

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXV
(2022)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXV
(2022)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4586-3

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
† Jan H.A. Lokin	Groningen
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone, Giuseppe Romano
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. COSSA, Dare a Paolo quel che non è di Paolo: un controverso trattato in materia di <i>cognitio extra ordinem</i>	3
N. DONADIO, 'Sectores, sicarii, proditores'. L'accusa di complicità nelle proscrizioni sillane e i 'loci' dell'invettiva politica tardorepubblicana	73
G. PURPURA, Il PSI XIV, 1449 e l' <i>actio utilis ex lege Aquilia</i>	101
G. ROMANO, <i>Contrahere e animus contrahendi</i> in Salvio Giuliano	121
G. ROMANO, Tra patti dotali e spese di viaggio. A proposito dell' <i>actio utilis in factum</i> di Pap. 4 resp. D. 23.4.26.3	171
G. ROSSI, La ricezione della lettera di cambio nella <i>common law</i> tra Cinque e Seicento	199
F. TERRANOVA, Indagine su ' <i>et ut quidam adiciunt</i> ' in Gai 2.104	223

NOTE

R. GOUDJIL, Des <i>Lites immortales</i> à Byzance (X ^e -XV ^e siècle)? Quelques éléments de réflexion sur l'autorité de la chose jugée	245
R. LAMBERTINI, P.S. 4.1.6 e la libertà di forma del fedecompresso	263
D. PENNA, The <i>platos</i> and the <i>Basilica</i> . An attempt to master the chaos ...	277
S. SCIORTINO, Nota sull' <i>adrogatio libertorum</i>	291

VARIE

F. BRANDSMA, Viele Schafe oder eine Herde? Die Vindikation einer Sachgesamtheit von byzantinischen Juristen erläutert	307
G. FALCONE, Pietro Cerami giurista e accademico	317
F. MAZZARELLA, Oltre la concezione volontaristica del contratto (a proposito di un recente libro)	327
B.H. STOLTE, Johannes Henricus Antonius (Jan) Lokin (21.2.1945-19.6.2022)	335

Francesca Terranova

Indagine su ‘*et ut quidam adiciunt*’ in Gai 2.104

ABSTRACT

The A. questions the meaning of the two different variants handed down at the end of the *formula* of the *familiae mancipatio* in Gai 2.104 trying to give more interpretative solutions for the meaning of the parenthetic proposition ‘*et ut quidam adiciunt*’.

PAROLE-CHIAVE

Mancipatio; familiae mancipatio; atti per aes et libram.

Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Terranova.

INDAGINE SU ‘ET UT QUIDAM ADICIUNT’ IN GAI 2.104

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stato della letteratura sul significato dell’inciso ‘*et ut quidam adiciunt*’ tràdito nella chiusa del formulario della *familiae mancipatio* (Gai 2.104). – 3. Continua: punti fermi e problemi. – 4. Proposte interpretative e spunti per ulteriori indagini.

1. PREMESSA.

Oggetto delle riflessioni avanzate in queste pagine è un inciso rinvenibile nelle Istituzioni di Gaio a margine della trascrizione della porzione conclusiva del formulario della *familiae mancipatio*, tràdito in Gai 2.104 –

‘*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUAM¹ CUSTODELAQUE MEA QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, e t u t q u i d a m a d i c i u n t, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*’

¹ Seguiamo le restituzioni dei due apografi del palinsesto Veronese delle Istituzioni di Gaio (E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas*, Lipsiae 1866; G. STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor, Codicis Veronensis denuo collati Apographum confecit*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965), prescindendo dalle emendazioni e integrazioni suggerite nelle successive edizioni di fonti, in modo che, immediatamente, risaltino i problemi di restituzione della formula. I *verba* si aprono con tre accusativi iniziali – ‘*familiam pecuniamque tuam*’ – che non possono essere ricondotti (se non emendando in un qualche modo il testo: v., per cenni, *infra* nt. 10) al verbo ‘*esto emptā*’, che presupporrebbe invece un nominativo. Un problema di desinenze si pone, inoltre, per l’aggettivo possessivo ‘*tuam*’ (secondo la lettura di Bluhme, ‘*tutam*’ e non ‘*tuam*’: cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones, Codicis Veronensis Apographum* cit., fol. 99^u, l. 24) che la maggior parte degli studiosi legge tra la fine della l. 23 e l’inizio della l. 24 del fol. 99^u e collega al precedente ablativo ‘*mandatela*’, retto da ‘*endo*’. Sui *verba* della formula della *familiae mancipatio*, a partire dalle difficoltà di coordinamento grammaticale dei tre summenzionati accusativi con il verbo ‘*esto emptā*’ ci sia consentito rinviare alle differenti proposte di ricostruzione del formulario discusse in F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, in part. 73 ss., 109 ss., 21 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in *Iura* 60, 2012, 1 ss., 21 ss.; EAD., Rec. a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, in *Iura* 60, 2012, in part. 478 ss. (la quale si era già specificamente occupata della *mancipatio familiae* in EAD., *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, in *Iura* 50, 1999, 161 ss.). Sull’istituto si vedano, altresì, i recenti studi *infra* riferiti, alle ntt. 3 e 4.

– di cui ci occupiamo nella consapevolezza tanto dell'indubbia «importanza di ogni ulteriore approfondimento della materia negoziale romana»² quanto della circostanza che ancora sulla *mancipatio*, e più in particolare sulla *familiae Mancipatio* (della quale consta, insieme alla '*nuncupatio testamenti*', il *testamentum per aes et libram* in età classica),³ numerosi sono i profili sui quali in letteratura ci si interroga senza che si siano trovate risposte soddisfacenti.⁴

² Citiamo da A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in A. PALMA (a cura di), *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli 2013, VII (pubblicato anche in *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid 2016, 634), a proposito del vessato problema del «concetto di causa del negozio» (tema caro all'A. che, a più riprese, lo ha affrontato da differenti angolature nei suoi lavori: basti ricordare, in proposito, ID., *Vicende della «res» e permanenza della «causa»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli 1984, 1489 ss.; ID., *Note critiche sul concetto di causa*, in *Roma e America. Diritto romano comune 12/1 [Atti del Congresso Internazionale su "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi"* (Salerno-Amalfi 19-21 aprile 2001), 2001, 321 ss.].

³ È risaputo che nel palinsesto Veronese delle Istituzioni di Gaio sono descritte due differenti configurazioni strutturali assunte nel tempo dal *tertium genus testamenti* (cfr. Gai 2.102-103 ove il giurista traccia la storia dell'istituto, che è presentato, già dall'esordio, in maniera unitaria: '*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur ... Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per Mancipationem peragitur*') ed è pacifico, tra gli studiosi, che i termini *familiae Mancipatio* ricorrono nelle fonti per indicare il primo dei due atti (o, per alcuni, delle due fasi o momenti) che, insieme ai '*verba nuncupationis*' (con altra terminologia invalsa nelle fonti, '*nuncupatio testamenti*'), costituisce il *testamentum per aes et libram* vigente al tempo in cui Gaio scrive; ciò, oltre a desumersi da Gai 2.104, è esplicitamente attestato in Gai 2.109, 2.115-116, 119, 121, 149a; Tit. Ulp. 20.3, 20.9 e 28.6. Rinviamo sul punto a F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta Mancipatio familiae*, in AUPA 53, 2009, spec. 315 ss.; P. ARCES, *Sulla «natura fedecommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, in RDR 11, 2011, 10 ss.; ID., *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecommesso*, in RDR 12, 2012, 5; ID., *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2012, 181 [dell'A. v. anche *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni mortis causa nel diritto romano arcaico e classico*, in Studi Urbinati. Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche 83, 2015 (*Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. BICCARI), 137]; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, spec. 25 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario cit.*, 250 s.; EAD., *Rec.* a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum cit.*, in part. 485 ss.; A. CORBINO, *Atti dicis causa*, in *Noctes iurisprudentiae. Scritti in onore di Jan Zablocki*, Białystok 2015, 53 ss., spec. sul punto 61 s. e nt. 35 (nonché, tra i più recenti lavori dello studioso sul tema, almeno ID., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino 2006, 19 s.; ID., *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*³, Padova 2014, 481 ss.; ID., *«Mancipatio» e pesatura*, in Index 45, 2017, 385 e nt. 21); M.F. CURSI, *La Mancipatio familiae: una forma di testamento?*, in A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLES, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (a cura di), *Homenaje al Profesor Armando Torrent cit.*, 185 s. e nt. 2 [dell'A. si vedano altresì, in argomento, *La Mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos, Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 145 ss., spec. 154 ss. e *La Mancipatio e la Mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli 2018, 339 ss.].

⁴ Per un quadro di sintesi dei principali dubbi degli studiosi in tema di *mancipatio* rinviamo, tra i tanti, ad A.M. GIOMARO, *«Divertissements» in tema di Mancipatio*, in *Studi in onore di Sergio Antonelli*, Napoli 2002, 357 ss., per la principale bibliografia sul tema (richiamata e discussa nel testo e nelle note), nonché per un primo orientamento, nella sola letteratura più recente, agli studi che da differenti angolature esaminano l'istituto (e affrontano, tra gli altri, i vessati e tra di essi strettamente connessi problemi riguardanti, da una parte, la portata dei termini della formula della *mancipatio* e la presunta corrispondenza con alcune espressioni ricorrenti nei documenti della prassi negoziale, dall'altra, la correlazione storica tra i

verba della formula e le questioni che ruotano intorno all'origine della compravendita consensuale) di L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 113 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Napoli 2007, *passim*, spec. 219 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 123 ss.; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 1 ss. (nonché ID., *La nascita post decemvirale della 'mancipatio' e quella ancora posteriore della distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in AUPA 59, 2016, 305 ss.); L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova 2012, 163 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, 46 ss.; A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in Iura 64, 2016, 9 ss.; ID., «Mancipatio» e pesatura cit., 379 ss.; S.A. CRISTALDI, «In Mancipio esse». *Genesi e aspetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli 2019, spec. 59 ss.

