

FRANCESCA TERRANOVA

Riflessioni su D. 50.16.130
(Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*)

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Enrico Mazzaresse Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

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

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. D'ANGELO, Sulla <i>lex Scribonia de usucapione servitutum</i>	9
M. DE SIMONE, P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale d'udienza.....	27
G. GULINA, Contributo allo studio della <i>satisfatio pro praede litis et vindiciarum</i> ..	65
E. NICOSIA, <i>Promissio iurata liberti?</i>	101
S. SCIORTINO, La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del <i>Codex</i>	113
F. TERRANOVA, Riflessioni su D. 50.16.130. (Ulp. 2 <i>ad leg. Iul. et Pap.</i>).....	159
A. TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto	181
M. VARVARO, Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone.....	215

NOTE

G. FALCONE, Il rapporto <i>ius gentium - ius civile</i> e la <i>societas vitae</i> in Cic., <i>off.</i> 3.69-70	259
G. NICOSIA, <i>Possessio</i> e <i>res incorporales</i>	275
J.G. WOLF, <i>Religio</i> in den Juristenschriften	285

VARIE

M. VARVARO, La compravendita di animali appartenenti alle <i>res Mancipi</i> in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen	299
--	-----

FRANCESCA TERRANOVA

Riflessioni su D. 50.16.130
(Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*)

ABSTRACT

The research focuses on analysis of a well-known fragment of Justinian's *Digesta*: 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*). Formerly, several scholars have raised many doubts regard to its authenticity. The author's basic idea is that there are not solid issues in favor of the hypothesis that the fragment is not genuine. On the contrary, both the examination of the terminology, used in the fragment, and the comparison between D. 50.16.130 and other sources (in particular: D. 38.16.1 pr.; 5.3.1 e 3; Tit. Ulp. 11.2-3; 11.14) might provide interesting evidences in support of its classical content.

PAROLE CHIAVE

Lex XII Tabularum; 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'; successione *ab intestato* (o *ex lege*); successione *ex testamento*.

SOMMARIO: 1. Problemi che pone l'interpretazione del contenuto di D. 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*) e giustificazione di una specifica indagine. 2. Considerazioni di ordine sintattico e stilistico a favore della paternità ulpiana del frammento. 3. Riflessioni sul possibile valore del suo contenuto e ulteriori indizi a favore della sua classicità. 4. Prospettive di ricerca.

1. Già in un'altra sede¹ ci siamo incidentalmente occupati di un brano tratto dal secondo commentario di Ulpiano alla *Lex Iulia et Papia*² tramandato nei *Digesta Iustiniani*,

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

Il contenuto del frammento ha da sempre destato interesse nella letteratura che, specie in materia di successioni, ha avuto modo di occuparsene.³ Vi si enuncia, seguendone il tenore testuale,

“Non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento, poiché dalla Legge delle XII Tavole ‘sono confermate’ le eredità testamentarie”.

L'assunto in questione ha indotto alcuni studiosi⁴ a ipotizzare un'inconciliabilità del brano con i principi enucleati dai giuristi in età classica, nello specifico con quello che sancisce l'incompatibilità tra successione testamentaria e legittima, ancora oggi ricordato con l'adagio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’.⁵

¹ *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I. *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 390-391 nnt. 837-838.

² Notoriamente con tale designazione unitaria, riscontrabile ad esempio proprio nelle relative *inscripciones* dei frammenti del Digesto tratti dai commentari dei giuristi a tale complesso legislativo, ci si riferisce a due leggi di età augustea: la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e la *Lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C., dette anche, con riferimento al loro contenuto, *leges caducariae*. La circostanza che i giuristi le hanno studiate come se si trattasse di un *corpus* legislativo unitario, unitamente al fatto che le fonti, giuridiche e non, trattano degli effetti delle due leggi in modo alquanto sommario, ha reso difficile la ricostruzione della portata primitiva della *Lex Iulia*, la quale fu più tardi completata e ampliata nel suo contenuto dalla *Lex Papia* e da diversi senatoconsulti. In tal senso rinviamo, per tutti, a G. HUMBERT, *Caducariae leges*, in DS 1.2, Paris 1887, rist. Graz 1969, 776 s., nonché alla letteratura fondamentale sul tema citata da A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 566, nella nota corrispondente al § 41.7.

³ Rinviamo in proposito alla letteratura citata alle nnt. 8, 10, 12, 40, 41.

⁴ V. nnt. 8 e 11. Ulteriore letteratura è citata alla nt. 10.

⁵ Sul principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’, tra le principali fonti che ne fanno menzione, rinviamo a I. 2.14.5; D. 5.2.24 pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 50.17.7 (Pomp. 3 *ad Sab.*); Cic., *De inv.* 2.63. Nella letteratura più recente, si è occupata in maniera specifica di tale principio G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in TSDP 5, 2012, *passim*, con fonti ivi citate e ampiamente discusse (spec. 21 ss.) e con letteratura, di volta in volta, citata nelle note alla quale rinviamo (v. spec., per la trattazione del principio nei principali corsi di diritto ereditario romano, nt. 32). Tra le trattazioni monografiche più recenti v. M.P. SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Muovendo da tale presupposto, le conclusioni alle quali si è, per lo più, pervenuti in letteratura sono state forse fin troppo drastiche: propendere per la non genuinità⁶ del contenuto del frammento. Fattore, in particolare, di tale scelta interpretativa è stato, come è ben noto, Solazzi. Questo studioso infatti, in diversi suoi scritti, ha ribadito la probabile attribuzione del brano a un maestro di scuola⁷ di età bizantina, adducendo svariati argomenti, prevalentemente di ordine stilistico, a sostegno del presunto rimaneggiamento.⁸

In queste pagine è nostra intenzione tornare a interrogarci sui problemi interpretativi che pone D. 50.16.130 per due ordini di ragioni.

La prima ha a che fare con lo spazio dedicato dagli studiosi al suo esame. Per quanto ci risulta manca una trattazione unitaria dei problemi che solleva l'esegesi della fonte, ragione che, già da sola, giustifica l'opportunità di affrontarne lo studio in una veste autonoma. Si può constatare, infatti, che a D. 50.16.130 si fa per lo più riferimento nell'ambito delle principali trattazioni sul diritto successorio, tuttavia marginalmente, spesso in connessione con i problemi di interpretazione posti da D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*)⁹ e da XII tab.

El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano, Madrid-Barcelona 2001, *passim* (su cui v. anche la lettura di F. LAMBERTI, in *Labeo* 49, 2003, 243-244). Per la letteratura più antica rinviamo, tra i tanti, senza alcuna pretesa di completezza, a E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I. *L'ancien droit*, Paris 1891, 526 nt. 1, con ulteriori richiami bibliografici; P. BONFANTE, *L'origine dell' "Hereditas" e dei "Legata" nel diritto successorio romano. A proposito della regola "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, che citiamo da *Scritti giuridici vari*, I. *Famiglia e successione*, Torino 1926, 101 ss., il quale muove dallo studio di tale regola per dimostrare la sua teoria sull'originario carattere sovrano dell'*hereditas*; nonché alla bibliografia citata da B. SCHMIDLIN, *Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest - hereditas adimi non potest*, in *BIDR* 78, 1975, 71 nt. 1.

⁶ Nel testo abbiamo adoperato indistintamente i sostantivi 'genuinità' e 'autenticità', come se fossero veri e propri sinonimi di 'classicità', poiché questi termini fanno notoriamente parte del linguaggio dello storico del diritto quando si interroga sul contenuto dei testi, specie di quelli raccolti nelle opere della compilazione giustiniana. Siamo, tuttavia, consapevoli che sono categorie dotate di un certo grado di 'ambiguità' nella misura in cui si assolutizza il loro significato. Sul punto rinviamo alle acute considerazioni svolte da M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, che citiamo da M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, spec. 230 ss.

⁷ Solazzi utilizza, nello specifico, il termine «scolastico»: v. i lavori dello studioso *infra* riportati alla nt. 8.

⁸ *Studi sulla tutela*, (in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena* 9, 1925 =) *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli 1960, 92, da cui citiamo (dell'A. si vedano anche *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932, 41 nt. 2, 209 nt. 2, 211 s.; *Glosse a Gaio*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 179 s.). Nel prosieguo dell'indagine ci soffermeremo a valutare anche la proposta di emendazione del testo suggerita da Segrè, il quale, muovendo anch'egli dal presupposto che il testo non fosse genuino e volendone ricostruire il presunto contenuto classico, suggerisce un'emendazione dei termini '*non improprie*' in '*non proprie*' (v. *infra*, § 2).

⁹ Nella storiografia romanistica (si veda a titolo esemplificativo quella da noi citata alla nt. 10) D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Mucium*) e D. 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*) vengono spesso messi a confronto e interpretati anche alla luce di altre fonti, sulle quali si è andata, gradatamente, formando una letteratura davvero imponente. Ci riferiamo specialmente a Gai 2.224 e Nov. 22.2, testi questi ultimi che notoriamente tramandano una delle versioni nelle quali è pervenuto il dettato di XII tab. 5.3, quella, per così dire, più stringata. In proposito, ci sia consentito rinviare alle nostre *Ricerche sul testamentum*, I, cit., spec. 238 ss., con letteratura ivi citata (in particolare alla nt. 505).

