissimi, limiti imposti positivamente dall'ordinamento) del

¹ Si veda, per non citare che il più recente contributo sul tema, M. SPANÒ, *Ipotesi e materiali per una storia giuridica del volontarismo*, in *Il volere che si fa norma. Quaderno primo. Dialoghi tra giuristi e filosofi*, a cura di T. dalla Massara e G. Rametta, Bologna, 2024, 15 ss.

capriccio del testatore.

A questo punto, la domanda che allo storico del diritto, e in particolare al romanista, oggi più spesso si pone è: ma quanto di tutto questo viene dal diritto romano, quanto di tutto questo effettivamente sussiste a causa del diritto romano dei Romani? La domanda come sempre non è oziosa, tanto più che la cultura contemporanea, cogliendo l'enorme impatto che sulla struttura della società occidentale ha avuto – nelle sue varie stratificazioni storiche – il diritto romano, mostra nei confronti di quest'ultimo un vivissimo interesse². E ciò rende ancora più pregnante la missione dello specialista del diritto romano, perché quest'ultimo – come scriveva Arangio Ruiz e di recente ha ricordato il compianto Cosimo Cascione³ – «è uno strumento delicato, e soltanto chi ne conosca tutte le magagne può evitare di esserne sopraffatto⁴». Ecco allora che, per tanti volenterosi sapienti del tempo in atto, lo *ius* dei Romani rischia di diventare – si perdoni la banale metafora – una sorta di speciale supermercato, una *boutique* dove recarsi occasionalmente per procurarsi quell'ingrediente particolare che difficilmente si trova nella grande distribuzione e che colpisce per la sua esotica raffinatezza.

Ci si intenda: il romanista deve, con sincera gratitudine, rallegrarsi che i più fini pensatori della postmodernità abbiano riscoperto la gravidanza degli archetipi del diritto romano all'interno del codice genetico della nostra cultura e della nostra tecnica. Il punto è che il diritto romano, se non attentamente governato o depurato delle sue millenarie stratificazioni, può trasformarsi in una macchina mitologica⁵, in un dispositivo della fabbricazione del mito, di ciò che per definizione non è verità, ma che al più può avere un tanto suggestivo quanto remoto, vago e – se non riconosciuto – pericoloso fondo di verità (che è cosa diversa dalla verità). Il diritto romano, mal digerito o mal impiegato, rischia di divenire un tesoretto di isolati brocardi cui il latino conferisce, oltre al gusto della colta *trouvaille*, un manto di pretesa autorità, perfetta per tentare di supportare e nobilitare anche la tesi più strampalata. Per esempio, chi volesse sostenere che il testamento è il luogo per antonomasia della volontà sin dal diritto romano avrebbe buon gioco a farlo, allegando il potere che il testatore ebbe, in linea

² Si pensi *e.g.* al recupero degli studi di Johann J. Bachofen sul matriarcato nel contesto della riflessione sul genere, o dell'influenza di Yan Thomas sulle opere di Derrida e di Agamben.

³ G. CASCIONE, *Tre papiri processuali*, in *Index*, XLIX, 2021, 425.

⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Epigrafia cirenaica e il diritto pubblico dell'antichità*, in *Atti del Primo Congresso di Studi Coloniali*, Firenze, 1931, 16, ora in *Studi Epigrafici e Papirologici*, Napoli, 1974, 54.

⁵ Per il concetto v. F. JESI, *Mito*, Milano, 1989, 105 ss.

di principio e per tanta parte dell'esperienza giuridica romana, di diseredare perfino i figli, di disporre in modo libero per fedecommesso, di fare e disfare secondo il proprio arbitrio. E in questa impresa potrebbe – peraltro – avvalersi di citazioni dai più autorevoli giuristi romani, come *latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandæ, ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*⁶, e *in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*⁸.

Di fronte a un simile scenario, lo studioso del diritto romano deve essere un maestro del sospetto⁹, riportare il dibattito un passo indietro facendolo ripartire dalle fonti, confrontarsi con una bibliografia ultramillenaria, e per tali vie destrutturare il mito. La vocazione del romanista dovrebbe essere, in tale contesto, quella di separare dal mito la componente meramente leggendaria e far riemergere la storia, producendo una vestita narrazione del nudo fatto e per tal via riconducendo il discorso il più vicino possibile al noumeno affascinante e irraggiungibile della verità (quella che il padre nobile della storiografia contemporanea, Marc Bloch, *dilexit*).

Va da sé che il tema del rapporto tra normatività e volontà testamentaria può essere esaminato da una molteplicità di prospettive e richiederebbe, per essere esaustivamente trattato, un'indagine ad ampio spettro, le cui dimensioni sono più prossime a quelle di una bibliografia che a quelle di una monografia. Nell'economia dello spazio che occupa in questo laboratorio di ricerca congiunta, questo breve contributo si limiterà a procedere selettivamente per carotaggi e, richiamando *en passant* alcuni celebri testi, intende, piuttosto che svolgerne una compiuta esegesi, problematizzarne i contorni nell'ottica di un raffronto tra distinti paradigmi di normatività della *voluntas testatoris*.

2. La volontà tra libera sostanza, vincoli di forma e controllo sociale

Nell'affrontare il problema della volontà testamentaria che si fa norma, ineludibile appare il problema del rapporto tra il diamante allo stato grezzo che è la libera volontà del testatore, e il nutrito complesso di limiti estrinseci che già l'ordinamento giuridico romano arcaico imponeva all'espres-

⁶ Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 50.16.120; v. oltre, § 3.

⁷ Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.4.

⁸ Paul. 3 *ad Sab.* D. 50.17.12.

⁹ Per il concetto v. P. RICOEUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965.

sione della medesima. L'ultima volontà, per potersi fare norma, richiedeva innanzitutto di essere associata a una serie di presupposti che fungevano da barriera alla possibilità di disporre per testamento. Tali requisiti si devono dare per conosciuti nella loro sostanza e qui non possono che essere richiamati in modo cursorio.