Riguardo al *testamentum per aes et libram* numerosi sono i lavori che, in tempi recenti, sono tornati ad occuparsi dei problemi dell'origine e della storia dell'istituto, nonché del ruolo rivestito dal *familiae emptor* al suo interno, specie per quanto concerne due cruciali quesiti: se, ed in che termini, la *familiae Mancipatio* possa considerarsi 'testamentum' e quale fosse la primigenia struttura dell'atto. In proposito, rinviamo agli studiosi che, pervenendo a differenti soluzioni, in tempi recenti si sono interessati all'istituto in questione, retro riferiti alla nt. 3, cui adde F. SCOTTI, *Il testamento in diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012, 11 ss.; A. SPINA, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in S. RANDAZZO (a cura di), *Religione e Diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase 2014, spec. 392 ss.; S. CASTÁN, *Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti ... is si subita morte urgebatur» (breve nota en torno a la Mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)*, in SCDR 28, 2015, 221 ss.; M. FUENTESECA, *La Mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, in SCDR 29, 2016, 111 ss.; F. BERTOLDI, *L'esecutore testamentario nel diritto romano*, in RIDA 65, 2018, 55 ss. (dell'A. v. anche *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, 113 s. nt. 26, nonché *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena 2016, 22 ss., con altra bibl.); C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant ... aut in procinctu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino 2020, 47 ss. È appena il caso di precisare che la complessità delle questioni e le scarse informazioni desumibili dalle fonti sull'istituto in esame legittimano una divergenza d'opinioni sul punto. Non riteniamo proficuo tornare su ipotesi da noi prospettate in altre sedi, se non per un profilo d'indagine, quello che ha sollevato maggiori riserve nella letteratura successiva (ricordata *supra*: nt. 3), formulato in F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta Mancipatio familiae* cit., 299 ss., ma non per ripetere quanto già altrove sostenuto ma soltanto per prendere atto che le differenti soluzioni degli studiosi, a parer nostro, non chiariscono alcuni passaggi dell'esposizione gaiana, se non pervenendo a un giudizio di inattendibilità della fonte o comunque di alcuni termini adoperati dal giurista. Si pensi, ad esempio, all'appellativo *testator* rivolto al *Mancipio dans* già nella configurazione più antica dell'istituto, considerato una «imprecisione» del giurista che avrebbe per l'appunto anticipato «imprecisamente al *Mancipio dans* la qualifica di *testator*». Così G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 29 nt. 64. È innegabile, infatti, la circostanza che Gaio discuta anche dell'archetipo dell'istituto in termine di *tertium genus testamenti*, che 'aliter ordinatur' ai suoi tempi 'quam olim solebat' (Gai 2.102-103). Proprio la circostanza che il giurista qualifichi 'testamentum' il complesso espediente escogitato dalla giurisprudenza pontificale per consentire ad un soggetto di pianificare la destinazione dei suoi beni dopo la sua morte (v. Gai 2.102: 'Qui ... testamentum fecerat, is ... amico familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari velle' e 2.103 'olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat Mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei Mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari velle' da cui emerge che l'atto presenta *ab origine* natura complessa, e per così dire duale, non potendosi ridurre alla sola *Mancipatio* della *familia*) ha originato il quesito se ciò non potesse spiegarsi alla luce di una concezione di 'testamentum' elaborata dalla giurisprudenza pontificale, differente rispetto a quella cui perverrà la stessa in epoca classica, a seguito dell'incessante lavoro interpretativo che apprenderà alla considerazione dell'*heredis institutio* quale 'caput et fundamentum totius testamenti' [qualifica che è attestata, da quel che risulta, sola-

Con le osservazioni che ci accingiamo a condividere l'auspicio non è certamente di avere la pretesa di trovare qualche soluzione definitiva, quanto piuttosto quella di alimentare dubbi, sollevare ulteriori quesiti e richiamare l'attenzione degli studiosi sull'osservazione *'et ut quidam adiciunt'*. Quest'ultima, sebbene *prima facie* possa apparire quasi superflua,⁵

mente a partire dall'età classica: v. Gai 2.229; 2.248; Tit. Ulp. 24.15; I. 2.20.34; D. 28.5.1 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*); 28.6.1.3 (Mod. 2 *pand.*); 29.7.10 (Pap. 15 *quaest.*)]. Da tale domanda siamo partiti per proporre, altresì, una nuova interpretazione dell'*incipit* del noto versetto decemvirale *'Si intestato moritur ...'* (alla quale aderisce, limitatamente a tale punto, G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, in TSDP 5, 2012, spec. 4 s.; EAD., *Ancora qualche precisazione sul formulario cit.*, 255). Ad ogni modo, ciò che, ancora una volta, ci preme ribadire non sono le ragioni sottese alla nostra risposta al suddetto quesito, bensì quanto il senso che attribuiamo ad alcuni termini adoperati nell'indagine condizioni profondamente, talora pesantemente, anche l'esito della stessa. Ciò è vero a tal punto che se per *familiae mancipatio* intendessimo soltanto la prima parte di cui si compone il *testamentum per aes et libram* in età classica – come sarebbe a nostro avviso più opportuno (per non tradire il dato delle fonti, nelle quali l'espressione ricorre soltanto in tale accezione) – se, per intenderci, intendessimo la parte e non il tutto, ossia uno dei due atti che concorrono a perfezionare il *testamentum per aes et libram* (e non il suo precedente storico) allora sarebbe inequivoco che la *mancipatio familiae*, da sola, non possa considerarsi *testamentum*, né in età classica (nella seconda configurazione strutturale dell'istituto descritta da Gaio) né, *a fortiori*, in età arcaica (nella prima configurazione strutturale del rito) data la complessità fin dalle origini della struttura dell'istituto non ridicibile, a parer nostro, alla sola *mancipatio* della *familia* neppure quando quest'ultima era effettiva e non fittizia (come ai tempi di Gaio). Invero, per consentire a un soggetto di fare testamento non è sufficiente il compimento di tale atto *inter vivos*, se lo stesso non sia accompagnato dalle ulteriori istruzioni affidate dal *mancipio dans* al *familiae emptor* da eseguirsi dopo la morte e contenenti, in sostanza, le ultime volontà del testatore. Assai arduo è riuscire a tracciare, in mancanza di attestazioni, i passaggi evolutivi che avrebbero determinato la trasformazione in *nuncupatio* (o *nuncupationes*) degli incarichi la cui esecuzione è rimessa nelle mani (*manum-do*, da cui *mandatela*) del *familiae emptor* nonché, in via pregiudiziale, il connesso problema dell'originaria natura giuridica di tali incarichi. Erano essi formulati informalmente come potrebbe desumersi dall'impiego da parte di Gaio del verbo *rogo* o, piuttosto, prevedevano già in origine la pronuncia di parole determinate? E in quest'ultimo caso, si configuravano come vere e proprie *nuncupationes*, esterne e strutturalmente autonome, anche se funzionalmente connesse, alla *mancipatio* della *familia*?

Per concludere il nostro ragionamento, solo se considerassimo le *rogationes* affidate al *familiae emptor* alla stregua di *leges mancipii* pronunciate dal *mancipio dans* (come non si è mancato di sostenere in letteratura), e dunque interne al rituale della *mancipatio*, potremmo discutere di *mancipatio familiae* per riferirci all'archetipo del *testamentum per aes et libram*, il che tuttavia non ci sembra che trovi un qualche appiglio nelle fonti pervenute ed è anzi smentito dalla terminologia adoperata da Gaio (in 2.102-103, nel passaggio *retro*, in questa stessa nota, riportato). A tal proposito, non ci sembra inopportuno, da ultimo, precisare che quando Albanese si interroga circa la presenza nella *familiae mancipatio* di eventuali *certa verba* pronunciati già dal «disponente *mortis causa*» [così, in un primo tempo, B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (I), IV. *Cum nexum faciet mancipiumque*, in *AUPA* 42 (1992), 55 = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, 91, il quale muta avviso in *Brevi Studi di diritto romano* (IV), II. *'Lex mancipii' e 'nuncupatio' in due passi ciceroniani (de orat. 1.13.178; de off. 3.16.65)*, in *AUPA* 48 (2003, pubbl. 2004), 18 s. = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 998 s.] si riferisca proprio all'istituto di età arcaica complessivamente considerato, non dunque alla *familiae mancipatio* di età classica, compiuta *'dici gratia'*, e distinta ma funzionalmente connessa alla *nuncupatio testamenti* pronunziata dal testatore. Cfr., per una diversa opinione sul punto, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 28 e ivi nt. 63, che ritiene invece – fraintendendo, secondo noi, sul punto il pensiero dello studioso palermitano – che Albanese e altri autori dopo di lui siano incorsi in «incomprensioni e travisamenti gravi» nell'interpretazione dell'esposizione gaiana del *tertium genus testamenti*: «per cui si è arrivati ad affermare che nella *mancipatio familiae* era contenuta anche una dichiarazione del *mancipio dans*».

⁵ Specie nel confronto con gli altri, e ancora più complessi, problemi di restituzione e ricostruzione che pone il formulario della *familiae mancipatio*, ragion per cui non tutti gli studiosi che si sono occupati

apre interessanti profili d'indagine, almeno a nostro avviso, che potrebbero ravvivare il recente, e mai sopito, dibattito sui problemi che ruotano intorno alle differenti 'applicazioni' della *mancipatio*.⁶ Quasi ovvio è ricordare che anche in campo storico-giuridico (e non solo quando si tratti di ricostruire istituti dell'età arcaica su cui più rade sono le fonti) ci si debba guardare dal «Missverständnis» che tradisce «Der Ehrgeiz, recht zu behalten»: «nicht der Besitz von Wissen, von unumstößlichen Wahrheiten macht den Wissenschaftler, sondern das rücksichtslos kritische, das unablässige Suchen nach Wahrheit»;⁷ proprio, in tale ricerca scrupolosa, critica e incessante risiede, del resto, l'*optima pars* del nostro mestiere.