5.3, specie sotto il profilo del valore da attribuire al verbo *lego* (*Uti legassit* rell.),¹⁰ raramente affrontando il problema in ordine alla classicità del frammento.¹¹ A quest'ultimo si sono, invece, interessati quanti, ad esempio – sulla scorta di alcune riflessioni di Solazzi – si sono interrogati sulla possibile relazione tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.14.¹² Il brano è, infine, preso in considerazione anche da coloro che si sono occupati di ricostruire il contenuto della *Lex Iulia de maritandis ordinibus* e della *Lex Papia Poppaea nuptialis*, sebbene, ancora una

¹⁰ Rinviando, principalmente e senza alcuna pretesa di completezza, a E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II. *Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem*, Berlin 1825, 88 s., 88 e ivi nt. 100; C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, Roma 1888, 202 s.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 50 (nonché *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in *Iura* 7, 1956, 55 nt. 110 = *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1973, 643 nt. 110); S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (*Diritto ereditario*, cit., 41 nt. 2, 209 nt. 2, 211 s.; *Glosse a Gaio*, cit., 179 s.); M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I. – *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze 1942, 44 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, 40 (*cui adde Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, I, Milano 1946, 114 s., ma già un cenno al frammento, in connessione al problema di cosa debba intendersi per 'acquisto *lege*' in Tit. Ulp. 19.17, può scorgersi in *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, estr. da *AUPE* 2, 1914, 24 s., e ivi nt. 1); G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino 1962, 8 (seguito da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino 1996, 40 nt. 12); P. VOCCI, *Diritto ereditario romano*, I², *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, 11, 437; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni, parte generale* (a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, ristampa corretta della I edizione), Milano 1974, 210. Più di recente prende in esame D. 50.16.130, nell'ambito di un saggio dedicato all'evoluzione storica del principio che sancisce l'incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus*, cit., 94 s. e ivi nt. 140 con bibliografia. Un cenno alla fonte può rinvenirsi, infine, in un recente saggio di Avenarius (*Die tabulae ceraeve des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus*, in *Iura* 60, 2012, 201 ss., spec. 220 s.) nell'ambito di un'indagine incentrata sulla relazione, che si evince dalle fonti, tra 'testamentum' e 'lex'.

¹¹ Si interrogano sulla classicità del frammento, tra gli autori citati alla nt. 10, fondamentalmente Solazzi e Lepri: il primo pronunziandosi contro, la seconda a favore. Tra gli studiosi che si sono occupati del passo nell'ambito dei loro studi dedicati al diritto successorio, e in particolare alla ricostruzione della portata di XII tab. 5.3, vi è stato chi pure si è posto il problema della autenticità del frammento, ma più per sottolineare che, alla stregua di quanto può affermarsi per D. 50.16.120, «anche ammettendone la genuinità, il passo non fa prova per le origini», in quanto frutto dell'*interpretatio* giurisprudenziale successiva all'emanazione delle XII Tavole (così, ad esempio, G. GROSSO, *I legati*², cit., 8; in senso conforme M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., 40 nt. 12). Difatti, è la porzione di testo '*lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*' ad avere destato maggior interesse in tale letteratura. Volendo sintetizzare il dibattito che su di essa si è via via formato, ci si è interrogati fondamentalmente su quale fosse all'interno del testo decemvirale il versetto che trattava della successione testamentaria; sul possibile contenuto dello stesso e, precipuamente, del *legare* decemvirale nonché – ragionando sul possibile valore del verbo *confirmo* – sulla novità o meno della sua portata; infine su quale fosse il dettato originario del precetto rispetto alla interpretazione giurisprudenziale dello stesso, stratificatosi nel tempo, tanto da divenire pressoché inscindibile dalla sua primigenia formulazione.

¹² In proposito, v., ad esempio, A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976, 120 ss. Cenni alle connessioni tra D. 50.16.130 e alcuni passaggi dei *Tituli ex corpore Ulpiani* – in particolare Tit. Ulp. 11.14 e 19.17 – possono rinvenirsi, inoltre, nei lavori dedicati a tale opera postclassica. Nella sola letteratura più recente v. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005, 377 (recensito da W. KAISER, in *ZSS* 127, 2010, 560 ss.); dell'A. v. anche ora *Die tabulae ceraeve des klassischen Manzipationstestaments*, cit., spec. 220 s.

volta, in via meramente residuale e da una diversa angolazione volta a ricercarne la possibile collocazione palinogenetica.¹³

La seconda ragione coinvolge le prospettive che un attento riesame del frammento potrebbe, a parer nostro, offrire anche per l'indagine su altri istituti. La ricerca in questione presenta, infatti, interessanti implicazioni per quanto concerne lo studio sia della dicotomia – per usare una terminologia gaiana – delle *hereditates* che ‘*vel ex testamento vel ab intestato ... pertinent*’ sia dei *genera tutelarum* e dei numerosi problemi che ruotano intorno alla loro classificazione.¹⁴

2. Sofferamoci, per prima cosa, a ragionare sul modo in cui il testo è verbalmente congegnato. È il caso di notare che non vi sono guasti o frasi sconnesse all'interno del periodo tali da indurre con fondatezza a presumere un suo rimaneggiamento.

In particolare, la collocazione delle parole ‘*hereditatem ... et eam*’, lungi dal risultare sospetta,¹⁵ può facilmente spiegarsi ipotizzando che i termini ‘*Lege obvenire hereditatem*’ fossero presenti nel dettato della *Lex Iulia et Papia* e che da essi prendesse le mosse il giurista per avviare un discorso in ordine al loro significato.¹⁶ Ciò giustificherebbe, quindi, la loro collocazione in principio del periodo.

Non ci sembra, inoltre, che costituisca un indizio decisivo della non autenticità del brano l'impiego di *confirmo*,¹⁷ dato che il verbo si incontra spesso in contesti riguardanti il testo

¹³ Rinviamo sul punto alla letteratura citata alle ntt. 40 e 41.

¹⁴ V., in proposito, *infra*, § 4.

¹⁵ Ritiene che la collocazione delle parole ‘*hereditatem ... et eam*’ sia anomala segnatamente S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (e anche *Diritto ereditario*, cit., 212 nt. 1). Va ricordato che per lo studioso costituisce indizio di un glossema anche l'uso dei termini ‘*non improprie quis dixerit*’. Tuttavia è bene, da un lato, segnalare che non sembrerebbe estraneo alla terminologia e allo stile ulpiano l'uso di siffatto costrutto, come contribuirebbe a dimostrare l'impiego in D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*) delle parole ‘*non improprie dicitur*’, sulle quali torneremo tra breve. Dall'altro, è il caso altresì di rimarcare che a cadere sotto il sospetto della critica interpolazionistica non è stato direttamente l'impiego di tale espressione, bensì di un certo tipo di costrutti ai quali si è ritenuto di poterla assimilare, tra i quali ad esempio quelli di forma grecizzante espressi per lo più in forma dubitativa, come ‘*fortassis quis dicit*’, ‘*fortassis quis possit dicere*’, ‘*illud fortasse quaesiturus sit aliquis*’, ‘*fortassis quis dixerit*’, ‘*fortassis quis recte dixerit*’, ‘*fortisan ad-dubitet quis*’, ‘*dicit aliquis*’, ‘*dixerit aliquis*’, ‘*sed aliquis dicit*’ etc. (sul punto v., per tutti, E. ALBERTARIO, *Glossemi e interpolazioni pregiustiniane*, che citiamo da *Studi di diritto romano*, V. *Storia metodologica esegesi*, Milano 1937, spec. 385 ss.).

¹⁶ Sul punto v., ad esempio, B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115, per il quale il frammento «si doveva riferire ad una disposizione della legge, la quale parlava di *hereditas ex lege*».

¹⁷ Il verbo *confirmo* è, secondo Solazzi, parola «più sospetta» delle altre (v. *Studi sulla tutela*, cit., 92, a proposito di Tit. Ulp. 11.14, ove pure il verbo ricorre; in senso conforme v. anche F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128*, Bonn 1926, 36 nt. 14). Tale impiego, non solo in D. 50.16.130 ma anche in altre fonti (segnatamente: Tit. Ulp. 1.9, 11.14, D. 26.2.20.1, FV. 50, da noi riportate nel testo), è per l'A. «anomalo» in tutti quei casi in cui non si riferisce ad atti e fatti «che senza una speciale disposizione legislativa sarebbero contrarii al diritto comune» (*Studi sulla tutela*, cit., 90; in proposito v. anche R. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, cit., 20, col. II, v. *confirmare*). È il caso di ricordare che ad una simile conclusione lo studioso perviene anche riguardo alla presenza dei termini ‘*atque confirmare*’ in Gai 2.104 (‘*...nuncupare*

decemvirale, come chiaramente può ricavarsi dalla lettura di

Tit. Ulp. 1.9: *Ut testamento manu missi liberi sunt, lex duodecim tabularum facit, quae c o n f i r m a t * * **;

Tit. Ulp. 11.14: *Testamento quoque nominatim tutores dati c o n f i r m a n t u r eadem lege duodecim tabularum his uerbis VTI LEGASSIT SVPER [FAMILIA] PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO: qui tutores datiui appellantur;*

D. 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*): *Tutor incertus dari non potest. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, siue is praetor siue consul sit, quia lex duodecim tabularum id c o n f i r m a t;*

FV. 50 (Paul. 1 *man.*): *...et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum c o n f i r m a t* rell.

Né appare insuperabile l'obiezione che i giuristi classici erano soliti servirsi di altre espressioni per esprimere l'idea che determinati istituti, talora in virtù dell'interpretazione giurisprudenziale, venissero ricondotti al dettato di alcuni versetti decemvirali in materia,¹⁸ come si vincerebbe per limitarci solo a qualche esempio da

Gai 2.224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO;*

D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Mucium*): *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;*

D. 26.2.1 *pr.* (Gai. 12 *ad ed prov.*): *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare;*

est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare): cfr. S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 363 s., in quanto, da una parte, 'atque' andrebbe considerata una «parola sospetta» (p. 364), dall'altra, sarebbe «dubbio che chi ha scritto *confirmare* alludesse all'uso della *confirmatio generalis*» (p. 364 nt. 289). Quest'ultimo riferimento è a P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 681 nt. 111, che più drasticamente ritiene che l'intera porzione di testo compresa tra 'et sane' e 'confirmare' è «glossa probabile». Va appena segnalato che il verbo *confirmo* presenta diverse sfumature di significato nelle fonti giuridiche di età classica e postclassica nelle quali esso ricorre: per citarne solo alcune, 'convalido', 'approvo', 'ribadisco' (cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 90; v. del resto anche *Th. Ling. Lat.* IV, v. *confirmo*, coll. 219-225).