In primo luogo, la *testamenti factio* cd. attiva. I moderni interpreti del diritto romano insistono, a tal riguardo, sulla combinazione di capacità naturale (elemento che esalta la volontarietà profonda dell'atto dispositivo) e capacità giuridica; la perdita di quest'ultima – talora conseguente a un trattamento sanzionatorio, talora allo sfortunato accidente della *captivitas* – era idonea a caducare la *voluntas* del defunto, pur compiutamente e ritualmente espressa in origine (salvi i noti temperamenti introdotti, con l'approvazione della *lex Cornelia*, in favore del testamento del cittadino caduto in prigionia¹⁰).

Poi, alla volontà di disporre liberamente per testamento era imposta tutta una congerie di elementi ulteriori, inerenti al procedimento di confezione del testamento. Si tratta di prescrizioni che costringono il testatore ad attenersi ad alcuni vincoli formali, che si atteggiano in maniera diversa nel corso della lunga storia dell'esperienza giuridica romana. La nostra principale – se non unica – fonte sui più antichi tra questi vincoli è, come noto, Gaio. In Gai 2.101¹¹ il giurista antoniniano si concede un breve *excursus* storico sulle prime tipologie di testamento in uso a Roma, e appunto ci ragguaglia sull'esistenza del *testamentum calatis comitiis* e di quello *in procinctu*. Amplicissimi squarci delle relative vicende – l'origine di tali forme testamentarie, quali comizi fossero coinvolti, chi potesse parteciparvi (se tutti i partecipanti al comizio potessero testare o solo quelli senza eredi propri), quali tipologie di disposizioni fossero ammesse, la durata e la revocabilità di tali atti fintantoché il testatore fosse rimasto in vita, ecc. – rimangono coperti dal cono d'ombra del silenzio delle fonti primarie. Gli unici punti fermi che, a prestar fede a Gaio, sembrerebbe di poter ricavare sono la natura pubblica del procedimento, al quale partecipava l'assemblea popolare o l'esercito schierato (seppur, per quest'ultimo caso, non risulti chiaro se all'atto come testimone dovesse prender parte tutto l'esercito, parte di esso o solo un piccolo numero di commilitoni); la puntualità

¹⁰ V. per tutti H.J. WOLFF, *The 'Lex Cornelia de Captivis' and the Roman Law of Succession*, in *TR*, XVII, 1941, 136 ss.

¹¹ *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.*

delle circostanze di tempo e luogo in cui si poteva testare, dal momento che le tempistiche di convocazione del comizio *testandi gratia* non erano certo rimesse all'iniziativa del disponente¹² e che la partecipazione a eventi bellici – per quanto frequenti essi fossero nell'antichità romana – sfuggiva evidentemente a logiche di prevedibilità¹³.

Passando all'età decemvirale, è cosa nota che il versetto Tab. 5.3¹⁴ viene considerato come un punto di riferimento fondamentale in merito alla possibilità per il *pater familias* di trasferire propri diritti con *mancipatio familiae*, l'atto che – sempre stando a Gaio – avrebbe fornito il dispositivo di trasmissione della proprietà sotteso al *tertium genus testamenti*, quello *per aes et libram*¹⁵. È appena il caso di notare che, anche per questa fase storica, su tanti aspetti – anche essenziali – gli elementi traditi dalle fonti sono ben pochi, e su molti di essi non c'è unità di vedute in dottrina, con tesi disparate, ciascuna delle quali suffragata da argomenti non futili¹⁶. Sia che il ver-

¹² L'opinione più diffusa è che il *comitium* fosse convocato due volte l'anno: T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, in *Comparative Succession Law*, I, a cura di K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford, 2011, 3.

¹³ Una panoramica sulle forme testamentarie arcaiche in C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu*, Torino, 2020.

¹⁴ *Uti legassit [super pecunia tutelave] suae rei, ita ius esto*. Per la ricostruzione testuale qui accolta v. M.F. CURSI, *La 'mancipatio' e la 'mancipatio familiae'*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, I, a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 357 e M. HUMBERT, *La loi des XII tables Édition et commentaire*, Rome, 2018, 183 ss. Per una discussione critica dettagliata del testo del versetto e sul relativo dibattito v. D. DI OTTAVIO, *Uti legassit ... ita ius esto. Alle radici della successione testamentaria in diritto romano*, Napoli, 2016. Una diversa ricostruzione è proposta da B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5.3 ('Uti legassit...', ita ius esto)*, in *AUPA*, XLV.1, 1998, 33 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 505 ss.

¹⁵ In dettaglio sul rapporto tra *mancipatio familiae* e *testamentum per aes et libram* v. F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'*, I. *Ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riferimento al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011. A tali istituti nella prospettiva delle 'situazioni affidanti' ha recentissimamente guardato, in questa Serie, F. BERTOLDI, *Le situazioni affidanti negli atti di ultima volontà*, Roma, 2025, 31 ss. In senso assolutamente critico rispetto a questa ricostruzione v. M. HUMBERT, *La loi*, cit., 191 ss., il quale ritiene che la norma fosse originariamente dettata con riguardo al testamento comiziale.

¹⁶ In particolare, assai discussa è la cronologia dell'insorgenza della *mancipatio familiae* rispetto alla legislazione decemvirale e alla tipizzazione del *testamentum per aes et libram*. F. TERRANOVA (*Ricerche* cit., in specie 265 ss.) ne sostiene l'emersione già in età predecemvirale, almeno nei suoi elementi archetipici essenziali. A un'evoluzione che parte dalla *mancipatio familiae* di età decemvirale e si consolida attorno al II sec. a.C. pensa M. AVENARIUS, *'Ordo testamenti'. Pflichtdenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht*, Tübingen, 2024, 102. V. anche oltre, ntt. 30, 31, 32.