2. STATO DELLA LETTERATURA SUL SIGNIFICATO DELL'INCISO 'ET UT QUIDAM ADICIUNT' TRÀDITO NELLA CHIUSA DEL FORMULARIO DELLA *FAMILIAE MANCIPIATIO* (GAI 2.104).

La restituzione del tenore della formula costituisce una *vexata quaestio* tra gli studiosi, che hanno al riguardo ricostruito il testo in modi tanto differenti da condizionare inevitabilmente l'indagine sull'evoluzione del *tertium genus testamenti* e, in modo particolare, sugli effetti che l'atto avrebbe, in origine, prodotto nonché sul ruolo rivestito al suo interno dal *familiae emptor*.

Tra i *verba* restituiti in Gai 2.104 gli unici che possano mettersi in diretta connessione con quelli contenuti nel formulario della *mancipatio* traslativa del *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi* (che la maggior parte della letteratura considera quale applicazione generale del negozio),⁸ riferiti da Gaio al § 119 del suo primo commentario,⁹ sono quelli pronunciati dal *familiae emptor* per ultimi, ossia come già ricordato: '... *HOC AERE ... AENEAEQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*'.¹⁰

del formulario si sono interrogati sul senso dell'espressione, se non in via meramente incidentale (v. la letteratura *infra* citata, alla nt. 12).

⁶ Ci riferiamo alla letteratura ricordata alle ntt. 3-4 e, in modo particolare, alle recenti messe a punto sul tema di Nicosia e Corbino, *retro* citate, densissime di notevoli spunti di riflessione per ulteriori indagini.

⁷ La celebre citazione è di K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Wien 1935, 209.

⁸ In letteratura si discute correntemente, non solo nelle trattazioni manualistiche, di varie «applicazioni» o «impieghi» o «utilizzazioni» della *mancipatio*. A tal proposito rinviamo, a titolo esemplificativo, ai richiami bibliografici e alle osservazioni di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 23 ss. e ntt. 50-51, il quale si esprime in senso critico sull'uso di siffatta terminologia e rileva che, ad esempio, *mancipatio familiae* e *coemptio* fossero strutturalmente differenti rispetto alla *mancipatio* traslativa del diritto di proprietà e che «proprio alla diversità di struttura formale conseguiva la diversità degli effetti» (ID., *op. cit.*, 24) *cui adde*, da ultimo, A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura cit.*, spec. 384 ss.

⁹ 'HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA' (Gai 1.119). Com'è noto, tali *verba* sono nuovamente ripetuti nel manuale gaiano, con tenore in parte differente (in funzione, anzitutto, del diverso oggetto), in Gai 3.167 nella formula pronunciata da parte del *servus communis*: 'HANC REM EX IURE QUIRITIIUM LUCI TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQUE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAEQUE LIBRA'. Sulla versione del passo tràdita nei frammenti egiziani v. *infra*, § 4 e nt. 31.

¹⁰ Abbiamo già accennato (*retro*, nt. 1, con richiami alla bibliografia più recente) ai noti problemi di coordinamento dei tre accusativi iniziali (*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM*) con il verbo finale (*ESTO MIHI EMPTA*) che necessitano o l'emendazione dei primi in nominativi (*FAMILIA PECUNIAQUE TUA ... HOC AERE ... AENEAEQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*) o un'integrazione del testo della formula (a titolo meramente esemplificativo, tra quelle suggerite nelle edizioni del manuale gaiano: *FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <RECIPIO,*

La porzione conclusiva della formula solleva meno problemi riguardo tanto alla restituzione quanto al significato (almeno letterale) rispetto ai *verba* iniziali, dei quali certi sono soltanto i cenni alla *familia pecuniaque* del testatore, alla *mandatela* posta in essere da quest'ultimo e alla correlata *custodela* esercitata dal *familiae emptor*; manca, com'è noto, in Gai 2.104 l'affermazione di appartenenza, che è invece presente nelle formule tramandate in Gai 1.119 e 3.167.¹¹

In tale contesto, la chiosa del giurista, *'et ut quidam adiciunt'*, posta tra le parole *'HOC AERE'* ed *'AENEAQUE LIBRA'* è formulata a mo' di precisazione.

Seppur incidentalmente, gli studiosi che se ne sono occupati hanno ritenuto, per lo più all'unanimità, che Gaio specificasse mediante tale chiarimento che alcuni termini del formulario avrebbero potuto omettersi ai suoi tempi, senza che ciò comportasse l'inefficacia dell'atto.¹²

Letteralmente, invero, i termini *'et ut quidam adiciunt'* indicherebbero propriamente che 'alcuni' ritenevano si dovessero aggiungere i *verba* *'AENEAQUE LIBRA'* al testo della formula. Alla luce di ciò, non è mancato tra gli studiosi chi, ravvisando si trattasse di aggiunta e non di omissione, ha ritenuto incomprensibile le ragioni di tale precisazione di Gaio.¹³

EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <EX IURE QUIRITIVM ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ... <EX IURE QUIRITIVM MEAM ESSE AIO, EAQUE> ... HOC AERE ... AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA). In entrambi i casi è impossibile risolversi in maniera certa. Così, per tutti, B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2.104*, in AUPA 47, 2002, 73 (= *Scritti giuridici*, IV cit., 941). La mancanza del confronto con altre attestazioni comporta, infatti, che tanto l'emendazione dei tre accusativi iniziali quanto le integrazioni suggerite presentano degli svantaggi: nel primo caso, quello di «esigere una triplice correzione iniziale ... che non si trova nel palinsesto»; nel secondo, quello di «esigere l'inserzione» di *verba* per i quali «non esistono appigli testuali» (in tal senso B. ALBANESE, *loc. ult. cit.*), per cui non è mancato chi sia arrivato a sostenere che entrambe, per differenti ragioni, siano arbitrarie e insostenibili (in tal senso si esprime G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 22 s. nt. 48).

¹¹ I cui *verba* sono ricordati poco più sopra, alla nt. 9.

¹² Rinviando, tra i tanti e senza alcuna pretesa di completezza, a M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, rist. Darmstadt 1963, 490 nt. 21; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, *Obbligazioni ed azioni, Diritto ereditario, Donazioni*, Roma 1928, 527 nt. 1; V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini* (pubbl. Soc. Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto), 11, Firenze 1935, 10 nt. 54, 26 = ID., *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. BOVE, Napoli 1974, 64 s. nt. 54, 82, 108 (*Addenda et corrigenda*); ID., *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in BIDR 42, 1935, 577; H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de solutions sociologiques)*, Paris 1934, 149 e ivi nt. 3; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, 42 nt. 3; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 391 nt. 5; H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente*, in (a cura di) J.A. ANKUM, R. FEENSTRA, W.F. LEEMANS, *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae*, I, Leiden 1968, 141 s., 145; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, parte prima, Catania 1979, 74 nt. 64, con altra letteratura (nonché dello studioso, tra i suoi lavori dedicati alla *mancipatio*, soprattutto, ID., *Il formalismo negoziale*² cit., 9 s., 61; ID., *«Mancipatio» e pesatura* cit., 394 nt. 67, 397); B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 51 nnt. 79 e 83; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar*, Berlin 1999, 50, 377; F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 119 nt. 225; G. NICOSIA, *Quasi pretii loco cit.*, 21 e nt. 47; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 258.

¹³ Così, tra gli autori *supra* citati alla nt. 12, ad esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni*², II cit., 527 nt. 1.

3. CONTINUA: PUNTI FERMI E PROBLEMI.

Per tentare di dar conto dei problemi messi in campo da tale proposizione parentetica, proviamo ad estrapolare alcuni punti fermi del passaggio oggetto d'indagine.

In primo luogo, l'inciso – *et ut quidam adiciunt* – rivela che i formulari, sebbene venissero tramandati anche quando non se ne comprendesse il significato,¹⁴ fossero tutt'altro che immutabili.¹⁵

Spettava, di certo, alla giurisprudenza (prima pontificale, poi laica) stabilire quali *verba* fosse stato necessario pronunciare e quali *gesta* fosse stato essenziale compiere per conseguire l'effetto che con un determinato atto formale (nel caso in esame, la *familiae Mancipatio*) le parti si sarebbero prefissate di raggiungere. Su tale aspetto, in tempi recenti, si è tornati a porre l'accento¹⁶ per rimarcare, opportunamente, la peculiarità di ciascun *gestum per aes et libram* e mettere in guardia – nel ricostruire, in particolare, le formule dei vari atti Mancipatori – dal rischio di lasciarsi condizionare dal formulario della *Mancipatio* impiegata per conseguire il *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi* (pervenutoci senza lacune, a differenza di quello della *familiae Mancipatio*, che è peraltro, come già ricordato, riferito in unico luogo e per di più con i noti problemi di restituzione nel quale è stato tramandato).¹⁷

Inoltre, vi è un ulteriore profilo d'indagine sul quale, a parer nostro, in letteratura non ci si è soffermati, che va individuato nella circostanza che dall'impiego dei termini 'et ut quidam adiciunt' possa dedursi in maniera inequivoca che coesistessero due differenti orientamenti: il secondo è introdotto da Gaio proprio attraverso l'inciso suddetto.