¹⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 90 ss.

Tit. Ulp. 19.17: *Lege nobis adquiritur uelut caducum uel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege duodecim tabularum, siue mancipi res sint siue nec mancipi.*

I costrutti '*lex XII tabularum permittere uidebatur*', '*Verbis legis duodecim tabularum ... latissima potestas tributa uidetur*', '*Lege duodecim tabularum permissum est*' possono considerarsi pressoché corrispondenti alle espressioni '*lex XII tabularum confirmare*' o '*lege XII tabularum confirmari*' e senz'altro atti ad esprimere con parole diverse il medesimo concetto.¹⁹

Da tali brani emerge il convincimento della giurisprudenza di età classica che determinati istituti (alcune disposizioni testamentarie a titolo particolare,²⁰ le *hereditates ex testamento* complessivamente considerate,²¹ il *mancipium* e l'*in iure cessio*)²² trovasse fondamento nel testo decemvirale. Com'è noto, i versetti decemvirali ai quali, più o meno esplicitamente, ci si richiama sono quelli comunemente collocati dagli editori in XII tab. 5.3 e XII tab. 6.1.²³ Ora, è verosimile ipotizzare che con l'impiego delle suddette espressioni i giuristi non intendessero necessariamente che si dovesse alla Legge delle XII Tavole la primigenia introduzione di tali istituti, bensì, per alcuni di essi (probabilmente, alcune disposizioni testamentarie a titolo particolare),²⁴ che il loro fondamento potesse essere ricondotto, per opera dell'*interpretatio* stessa, al tenore di certe disposizioni decemvirali, per altri (ad esempio, *mancipium* e *in iure cessio*), che la loro origine preesistesse alla legislazione decemvirale.²⁵

¹⁹ L'opinione non è affatto nuova in letteratura. Si veda, per tutti, B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3 (Uti legassit..., ita ius esto)*, in AUPA 45.1, 1998, spec. 47 (= *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, spec. 519), per il quale «il cenno al *confirmare* di Tit. Ulp. 1,9 e 11,14 ... sembra perfettamente corrispondente al cenno intorno al *tribuere una latissima potestas* che si trova in D. 50,16,120 (e lo stesso va detto, pur se manca il *confirmare*, per la locuzione *ex lege XII tabularum* nel cit. Tit. Ulp. 19,17 per i legati)». Sul verbo *confirmito* ci sia permesso rinviare alle nostre *Ricerche sul testamentum*, I, cit., 393 nt. 842, 409 nt. 868.

²⁰ Per limitarci a qualche esempio v. Tit. Ulp. 1.9, 11.14, 19.17, Gai 2.224, D. 26.2.1 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*), 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*), 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*).

²¹ In tal senso, precipuamente, Gai 2.224, D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*), 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*). V. anche D. 5.3.1 e 3 (Gai. 6 *ad ed. prov.*) nonché D. 38.6.1 pr. (Ulp. 44 *ad ed.*).

²² Viene in rilievo sul punto FV. 50.

²³ Delle fonti poc'anzi riportate nel testo, il richiamo a XII tab. 5.3 è esplicito in Tit. Ulp. 11.14, Gai 2.224 e D. 50.16.120. Segnaliamo inoltre che, nella letteratura più antica sul tema, il riferimento in D. 50.16.130 alla circostanza che '*lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*' era messo in connessione con il contenuto del versetto decemvirale collocato comunemente dagli editori in XII tab. 5.3: così, ad esempio, A. AUGUSTINUS, *De legibus, et senatusconsultis liber. Cum notis Fulvii Ursini. Adjunctis Legum antiquarum & Senatusconsultorum fragmentis*, in *Opera omnia*, I, *quo de legibus et senatusconsultis tum de nominibus propriis ton pandekton Florentini libri cum notationibus continentur*, Lucae 1765, *Leges XII. Tabularum*, cap. XXI, 106, col. I.

²⁴ È appena il caso di ricordare che gli studiosi non sono affatto concordi nell'individuare quali delle disposizioni testamentarie a titolo particolare menzionate nelle fonti poc'anzi citate (v. nt. 20) siano state introdotte per interpretazione giurisprudenziale di XII Tab. 5.3 (e forse anche di XII Tab. 6.1), la quale *interpretatio* – come poc'anzi accennato (v. nt. 11) – è pressoché inscindibile dal suo dettato originario.

²⁵ Non è mancato chi in letteratura ha supposto la sussistenza di una correlazione tra il verbo *confirmito*, ricorrente nelle fonti poc'anzi riportate nel testo, e la chiusa '*ita ius esto*' dei versetti decemvirali comunemente collocati in XII Tab. 5.3 e XII Tab. 6.1. Così si esprime M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS 25, 1904, 109 e ivi nt. 2, il quale, a proposito di FV. 50, discute in

Quanto poi alla proposta di emendazione dei termini ‘*non inproprie*’ in ‘*non proprie*’,²⁶ essa ci sembra sconsigliabile per più di una ragione. Il testo, seguendo tale proposta di emendazione, andrebbe così tradotto:

“Per il fatto che dalla Legge delle XII Tavole ‘sono confermate’ le eredità testamentarie, non propriamente (quindi: impropriamente)²⁷ qualcuno potrebbe dire che anche quell’eredità che è deferita per testamento perviene per legge”.²⁸

È evidente che così verrebbe stravolto completamente il senso della frase, circostanza che richiederebbe la presenza di gravi indizi a sostegno di un rimaneggiamento della fonte. Tuttavia la proposta in esame pare unicamente suffragata dal preconconcetto che il frammento si ponga in contrasto con il principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’,²⁹ argomento che, da solo, non sembra possa giustificare un intervento sul testo di tal portata. Piuttosto, alla luce delle considerazioni che ci apprestiamo a svolgere, può ritenersi, a nostro avviso, verosimile che l’impiego dei termini ‘*non inproprie*’ vada attribuito proprio ad Ulpiano, e non a un epitomatore di età successiva o ai compilatori giustinianeî.

Intanto, in linea generale, può osservarsi che anche in altri brani del Digesto Ulpiano si serve di una negazione seguita da un avverbio con valenza a sua volta negativa la cui combina-

termini di «*gesetzliche confirmatio* – vermutlich in der Form eines *ita ius esto*». In proposito rinviando anche a R. SANTORO, *Potere ed azione nell’antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 388 ss., il quale bene evidenzia che «Per quanto ampi, in relazione all’originario significato, possano essere i limiti» dell’*interpretatio* giurisprudenziale dei versetti decemvirali di XII tab. 5.3 e XII tab. 6.1, «è costante, in tutte le testimonianze, il rilievo di un intervento di quelle norme in funzione confermativa degli atti di autonomia privata in esse riconosciuti», come, per l’appunto, si evincerebbe – nell’ordine in cui sono citati dall’A. – dalla lettura di Gai 2.224, D. 50.16.130, Tit. Ulp. 11.14, 1.9, D. 26.2.20.1, FV. 50 (p. 388).

²⁶ Sulla quale v. G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno dell’insegnamento*, III, Milano 1930, 523 (= *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. GROSSO, Torino 1952, 279) nt. 76, sebbene lo studioso si sia occupato di D. 50.16.130 in via del tutto marginale, soffermandosi principalmente sul possibile valore del termine *lege* nel sintagma ‘*lege-confirmantur*’. Conforme A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 s. (sul cui lavoro v. le rec. di A. D’ORS, in AHDE 47, 1977, 868 s.; P. ZANNINI, in *Iura* 28, 1977, 211 ss.; R. VIGNERON, in ZSS 95, 1978, 469 ss.). L’osservazione di Segrè è ricordata anche da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 212 nt. 1, che ne ricava un ulteriore «argomento contro la paternità di Ulpiano» del frammento in questione.

²⁷ Si noti inoltre che in altri frammenti tratti da opere ulpianee tramandate nel Digesto (v. i testi *infra* citati alla nt. 58) in luogo dei supposti termini ‘*non proprie*’ si rinviene piuttosto l’impiego dell’avverbio ‘*abusivè*’ (in alcuni casi utilizzato in contrapposizione all’avverbio *proprie*).

²⁸ Tenta di giustificare la presenza in un simile contesto dei termini ‘*non proprie*’ (in luogo di ‘*non inproprie*’), traendo spunto dalla proposta di emendazione avanzata da Segré, A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120: «Segré, se pregunta si Ulpiano no habría escrito originalmente allí *non proprie*, en vez de *non inproprie*, y ello resulta probabilísimo. La *lex Iulia et Papia* se habría referido únicamente a la sucesión testamentaria, y, por tanto, excluía (no sabemos si expresamente o no) a la legítima; alguna tendencia habría querido burlar la ley, estableciendo que la sucesión testamentaria podía considerarse legítima, porque era confirmada por la *lex XII Tab.*; la jurisprudencia habría reaccionando en contra de esta tendencia, y en tal línea se sitúa Ulpiano escribiendo que impropriamente (*non proprie*) podía decirse que aquella es una especie de ésta».