setto decemvirale recepisca una prassi già accettata, sia che abbia elementi innovativi, ciò che sembra potersi dire con buona certezza è che con la metà del V sec. a.C. si assiste a un impiego strumentale della *mancipatio* al fine di consentire al *mancipio dans* di disporre di proprie *res* per il tempo successivo alla propria morte, tramite l'espedito della vendita fiduciaria in favore dell'*accipiens* alla presenza del portatore di bilancia e dei testimoni. Se e come tale atto – formalmente *inter vivos*, sostanzialmente *mortis causa* – si coniughi con le due preesistenti forme di testamento è oggetto di più o meno persuasive speculazioni, che risentono delle enormi incertezze sulla configurazione dei *duo genera quae ab initio fuerunt*. Ma una cosa sembra sicura: le XII tavole riconoscono o attribuiscono un valore normativo (*ius esto*) alla *voluntas* del *mancipio dans*, consentendogli almeno in una certa misura di fissare un assetto di interessi tramite un atto che – a differenza di quanto accadeva con le ricordate forme testamentarie arcaiche di cui in Gai 2.101 – si svolge tra privati. Non è chiaro se il disposto decemvirale sancisca la validità e l'efficacia del solo trasferimento al *mancipio accipiens* (come si potrebbe forse argomentare a partire dal parallelo con l'omologa norma sul *nexum*¹⁷), rimettendo al piano etico-valoriale della *fides* l'assolvimento dell'incarico da costui assunto, o se attribuisse già *ab origine* tutela giudiziale e coercibile al beneficiario individuato nella *lex mancipii*, portando sul piano dello *ius* – e quindi della norma propriamente detta – l'efficacia della *suprema voluntas* del *mancipio dans*¹⁸. Del resto, è impossibile (se non ozioso) discutere dell'originario intento normativo sotteso a Tab. 5.3 fintantoché non si abbia conoscenza di un dato che rimane, invece, ignoto, e cioè il momento in cui è emersa la clausola di istituzione di erede nella *mancipatio familiae*; e ogni riflessione su questo punto ha come necessario postulato logico il vero arcano del diritto arcaico delle successioni, e cioè il tempo in cui giunse a maturazione il concetto, l'idea 'astratta' di *hereditas / familia* come complesso di beni di cui si potesse disporre in blocco¹⁹.

Questo processo, sia come sia, può considerarsi giunto a termine nel momento in cui la *mancipatio* assunse in modo compiuto i connotati di *mancipatio familiae* (e dunque dell'universalità di diritti trasmissibili) e si tipizzò a tutti gli effetti in un testamento in senso traslato: non solo atto che si doveva svolgere di fronte a testimoni, ma disposizione universale *mortis*

¹⁷ Tab. 6.1, su cui v. R. CARDILLI, *Il 'nexum' e l'oportere' nelle XII tavole*, in *'XII tabulae'*, I, cit., 401 ss.

¹⁸ In tema v. ancora F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., *passim* e in specie 257 ss., con ampia panoramica bibliografica del dibattito storiografico sul punto.

¹⁹ B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 424 ss.; ancora, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 216.

causa, in cui il ruolo del *familiae emptor* diveniva effettivamente simbolico (*propter veteris iuris imitationem*²⁰), astrattamente assimilabile a quello dell'odierno esecutore testamentario. L'evoluzione in parola è certamente già avvenuta al momento dell'approvazione della *lex Furia testamentaria* (204-169 a.C.²¹). Ad ogni modo, nel corso di tutto quanto il percorso storico fin qui riepilogato, il segno *testamentum* rimase pienamente aderente anche al proprio senso originario, poiché colui che intendeva disporre dei propri beni necessitava – al fine di ottenere l'effetto giuridico – della partecipazione formale di cinque altri soggetti convocati specificamente *ad testandum*²², cui si aggiungevano il *libripens* e soprattutto il *familiae emptor*, che – pur formalmente – doveva sommare la propria volontà a quella del *mancipio dans*, facendo in modo che l'atto complesso potesse validamente concludersi. Insomma, ne risulta un quadro in cui non sembra che il testatore potesse decidere di manifestare in modo estemporaneo la propria volontà affinché essa si facesse norma e gli sopravvivesse con l'ausilio del diritto.

Oltre alla presenza di un pubblico di testimoni e del *familiae emptor*, il testamento richiedeva l'osservanza di altri requisiti formali, che irreggimentavano lo spazio della volontà individuale entro i canali di una tipizzazione fissata dallo *ius civile* sul piano precettivo. Ci si riferisce qui all'emersione dei ben noti elementi formulari e sostanziali prescritti per la validità del testamento²³: la necessità di far principiare gli atti dispositivi con l'istituzione di erede, *caput et fundamentum ... totius testamenti* (Gai 2.229); l'onere, per il testatore, di istituire o diseredare i *sui*; l'obbligo di pronunciare *certa verba*, clausole letterali rigidamente prestabilite ai fini dell'efficacia delle varie disposizioni, e così via.

Una parte di questi stretti vincoli sarà superata, tra gli ultimi secoli della repubblica e i primi del principato, grazie a una serie di evoluzioni

²⁰ Gai 2.103.

²¹ Per la datazione ci si rifà a G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, 282 s., ancora seguito anche da D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. Ferrary, Pavia, 2012, 730 e M. AVENARIUS, *'Ordo'*, cit., 278 s.

²² Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21.2: *In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorientur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.* V. e.g. G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 315.

²³ Per una visione d'insieme sull'argomento v. T. RÜFNER, *Testamentary Formalities*, cit., 1 ss.

introdotte dal diritto pretorio²⁴, dalla giurisprudenza in modo diretto²⁵ e tramite la sua influenza sulla legislazione imperiale, come per il caso del riconoscimento augusteo del valore di codicilli e fedecommissi²⁶ o del superamento adrianeo della rigida distinzione formale tra legati e prelegati²⁷. Quasi certamente alla giurisprudenza repubblicana si deve, peraltro, una delle più longeve trasformazioni del negozio testamentario, e cioè la trasposizione del contenuto in *tabulae* scritte, cui si rinviava mediante il noto espediente – sempre ricordato da Gaio²⁸ – della menzione della presenza materiale delle medesime all'interno della rituale *nuncupatio* pronunciata dal *mancipio dans*. La progressiva affermazione del testamento scritto sarebbe, nel corso del tempo, stata agevolata dal diritto pretorio e in definitiva da un rescritto di Antonino Pio (citato da Gai 2.120): all'esito di questo percorso, purché sussistessero le tavole scritte e sigillate da sette testimoni, colui che ivi fosse stato designato come erede avrebbe potuto richiedere e ottenere – con preferenza rispetto all'erede civile *ab intestato* – il possesso dei beni ereditari, pur in assenza di requisiti fissati dallo *ius civile* per il *testamentum per aes et libram* (come, appunto, la pronuncia della formula nuncupativa o la *mancipatio familiae*).