Infatti, che con 'quidam' si indicassero i *iuris periti* è confermato dalla circostanza che possiamo reperire nel linguaggio tecnico, non solo gaiano, tale pronome indefinito congiunto a differenti verbi – quali, a titolo meramente esemplificativo, *puto, dico, voco, existimo* – per introdurre esplicitamente un determinato orientamento in dissenso con un altro del quale poco prima si era dato conto o che ci si accingeva a presentare.¹⁸ Pertanto,

¹⁴ A tal proposito v. *infra*, nt. 44.

¹⁵ La *ratio* sottesa alla duttilità delle formule è ben sintetizzata da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale*² cit., 60: «La flessibilità dei formulari, rigidi e ripetitivi infatti solo in alcune loro parti, la conseguente possibilità riconosciuta ai tecnici di adeguarli alle esigenze specifiche sono la riprova migliore che il formalismo arcaico era non già manifestazione di un rozzo e semplicificante primitivismo, ma solo una necessità imposta da particolare condizioni (sociali, economiche, culturali) dell'ambiente che lo esprimeva».

¹⁶ Ci sia consentito ancora una volta rinviare, per tutti, ai recenti lavori di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., *passim* e, soprattutto, 21 ss.; A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura* cit., in part. 384 ss., 395 ss. (dell'A. v. già in proposito, almeno, ID., *Il formalismo negoziale*² cit., spec. 60 ss.).

¹⁷ Cfr. *retro*, nnt. 1 e 10.

¹⁸ Nelle sole Istituzioni di Gaio, sono state rinvenute dagli studiosi ventuno ricorrenze del pronome indefinito in esame: cfr. S. SOLAZZI, «*Quidam*» (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*), in Atti Acc. Napoli 64, 1952-1953, 3 ss. = ID., *Scritti di diritto romano*, V (1947-1956), Napoli 1972, 413 ss. (da cui citiamo). Con lo studioso, tuttavia, dissentiamo, non solo circa l'interpretazione del pronome indefinito nel manuale gaiano (ritenuto da Solazzi come non autentico) ma, nello specifico, riguardo alla valenza che esso avrebbe in Gai 2.104 (sul punto, *infra*: nt. 20). Sconfinati sono gli studi che si sono interrogati sulla valenza del pronome indefinito 'quidam', non in termini generali ma nell'ambito dell'esegesi di singoli passaggi nei quali lo si rinviene. Tra di essi, per considerazioni svolte anche in via meramente incidentale, rinviando, consapevoli di non poter essere esaustivi, a C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 156 ss. (su Gai 3.47); E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in

anche nel contesto in questione, l'espressione assolverebbe, secondo noi, alla funzione di introdurre un'ulteriore *iusrisconsultorum opinio*, non condivisa da tutti, ma suggerita per l'appunto solo da 'alcuni', alla stessa stregua, per intenderci, della valenza di un'altra proposizione parentetica, abbastanza ricorrente nel linguaggio gaiano, ossia '*ut quidam putant*'.¹⁹ Del tutto irragionevole è, del resto, supporre che a decidere quale delle due varianti fosse la più opportuna siano stati i *familiae emptores* o i testatori.²⁰

Chi si nasconda dietro questi indeterminati ed «innominati»²¹ *iuris periti*, non si è in grado di stabilirlo. L'utilizzo del pronome indefinito costituisce, a nostro avviso, indizio che essi non fossero esponenti di un orientamento maggioritario, che propriamente sarebbe stato reso da '*plerique*'.²² Dal modo in cui si esprime il giurista sembra, anzi, che possa dedursi proprio l'inverso, ossia che fosse più frequentemente invalsa la prima variante della formula, quella nella quale figuravano i soli termini '*HOC AERE ESTO MIHI EMPTA*'. Rimane incerto, ad ogni modo, se da tale inciso si possa desumere l'esistenza di una vera e propria disputa giurisprudenziale sul punto.²³

Su un ulteriore dato è opportuno, altresì, soffermarsi, vale a dire sull'uso da parte di

SDHI 63, 1997, 53 ss. e nt. 247 (su Gai 2.79); ID., *Studi sui «libri ad Edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, 112 ss. (su D. 3.3.1.1, Ulp. 9 *ad ed.*), 322 ss. (su D. 6.1.5.1, Ulp. 16 *ad ed.*); B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3.147*, in RDR 3, 2003, 4 nt. 5 (su Gai 2.79, con ult. bibl.); A.M. GIOMARO, '*Unde quidam putant*'. (Gai 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione contrattuale di *contractus*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 295 ss. (su Gai 3.91); F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, 37 e nt. 104, con altra letteratura; G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, 95 ss., spec. 98 nt. 299 (su Gai 3.91, con ampi richiami bibliografici); G. D'ANGELO, *Civiliter vel naturaliter possidere*, Torino 2022, 94 nt. 264 (con ult. bibl.), sull'espressione '*ut quibusdam recte videtur*' rinvenibile, con l'avverbio *recte*, unicamente in D. 10.4.7 pr. (Ulp. 24 *ad ed.*).

¹⁹ Cfr. Gai 3.28; 3.47; D. 28.1.26 (Gai 22 *ad ed. prov.*); 50.16.30 (Gai 7 *ad ed. prov.*). L'espressione '*quidam putant*' si rinviene, inoltre, nel linguaggio gaiano, in Gai 1.184; 2.215; 3.91; D. 18.1.35.2 (Gai 10 *ad ed. prov.*); 45.1.141.4 (Gai 2 *de verb. oblig.*); 50.16.234.2 (Gai 2 *ad leg. XII tab.*); 50.16.238.2 (Gai 6 *ad leg. XII tab.*).

²⁰ Si tratta del dubbio espresso da S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 421 nt. 37: «Per *quidam* il significato incerto tra giuristi e testatori si presenta in 2. 104, dove Gaio dichiara che nella formula della *familiae mancipatio*, alle parole *hoc aere, quidam adiciunt aeneaque libra*».

²¹ Così, già dal titolo, S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 413.

²² Anche tale pronome indefinito è attestato nel linguaggio giurisprudenziale, e in particolare gaiano, sebbene se ne ravvisi un uso più «parco» rispetto a *quidam*. In tal senso rinviamo ancora una volta a S. SOLAZZI, «*Quidam*» cit., 421 s., che non esclude che, almeno in un'attestazione (Gai 3.10), nei *plerique* possano annoverarsi anche «uomini della strada anziché giureconsulti», *cui adde*, più di recente, B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola* cit., 5 ss. e nt. 8, la quale si interroga sull'ipotesi che nei *plerique*, di cui in Gai 3.147, possano farsi rientrare i soli esponenti della scuola sabiniana. Analogamente, anche per il pronome *quidam* adoperato in Gai 3.91, ci si è chiesti in letteratura se esso fosse adoperato da Gaio per designare, in maniera univoca, i Sabiniani e se la posizione espressa da 'alcuni' fosse minoritaria o maggioritaria. Per una sintesi di tale dibattito rinviamo, per tutti, alla recentissima e completa disamina di G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia* II cit., 98 nt. 299.

²³ Anticipiamo che a noi pare più verosimile, alla luce delle argomentazioni tra breve svolte sull'impiego da parte di Gaio del presente indicativo in 2.104 e sulla presenza, tra i *verba* del formulario, di alcuni termini sicuramente arcaici – quali '*endo*', '*mandatela*' e '*custodela*' (v. *infra*, nt. 39) – che le due varianti della parte conclusiva della formula fossero state suggerite dalla giurisprudenza in frangenti storici differenti.

Gaio del presente indicativo *'adiciunt'*. Tale tempo caratterizza, in effetti, la trattazione già dall'esordio del § 104 del secondo commentario, ove il giurista si accinge a descrivere lo svolgimento della *familiae mancipatio*: *'eaque res ita agitur'*. Si potrebbe inferire, pertanto, che dietro il pronome *'quidam'* si celino *iuris prudentes* coevi a Gaio.

Tuttavia, ci sembra più ragionevole ipotizzare che il giurista leggesse ambedue le varianti della chiusa del formulario in testi giurisprudenziali precedenti e che, pertanto, entrambe le versioni siano comunque più antiche dei suoi tempi. Depongono a favore di tale ipotesi sia alcuni segmenti verbali rintracciabili nella stessa formula, quali *'endo'*, *'mandatella'* e *'custodella'*, sui quali tra breve torneremo, sicuramente appartenenti al linguaggio arcaico e per i quali non si è sentita l'esigenza di un eventuale ammodernamento,²⁴ sia quanto possiamo arguire dai documenti che attestano testamenti librali. È bene infatti a tal proposito ricordare che, malgrado la modalità espositiva adottata da Gaio, si è dubitato alla luce delle attestazioni della prassi testamentaria che venisse espletato, in età classica, quanto prescritto dal rituale della *familiae mancipatio*, così come descritto in Gai 2.104. Tale è, com'è noto, l'orientamento espresso da Amelotti, che dall'esame della documentazione pervenutaci ha sostenuto, piuttosto, che le formalità della *familiae mancipatio* si fossero ridotte, già a partire dal II d.C., ad un mero cenno di cui si dava conto in una clausola nella quale ci si limitava ad attestarne l'avvenuto svolgimento, in quanto strumentale al compimento dell'unico atto oramai idoneo a produrre effetti, ovvero la *nuncupatio testamenti*.²⁵

4. PROPOSTE INTERPRETATIVE E SPUNTI PER ULTERIORI INDAGINI.

Alla luce di quanto fin qui considerato, tali sono dunque i termini della questione: per il primo indirizzo giurisprudenziale sarebbe stato ritenuto sufficiente al fine del perfezionamento dell'atto che il *mancipio accipiens/familiae emptor* affermasse che, allo scopo di

²⁴ Il che deporrebbe a favore dell'ipotesi che venisse perpetuato, al tempo di Gaio, un testo probabilmente non corrispondente agli effetti che l'atto avrebbe ormai prodotto. Si vedano, a tal proposito, le considerazioni svolte *infra*, § 4.