²⁹ Che si tratti di un preconconcetto si è tentato di dimostrarlo *infra*, § 3.

zione forma litòte: ad esempio, *non inconsulte* (11 *ad ed.*, D. 4.4.11.4), *non indigne* (2 *de off. cons.*, 40.2.20.2), *non infavorabiliter* (1 *disp.*, 50.2.2.6), *non inhoneste* (59 *ad ed.*, 50.16.46.1), *non insuptiliter* (4 *ad ed.*, 2.14.7.6; 1 *ad Sab.*, 28.5.1.5).³⁰

Inoltre, nello specifico, la ricorrenza della combinazione ‘*non improprie*’ non solo è riscontrabile in fonti di età classica,³¹ ma è anche unicamente attestata – dato che ci sembra particolarmente significativo – in un altro testo giuridico,³² tramandato anch’esso in un frammento ulpiano conservatoci nei *Digesta Iustiniani*, ossia

D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*): *Intestati proprore appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non in improprore³³ dicitur decessisse. plane qui testari non potuit, proprore non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliā successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.*³⁴

Nel frammento ricorrono i termini ‘*proprore*’ (‘*Intestati proprore appellantur*’), ‘*non improprie*’ (‘*intestatus non improprie dicitur*’) e ‘*proprore non*’ (‘*proprore non est intestatus*’). Dall’impiego da parte del giurista di una differente terminologia – e in particolare dall’uso di ‘*proprore*’ e ‘*non improprie*’ – si è tratto spunto in letteratura per ipotizzare che nel testo in questione la combinazione ‘*non improprie*’ assumerebbe una sfumatura di senso, per così dire, intermedia rispetto a quella data da ‘*proprore*’ e da questo avverbio in connessione alla negazione *non* (‘*proprore non*’).³⁵

³⁰ Così T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford 2002, 71 s. (sul cui lavoro rinviamo alle rec. di R.-W. MATHISEN in JRS 94, 2004, 279 s.; G. CRIFÒ in ZSS 122, 2005, 280 ss.): «There is a group of negative adverbs: (*non*) *difficile, gravate, idonee, mediocriter, passim, plene, principaliter, secure, specialiter* and *turpiter*. Some of these are used, by way of meiosis, with a double negative: (*non*) *improprore, inconsulte, indigne, infavorabiliter, inhoneste, insuptiliter*».

³¹ Segnatamente si rinvencono le parole ‘*non improprie*’ in Plin., *Nat. Hist.* 9.35(54).108 (MAYHOFF, II, 193.11); in Plin., *Nat. Hist.* 8.10(10).29 (MAYHOFF, II, 87.4-5) ricorrono i termini ‘*haud improprie*’. Si veda anche, in proposito, Serv., *In Verg. Aen.* 6.58.6 (THILO-HAGEN, II, 15.6), dove si legge ‘*non dixit improprie*’. In tal senso v. Th. Ling. Lat., VII.1, v. *improprore*, col. 698, ll. 5, 7, 9-10.

³² In tal senso v. VIR, III, v. *improprore*, 443, col. I.

³³ Si noti che in in D. 50.16.130 ricorre ‘*non improprie*’, in luogo di ‘*non improprore*’, presente invece in D. 38.16.1 pr. Solo il secondo, chiaramente, è scritto nella sua grafia classica, mentre il primo se ne discosta. Quest’ultima circostanza, tuttavia, si riscontra anche in altri manoscritti di opere classiche che tramandano l’avverbio (v., ad esempio, le fonti riferite alla nt. 31).

³⁴ Su cosa intendano le fonti per ‘*intestatus*’ si rinvia anche, tra quelle giuridiche, specialmente a D. 50.16.64 (Paul. 72 *ad ed.*); I. 3.1 pr. (nonché, in corrispondenza, PT. 3.1 pr.); Coll. 16.3.1-2 (*FIRA*², II); D. 28.2.9.2 (Paul. 1 *ad Sab.*); 38.6.1.8 (Ulp. 44 *ad ed.*); 38.6.3 (Ulp. 8 *ad Sab.*); 38.15.1.1 (Modest. 6 *pand.*); C. 6.20.17 (Leo, a. 472), nonché, tra le fonti letterarie, a Non., *De comp. doct.* (LINDSAY, II, 507), v. *Intestatus* e Quint., *Declam.*, 308. Singolare è stata considerata in letteratura la definizione di *intestatus* rinvenibile in D. 26.4.6 (Paul. 38 *ad ed.*), che si discosta da quanto si legge nelle fonti giuridiche più sopra qui citate.

³⁵ Così N. BELLONI, *Supputationum Iuris libri quatuor*, Basileae 1544, lib. III, cap. VII, 42: «cum inter proprium & improprore, sive non proprium, sit dare medium, scilicet non improprore...». V. analogo-

Non si tratterebbe, del resto, seguendo il suddetto orientamento, di un caso isolato nella lingua latina. Ve ne sono altri che possono addursi come esempi di tale gradazione di senso espressa da tre diversi termini, dei quali il primo e l'ultimo rappresentano i due valori contrari, mentre quello di mezzo esprime il significato intermedio. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai verbi *nolle*, *non nolle* e *velle* o ancora *displicere*, *non displicere* e *placere*.³⁶

Sebbene tale ipotesi non ci lasci del tutto persuasi,³⁷ può notarsi in effetti che, in siffatti casi, la presenza di una sorta di doppia negazione (la prima esplicita, la seconda contenuta nell'accezione negativa del verbo: *non nolle*, *non displicere*) attribuisce, in un certo senso, una valenza attenuata al contenuto positivo dei suddetti termini (due negazioni notoriamente affermano), rispetto ai verbi *velle* e *placere*. Lo stesso può dirsi, a nostro avviso, per il senso espresso dalla combinazione data dalle parole *non improprie* in rapporto a quello espresso dall'avverbio *proprie*. Ed è probabilmente tale diversa gradazione semantica che il giurista intendeva esprimere attraverso l'impiego di una differente terminologia.³⁸

Anche volendo prescindere da tali considerazioni sulla differente sfumatura di senso susistente tra l'avverbio '*proprie*' e i termini '*non improprie*', in ogni caso, tale raffronto con D.

mente, tra i tanti, A. GENTILIS, *Ad Titulum D. de Verborum significatione commentarius*, in *Opera omnia in plures tomos distribuita*, II, Neapoli 1770, 340: «Est quid medium inter proprium, & improprium; proprium male reliqui faciunt; nec porro proprie lege obvenit, quia non simpliciter, & immediate a lege, sed & a testatore; nec item improprie a lege, sed immo non improprie, quia lex confirmat...»; C. RITTERSHUTIUS, *Expositio methodica novellarum imp. Justiniani, editio novissima*, Florentiae 1839, *pars septima: De successione legitima sive de hereditatibus quae ab intestato deferuntur, proemium*, I. *Hereditas alia testamentaria, alia legitima*, col. 474; H. DONELLUS, *Commentariorum de jure civili*, in *Opera omnia*, II, *cum notis* O. HILLIGERUS, Florentiae 1841, lib. IX: *De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur: De personis, quibus, et per quas res acquirantur: Tum de jure rerum privatarum*, cap. I, col. 1171 nt. 3, con altra bibliografia, cui rinviamo. Si legga anche in proposito D.A. ALCIATUS, *Paradoxorum ad Pratum, libri Sex*, Lugduni 1537, 65: «non improprie ... id est minus proprie».

³⁶ Tra gli autori citati alla nt. 35, v., per tutti, N. BELLONI, *Supputationum Iuris libri quatuor*, Basileae 1544, lib. III, cap. VII, 42: «Similiter datur medium inter nolle & velle, id est non nolle ... Et inter placere & displicere, datur non displicere rell.».

³⁷ Rinviamo in proposito, nella letteratura più antica, alle considerazioni svolte sia da Cujacius, riguardo alla equivalenza semantica tra i termini '*non nolle*' e '*velle*' (J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum libri XIII*, Coloniae Agrippinae 1624, 812-814, *lib. XV, cap. III, De regulis quibusdam iuris*) sia da Gilkens quanto alla corrispondenza di significato tra l'avverbio '*proprie*' e la combinazione espressa dai termini '*non improprie*' (P. GILKENIUS, *Commentaria in praecipuos universi Codicis titulos*, Francofurti 1606, 708, *ad lib. III cod., tit. de rei vend. l. certum 22, cap. I*, per il quale «colligitur verba proprie, & non improprie pro eodem accipienda»). Si noti che in Sch. 1 ad B. XLV.1.14 (che citiamo dall'edizione curata da H.J. Scheltema e D. Holwerda, ser. b, vol. VII), in luogo dell'avverbio '*proprie*' e della litote '*non improprie*' (adoperati in D. 38.16.1 pr.), ricorre due volte un unico termine, l'avverbio '*κυρίως*': Εκείνος καλεῖται κύριως ἀδιάθετος ὁ δυνάμενος ποιῆσαι διαθήκην καὶ μὴ διαθέμενος. Εἰ δὲ καὶ ἐποίησέ τις διαθήκην καὶ μὴ ἠδίτευθη ἢ κληρονομία ἢ ρούπτα ἢ ἕπιτος γέρονεν ἢ διαθήκη, καὶ οὗτος κύριως ἀδιάθετος λέγεται τεθηκέναι κτλ. (rinviamo anche a B. XLV.1.14). Nel passo dei Basilici corrispondente a D. 50.16.130 non compaiono, invece, termini atti a tradurre la combinazione '*non improprie*' ivi presente (v. B. II.2.125, curr. H.J. Scheltema, N. van der Wal, ser. a, vol. I: *Νόμιμος λέγεται κληρονομία καὶ ἡ ἐκ διαθήκης*).

³⁸ In tal senso, ad esempio, A. AUGUSTINUS, *De legibus et senatusconsultis liber cum notis Fulvii Ursini*, Lugduni 1592, 205 (*XII Tabulae*): «...Ulpianus lib. XII. ad Sabinum inter proprie, non improprie, & proprie non est, differentiam constituisse videtur».

38.16.1 pr. consente di dimostrare che l'impiego della combinazione 'non improprie', lungi dall'essere indizio di un possibile rimaneggiamento di D. 50.16.130, depone a favore della paternità ulpiana di quest'ultimo testo, dato che i suddetti termini possono considerarsi quantomeno sicuramente non estranei alla terminologia impiegata dal giurista.³⁹

Ci preme subito anticipare inoltre che, come si vedrà tra breve, l'utilizzo dei termini 'non improprie' consente di smentire l'ipotesi che il contenuto del frammento si ponga in contraddizione con il principio che sancisce l'incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità.