L'abbondante documentazione disponibile²⁹ ragguaglia sul fatto che per lungo tempo l'affermazione del testamento librato non fece venir meno la rigida struttura dell'atto: la sequenza e tipologia delle disposizioni, così come l'impiego delle relative formule, poté semplicemente transitare dal piano della compiuta manifestazione orale a quello del documento.

La scrittura – che per certi versi potrebbe sembrare ininfluenza nell'esame dello spazio concesso alla volontà testamentaria – interseca il tema della libertà della *suprema voluntas* in almeno due punti.

²⁴ T. RÜFNER, *Testamentary Formalities*, cit., 6 ss.

²⁵ Sul punto, v. e.g. M. AVENARIUS, *Formularpraxis römischer Urkundenschreiber und ordo scripturae im Spiegel testamentsrechtlicher Dogmatik*, in *'Ars iuris'. Festschrift für O. Behrends zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller, Göttingen, 2009, 27 ss.

²⁶ Il noto parere di Trebazio Testa e altri giuristi ad Augusto è riportato da I. 2.25 pr.; per una recentissima e sintetica panoramica v. F. BERTOLDI, *Le situazioni*, cit., 45 ss.

²⁷ Il percorso che, tramite la giurisprudenza proculiana e l'intervento di Adriano, porta alla liceità del suo impiego anche a beneficio di soggetti diversi dagli eredi è descritto in Gai 2.216-221.

²⁸ Gai 2.104.

²⁹ M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966; L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto*, Torino, 1988; M. NOWAK, *Wills in the Roman Empire*, Warsaw, 2015; da ultimo, L. COLELLA, *I testamenti dei cittadini romani d'Egitto tra storia sociale e prassi giuridica*, Wiesbaden, 2024.

Il primo punto è quello della segretezza. Guardando retrospettivamente al diritto romano si insiste spesso sulla *latissima potestas* del testatore, sottolineando la sua facoltà di disporre istituzioni di erede e diseredazioni, legati (e, dall'età augustea, fedecommissi), condizioni e oneri, sostituzioni pupillari, tutela delle donne e degli impuberi, manomissioni. A grandi poteri, tuttavia, corrispondevano anche grandi responsabilità (sociali), perché fino all'introduzione del testamento pretorio era richiesto di esprimere la *voluntas* in una dichiarazione orale palese (davanti a tutto il popolo, nel *testamentum calatis comitiis*; all'esercito, nel *testamentum in procinctu*; ai testimoni, al *libripens* e al *familiae emptor* nella *mancipatio familiae*). Per la sensibilità del giurista contemporaneo è di tutta evidenza quanto l'impossibilità di disporre in segretezza potesse influenzare, e in una certa misura anche coartare, la *voluntas* del testatore, il quale – pur avendo, in punto di diritto, un'amplissima discrezionalità – per i primi secoli dell'esperienza giuridica romana doveva fronteggiare un penetrante controllo sociale sulle sue decisioni su come disporre del proprio patrimonio e della propria famiglia.

Il secondo punto è quello della revocabilità del testamento. Si è discusso, ancora in tempi recenti, sulla revocabilità della *mancipatio familiae*, con esiti interpretativi differenziati in base al fatto che si voglia sostenere l'efficacia immediata o differita del trasferimento dei diritti del *mancipio dans*³⁰, e la necessità (o meno) della partecipazione del *familiae emptor*, con la sua propria volontà, allo smantellamento dell'assetto fissato nella precedente *mancipatio*. A prescindere dalla posizione che si voglia assumere a tal riguardo, l'affermazione della *bonorum possessio secundum tabulas*, nel momento in cui sottrae i contenuti dispositivi di ultima volontà alla necessità di essere pronunciati in presenza dei testimoni, estromette questi ultimi anche dal partecipare con la loro *scientia* alle decisioni del testatore. Il contributo dei testimoni passa da quello di prestare memoria alle scelte di ultima volontà del testatore a quello di riconoscere la materialità delle *tabulae*, alle quali hanno apposto i propri sigilli e le proprie *subscriptiones*. Ciò ha un portato evidente con riguardo alla facoltà di revoca in capo al disponente, il quale – volendo invalidare le proprie precedenti risoluzioni – poteva limitarsi a distruggere le *tabulae* o ad alterarne materialmente i contenuti, facendo nascere una complessa casistica giurisprudenziale sull'interpretazione delle condotte del testatore che, in tutto o in parte, determinino sul piano materiale la modifica o il perimento delle tavole. E il *discrimen* che la giurisprudenza classica e la cancelleria imperiale prenderà a propria guida a tal riguardo sarà, proprio, la *voluntas* ablativa del testatore, e quindi

³⁰ Sul dibattito, v. in dettaglio F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 276 ss.

il fatto che le *tabulae* siano state modificate o distrutte *consulto* o *inconsulto*.

Parallelamente, come si è già accennato, giurisprudenza e decisioni dei principi concorrono al superamento di altri vincoli formali legati all'originaria solennità del testamento. Ulpiano afferma, forse sulla scorta di giuristi più antichi, la libertà di scelta del supporto scrittorio (D. 37.11.1), originariamente soggetto alla forma delle *tabulae* cerate (Gai 2.104³¹). Alessandro Severo, come si desume da *SPP* XX 35, aprì definitivamente la via ai testamenti in greco. Con Costantino (C. 6.23.15), poi, si arriverà a un ulteriore apprezzamento della *voluntas* del testatore e alla relativa liberazione dalle formalità testamentarie, aprendo definitivamente la via a una più aperta e piena espressione dei supremi voti del disponente. Da qui è una strada in discesa verso l'adozione, in età tardoantica, di modelli pressoché liberi da forme e testimoni, come il testamento *inter liberos* (Nov. Theod. 16.5 e Nov. 107) e il testamento olografo vero e proprio (Nov. Val. 21).