²⁵ Secondo M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, in part. 76 ss., 77 (per la citazione che segue), 217 ss., la formulazione della clausola della *mancipatio familiae*, «stereotipa e spesso fraintesa, in accordo ad altri argomenti, permette di affermare che, almeno a partire dal II secolo d. Cr., nei testamenti *per aes et libram* il rituale della *mancipatio familiae* descritto da Gai. 2, 104 era di fatto superato, e ci si limitava a dare un'attestazione scritta del suo compimento. La *mancipatio familiae* era divenuta una clausola di stile, che veniva completata con il nome delle persone che ne erano i protagonisti apparenti, ma la cui reale funzione consisteva nel partecipare – dopo specifica *rogatio* e per espressa invocazione del testatore: in ciò è il persistente significato concreto della *nuncupatio* – come *testes* e *signatores* delle *tabulae* testamentarie. La documentazione ci mostra così che il *testamentum per aes et libram* era arrivato ad uno stadio più evoluto della descrizione gaiana». È tornata sulla questione, da ultimo, L. MIGLIARDI ZINGALE, «*Il testamento romano attraverso la prassi documentale*» di Mario Amelotti: a cinquant'anni dalla pubblicazione di un libro esemplare, in MEP 23, 2020, 297 ss., che rimarca, tra l'altro, l'opportunità di non trascurare nelle indagini sugli istituti le fonti, sia occidentali sia orientali, della prassi, nello specifico testamentaria (EAD., *op. cit.*, spec. 300 s.). Per un diverso orientamento, rispetto a quello proposto da Amelotti, rinviamo a G. GANDOLFI, «*Prius testamentum ruptum est*», in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano 1962, 215 s., il quale, sulla scorta di quanto si legge in Gai 2.105, è più propenso a ritenere che la *familiae mancipatio* non fosse «semplicemente una formalità essenziale, se l'*interpretatio* continuava ancora a considerare, *propter veteris iuris imitationem*, il negozio come posto in essere dal testatore e dal *familiae emptor*».

consentire al *mancipio dans*/testatore di pianificare la destinazione dei suoi beni per il tempo successivo alla sua morte, la *familia pecuniaque endo mandatela* del primo ed *endo custodela* del *mancipio accipiens/familiae emptor* stesso, da quest'ultimo 'HOC AERE ESTO ... EMP-TA'; il secondo avrebbe richiesto che, tra i *certa et sollempnia verba* prescritti, il *familiae emptor* pronunciasse, in a g g i u n t a, le parole 'AENEAQUE LIBRA'.

I profili, strettamente connessi, sui quali a nostro avviso vale la pena interrogarsi, si riassumono, secondo noi, in due domande: posto che entrambe le versioni della formula sono, come poc'anzi suggerito, ragionevolmente antecedenti all'età gaiana, quale delle due si possa ritenere più antica ('... HOC AERE ESTO MIHI EMP-TA' o, piuttosto, '... HOC AERE AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMP-TA') e quali siano le ragioni sottese all'una o all'altra formulazione.

In dottrina la questione non è mai stata affrontata nei termini suddetti perché si è dato per scontato che fosse la seconda versione summenzionata, quella stimata come più completa, a corrispondere al vetusto tenore dei *verba*.²⁶ La prima è, infatti, ritenuta dai più segno di un sicuro ammodernamento del testo «mit dem eintretenden Verfalle der Formeln»²⁷ che avrebbe portato ad una «formula di stile che si semplifica sempre di più»²⁸ e, pertanto, alla possibilità di o m e t t e r e i termini 'AENEAQUE LIBRA'.

Di tale decadimento gli studiosi scorgerebbero, tra l'altro, traccia nella versione di Gai 3.167 rinvenuta nei frammenti di Antinoupolis,²⁹ dove nella porzione conclusiva, in luogo dei termini 'EAQUE EI EMP-TA ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA' restituiti nel palinsesto Veronese, si legge 'EAQUE EI EMP-TA ESTO HOC AERE'. Tuttavia, non si può arguire dal passaggio in questione la inequivoca totale mancanza, quantomeno nell'esemplare dal quale l'amanuense avrebbe copiato il testo, dei termini 'AENEAQUE LIBRA', che infatti sono integrati nelle edizioni di fonti, a partire dall'*editio princeps* stessa.³⁰ Le ragioni di tale dubbio sono molteplici: anzitutto, subito dopo le parole '<H>OC AERE' il copista ha lasciato uno spazio di almeno tre/quattro lettere e si è dimenticato di andare a capo.³¹ Inoltre, nella

²⁶ Rinviamo agli studiosi *retro* citati alla nt. 12.

²⁷ Citiamo da M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I cit., 490 nt. 21.

²⁸ Così B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*² cit., 42 nt. 3.

²⁹ Si tratta, com'è risaputo, di PSI XI, 1182, contenente alcuni frammenti di un codice pergameneo delle Istituzioni di Gaio, ora conservati nella Biblioteca Medicea Laurenziana (inv. 18112) di Firenze, e la cui *editio princeps* si deve ad V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 55 ss. Discussa è la datazione originaria, risalente, secondo alcuni alla metà del IV d.C., secondo altri al V-VI d.C. Sull'importanza della scoperta, che ha consentito, malgrado lo stato pressoché frammentario del codice, un confronto con alcuni passaggi del palinsesto Veronese tratti dal terzo e dal quarto commentario (segnatamente, Gai 3.153-154; 3.167-174 e 4.16-18) rinviamo per tutti, da ultimo, a L. ATZERI, *Diritto romano dal deserto. Percorsi editoriali di papiri giuridici nella prima metà del Novecento*, Torino 2020, in part. 79 ss., con ult. lett. cit. nelle note cui rinviamo.

³⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 65, il quale tuttavia si esprime in via dubitativa negli *Addenda et corrigenda* cit., 108, pur rilevando che ad ogni modo le parole *aeneaque libra* si rinvengono anche nella formula della *solutio per aes et libram* (Gai 3.174) tanto nella versione del Veronese quanto nella porzione della stessa leggibile in PSI XI, 1182 ove si scorgono le lettere '<AENEA>QUE LIB<RA>' (fragm. F; in proposito v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio* cit., 577). Non condividono tale integrazione, ad esempio, H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 50, 377.

³¹ Cfr. PSI XI, 1182, fragm. C, visionabile online: <http://www.psi-online.it/documents/psi;11;1182>, dove, nello spazio che segue i termini '<H>OC AERE' e prima dell'*incipit* della proposizione successiva, intro-

stessa linea, e in quella immediatamente precedente, sono presenti delle cancellature di singole lettere, le quali ricorrono invero, con una certa frequenza, anche in altre parti dei fogli pervenutici, in uno con degli errori, piuttosto grossolani [ad es. *sociaetatem* per *societatem*, *caedere* per *cedere*, *omines* per *homines*, *fratruum* per *fratrum*, *quamdo* per *quando*, (*con*)*rex* per *grex*].³² Le summenzionate incertezze mostrate nella trascrizione potrebbero considerarsi – come non si è mancato di segnalare – indice della mancata comprensione di alcune parole latine presenti nell’antigrafo e denoterebbero, pertanto, una scarsa conoscenza della lingua latina da parte dello scriba.³³ Di ciò potrebbe scorgersi traccia, del resto, anche nel vuoto di una lettera lasciato prima del pronome dimostrativo ‘<H>OC’, trascritto senza la lettera *h*, che è infatti comunemente da tutti gli editori integrata.

Inoltre, se muovessimo dal presupposto che il primo arrangiamento della chiusa della formula tramandata in Gai 2.104 fosse il risultato di una trascuratezza del rito prestabilito, che avrebbe condotto alla legittima (in quanto avallata dai giuristi) omissione dell’endiadi finale, come mai non si è prevista una formulazione semplificata, ammodernata e più sintetica anche per le altre parti, mentre Gaio dà notizia solo delle due varianti suddette, che interessano la porzione conclusiva del formulario?

Malgrado quanto appena rilevato, tra coloro che hanno sostenuto che fosse più antico il secondo orientamento giurisprudenziale ricordato da Gaio, degna di nota è l’ipotesi proposta da Albanese che, a più riprese, nel corso della sua vita è tornato a trattare del *testamentum per aes et libram* e che ha avanzato, anche per la chiusa della formula, una spiegazione.³⁴ Ne ‘*Gli atti negoziali*’ lo studioso ha addotto a sostegno di una «fattura più

dotta da “*Illud q(uae)/ritur ...*” (Gai 3.167*a*), si scorgono comunque delle lettere, sebbene non sia del tutto chiaro se alcune di esse siano leggibili per trasparenza dalla facciata opposta.

La presenza di tale spazio è stata, ad ogni modo, differentemente giustificata in via ipotetica dagli editori. V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 65 rileva che lo scriba «ha dimenticato di andare a capo; sicché per indicare l’inizio del nuovo periodo ha dovuto segnare la *παράγραφος* in margine, fra le l. 54 e 55» in quanto «perplesso di fronte alle parole dell’antica formula, per lui incomprensibili». H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente* cit., 142, ha congetturato, invece, che «es folgt ein Raum von ca. 3 Buchstaben Länge, der offen gelassen wurde, um den nächsten Satz *illud quaeritur eqs. deutlicher abzuheben*». Similmente, H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 377, che rilevano altresì che tale *spatium* appare comunque «viel zu kurz für die vorgeschlagene Ergänzung», il che non si contrappone all’ipotesi suggerita da Arangio-Ruiz e *infra* ricordata alla nt. 33.