3. Passando ai problemi interpretativi del contenuto del frammento, è il caso di ricordare che questi sono aggravati dalla circostanza che quasi nulla può dirsi in merito alla collocazione palinogenetica di D. 50.16.130, la quale è piuttosto discussa in letteratura.⁴⁰ Quest'ultima non è dunque in grado di orientarci nella ricostruzione del contesto espositivo dal quale il frammento è tratto.⁴¹ Inoltre, anche per chi propende per la genuinità del suo contenuto, è dubbio

³⁹ Inoltre, tra i due frammenti del Digesto più sopra citati possono rinvenirsi anche altri elementi che consentono di ipotizzare la sussistenza tra di essi di una vicinanza stilistica: il ricorrere, ad esempio, dei costrutti 'et is, qui testamentum fecit' (D. 38.16.1 pr.) e 'et eam, quae ex testamento defertur' (D. 50.16.130); l'impiego in entrambi del congiuntivo (imperfetto in D. 38.16.1 pr., perfetto in D. 50.16.130) del verbo *dico*: *non improprie dicitur* (D. 38.16.1 pr.); *non improprie quis dixerit* (D. 50.16.130). Ci sembra interessante notare, incidentalmente, che anche in altri testi, tramandati nei *Digesta Iustiniani* e attribuiti ad Ulpiano, nei quali ricorrono l'avverbio *proprie* e il sintagma *non proprie* (o anche, *nec ... proprie*) si rinviene, altresì, con sorprendente frequenza l'impiego del verbo *dico*. A titolo esemplificativo, v. D. 1.8.9.3; 1.9.7.1; 7.1.70.5; 13.6.1.1; 13.6.3.1; 13.7.9.2; 23.2.12.1-2; 29.3.2.1; 29.5.1.15; 36.1.17.1; 38.8.1.5; 39.2.4.8; 40.1.4.1; 42.4.7.12; 43.11.1.1; 43.26.6.1; 47.7.3.3; 47.8.4.3; 47.10.15.12; 47.15.1.1; 50.16.67 pr.; 50.16.71 pr.; 50.17.102 pr. In altri luoghi, al posto di *dico*, è presente *appello*. Così, ad esempio, in D. 3.3.1.1; 14.3.5.5; 37.1.3.1; 50.1.1.1.

⁴⁰ Dalla ricostruzione proposta da Lenel (*Palinogenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, col. 941, Ulp. 1987) può evincersi che il secondo libro del commentario alla *Lex Iulia et Papia* di Ulpiano, al cui interno si colloca il frammento, riguarderebbe la materia *De concubinis*. Lo studioso non fornisce, però, altre informazioni utili ai fini della comprensione del testo che faceva da contorno al frammento (in tal senso si esprime B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115). Dalla proposta interpretativa suggerita da Lenel differisce, poi, quella di Astolfi, per il quale tale secondo libro tratterebbe, piuttosto, *De poena caelibatus* (v. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., 389, ove alla nt. 13 sottolinea che «Pertinet lex Iulia et Papia ad hereditatem tantum quae ex testamento venit»). Diversa è, poi, la questione riguardante la collocazione del frammento all'interno del titolo 16 del libro 50 dei *Digesta Iustiniani* (*De verborum significatione*), su cui rinviamo, nella sola letteratura più recente, a M. MARRONE, *Osservazioni su D. 50.16*, in *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti del convegno internazionale di studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994*, curr. O. BIANCO e S. TAFARO, Galatina 2000, 37 ss., (per quanto concerne D. 50.16.130) 50, ove lo studioso ipotizza che il frammento in questione insieme ad altri riguardanti la materia ereditaria (ossia D. 50.16.119, 120, 178.1, 208) vennero inseriti nei due ultimi titoli del Digesto dai compilatori, i quali «verificarono che certi dati storici e certi concetti fondamentali relativi alla materia ereditaria nel Digesto (e nelle Istituzioni) mancavano o non vi risaltavano in modo incisivo» e adduce tale dato a conferma di una sorta di funzione «anche sussidiaria» del titolo 16 (spec. p. 49; in proposito v. anche dell'A., *Nuove osservazioni su D. 50.16 «De verborum significatione»*, in SCDR 7, 1995, 169 ss., 170 s.; nonché, più in generale, specie sul valore da attribuire al termine *significatio*, *Le significationes di D. 50.16 «De verborum significatione»*, in SDHI 60, 1994, 583 ss.).

⁴¹ Quanto alla ricostruzione del contesto espositivo di D. 50.16.130, ci si è chiesti in letteratura se da tale testo si possa trarre qualche argomento a favore o contro l'ipotesi che la *Lex Iulia et Papia* si riferisse alla sola successione

se nel testo Ulpiano esponesse una sua opinione o l'orientamento di altri giuristi.⁴² Dall'uso dei termini '*quis dixerit*' e '*non improprie*' si arguisce che anche ammesso che si trattasse di un orientamento altrui può fondatamente ritenersi che il giurista vi aderisse.

Ad averci guidato nell'indagine è stato quindi il confronto con altre fonti, tratte dai *Digesta Iustiniani* e dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che presentano ragguardevoli connessioni con la fonte oggetto della nostra indagine, tali da fornire interessanti spunti di riflessione sul suo possibile significato. Prima ancora di procedere nel senso indicato, ci sembra tuttavia opportuno svolgere qualche considerazione di fondo sulla portata dell'asserzione contenuta in D. 50.16.130.

Si potrebbe essere indotti a pensare, ragionando sul contenuto del frammento, che in esso venga affrontata una questione che non ha alcuna attinenza col principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, questione che, per certi versi – ma con le dovute precisazioni che ci accingiamo a svolgere – può considerarsi, ancora oggi, attuale e tale dunque da suggerire spunti di riflessione anche per il giurista contemporaneo.⁴³

«Non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento...» potrebbe sottacere, in effetti, una considerazione di fondo: ossia l'idea che, in ultima istanza, sia la legge la 'fonte' primigenia, alla quale fare risalire la regolamentazione della successione basata sulla volontà del privato espressa nel testamento.⁴⁴

Nel diritto odierno, specie in quei sistemi giuridici continentali che ancora oggi risentono dell'esperienza codicistica, la quale storicamente li ha contraddistinti, una tale considerazione può, del resto, fondatamente estendersi a qualsiasi istituto «in cui entri in gioco l'autonomia del singolo, la quale in tanto è efficace e produttiva di effetti giuridici in quanto la legge riconosca a essa tale effetto; qualunque fatto giuridico è tale solo se ed in quanto la legge lo ammetta».⁴⁵

testamentaria. Sul punto v., in particolare, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, P, cit., 437, che, muovendo dal contenuto di D. 50.16.130, avanza l'ipotesi che la *Lex Iulia et Papia* escludesse esplicitamente con una clausola la successione *ab intestato*, per cui l'osservazione espressa in D. 50.16.130 sarebbe «correttiva». Che la legge si riferisca alla sola successione testamentaria, a prescindere dalla presenza di una clausola che escludesse quella *ab intestato*, sembrerebbe ammettere anche R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., 12 s. (seguito da A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 s.), sulla base della considerazione che tale legge trattava anche della *capacitas* dei *caelibes*, e che i «testi giuridici che riferiscono la norma della *lex Iulia* sulla *capacitas* dei *caelibes* sono tutti scritti in materia di successione testamentaria».

⁴² A tal proposito, rinviamo alle osservazioni svolte da M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo*, cit., 231. Opportunamente lo studioso sottolinea la difficoltà nella quale ci si imbatte quando i testi giuridici che si esaminano sono molto sintetici, per cui non si può essere sicuri che l'orientamento ivi espresso corrisponda a quello del giurista al quale risale il passo, dato che, nel riportare il testo, poteva benissimo accadere che, anche involontariamente, i compilatori giustinianei attribuissero un'opinione di un altro giurista all'autore dell'opera dal quale il frammento è tratto, che questi si limitava soltanto a riferire.

⁴³ Si soffermano su tale aspetto, in particolare, M.F. LEPRI, *Saggi*, I, cit., 44 nt. 2; B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115.

⁴⁴ Sul punto, sebbene in senso chiaramente critico, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, cit., 211: «... ogni vocazione ereditaria sarebbe legale, perchè la volontà del testatore in tanto è efficace in quanto la legge la riconosce. E poichè questo è vero per tutti i fatti e gli atti umani, ogni distinzione fra essi annegherebbe nel generale riflesso che tutta la vita giuridica è garantita dalla legge».

⁴⁵ Così B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115.

Conferma, peraltro, la rilevanza di tale questione nel nostro ordinamento un particolare orientamento dottrinale, formulato sulla base di un'interpretazione dell'art. 457 c.c.,⁴⁶ divergente da quella tradizionale. Comunemente infatti, sulla scorta di quanto si legge nel suddetto articolo, si afferma la sussistenza della distinzione tra vocazione testamentaria e legale (a seconda se il titolo è costituito, per l'appunto, dal testamento o dalla legge). Tuttavia, una parte della letteratura, avversando tale impostazione, sottolinea l'insussistenza della suddetta distinzione e asserisce, piuttosto, che la vocazione sarebbe sempre legale «cosicché in caso di successione testamentaria la funzione del testamento sarebbe quella non già di determinare esso stesso l'effetto successorio, ma di indirizzare la legge nella direzione voluta».⁴⁷

Malgrado ciò, non è questa di certo, a nostro avviso, la logica sottesa a D. 50.16.130. Per il suo accoglimento, essa presupporrebbe, peraltro, un ordinamento in cui la legge sia considerata la fonte preponderante del diritto e, ancora più a monte, implicherebbe una nozione di 'fonte di diritto' concettualmente posta, in relazione al *ius* dal quale scaturisce, «in un rapporto ... univocamente diagnosticabile come di causalità genetica».⁴⁸ Ebbene, tale moderna concezione di fonte del diritto, come da più parti si è messo in luce, non può farsi risalire all'esperienza giuridica romana, pur non essendo a essa ignota la metafora di 'fonte del diritto' a tale concetto sottesa.⁴⁹

Tali riflessioni, pur non offrendo direttamente alcuna soluzione riguardo al problema dell'interpretazione del contenuto di D. 50.16.130, non appaiono tuttavia prive di utilità. A ben vedere, infatti, esse rivelano quanto sia metodologicamente opportuno impostare la suddetta questione, in modo da sganciarla dall'orbita nella quale la letteratura l'ha fatta finora gravitare, ossia intorno al principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, che verrebbe contraddetto dal contenuto di D. 50.16.130.