3. La normatività della 'voluntas' testamentaria tra pubblico e privato

Si è qui voluta ripercorrere, seppure per sommi capi, una vicenda che è, nelle sue linee di fondo, a tutti nota e da tutti condivisa. Lo scopo di questa rapida rassegna è quello di mostrare come tale sviluppo possa, al netto dell'inevitabile e strutturale incidentalità dei singoli fatti storici che la compongono, essere letto come una parabola. Essa descrive la discendenza e al contempo il progressivo allontanamento da un archetipo di normatività che apparteneva a quello che i Romani chiamavano *ius civile*, ma che ha molto meno da spartire con quello che oggi si chiama 'diritto privato'. In altri termini, nel volgere indietro verso l'esperienza giuridica romana lo sguardo sul tema della volontà testamentaria che si fa norma, emergono elementi specifici che impongono di deporre – o per lo meno di decostruire con cautela – il paradigma negoziale di ascendenza savigniana, che porterebbe a vedere nel testamento un luogo in cui si esprime pienamente un potere nomopoietico tra privati, che riposa e si fonda sulla volontà dell'individuo³². Infatti, benché a partire dall'età repubblicana vada gradualmente

³¹ M. AVENARIUS, *Die 'tabulae ceraeve' des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus*, in *Iura*, LX, 2012, 201 ss.; ancor più di recente sul tema C. MASI DORIA, *Dal testamento di Pomponius Maximus: prospettive del diritto ereditario tardo antico*, in *Klauselgestaltungen in Römischen Testamenten*, herausgegeben von L. Isola, Berlin, 2022, 164 s.

³² Si condivide qui la cauta opzione terminologica fatta propria da F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit. 40, sulla scorta dell'opinione espressa da R. SANTORO (*Potere ed azione nell'antico*

emergendo un modello testamentario che presenta alcune caratteristiche distintive del *Rechtsgeschäft* (manifestazione di volontà, legata a una causa tipica e orientata alla creazione di una norma, che determini effetti conformi all'assetto voluto dall'autore dell'atto), il meccanismo del dispositivo di produzione di diritto sotteso a tale concetto di testamento trae vigore non dalla privata *potestas* del *pater* che decide della sua *familia*, ma da una dimensione del potere giuridico che è in tutto e del tutto pubblica: pubblici sono i contesti, i cerimoniali, i requisiti formali, i presupposti che informano la genesi del testamento romano.

Questo carattere di originaria pubblicità non si evidenzia solo nei caratteri propri delle forme testamentarie arcaiche (*calatis comitiis* e *in procinctu*), di cui è autoevidente la dimensione pubblica. Esso si manifesta, negli scritti dei giuristi di età antonina o severiana, in tutta una serie di punti nodali della struttura dell'atto di ultima volontà, per come essa appare dalla compilazione giustiniana. Senza alcuna pretesa di esaustività e procedendo solo per esempi, si pensi a quanto afferma Papiniano a proposito della capacità di fare testamento:

Pap. 14 *quaest.* D. 28.1.3: *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.*

Il fondamento pubblico della dinamica successoria è più problematicamente espresso da una coppia di testi gaiani: l'uno proviene dall'attestazione nelle *Institutiones* della formula della *mancipatio familiae* recitata dal *familiae emptor*; l'altro, tratto dal commentario all'editto provinciale, si occupa di inquadrare le fonti del diritto su cui si fonda, a metà del II sec. d.C., il sistema ereditario romano:

Gai 2.104: ... *in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam etc.*³³

diritto romano, in *AUPA*, XXX, 1967, 274 ss., nt. 2) in merito all'opportunità di impiegare *sic et simpliciter* il segno 'negozio giuridico' in proposito della *mancipatio* (e quindi con riferimento alla *mancipatio familiae*).

³³ Per una documentata rassegna dei principali problemi paleografici legati alla ricostruzione critica di questa porzione del testo gaiano v. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 76 ss. Differentemente dalle parole che precedono, la sequenza *facere possis secundum legem publicam* – riportata in una pagina successiva del manoscritto veronese – risulta ben leggibile secondo l'apografo di Göschen.

Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 5.3.1: *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. vetere e lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est... 3. ... novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.*

La necessità di richiamare congiuntamente i due brani sorge dal fatto che il secondo sembra ricondurre alla normazione di tipo pubblico (e in particolare alle XII tavole) la successione legittima, e direttamente all'atto dispositivo privato (*vel ex testamento*) quella testamentaria. La clausola mancipatoria trädita dal primo, tuttavia, dichiara esplicitamente la derivazione dalla *lex publica* della *potestas iure testamentum faciendi*. Certo, non è necessario impostare il raffronto tra i due testi in termini di franca contraddizione: essi non provengono dalla medesima sede, non affrontano *ex professo* il tema del rapporto tra normatività pubblica e privata, ma al più vi alludono incidentalmente, e non sono nemmeno tipologicamente omogenei (il primo testo è tratto da una clausola di prassi, richiamata retrospettivamente dal giurista; il secondo appartiene a una sistematica classificatoria di marca giurisprudenziale adottata da Gaio). Cionondimeno, nell'ottica del discorso che qui interessa (il fondamento della normatività dell'atto di ultima volontà) è importante tentare di comprendere se, effettivamente, Gaio individuasse o meno nella *lex publica* il principio e il limite del potere dispositivo del testatore. Il punto è complesso e assai delicato, anche perché si interseca con la già accennata *vexata quaestio* del rapporto cronologico tra Tab. 5.3³⁴ e l'emersione della *mancipatio familiae* come atto dispositivo universale *mortis causa*. Ad ogni modo, sia chi vede nelle parole *iure testamentum facere possis secundum legem publicam* il riferimento alla necessità di assolvere ai *sollemnia* fissati (consolidando il *mos* quiritario preesistente) dal diritto decemvirale³⁵, sia chi ritiene che il *testamentum per aes et libram* rappresenti un esito seriore di un'evoluzione che parte proprio da Tab. 5.3, e cioè il frutto di un percorso graduale di interpretazione creativa della *lex* da parte della giurisprudenza³⁶, identifica nella menzione della *lex publica* un richiamo alle XII tavole³⁷. Tale inter-

³⁴ V. sopra, § 2. Per la sterminata bibliografia richiamata sul tema da v. ancora F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 239 ss., nt. 508.

³⁵ F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 403 ss.