³² Si tratta, ad ogni modo, di errori abbastanza comuni nei manoscritti e dovuti al fatto che gli amanuensi copiavano per lo più macchinalmente. Rinviamo, per tutti, su tale aspetto a H.L.W. NELSON, *Die Textkritische Bedeutung der ägyptischen Gaiusfragmente* cit., 167 s.

³³ In tal senso, tra i tanti, V. ARANGIO-RUIZ, *PSI. 1182. Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini*, che citiamo da *Studi epigrafici e papirologici* cit., 58 e 64 s. sul passaggio in esame a proposito del quale lo studioso rileva che «I vuoti, i punti, le virgole, la mancanza di *h* avanti ad *oc* e di *aeneaque libra* dopo *aere*, dimostrano che lo scriba è rimasto perplesso di fronte alle parole dell’antica formula, per lui incomprensibili». Di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 21 nt. 47, ha preso spunto da ciò per sottolineare che «nulla è possibile argomentare dalla circostanza che nel lacunoso riferimento di G. 3.167 contenuto nei frammenti pergamenacei egiziani le parole *aeneaque libra* mancano, per supporre che anche nella normale *mancipatio* esse potessero essere tralasciate».

³⁴ Lo studioso palermitano ha dedicato, tra l’altro, ai problemi di ricostruzione dei *verba* della *familiae Mancipatio* uno dei suoi ultimi lavori, mutando avviso rispetto ad alcune posizioni sostenute in precedenti studi (v., ad esempio, *infra*, ntt. 35-37). Ci riferiamo ad B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano (III)*, VI. *Sul formulario della ‘mancipatio familiae’* cit., 68 ss. = *Scritti giuridici*, IV cit., 936 ss.

recente» di tali termini proprio il fatto che si potessero omettere le parole *aeneaque libra* e ha proposto di spiegare l'omissione «con la funzione ormai solo *dicis gratia* della *mancipatio familiae*».³⁵

La proposta del maestro palermitano ben si coordina, in effetti, con la congettura sostenuta da parte della letteratura che la formula tramandata in Gai 2.104, vigente al tempo in cui Gaio scrive, non fosse affatto la stessa adoperata dal *familiae emptor 'olim'*, nella più antica configurazione strutturale dell'istituto.³⁶ Tuttavia tale suggerimento non si concilia con la presenza di alcuni termini di «impronta arcaica» quali *'endo'*, *'mandatela'* e *'custodela'*,³⁷ salvo a voler ravvisare – il che è stato ritenuto altrettanto plausibile – una sorta di stratificazione storica nel formulario: ciò ammettendo, alcune sue porzioni sarebbero più recenti o frutto comunque di ammodernamento; altre sarebbero più antiche.³⁸

Anche qualora volessimo sorvolare sull'arcaicità di alcuni *verba* – che è ad ogni modo sicura per *'endo'*, *'mandatela'* e *'custodela'*³⁹ – l'ipotesi di Albanese incontra pur sempre un

³⁵ Così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 83 (v. anche ivi nt. 79), che aggiunge: «per la stessa ragione manca, nella formula in uso al tempo di Gaio, l'affermazione di dominio del *familiae emptor*, affermazione che noi abbiamo supposto presente, invece, nella fase originaria della *mancipatio familiae*».

³⁶ «La formula attestata in Gai 2, 104 si rivela di fattura più recente, sia nell'iniziale *Familiam pecuniamque tuam*; sia nell'assenza d'una dichiarazione d'appartenenza della *familia* al *familiae emptor* ...; sia nella dichiarazione esplicita della funzione – certo non originaria – esclusivamente strumentale della *mancipatio* (*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*); sia, infine, nella possibilità di omettere le parole *aeneaque libra* ...». Cfr., ancora una volta, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 79 (seguito, nella letteratura più recente, da G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 256 ss.). Opposto orientamento è espresso in B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 74 = *Scritti giuridici*, IV cit., 942: «... non sarei lontano, addirittura, dal ritenere probabile che il *familiae emptor*, anche allorché veniva usato solo *dicis gratia propter veteris iuris imitationem*, continuasse ad affermare, come l'antico *emptor* dell'originaria *mancipatio familiae* concretamente efficace, che *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea meam esse aio, eaque* ... *mibi empti esto* ...».

³⁷ Del che è ben consapevole lo stesso Albanese, il quale, in un primo tempo, aveva ipotizzato la presenza nell'originario dettato della formula dei soli termini *endo mandatela tua*, poiché le «parole *endo custodela mea* – che pure hanno una forma antica – sarebbero contraddittorie, rispetto al *meam esse aio* successivo, che abbiamo supposto» (citiamo, ancora una volta, da B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 51 nt. 79), per propendere, infine, per l'ipotesi «che anche il *familiae emptor* d'età progredita, alla stessa stregua di quanto certamente faceva quello delle origini, dovesse iniziare il discorso rituale con una affermazione relativa, a proposito di una altrui *familiam pecuniamque*, ad un *meam esse*, sia pure in relazione a *mandatela* e *custodela* che incisivamente determinano limiti e finalità del *meam esse*». Così B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 75 = *Scritti giuridici*, IV cit., 943.

³⁸ Cfr., per tutti, M.F. CURSI, *La mancipatio familiae: una forma di testamento?* cit., 186 s. [e EAD., *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I cit., 359], la quale nel ricordare che «Non possiamo dire con certezza se il formulario riportato da Gaio corrispondesse a quello proprio della *mancipatio familiae*, oppure riproducesse il tenore del più tardo *testamentum per aes et libram*, o ancora fosse un adattamento gaiano nel quale sono riconoscibili elementi risalenti stratificatisi nella formula in uso all'epoca di Gaio», aggiunge: «Indubbiamente, il richiamo congiunto alla possibilità di fare testamento *iure* secondo la *lex publica*, nel rinviare alla dialettica *ius/lex*, particolarmente vivace in età decemvirale, favorisce l'idea di un'elaborazione risalente della formula, o almeno di una stratificazione conservatasi nel formulario gaiano».

³⁹ Sul punto v., da ultima, C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt* cit., 45 e ntt. 127-130, con bibliografia. Degno di nota è che la preposizione *'endo'*, attestata per l'epoca decemvirale [nelle XII Tavole si rinveniva il termine, stando a quanto attesta Festo, come preverbo: *manum endo iacito* (L.

ostacolo, difficilmente superabile, nella circostanza che non può farsi discendere il compimento *'dicitis gratia'* della *mancipatio* di età classica dalla facoltà di omettere nella formula unicamente i termini *'aeneaque libra'*, tenuto conto che, in ogni caso, l'attribuzione di poteri effettivi in capo al *familiae emptor* si potrebbe logicamente collegare alla pronuncia degli altri *verba* prescritti, vale a dire *'HOC AERE ESTO MIHI EMPTA'*.⁴⁰

In effetti, che il *familiae emptor* nulla *'acquistasse'* nel *testamentum per aes et libram* vigente ai tempi di Gaio lo arguiamo con certezza, non tanto dal formulario, i cui *verba* sono oscuri e non coordinati grammaticalmente (tanto da rendere necessario un emendamento o un'integrazione), quanto piuttosto dall'intero contesto espositivo di cui si dà conto in Gai 2.102-108. Nel passaggio in questione la *familiae mancipatio* è presentata dal giurista come un rito svuotato della sua portata originaria nel quale il *familiae emptor* e la stessa *familiae mancipatio* non sono altro che *imitationes* di ciò che tali elementi strutturali erano stati un tempo (*olim*).⁴¹ Basti ricordare, a tal proposito, la spiegazione fornita dal giurista della loro sopravvivenza: *'alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicitis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur'* (2.103).

Orbene, a costituire ulteriore e significativo indizio della risalenza delle parole del formulario della *familiae mancipatio* a un tempo nel quale l'atto produceva effetti nei confronti del *familiae emptor* depongono, secondo noi, proprio i termini *'dicitis gratia propter veteris iuris imitationem'*. Tali *verba* sono ribaditi da Gaio, ulteriormente, nel prosieguo dell'esposizione per esplicitare che, ai suoi tempi, il testatore continuava a trasferire a qualcuno il suo patrimonio *'in ragione della formula'* (*'qui facit testamentum' ... mancipat alicui dicitis gratia familiam suam'*: Gai 2.104), ossia *'a motivo dell'osservanza della primigenia regolamentazione (formale, e dunque formulare) dell'istituto'* (Gai 2.103, nonché 2.105: *'... propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem'*);⁴² si seguiva, dunque, a compiere la *mancipatio* in via del tutto strumentale e in vista degli effetti che avrebbe prodotto la sola *nuncupatio testamenti*.⁴³ Del resto, se così non fosse stato, ovvero se il com-

410.1]), non sia stata ammodernata nella formula e sostituita con *'in'*. Ciò costituirebbe un ulteriore indizio del carattere spiccatamente conservativo dei formulari romani religiosi e giuridici (su cui *infra*, nt. 44).

⁴⁰ Com'è noto, è attestato [Fest., vv. *'abemito'* (L. 4.30-31), *'emere'* (L. 66.21), *'redemptores'* (L. 332.33-34)] che il verbo latino *emo* significasse, anticamente, *'prendo'*, *'accetto'*, *'assumo'* e che, solo in prosieguo di tempo, avrebbe assunto l'accezione di *'compro'* (rinviando sul punto alla letteratura citata in F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 144 nt. 258; si interroga sulla valenza originaria e sugli effetti del *'familiam emere'*, più di recente, G. NICOSIA, *Quasi pretii loco* cit., 30 nt. 65).