Si può, infatti, ragionevolmente ipotizzare che nel frammento suddetto il testo delle XII Tavole venga invocato a fondamento delle due successioni, *ex testamento* e *ab intestato*, probabilmente, alla stessa stregua in cui in un celebre passo dei libri *Ab urbe condita* (3.34.16)

⁴⁶ «L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria. Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

⁴⁷ In tal senso, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli 2007, 443, con ulteriore bibliografia ivi citata a sostegno dell'orientamento in questione, alla quale rinviamo. Segnaliamo, inoltre, la sussistenza di un ulteriore indirizzo dottrinale, posto nella moderna letteratura civilistica, secondo il quale bisognerebbe distinguere delazione e vocazione all'eredità. La «distinzione tra i due profili parte dalla constatazione che la delazione (in senso oggettivo) si fonda sempre sulla legge, in quanto è l'ordinamento a prevedere che – alla morte del soggetto – si apra la successione ereditaria, mentre la vocazione (in senso soggettivo) può dipendere anche dalla volontà del *de cuius*, che, nell'esercizio dell'autonomia privata, designa i chiamati alla successione all'eredità, avendosi così la vocazione testamentaria, mancando la quale subentra quella *ex lege*». Così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 675 s. Tale distinzione, tuttavia, non sussiste nell'esperienza giuridica romana, in cui il fenomeno successorio veniva considerato nella sua interezza.

⁴⁸ Mutuiamo i termini da G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, Palermo 1987, 102.

⁴⁹ Rinviamo, per tutti, al già citato lavoro di G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris, passim*, spec. 97 ss., 99 nt. 233, e alla bibliografia ivi riportata e discussa. La studiosa mette in luce come, in effetti, solo in un frammento, tramandato nei *Digesta Iustiniani*, ossia il noto D. 1.1.7 pr. (Pap. 2 *def.*), si ha «il primo manifestarsi della concezione comunemente sottesa alla locuzione di 'fonti del diritto'» (p. 98, nonché 109).

Livio «designa le XII Tavole come *fons omnis publici privatique iuris*, intendendo con ciò evidentemente significare che alla legislazione decemvirale fa capo in senso storico tutto il diritto sia pubblico che privato». ⁵⁰

In un certo senso, dunque, la riflessione espressa in D. 50.16.130 sottolineerebbe la comune risalenza storica della primigenia regolamentazione delle due *vocationes ad hereditatem* sia, cioè, in presenza di un testamento valido ed efficace sia in sua assenza. ⁵¹ Tale interpretazione troverebbe, a tacer d'altro, riscontro in

D. 5.3.1 e 3 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): [1.] *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. vetere e lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est (... [3.] veluti si eam personam, quae in nostra potestate sit, institutam iusserimus adire hereditatem: sed et si Titio, qui Seio heres extitit, nos heredes facti sumus, sicut Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii) vel ab intestato (forte quod sui heredes defuncto sumus, vel adgnati vel quod manumisimus defunctum, quodve parens noster manumiserit). novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur,* ⁵²

⁵⁰ Cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, cit., 99 nt. 233. A tal proposito si legga anche il celebre D. 1.2.2.6 (Pomp. *libr. sing. ench.*): *...lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile rell.*, in cui Pomponio si richiama «con queste parole alla narrazione del precedente § 5, dove l'origine del *ius civile* – dal giurista, come si sa, identificato con l'*interpretatio prudentium* – veniva connessa all'emanazione delle XII tavole nel senso che, divenute necessariamente oggetto di *interpretatio*, queste determinarono, appunto, il sorgere del *ius civile*, ne costituirono l'occasione di venire in essere».

⁵¹ In senso analogo v. recentemente G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus*, cit., 95, per la quale in D. 50.16.130 entrambe le due cause di delazione trovano «il loro fondamento nella legge decemvirale, alla quale si deve da un lato la conferma della chiamata testamentaria (*si intestato moritur*) e dall'altro la chiamata dei *sui*, di tutti i *sui*, in posizione di parità tra di loro, retaggio dell'antico *consortium*, con l'aggiunta, in mancanza di essi, della possibilità offerta all'*adgnatus proximus* ed ai *gentiles di familiam habere*». Secondo alcuni studiosi, inoltre, il riferimento alla *Lex XII Tabularum* si porrebbe rispetto agli istituti che 'conferma' come «la causa remota della vocazione o in genere dell'effetto giuridico» degli stessi. Mutuiamo i termini da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 211, che riferisce in proposito, senza tuttavia dividerlo, un orientamento espresso da M. WŁASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, in ZSS 31, 1910, 292 ss., formulato in merito a Tit. Ulp. 19.17, seguendo il quale che l'acquisto del legato trovi fondamento nella legge delle XII Tavole (*'Lege nobis acquiritur ... legatum ex lege duodecim tabularum'*) indicherebbe che *lex* è intesa in quel luogo, per l'appunto, come «die Herkunft des Rechtssatzes, der die zweite und entferntere Grundlage des Erwerbes bildet» (p. 292). Ritiene parimenti che *lege* alluda a una «causa remota», ad esempio, anche G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari*, cit., 523 nt. 76. Diverso ancora è, ad esempio, l'orientamento espresso da B. BIONDI, *Appunti*, cit., 24 s., per il quale in Tit. Ulp. 19.17 «l'acquisto del legato avviene ... *lege*, vale a dire l'acquisto non è effetto nè di un rapporto giuridico coll'alienante, nè della attività del giudice». Secondo Solazzi (*Diritto ereditario*, cit., 211 nt. 3), invece, qualora si accogliessero tali interpretazioni di Tit. Ulp. 19.17 (e D. 50.16.130), «*lex* e *legitimus* acquisterebbero un significato che non è il romano, perché alluderebbero al diritto obbiettivo in genere anziché alla legge comiziale». Una eco di tale orientamento può forse ravvisarsi anche in U. COLI, *Il testamento*, cit., 55 nt. 110 = *Scritti*, II, cit., 643 nt. 110, là dove afferma che in Tit. Ulp. 19.17 e D. 50.16.130 si fanno risalire «gli effetti del testamento direttamente alla legge decemvirale, non rendendosi più conto della forza di *lex* del testamento».

⁵² Notoriamente i due frammenti, tratti dal sesto libro dei commentari di Gaio all'editto provinciale, sono interrotti nel Digesto di Giustiniano da un passo ulpiano: D. 5.3.2 (Ulp. 15 *ad ed.*). Abbiamo preferito, pertanto, riferirli secondo la *Palingenesia Iuris Civilis* curata da Lenel (I, Lipsiae 1889, col. 200, Gaius

ove si attesta esplicitamente che il *vetus ius* riguardante le *hereditates* complessivamente considerate (sia, dunque, *ex testamento* sia *ab intestato*) troverebbe fondamento nella Legge delle Dodici Tavole,⁵³ nonché, per fare un altro esempio, in

D. 38.6.1 pr. (Ulp. 44 *ad ed.*): *Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est* rell.⁵⁴

Ma vi è di più. A nostro modo di vedere, non solo non è opportuno affermare che in tale frammento Ulpiano negasse il principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’, ma anzi l’intera costruzione del periodo, e in particolare l’utilizzo del sintagma ‘*non inproprie*’, sul quale poc’anzi ci siamo già soffermati, induce a sostenere proprio il contrario: che il giurista presupponesse la sussistenza del suddetto principio. Opportunamente, infatti, è stato in tal senso rilevato che «il fatto stesso che Ulpiano nel citato fr. 130 dice che *non inproprie* sotto la denominazione di *hereditas ex lege* bisogna comprendere la eredità testamentaria dimostra che *hereditas ex lege* importa di per sé eredità intestata». ⁵⁵ In sostanza, appare ragionevole per il modo stesso in cui il testo è congegnato ritenere implicito che la delazione ‘in forza della legge’ prevedesse propriamente il ricorso ad essa solo in via residuale, ossia ‘in mancanza di un testamento valido ed efficace’ (*ab intestato*).⁵⁶

Che quanto fin qui espresso da parte nostra non sia infondato, è del resto indirettamente confermato dal ragionamento sotteso a D. 38.16.1 pr., pocanzi riportato, ove Ulpiano si sofferma sul valore tecnico del termine ‘*intestatus*’ e sulle tipologie di casi che per il diritto possono ricomprendersi in tale nozione. Infatti, in tale frammento il giurista specifica, seguendo il tenore letterale del tratto nel quale si rinviengono i termini ‘*non inproprie*’, che

139). Di D. 5.3.1 e 3 ci siamo già occupati in una precedente sede: *Ricerche sul testamentum*, I, cit., spec. 394 ss., con bibliografia ivi citata alla nt. 856, alla quale rinviamo.

⁵³ In letteratura ha messo, in particolare, in connessione D. 5.3.1 e 3 con D. 50.16.130, B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 114 s., il quale rileva che, come si evincerebbe dalle due fonti in questione, «*hereditas legitima* ed *heres legitimus* sono l’eredità e l’erede secondo il *ius civile*, non importa se si tratta di successione intestata o testamentaria» (p. 115).

⁵⁴ In questa stessa ottica si collocano del resto anche tutte quelle fonti, poc’anzi riportate al § 2, che danno notizia del convincimento, espresso dalla giurisprudenza classica, che è stato il testo decemvirale, in uno evidentemente con l’*interpretatio* successiva, ad aver conferito vigore ad alcune disposizioni testamentarie.