³⁶ M. AMELOTTI, voce *Testamento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1942, 461. M. AVENARIUS ('*Ordo*', cit., 103) ascrive lo sviluppo compiuto del *testamentum per aes et libram* alla generazione di Publio Mucio, Manlio Manilio e Giunio.

³⁷ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963, 88; R. CARDILLI, *Lege XII tabularum praeposita iungitur*

pretazione trova suffragio in due passi assai noti riportati nel titolo sulle *diversae regulae iuris antiqui* del Digesto:

Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 50.16.120: *Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.16.130: *Lege obvenire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

Entrambi i passi fanno della legge delle XII tavole quello che si potrebbe definire il centro di gravità di tutte le successioni testamentarie, la fonte dell'autonomia privata accordata al soggetto provvisto di *testamenti factio*. Ogni eredità civile, anche quella basata sull'atto di ultima volontà, è in definitiva devoluta – prendendo le parole di Gaio – *secundum legem publicam*, in virtù del diritto decemvirale, e ciò si riflette non solo sulle disposizioni a carattere patrimoniale, ma anche sulle manomissioni e sulle nomine di tutori³⁸.

Con questo significato di 'pubblicità' del meccanismo ereditario basato sull'atto di ultima volontà non deve confondersi la diversa accezione in cui si parla del testamento come *instrumentum publicum* in un altro frammento ulpiano del Digesto, stavolta tratto dai *libri ad edictum*:

Ulp. 50 *aded.* D. 29.3.2 pr.: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.*

In questo caso, la caratteristica che viene in rilievo non riguarda l'interferenza tra volontà pubblica e volontà privata che caratterizza l'ἀρχή del testamento romano – con la prima che attribuisce la capacità di testare,

interpretatio', in *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contractos. Libro Homenaje a F. Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*, I, Bogotá, 2003, 214 ss.; F. CURSI, *La 'mancipatio'*, cit., 359. Per un più dettagliato *résumé* dell'enorme dibattito storiografico v. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 212 ss., nt. 448.

³⁸ Sul punto v. anche Paul. 38 *ad ed.* D. 26.2.20.1: *Tutor incertus dari non potest. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, siue is praetor siue consul sit, quia lex duodecim tabularum id confirmat.*

fonda i contorni della tutela giudiziale e fissa modalità e limiti per la produzione dell'effetto giuridico, e la seconda che, attenendosi a tale canovaccio, detta i contenuti concreti della norma che sorge dall'atto – ma il diverso profilo di 'pubblicità' che riguarda non l'istituto in sé, ma le *tabulae* che contengono la *Willenserklärung* del *de cuius*. L'*instrumentum* testamentario è pubblico nella misura in cui con l'apertura della successione esso esce dalla titolarità esclusiva che ne aveva il testatore, e – fondando le pretese di una platea di soggetti indefinibile *a priori* – esso non può essere considerato nella piena proprietà di nessun soggetto in modo esclusivo, nemmeno di un erede *ex asse*. Il punto emerge in modo piuttosto chiaro se si guarda alla disciplina dell'interdetto *de tabulis exhibendis*.

Ancorché questo profilo non sembri strettamente attinente al concorso tra volontà pubblica e volontà privata nella creazione della norma di diritto emergente dal testamento, si tratta di un aspetto che mantiene indirettamente un suo rilievo, perché l'enfasi sull'*instrumentum* che veicola le disposizioni disvela l'interesse collettivo sotteso alle medesime. Benché gli effetti delle *tabulae* si dispieghino solo su una cerchia finita di individui, e cioè coloro che vi sono menzionati come destinatari (*universorum, quibus quid illic adscriptum est*, nel brano testè citato, ricalcato anche da un altro passo ulpiano riguardante l'interdetto esibitorio: *solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent*³⁹), il punto è che nessuno può sapere *a priori*, senza aver prima visto i documenti testamentari, se vi sia menzionato o meno. La *ratio* è esplicitata *apertis verbis* da Gaio a proposito del diritto, concesso a ciascuno, di ispezionare ed estrarre copia di un testamento:

Gai. 17 *ad ed. prov.* D. 29.3.1.1: *Ratio autem huius edicti manifesta est: neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti.*

La salvaguardia concreta dell'interesse privato degli effettivi beneficiari, dunque, non può che passare per la tutela di un interesse pubblico: quello della conoscibilità in astratto. Ma vi è di più: l'interdetto *de tabulis exhibendis* impone al materiale detentore di rendere disponibile non solo la documentazione (comprensiva di codicilli⁴⁰) in grado di veicolare una

³⁹ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.5.3.10.

⁴⁰ Ulp. 68 *ad ed.* D.43.5.1.2: *Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia, quae ad causam testamenti pertinent: ut puta et ad codicillos pertinet.*

volontà idonea a farsi norma, ma anche quella del tutto priva di effetti giuridici, come le *tabulae* revocate, rimaste incomplete o viziate dall'assenza dei *sollemnia testamenti*, radicalmente nulle perché false o redatte da un soggetto privo di capacità di testare:

Ulp. 68 *ad ed.* D. 53.5.1.3: *Sive autem valet testamentum sive non, vel quod ab initio inutiliter factum est, sive ruptum sit vel in quo alio vitio, sed etiam si falsum esse dicatur vel ab eo factum qui testamenti factionem non habuerit: dicendum est interdictum valere.* 4. *Sive supremae tabulae sint sive non sint, sed priores, dicendum interdictum hoc locum habere.* 5. *Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, sive perfectam sive imperfectam, interdictum hoc pertinere.* 6. *Proinde et si plures tabulae sint testamenti, quia saepius fecerat, dicendum est interdicto locum fore: est enim quod ad causam testamenti pertineat, quidquid quoquo tempore factum exhiberi debeat.*

Il criterio che emerge dal commentario ulpiano alla clausola edittale è evidente: è sufficiente che un documento sia attinente alla *causa testamenti* perché sorga la tutela alla sua generale conoscibilità, e ciò anche quando esso sia *ictu oculi* invalido per violazione di norme imperative poste da fonte pubblica. Di un'accezione così estesa di *tabulae* non è semplice rinvenire la *ratio* e la fonte; sempre il giurista di Tiro, dopo aver affermato la natura pubblica dell'*instrumentum*, si limita ad affermare che il segno *testamentum* esprime due significati: uno proprio (*proprie*), che si riferisce agli atti compiuti in conformità di quanto imposto dal diritto; uno improprio (*abusive*), che designa qualunque altro documento – ancorché falso, incompleto, invalido, rotto, ecc. – in cui sia stata trasposta una dichiarazione di ultima volontà:

Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2.1: *Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.* 2. *Ad causam autem testamenti pertinere videtur id quodcumque quasi ad testamentum factum sit, in quacumque materia fuerit scriptum, quod contineat supremam voluntatem: et tam principales quam secundae tabulae edicto continentur.* 3. *Si plura sint testamenta, quae quis exhiberi desideret, universorum ei facultas facienda est.*

Si tratta di una disciplina la cui logica non sembra potersi comprendere guardando al campo stretto del diritto privato – dove del resto non trova un parallelo nemmeno nel rigido regime dell'*editio* imposta agli *argentarii* con riguardo ai documenti dei conti della *mensa*⁴¹ – e che per vie traverse richiama in ballo ancora in età severiana e giustiniana la primigenia pubblicità del testamento: una pubblicità *tout court*, che prescinde dalla concreta idoneità a farsi norma dell'ultima volontà del privato (che, appunto, può anche essere privo della capacità di testare), e che è finalizzata a permettere a chiunque la verifica di qualunque *scriptura mortis causa* ascrivibile a un defunto.

4. Riflessioni conclusive

Da questa, pur rapida, rassegna limitata ad alcune fonti legislative o giurisprudenziali si appalesa la complessità di inquadrare la dichiarazione di ultima volontà del diritto romano come un fenomeno unidimensionale. Pur senza affrontare la questione dei limiti 'estrinseci' alla libertà del testatore (per esempio, alla sua possibilità di disporre per legato e fedecommesso, o di diseredare), un sommario esame delle tipologie testamentarie in uso nell'esperienza giuridica romana mostra come la *voluntas* del privato, nel farsi norma, dovesse soggiacere a un controllo che, sotto varie forme, è pubblico. Non solo perché è l'ordinamento, a monte, ad attribuire la *potestas testandi*, ma soprattutto perché quello che oggi si chiama negozio testamentario a Roma nasce irregimentato dalla necessità di svolgersi in forme tipiche che si collocano in occasioni specifiche e in contesti pubblici (l'assemblea popolare, l'esercito schierato). Questa cifra originaria si stempera a partire dall'emersione dei meccanismi che consentono di disporre per il tempo della propria morte con le forme del diritto privato. Si stempera, ma non si perde del tutto: non solo perché – come afferma un già citato passo di Pomponio⁴² – la *latissima potestas* attribuita al testatore da Tab. 5.3 si troverà *coangustata* da tutta una selva di restrizioni e *sollemnia* fissati dallo *ius civile* (*interpretatione ... vel legum vel auctoritate iura constituentium*), ma anche perché l'impiego di un *gestum per aes et libram* ripropone, pur in piccolo, alcuni elementi già riscontrati nei due

⁴¹ M. TALAMANCA, voce *Documentazione e documento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 559 s.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 161 ss.; M.L. BICCARI, *Il banco dell'argentarius' a margine del mercato*, in *StudUrb(A)*, n.s., LXVIII, fasc. 1-2, 2017, 25 ss.

⁴² Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 50.16.120.

originari *genera testamentorum*: l'assenza di qualunque forma di segretezza, la necessità di radunare una pluralità di testimoni e di trovare un padre di famiglia di fiducia disposto a collaborare all'atto come *familiae emptor*, l'impossibilità di modificare o revocare *ad nutum* le disposizioni. Costretta tra vincoli formali, necessità pratiche e una certa dose di controllo sociale, la *voluntas testatoris* dovrà attendere la trasformazione del ruolo del *familiae emptor* a figurante nel *testamentum per aes et libram* maturo, il lento recepimento dell'innovazione tecnologica della scrittura (con l'introduzione di ulteriori prescrizioni materiali derivanti dalla legislazione repressiva del falso⁴³) e il progressivo alleggerimento delle formule testamentarie per giungere, nel corso di secoli, a poter esplicitare in modo più libero e agile – sia in sede costitutiva, sia in sede modificativa o ablativa – la propria capacità di farsi norma. In definitiva, sarà solo all'esito di un lungo percorso storico che il testamento romano assumerà caratteristiche che lo rendono strutturalmente assimilabile all'attuale negozio *mortis causa* di autonomia privata.

Della primigenia natura pubblicistica, tuttavia, sopravvissero tracce. Alcune, come si è visto, si rilevano da determinati brani dei giuristi romani dell'età del principato, che ricordano l'afferenza allo *ius publicum* della *testamenti factio*, il fondamento legislativo (le XII tavole) di ogni successione testamentaria, le restrizioni imposte dalla *lex publica* e da altre fonti di *ius civile* alla *potestas testandi*. A questi elementi si aggiunge la qualità di *instrumentum publicum* delle *tabulae*, fissata nella disciplina della *inspectio* e *descriptio* del testamento e dall'interdetto esibitorio introdotto dallo *ius honorarium*; si è già rilevato che quest'ultimo dato è, per certi versi, il più eloquente, perché l'applicabilità dello strumento processuale ad atti radicalmente nulli non trova altre spiegazioni se non quella di garantire un controllo diffuso della documentazione prodotta *testamenti causa*. Controllo diffuso che pare far riemergere, come un fiume carsico, l'origine pubblica della successione testata.

Ecco, dunque, che l'itinerario della normatività testamentaria, tra il potere dispositivo rimesso al singolo e le varie forme con cui l'ordinamento pubblico interferisce e costringe la *voluntas* del privato, si presenta come un percorso complesso, tortuoso. Ciò, si badi, non toglie nulla al fatto che il testatore, disponendo dei suoi beni, sia in tutto e per tutto attore di un processo nomopoietico. È notissima, ma non per questo meno significativa, l'affinità strutturale e terminologica che sussiste tra Tab. 5.3 (*Uti legassit {super pecunia tutelave} suae rei, ita ius esto*⁴⁴) e 6.1 (*Cum nexum*

⁴³ Sulle prescrizioni della *lex Cornelia de falsis* in materia testamentaria v. M. AVENARIUS, 'Ordo', cit., 173 ss. Per informazioni di base e rinvii bibliografici sul *SC Neronianum adversus falsarios* v. recentissimamente L. COLELLA, *I testamenti*, cit., 15 s., nt. 45, e 36 ss.