⁴¹ Su tale aspetto gli studiosi sono pressoché unanimemente concordi (v. la bibliografia *retro* citata, ntt. 3-4): a produrre effetti in età classica è la sola *nuncupatio* (con il rinvio, ai tempi di Gaio, alle *tabulae* contenenti le ultime volontà del testatore: cfr. Gai 2.104); i profili sui quali dissentono attengono, piuttosto, ai problemi strettamente connessi, di ricostruzione dell'effettivo ruolo svolto dal *familiae emptor* nell'età più risalente e della natura degli incarichi rimessi dal *mancipio dans* nelle sue mani. Che nel *testamentum per aes et libram* di età classica la *mancipatio* sia *imaginaria*, vale a dire che si tratti di un *negotium* che sia solo *imago* di una *mancipatio*, può dedursi in modo inequivoco anche da Tit. Ulp. 20.2: *'... his duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam'*.

⁴² Sul valore dell'espressione *'dicitis gratia propter veteris iuris imitationem'* ci sia consentito rinviare a F. TERRANOVA, *Sul valore delle espressioni 'dicitis gratia' e 'dicitis causa' nel linguaggio dei giuristi*, in SDHI 81, 2015, 263 ss., con ulteriore bibl. citata e discussa nelle note.

⁴³ A tal proposito v., in particolare, A. CORBINO, *Atti dicitis causa* cit., 53 ss., il quale opportunamente

plesso dei *verba* ricordati in Gai 2.104 alludesse a un momento storico nel quale il *familiae emptor* nulla avrebbe (più) acquistato dal *mancipio dans*-testatore, che senso avrebbe avuto affermare che quello veniva adibito nell'atto 'per fedeltà alla formula ad imitazione dell'antico procedimento rituale' (2.103, 2.105) e che il *mancipio dans*-testatore gli trasferiva 'in virtù della (sola) formula' il suo patrimonio (2.104)?⁴⁴

Scartata dunque l'ipotesi suggerita (almeno in un primo tempo)⁴⁵ da Albanese circa le ragioni della precisazione in esame, ci sembra maggiormente plausibile congetturare che il riferimento alla bilancia avrebbe potuto, secondo alcuni giuristi, 'omettersi' poiché la *libra* aveva perduto, nel tempo, all'interno della *familiae mancipatio* ogni valenza, anche meramente simbolica, in uno con il venir meno della stessa funzione del *libripens*. Quest'ultimo è infatti considerato, ai tempi di Gaio, alla stregua di un ulteriore testimone della *nuncupatio testamenti*.⁴⁶ L'ipotesi suddetta potrebbe, in effetti, essere parzialmente suffragata dalla

rileva che «Chi agisce *dicis causa* agisce per uno scopo che non può essere individuato in relazione all'atto direttamente compiuto, ma in relazione alle finalità complessive di una sequenza di atti, nella quale quello compiuto si inserisce come strumentalmente necessario per il perseguimento del risultato ultimo perseguito. Con la conseguenza che i suoi effetti dovranno essere di volta in volta fissati, valutando appunto il complesso della situazione e non solo il segmento di essa costituito dal negozio attuato *dicis causa*». Sul valore dell'espressione '*dicis gratia*' (impiegata in Gai 1.141 insieme ai termini '*uno momento*') si veda, di recente, S.A. CRISTALDI, «*In mancipio esse*» cit., 101 ss., 101 nt. 151 con ult. lett.

⁴⁴ A favore dell'ipotesi avanzata nel testo può addursi una più generale considerazione, vale a dire «la presumibile viscosità dei formulari antichi, per cui si può supporre una preferenza per il mantenimento della struttura fondamentale per il discorso rituale». In tal senso B. ALBANESE, *Brevi Studi di diritto romano* (III), VI. *Sul formulario della 'mancipatio familiae'* cit., 74 ss. = *Scritti giuridici*, IV cit., 942 ss., al quale rinviamo anche per le ulteriori riflessioni svolte e, più di recente, F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., 74 nt. 119, 172 nt. 336, 183 nt. 367, 254 s. nt. 539, 435; C.M.A. RINOLFI, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt* cit., 46 e nt. 133, con altra letteratura, che pone l'accento sulla «persistenza tenace delle forme arcaiche». Da Quint., *Inst. orat.*, 8.2.12 (*At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur ...*) apprendiamo, peraltro, che i *verba* delle antiche formule venivano recitati, sebbene non se ne afferresse più il senso. Non è mancato, inoltre, chi ha sottolineato in letteratura che in Gai 2.102-108 si scorge quasi una sorta di «imbarazzo» da parte del giurista nel dare conto di un fossile giuridico che è tramandato ai suoi tempi senza che i contemporanei comprendano più la *ratio* della sua sopravvivenza, in considerazione della circostanza che la *familiae mancipatio* non produceva alcun effetto nei confronti del *familiae emptor*. Si vedano, ad esempio, a proposito della ripetizione della proposizione interrogativa '*quid cuique post mortem suam dari vellet*', retta in Gai 2.102 dal verbo *rogo*, in 2.103 dal verbo *mando* (v. 2.102: '*Qui ... testamentum fecerat, is ... amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*' e 2.103 '*olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id eum mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*'), le osservazioni di G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, cit., 17 nt. 35 e 18 nt. 36, che scorge in tale ripetizione letterale della proposizione interrogativa indizio del fatto che si tratti «di formulazione risalente, che il giurista si limita (forse con un certo imbarazzo) a riferire tale e quale, nonostante qualche difficoltà di collegamento sintattico» del verbo *mando*, al quale non è in effetti «collegabile un'interrogativa indiretta».

⁴⁵ Sul punto v. *retro*, nnt. 35-37.

⁴⁶ Così Gai 2.107: *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus, nam et si testium numero est*. Significativo in proposito è anche il passaggio di Gell. 15.13.11 dove si riporta il testo del versetto decemvirale '*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium [fatiatur], inprobis intestabilisque esto*'. Secondo un'opinione largamente sostenuta in letteratura, infatti, la porzione di testo '*libripensve fuerit*' appare come un'aggiunta successiva, non presente nella formulazione originaria, la quale, prescindendo in questa sede dalla ricostruzione del tenore del precetto, costituirebbe ulteriore indizio di una

presenza dei successivi *gesta* compiuti dal *familiae emptor* il quale, com'è noto, e ciò in maniera del tutto simmetrica rispetto alla formula della *mancipatio* trådita in Gai 1.119, dopo aver pronunciato i *verba* stabiliti, *'aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco'* (2.104).⁴⁷ A ben considerare, però, non si comprende perché della bilancia pare possa omettersi il riferimento nei *verba* ma non anche nei *gesta*, dai quali si evincerebbe, ancora ai tempi di Gaio, quantomeno una presenza fisica della stessa durante il rito.⁴⁸

Le considerazioni fin qui svolte ci portano pertanto a prendere in considerazione, da ultimo, anche l'ipotesi che ad essere più antica fosse la prima variante, quella propugnata da quei giuristi che ritenevano sufficiente l'impiego dei termini *'HOC AERE ESTO MIHI EMPTA'*; ipotesi – da quel che risulta – mai vagliata dagli studiosi, anche solo per escluderla. Invero, il summenzionato tenore dei *verba* potrebbe rimontare ad un tempo in cui il *negotium* avrebbe realmente prodotto effetti nei confronti del *familiae emptor*.⁴⁹ Crediamo, infatti, che alla base dell'unanime risoluzione della letteratura, che reputa *'HOC AERE ESTO MIHI EMPTA'* di fattura sicuramente più recente, vi sia quello stesso preconcorso – sul quale, come ricordato, alcuni studiosi hanno messo ultimamente in guardia – di ritenere che tutte le formule delle varie applicazioni della *mancipatio* ricalcassero, pressoché fedelmente, i *verba* e i *gesta* fissati per quella traslativa di proprietà.⁵⁰

Infatti, sebbene nessuno con certezza possa risolversi, allo stato delle fonti, su quale fos-

progressiva riduzione della funzione di *libripens* a quella di *testis*. Sul versetto rinviamo, per tutti, a M. HUMBERT, *La loi des XII Tables, Édition et commentaire*, Rome 2018, 619, 623 s.

⁴⁷ Cfr. Gai 1.119: *'... deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco'*. Secondo G. NICOSIA *Quasi pretii loco* cit., 30 s., tali *gesta* attestano ulteriormente il ruolo di mera comparsa del *familiae emptor*. «E si capisce perché Gaio attenui ulteriormente, con *velut*, la portata di *pretii loco*. Il paragone con la prestazione di un corrispettivo poteva aver senso nell'antico assetto, quando il *familiae emptor* acquistava sulla *familia* effettivamente poteri di disposizione, ma non ne aveva più alcuno nel nuovo, dove il *familiae emptor* non acquistava proprio niente».

⁴⁸ Alla luce dei *gesta* che il *familiae emptor* avrebbe dovuto compiere, a seguito della pronuncia dei *verba* prescritti, poco convincente ci sembra la congettura di H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutionen III 88-181* cit., 377, secondo cui che le parole *aeneaque libra* potessero omettersi implicherebbe che «wenn man keine eherne Waage zur Hand hatte, genügte offenbar die Kupfermünze».

⁴⁹ Anche coloro che ipotizzano che il *familiae emptor* altro non fosse che un mero esecutore testamentario *ante litteram* nella configurazione più antica della *familiae mancipatio*, ammettono che «il *familiae emptor* era *heredis loco*, passando a lui appunto la proprietà, seppur solo fiduciaria, del patrimonio del dante causa». Così, per tutti, G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario* cit., 258. L'ipotesi suggerita nel testo è, peraltro, compatibile anche con l'idea che al *familiae emptor* non fosse attribuito l'acquisto del *'meum esse'* bensì una sorta di «dazione in custodia fiduciaria, finalizzata all'esecuzione dell'incarico». In tal senso, ad esempio, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 395.