⁵⁵ Così B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, cit., 115.

⁵⁶ La spiegazione storica del carattere residuale della delazione *ex lege* si rinviene nella formulazione dell’*incipit* del noto versetto decemvirale che regolava tale successione: ‘*Si intestato moritur* rell.’. In tal senso rinviamo, per tutti, a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 676, per il quale, sotto il profilo logico, «già nel sistema delle XII Tavole, le norme sulla successione legittima vengono espressamente formulate per il caso in cui non sussista la vocazione testamentaria ... Dal punto di vista, quindi, del rapporto fra le norme, le disposizioni decemvirali sono norme dispositive, o suppletive, perché hanno efficacia soltanto quando manchi un – valido – testamento». Di un certo interesse, alla luce anche della formulazione dell’esordio di XII tab. 5.4, ci sembra quanto è stato sottolineato, di recente, da Simeón (*Nemo pro parte testatus*, cit., spec. 39 ss.), ossia «que el tenor literal de la norma de las XII Tablas que reza *si intestato moritur...* fuera crucial en la opción de los pontífices en favor de la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada» (pp. 49 s., con altra letteratura ivi citata alla nt. 84 alla quale rinviamo).

‘...anche quello che ha fatto testamento, se la sua eredità non è adita o il testamento è revocato e invalidato o è divenuto inefficace, non impropriamente potrebbe dirsi che è morto senza aver fatto testamento rell.’⁵⁷

Vengono dunque esposti dei casi che, a rigor di logica, implicano che vi sia un soggetto ‘*qui testamentum fecit*’. Tuttavia, il giurista precisa che non è improprio, nelle circostanze appena ricordate (‘*si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum*’), e benché un testamento vi sia, che il *de cuius* sia considerato come se fosse morto *intestatus* (‘*intestatus non improprie dicitur decessisse*’). La qual cosa si spiega agevolmente se si pensa che, in effetti, non basta che vi sia un testamento per dare luogo alla delazione in forza dello stesso, ma è necessario che quello sia valido, efficace e compiuto in conformità ai ‘*sollemnia iuris*’ per esso previsti (secondo la terminologia adottata dalla giurisprudenza di età classica: ‘*iure factum*’, o anche ‘*iure perfectum*’), principio che è ribadito in un cospicuo numero di fonti.⁵⁸

Non ci risulta che in letteratura si sia mai posta, e a ragione, la questione di una presunta contraddizione tra quanto esposto in D. 38.16.1 pr. e il principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell’eredità, come invece è stato ipotizzato per D. 50.16.130. Forse tutto ciò si deve alla minore fortuna che ha avuto quest’ultimo testo, che a differenza del primo è pervenuto estrapolato dal suo contesto. Ma se per D. 38.16.1 pr. non si pone minimamente il problema di una presunta divergenza rispetto al suddetto principio, perché ritenere che tale questione debba interessare, invece, D. 50.16.130? Non potrebbe ipotizzarsi che – alla stregua di quanto avviene per il significato della parola ‘*Intestati*’ (non meramente riducibile nella sua portata giuridica, *sic et simpliciter*, a ‘*qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt*’) – anche per il sintagma ‘*Lege obvenire hereditatem*’ Ulpiano formulasse delle considerazioni che non riguardassero soltanto la sua accezione ‘propria’?

Sebbene in via meramente congetturale, il confronto con D. 38.16.1 pr. – che, è bene ricordare, è l’unica attestazione giuridica dei termini ‘*non improprie*’ insieme a D. 50.16.130⁵⁹ – consente, quanto meno, di supporre che l’articolazione del pensiero del giurista all’interno del frammento in esame fosse ben più elaborata. In altre parole, secondo noi, non può esclu-

⁵⁷ D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*): *...et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse rell.*

⁵⁸ Numerosissime sono le fonti nelle quali si rinviene l’espressione ‘*testamentum, quod iure factum est*’ o in cui con diversa terminologia (con l’impiego, ad esempio, delle espressioni ‘*inutiliter iure civili testari*’, ‘*utiliter/inutiliter testari*’, ‘*inutiliter fieri testamentum*’, ‘*testamentum valere*’) si esprime un’idea analoga. Tra i brani tratti dal manuale istituzionale gaiano rinviamo, principalmente, a 2.114-115, 2.118-123, 2.134 (v. anche I. 2.13.2), 2.144 (v. anche Epit. Gai. 2.3.4), 2.145-149a, 2.151, 3.36. Particolarmente significativo ai fini della nostra indagine è poi un frammento tratto dai libri *ad edictum* di Ulpiano, ossia D. 29.3.2.1 (Ulp. 50 *ad ed.*), che si collega al contenuto di D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*) e al problema della valenza tecnica del termine ‘*intestatus*’ e nel quale può ravvisarsi l’impiego di due avverbi di senso contrario, ‘*proprie*’ e ‘*abusivè*’: *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.* Che l’avverbio ‘*abusivè*’ sia utilizzato in evidente contrapposizione con l’avverbio ‘*proprie*’ si evince anche da altre fonti giuridiche: rinviamo ad esempio a D. 32.69.1 (Marc. *lib. sing. resp.*); 50.16.1 (Ulp. 2 *ad ed.*). Esso ricorre inoltre in altri brani ulpianei: 77 *ad ed.*, D. 47.10.15.40; 10 *ad ed.*, 50.16.15.

⁵⁹ V. *supra*, § 2, e ivi nt. 32.

dersi del tutto che poco prima, nell'ambito della trattazione dalla quale D. 50.16.130 è stato estrapolato, Ulpiano riferisse l'orientamento giurisprudenziale tradizionale secondo il quale, in senso proprio, per '*Lege obvenire hereditatem*' si intendeva la sola delazione *ab intestato* (*ex lege XII Tabularum*).

L'ipotesi appena avanzata troverebbe riscontro sul piano logico e contenutistico nella vicinanza semantica tra la terminologia impiegata in D. 50.16.130 e quella ricorrente in Tit. Ulp. 11.14, o meglio nell'intero contesto espositivo nel quale tale passo è collocato (Tit. Ulp. 11, *De tutelis*).

È noto che quest'ultima fonte riferisce una classificazione dei tutori che si distanzia, in molteplici punti, da quella pervenuta nel manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio (1.144-188).⁶⁰ Secondo la trattazione svolta nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, infatti, i tutori *testamentarii* rientrano fra quelli *legitimi*. La logica di tale classificazione si avvicina a quella espressa in D. 50.16.130, in quanto il loro riconoscimento deriva dalla *lex XII Tabularum*. A loro volta, i tutori, per così dire, *ex lege XII Tabularum* costituirebbero una *species* del *genus* '*legitimi tutores*', presupponendo una nozione ampia del termine *legitimus*.⁶¹ A tal proposito, si leggano almeno, nei paragrafi iniziali della trattazione,

Tit. Ulp. 11.2-3: 2. *Tutores aut legitimi sunt, aut senatus consultis constituti, aut moribus introducti*. 3. *Legitimi tutores sunt [qui] ex lege aliqua descendunt; per eminentiam⁶² autem legi-*

⁶⁰ È appena il caso di ricordare che la trattazione dell'istituto della tutela in Gai 1.144 ss. pone notevoli problemi circa l'individuazione dei *genera* e delle *species* della *tutela* ivi trattate e le connessioni con i precedenti schemi elaborati dai giuristi già da età repubblicana, ai quali Gaio accenna nel prosieguo della trattazione (1.188). Per un primo orientamento sulla dibattuta questione, costituisce un valido punto di riferimento sul tema M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Quaderno n. 221, Accademia Nazionale dei Lincei, Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano* (Roma, 14-17 Aprile 1973), II, Roma 1977, 229 ss., con numerosi richiami bibliografici ai quali rinviamo (v. spec. nt. 650).

⁶¹ Nell'esposizione seguita nel titolo 11 dell'operetta postclassica si tratta, in sostanza, dei *tutores legitimi*, secondo per l'appunto un'ampia accezione attribuita a quest'ultimo termine, ai §§ 3-20; di quelli *senatus consultis constituti* ai §§ 20-23; infine, di quelli *moribus introducti* al § 24.

⁶² Tale sintagma in effetti, non trovando riscontro in altre fonti, è stato considerato di fattura postclassica (così, ad esempio, S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 89 e ivi nt. 23; S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali* (Fr. 4 D. VIII, 1), in RHD 3, 1922, 336 e ivi nt. 5; nella letteratura più recente, sulla questione v. anche M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 300 nt. 19, con ulteriore bibliografia). Si oppone a tale orientamento A. BERGER, *La citazione della legge delle XII Tavole in Dig. XXVI 4, 1 pr.*, in BIDR 43, 1935, spec. 198 ss., che contesta l'idea che «l'estensione del concetto *tutores legitimi* sui tutori introdotti *ex lege aliqua* sia di origine postclassica» (p. 198). L'A. sottolinea infatti che, anche ipotizzando che il testo sia di origine postclassica, bisognerebbe comunque ammettere che «il glossatore postclassico o l'epitomatore avesse già qualche dubbio sull'esclusività dell'origine delle tutele legittime dalle XII Tav. Come sarebbero però arrivati i postclassici a trovare o almeno a voler ricercare una nuova fonte legale per il concetto *tutela legitima*, se secondo il diritto classico le *tutela legitima* e *tutela ex lege XII tab.* fossero una semplice tautologia?». Riccobono (p. 336 nt. 5), muovendo dalla constatazione che «nelle Collezioni postclassiche e nelle epitomi non sono riprodotte parole greche», ritiene inoltre «molto probabile che l'epitomatore abbia tradotto in questo luogo la frase *κατ'ἐξοχήν*, usata in proposito dai giuristi». Si noti, comunque, che il resto del frammento è di sicura paternità ulpiana come attesta l'assonanza terminologica con D. 26.4.3 pr. (Ulp. 38 *ad Sab.*): *Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum,*

timi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni,

nonché, nel suo prosieguito,

Tit. Ulp. 11.14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his uerbis VTI LEGASSIT SVPER [FAMILIA] PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO: qui tutores dati ui appellantur.*