⁴⁴ V. sopra, nt. 14.

faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto) da un lato e Tab. 12.5 (*Quod postremum populus iussisset, id ius <esto> {ratumque esset}*⁴⁵) dall'altro, e che esprime il parallelismo tra la capacità normativa sottesa all'emanazione della legge pubblica e quella attribuita al singolo nella sua attività dispositiva (*inter vivos* o *mortis causa*). Non meno nota, del resto, è la dimensione precettiva cui rimanda il *legare* nel suo rapporto etimologico con *lex* e l'impiego che tale segno trova in ambito tanto pubblico quanto privato. Del resto il lapidario imperativo delle formule solenni adoperate nelle clausole testamentarie (*heres esto, ceteri exheredes sunt, adito, cernito, praecipito, damnas esto, liber esto / liberum esse iubeo, ecc.*) riflette lo stile asciutto tipico delle più antiche leggi pubbliche (già evidente nel *sakros esed* del *lapis niger*, prima ancora che nei versetti decemvirali), ed è espressione di quel concetto della dimensione rituale e del valore performativo della parola che permea tutto il diritto romano arcaico, tanto nelle sue manifestazioni pubbliche, quanto in quelle private.

Queste caratteristiche strutturali sono essenziali per cogliere il funzionamento e la portata del dispositivo di produzione del diritto da parte della *suprema voluntas*, guardando tanto alla genesi che all'evoluzione del meccanismo nell'esperienza giuridica romana. Esse, infatti, evidenziano due punti che, ad avviso di chi scrive, assumono rilievo non secondario nell'indagine retrospettiva sulla volontà testamentaria, mettendo in guardia dall'assunzione acritica di paradigmi moderni, e dunque dalla creazione di falsi miti.

Il primo punto che emerge è quello per cui – tanto nelle procedure arcaiche, quanto nel pensiero dei giuristi del principato, transitato grazie al Digesto nel diritto giustiniano – il fondamento di ogni successione testamentaria è pubblico. L'efficacia della volontà dispositiva *mortis causa*, pertanto, riposa su una *potestas* derivata, che non è concepita come emanazione di un potere diretto, «originario»⁴⁶, 'naturale' (nel senso di 'preesistente'); essa opera secondo un meccanismo ottriatto dall'autorità, stabilito per via positiva, filtrato da un controllo popolare⁴⁷. Per riprendere le categorie della costruzione savigniana del negozio giuridico, allora, nel soppesare l'importanza della volontà (*Wille*) dell'individuo nell'esperienza giuridica romana si deve porre sulla sua dialettica con l'ordinamento (*Rechtsordnung*) – che ne fissa le modalità di esercizio e i limiti di validità ed efficacia – un'enfasi

⁴⁵ Per la ricostruzione critica del versetto decemvirale qui accolta v. E. CALORE, *Le norme di diritto pubblico*, in *XII Tabulae*, II, cit., 778.

⁴⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2015, 27.

⁴⁷ In questo senso v. ancora, *ex plurimis*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione*, cit., 38 ss. e 72. Un'opinione di segno completamente opposta è stata recentemente espressa a riguardo da M. HUMBERT, *La loi*, cit., in specie 193 s.

piuttosto accentuata. Si tratta di un dato sottolineato con grande lucidità da uno dei massimi teorici novecenteschi dell'autonomia privata: «l'ordinamento romano del *ius civile* rispetta l'autonomia originaria della *familia* arcaica e, lungi dal limitarla o dal circoscriverne l'ambito, ne rispecchia in sé l'assetto consuetudinario, accontentandosi di controllarne le esplicazioni più salienti e importanti per la ripercussione nell'ambiente sociale cittadino, quali l'*adrogatio* e il *testamentum*⁴⁸».

Il secondo punto riguarda la necessità di guardare al rapporto tra volontà testamentaria e nomopoiesi nel diritto romano in un'ottica dinamica e multidimensionale. Nel corso di questo breve saggio si è delineata una parabola ricostruttiva per cui dall'età arcaica alla tarda antichità si registra un progressivo allentamento dei vincoli istituzionali, sociali e formali associati alle modalità di manifestazione della *voluntas*: il passaggio dalle tipologie testamentarie pubbliche al testamento *per aes et libram* prima, e poi all'introduzione del testamento olografo, determinò l'emancipazione del testatore romano dai contesti cerimoniali, rendendogli possibile di testare in modo immediato ed estemporaneo secondo la sua volontà del momento. Parallelamente, la transizione dalla forma orale alla forma scritta garantì al testatore il diritto di manifestare in modo segreto e sostanzialmente libero la propria volontà, e – grazie anche ai codicilli – di semplificare l'emendazione, l'integrazione e la revoca del proprio testamento. Il graduale abbandono della rigidità formulare delle clausole testamentarie permise di mantenere ferma la volontà del *de cuius* anche laddove questa fosse stata espressa in forma libera. Se tali caratteristiche descrivono una maggior valorizzazione della *voluntas testatoris* sul piano della struttura della sua manifestazione, un *trend* di senso completamente opposto si nota sul piano dell'ampiezza – in termini contenutistici – della capacità dispositiva attribuita al testatore. A partire dalla tarda età repubblicana, l'affermazione della *querella inofficiosi testamenti* e l'introduzione di tutta una serie di leggi e senatoconsulti (per citarne alcuni: *lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Falcidia*, *lex Fufia Caninia*, *SC Pegasianum*) vennero a restringere fortemente le facoltà di diseredare, attribuire legati o fedecommessi, affrancare schiavi per testamento. Si apre, dunque, una stagione in cui l'interferenza estrinseca nei confronti della volontà del testatore, lungi dal cessare, inizia semplicemente ad atteggiarsi in forme diverse, destinate – in ultima istanza – a creare il concetto di successione necessaria dei legittimari, ancora vigente nel nostro ordinamento. Ma questa è un'altra storia.

⁴⁸ E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1560.