⁵⁰ Congetturare, eventualmente, che nella formula trådita in Gai 2.104 vi fosse un'affermazione di appartenenza non significa, a ben vedere, ammettere al contempo una totale uniformità tra quella e il formulario della *mancipatio*. Condividiamo, in proposito, limitatamente a tale aspetto, l'osservazione di A. CORBINO, *Il formalismo negoziale*² cit., 20, per il quale «Non avrebbe avuto invero alcun senso parlare di *mandatela* del *mancipio dans* e di *custodela* del *familiae emptor* se questi fosse divenuto titolare dello stesso diritto che scaturiva dalla dichiarazione di appartenenza contenuta nella *mancipatio* ordinaria. Si può discutere sulla più esatta natura di questo diritto, ma non della sua specificità». Come in altra sede abbiamo già sottolineato (ci sia consentito rinviare in proposito a F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum* cit., in part. 192 ss.), dalla presenza dei termini *mandatela* e *custodela* può argomentarsi per ipotizzare che in capo al *familiae emptor* non si costituisse il medesimo diritto che sorgeva in capo al *mancipio accipiens* nella *mancipatio* ordinaria, bensì un diritto/potere sottoposto a dei vincoli ai quali il *familiae emptor* si sarebbe dovuto attenere (e quindi in un certo senso limitato).

se l'indirizzo giurisprudenziale cronologicamente più antico, ancorare i dati alle sparute attestazioni delle quali disponiamo implica, quanto meno, non scartare *a priori* questa seconda possibilità, a maggior ragione che l'altra, sebbene unanimemente condivisa, non ci sembra, alla luce di quanto poc'anzi prospettato, saldamente ancorata al dato delle fonti, se non muovendo dal presupposto/preconcetto di un'uniformità tra tali *verba* e quelli della *mancipatio* nella sua applicazione, per così dire, generale.

Un riscontro a favore della congettura che ad essere più antica fosse la prima variante del formulario della *familiae mancipatio* – ‘*HOC AERE ESTO MIHI EMPTA*’ – potrebbe, a nostro avviso, rinvenirsi negli ‘*excerpta probiana*’ di *notae* o *notationes* restituiti nel *codex Einsidlensis* n. 326 e attribuiti al grammatico Valerio Probo, vissuto nella seconda metà del I d.C. Tra i *verba certa et sollemnia*, che si ravvisano come costantemente ricorrenti nei testi giuridici,⁵¹ leggiamo l'abbreviazione ‘S.L.P.H.A.’, sciolta con i termini ‘*secundum legem publicam hoc aere*’, senza l'aggiunta delle parole ‘*aeneaque libra*’.

Se ammettiamo, dunque, pur con tutte le cautele imposte da simili tentativi di ricostruzione, la plausibilità della summenzionata ipotesi, la mancanza del riferimento all'*aenea libra emere* potrebbe trovare la sua *ratio* negli effetti che produceva la *familiae mancipatio* nella configurazione strutturale più antica dell'istituto e, in particolare, nella circostanza che la stessa venisse impiegata, sin dalle origini, allo scopo di consentire a un soggetto di pianificare la destinazione dei beni per il tempo successivo alla sua morte (a prescindere se ipotizziamo che la stessa sia stata qualificata, dai suoi esordi, ‘*testamentum*’).⁵² Ciò non è irragionevole, a parer nostro, se si pone attenzione al fatto che per produrre effetti differenti, quando si perseguiva una causa diversa dallo scambio di cosa contro prezzo, fosse stato necessario ricorrere a *verba* differenti.⁵³ Di ciò sarebbe del resto sicuro indizio la presenza nella formula della *familiae mancipatio* dei termini *mandatela* e *custodela* che ponevano il *familiae emptor* in una posizione di certo non assimilabile *sic et simpliciter* a quella di un *dominus ex iure Quiritium*.⁵⁴

⁵¹ Circa il valore delle ‘*notae iuris*’ e su Valerio Probo rinviamo, tra gli studi romanistici, a F.M. D'IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma antica*, Roma-Bari 1986, 42 ss.; B. ALBANESE, *Le “notae iuris” di Probo e il “ius Flavianum”*, in Iura 46, 1995, 1 ss. = (a cura di) G. FALCONE, *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 675 ss.; C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in SDHI 62, 1996, 90 ss. con bibl. citata e discussa nelle note [per ult. lett. v. anche EAD., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 32 ss. ntt. 78-93; EAD., *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico” in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001), Coll. RDR, Milano 2011, in 127 nt. 24].

⁵² Ciò significa ammettere che la *familiae mancipatio* si compisse *ab origine* «senza alcun corrispettivo da parte del *familiae emptor*» e che fosse «in sostanza, ... sempre una *imaginaria venditio*». Così B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 49. Sulla duttilità e «astrattezza» della *mancipatio*, già da età predecemvirale, fin dagli impieghi più antichi concepita «come un recipiente da empire con contenuti diversi» rinviamo, in particolare, a M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*² cit., 395.

⁵³ Che le differenti varianti dei formulari non fossero, di certo, rimesse a «pratiche spontanee» è ulteriormente sottolineato da A. CORBINO, «*Mancipatio*» e *pesatura* cit., 399, per il quale dietro gli «adattamenti formali che ci vengono descritti» vi sono «scelte evidentemente ragionate, di un tecnicismo (già raffinato) che ha vagliato le esigenze del caso e ha soppesato le conseguenze di ogni singola dichiarazione e di ogni singolo gesto dei quali l'atto è costituito» (sul pensiero dell'A. sul punto v. anche *retro*, nt. 15), *cui adde*, almeno, tra i lavori monografici più recenti, nell'ambito di un'ampia e approfondita disamina sulle funzioni della *pecunia* nella riflessione giurisprudenziale, R. D'ALESSIO, *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce 2018, in part. 62 ss. (con ult. lett. citata e discussa nelle note alla quale rinviamo).

⁵⁴ V. *retro*, nt. 50.

Si potrebbe, quindi, congetturare che inizialmente, proprio in ragione della diversa funzione della *familiae Mancipatio*, la giurisprudenza avesse escogitato una formula nella quale l'omesso riferimento alla *libra* (rispetto al formulario della *Mancipatio* traslativa del *dominium ex iure Quiritium* su una *res Mancipi*) sarebbe stato motivato dallo scopo che con l'atto ci si prefissava di raggiungere e nel quale è evidente che non ci fosse alcun reale scambio di cosa contro prezzo né alcuna effettiva pesatura. In un secondo momento (a seguito dell'introduzione della moneta coniatata), la circostanza che la pesatura fosse divenuta simbolica nell'applicazione generale della *Mancipatio* avrebbe potuto, invece, indurre alcuni giuristi a ritenere preferibile l'inserimento anche nella formula della *familiae Mancipatio* dei termini *'AENAEQUE LIBRA'*, uniformando *verba* conclusivi e *gesta* compiuti dai *Mancipio accipientes*, simmetrici questi ultimi secondo la descrizione tramandata in Gai 1.119 (*'... deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo Mancipio accipit quasi pretii loco'*) e 2.104 (*'... deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori uelut pretii loco'*).

Solo in seguito, pertanto, seguendo tale ragionamento, si sarebbe affermato un orientamento giurisprudenziale che avrebbe avvicinato sotto tale aspetto i due differenti formulari traditi in Gai 1.119 e 2.104, sulla scorta della considerazione che anche nella *Mancipatio* traslativa di proprietà la pesatura non sarebbe stata più effettiva, dato che il pagamento del prezzo sarebbe stato ormai sganciato dalla dazione dell'*aes*.⁵⁵

In conclusione, e pur ribadendo l'impossibilità di formulare sul punto un giudizio sicuro su quale delle due varianti della formula fosse più antica, ci sia consentito notare che la seconda proposta interpretativa, a differenza dell'altra più sopra avanzata, fornisce lo spunto per una spiegazione dell'inciso *'et ut quidam adiciunt'*, che rimanga ancorato a quanto leggiamo nella fonte e, soprattutto, che provi a spiegare perché Gaio si esprima in tali termini e presenti i *verba 'AENAEQUE LIBRA'* come una variante che avrebbe potuto, secondo l'indirizzo solo di alcuni giuristi, per l'appunto, a g g i u n g e r s i alla formula.

⁵⁵ Il che non significa tuttavia negare che, già in epoca premonetaria, la *familiae Mancipatio*, tenendo conto della finalità dell'atto, fosse stata considerata *imaginaria venditio* (cfr. *retro*, nt. 52). In argomento ricordiamo l'ipotesi, non condivisa dalla maggioranza degli studiosi, secondo la quale sin dalle sue origini anche la *Mancipatio* nella sua applicazione 'generale' (su tale terminologia v. *retro*, nt. 8) avrebbe comportato una pesatura meramente simbolica dell'*aes*, ribadita, da ultimo, da A. CORBINO, «*Mancipatio* e pesatura cit., 379 ss., che pure non si sente di escludere, pur muovendo dall'idea che la forma della *Mancipatio* sia *ab origine* astratta, che «possa esservi stato un tempo nel quale la nostra forma ... possa essersi identificata all'origine con la modalità concreta della transazione economica elementare costituita dallo scambio tra 'acquisto' (del diritto) e *pretium*» (ID., *op. cit.*, 399). Che un tempo il bronzo e il rame si sarebbero pesati, può evincersi da Gai 1.122, sebbene lacunoso (*'... qui dabat olim pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde serui quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt...*), su cui in particolare, per le considerazioni svolte, rinviamo specialmente a R. CARDILLI, *Leges funebres, ius civile ed 'indebitamento' della plebe: a proposito di Tac., Ann. 6.16.1-2*, in (a cura di) C. RUSSO RUGGERI, *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, 382 e nnt. 20-21 con altra bibl.; V. MAROTTA, *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo. D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in CH. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*. Atti de Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012, spec. 190 nt. 66, 198 nt. 90 e G. NICOSIA, *Ex iure Quiritium*, Catania 2018, 123 nt. 262.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220