Ora, è merito di Solazzi aver posto in evidenza che, in effetti, la classificazione dei tutori presentata nei *Tituli ex corpore Ulpiani* sembrerebbe fondarsi sul ragionamento espresso in D. 50.16.130,⁶³ sebbene lo studioso contesti la classicità anche di Tit. Ulp. 11, sulla scorta, ancora una volta, dell'idea che «l'unione in uno stesso gruppo (*legitimi*) di tutori (chiamati dal testamento o dalla legge decemvirale) i quali si escludevano a vicenda, rinnega invano quella *naturalis pugna* che i Romani scorgevano tra le due vocazioni».⁶⁴

Malgrado il ragionamento condotto da Solazzi per dimostrare che Tit. Ulp. 11 (*De tutelis*) non contenga argomentazioni attribuibili a un giurista di età classica sia ammirevole per il rigore scientifico con il quale è condotto e per i numerosi spunti di indagine che offre, esso ci sembra viziato quantomeno da un pregiudizio di fondo, che una parte della letteratura, specie di recente, tende a rimettere in discussione: ossia che «il libro, che va sotto il nome di Ulpiani *liber singularis regularum*, contiene aggiunte e rifacimenti, che meritano di esser chiamati interpolazioni, perché deliberatamente alterano il pensiero classico».⁶⁵

quae ex ipsa lege patronis datae sunt. In tal senso, rinviamo tra i tanti a S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 89; più di recente, F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 91 (dell'A. anche *Una ricognizione sui Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. XIV Convegno internazionale in memoria di Guglielmo Nocera*, Napoli 2003, 415); M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 300 s.

⁶³ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92. V. anche, sul punto, A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 ss.

⁶⁴ Così S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 83. In proposito v. anche quanto rilevato da O. LENEL, „*Iudicium*”, in *ZSS* 47, 1927, spec. 31 s. Sono propensi a ritenere che la classificazione dei tipi di tutori rinvenibile nei *Tituli ex corpore Ulpiani* sia artificiale o, comunque, risalente a età postclassica, anche H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law*, Oxford 1910, 47 nt. 2; F. SCHULZ, *Die epitome Ulpiani*, cit., 35 nt. 2. Altra letteratura è citata in M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., 241 nt. 682, che si esprime in maniera dubitativa sulla questione. Si vedano, sul punto, anche gli Autori citati da E. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, estr. da *Riv. St. del Dir. It.* 8, 1935, 396 s.

⁶⁵ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (nonché dell'A. anche *Interpolazioni in Ulp. 12*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, II, 1913-1924, Napoli 1957, 537 ss.). Nella letteratura più recente, rinviamo per un diverso orientamento (che, da una parte, asserisce l'autonomia e l'originalità dei *Tituli ex corpore Ulpiani* rispetto al manuale istituzionale gaiano, dall'altra, pur trattandosi di un'opera postclassica, ipotizza che il suo contenuto sia classico), sebbene con diversità di posizioni tra loro, a F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*», cit., *passim* (sul lavoro rinviamo alle recc. citate in *Id.*, *Una ricognizione*, cit., 407 nt. 3; dell'A. v. anche *Un'ipotesi sulla formazione dei «Tituli ex corpore Ulpiani»*, in *Index* 18, 1990, 185 ss.; *Le «regulae iuris» del «Liber singularis» ulpiano*, in *Index* 26, 1998, 353 ss. = *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, *SIHDA. Atti della 51ª Sessione*

4. Tirando le fila del discorso fin qui condotto, ci sembra che il raffronto tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.2 ss., in uno con le altre considerazioni più sopra svolte, consenta di escludere in via definitiva che nel primo testo si neghi il principio *'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*.

La fonte lascia, tuttavia, aperti alcuni problemi che meritano di essere affrontati in una sede autonoma, primo fra tutti quello concernente il valore tecnico delle locuzioni *legitimus heres* e *legitima hereditas* in rapporto con le espressioni, forse più risalenti, *heres* ed *hereditas ab intestato*. L'equivalenza semantica tra i sintagmi *ab intestato* ed *ex lege* è, a ben vedere, un punto fermo solo per il giurista contemporaneo. Ma qual'era la portata semantica delle suddette espressioni nell'esperienza giuridica romana? Quale fu la loro evoluzione? Quali sono in proposito le notizie provenienti dalle fonti di età repubblicana e classica (giuridiche e non) pervenuteci? Limitandoci per il momento ai testi in questa sede esaminati, è evidente che, da un lato, essi non presentano un valore univoco del termine *legitimus*, dall'altro, non sembrerebbero *sic et simpliciter* considerare le espressioni più sopra riferite (*legitimus heres* e *heres ab intestato*) alla stregua di sinonimi. Se è vero, infatti, che *'non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento'* (D. 50.16.130), lo stesso non può pacificamente affermarsi – né in senso proprio né non improprio – per quelle eredità che provengono *ex senatus consultis aut ex constitutionibus* (D. 5.3.3), pur rientrando in linea di principio queste ultime in fattispecie che presuppongono la mancanza di un testamento, e per le quali si succedeva dunque *ab intestato*.⁶⁶

(Crotone-Messina, 16-20 Settembre 1997), cur. I. PIRO, Soveria Mannelli 1999, 433 ss.) e M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., *passim*, spec. 76 ss. (dell'A. v. anche *Il «liber singularis regularum» pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le «Institutiones» di Gaio*, in *Index* 34, 2006, 455 ss.). Non è inoltre, a nostro avviso, priva di rilievo ai fini della soluzione del problema circa il contenuto classico dell'operetta (o, quanto meno, ai fini della sua utilità relativamente alla ricostruzione del diritto di età classica) la circostanza che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* piuttosto numerosi siano i luoghi nei quali viene richiamato il testo delle XII Tavole (1.9; 2.4; 10.1; 11.3; 11.14; 12.1; 12.2; 19.17; 26.1; 26.1a; 26.7; 26.8; 27.5; 29.1; 29.6). Opportunamente si è in proposito rilevato (B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3*, cit., 46 = *Scritti giuridici*, III, spec. 518) che si tratterebbe, in effetti, di un numero di richiami al testo decemvirale «sorprendentemente alto, in relazione all'esiguità dell'operetta». L'insigne studioso adduce tale indizio, insieme ad altri, a conferma della «sicura classicità di tutte le attestazioni che si trovano in Tit. Ulp. in ordine a *verba* giuridicamente rilevanti». A tal proposito rinviamo alla bibliografia da noi citata in *Ricerche sul testamentum*, I, cit., 261 nt. 554. Infine, ci sembra ragionevole quanto asserito da Talamanca (*Lo schema 'genus-species'*, cit., 241 nt. 682), per il quale, qualora si accettasse l'interpretazione di Tit. Ulp. 11 (*De tutelis*) suggerita da Solazzi, bisognerebbe spiegare le ragioni che avrebbero indotto «professori e scoliasti dell'epoca postclassica ... all'opera per configurare una classificazione la quale poggia su un momento caratteristico del sistema normativo del periodo tardo-repubblicano e degli inizi del Principato, e cioè la diversità nella natura delle fonti che costituiscono l'ordinamento».

⁶⁶ È noto, ad esempio, che Solazzi (cfr. *Diritto ereditario*, cit., 204 ss.) ha sostenuto che le fonti che si avvalgono dei sintagmi *legitima successio*, *legitima hereditas*, *legitimus successor*, *legitimus heres* in contrapposizione a *testamentaria successio*, *testamentaria hereditas*, *testamentarius successor* e *testamentarius heres* non rispecchiano il pensiero classico per il quale «non poteva dirsi *legitimus* qualunque *heres* che succedesse in mancanza di testamento», in quanto tale attributo poteva attagliarsi solo al *suus heres*, all'*adgnatus proximus* e al patrono, per così dire, *ex lege XII Tabularum* (p. 205). Per cui, seguendo tale orientamento, tutti coloro

Infine, quanto alla stretta connessione sussistente tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.2 ss., le riflessioni fin qui condotte riguardo al possibile ragionamento che accomuna i due testi e i problemi interpretativi posti dall'impiego del termine *legitimus* nelle fonti rivelano, a nostro avviso, ancora più ampi orizzonti di ricerca in materia di *tutela*, per quanto concerne, più in particolare, le possibili connessioni tra la classificazione dei tutori presente nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (11.2 ss.) e la trattazione gaiana di tale istituto (1.144 ss.). Per limitarci ad una delle tante implicazioni connesse a tale ricerca, basti rilevare che i profili di indagine appena indicati potrebbero illuminare di nuova luce l'ipotesi per la quale la classificazione dei tutori riferita nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, anziché seguire l'impostazione scelta da Gaio nel suo manuale (la quale a sua volta ricalcherebbe, secondo molti studiosi, quella muciana), fosse improntata o in qualche modo derivata da quella proposta da Servio Sulpicio Rufo (secondo, dunque, uno schema tripartito) o da Marco Antistio Labeone (che suggeriva una differenziazione in due soli *genera*)⁶⁷ e offrire agli studiosi l'opportunità di considerare da nuove angolature il problema della possibile logica sottesa a tali diverse classificazioni.

che ad esempio «*ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur*» (D. 5.3.3) sono *heredes ab intestato* ma non, propriamente, parlando, *heredes legitimi*» (p. 205; a tale conclusione lo studioso perviene anche a proposito dell'esegesi di Tit. Ulp. 11.2 ss.).

⁶⁷ Arg. ex Gai 1.188: *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. si uero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio; nam de ea re ualde ueteres dubitauerunt, nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris quos ex Q. Mucio fecimus. hoc tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut Ser. Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2013
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

