

# RAVENNA CAPITALE

## TERRITORIALITÀ E PERSONALITÀ

COMPRESENZA DI DIVERSI PIANI NORMATIVI

# Collana Ravenna Capitale

## Comitato scientifico

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)  
Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)  
Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)  
Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)  
Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva  
e da Simona Tarozzi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti  
a doppio referaggio anonimo.

**© Copyright 2013 by Maggioli S.p.A.**  
**Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.**  
**Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2000**

*47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8*  
*Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595*  
[www.maggioli.it/servizioclienti](http://www.maggioli.it/servizioclienti)  
e-mail: [clienti.editore@maggioli.it](mailto:clienti.editore@maggioli.it)

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione  
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2013  
dalla Litografia Titanlito S.p.A.  
Dogana (Repubblica di San Marino)

# La trasformazione del *ius liberorum* in Occidente tra il IV e VI secolo d.C.: profili romanistici e legislazione visigotica

Paola Biavaschi

(Università degli Studi di Milano)

1. È usuale incontrare, nel diritto romano, il fenomeno per cui gli istituti nella loro vita secolare mutano, si trasformano, a volte si stravolgono, conservando solamente il nome originario, ma perdendo spesso completamente le caratteristiche identificative loro proprie. Tale considerazione ben si attaglia a descrivere le sorti del *ius liberorum*, il quale, nell'età tarda, è oggetto di un tale mutamento contenutistico da trasformarsi quasi nell'esatto contrario di quello che era al suo sorgere; tuttavia, leggendo tra le righe della storia dell'istituto, si possono già intravedere nei primi secoli della sua esistenza i germogli di quello che può sembrare un rivolgimento improvviso avvenuto in tre fasi: la prima all'inizio del IV secolo d.C., in epoca costantiniana, la seconda nella prima metà del V secolo d.C.; la terza, definitiva, alla fine del V secolo.

Il punto di partenza è noto, quello di arrivo è molto efficacemente incarnato dal lemma *ius liberorum* contenuto nella sezione giuridica di carattere privatistico delle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia<sup>1</sup>: nella defi-

---

<sup>1</sup> Si segnala, in primo luogo, sulla figura di Isidoro giurista, la recente pubblicazione del volume *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, BASSANELLI G., TAROZZI S. (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2012, nel quale sono presenti diversi innovativi contributi in merito alle concezioni politiche e giuridiche di Isidoro di Siviglia: in particolare (presento gli autori come da indice), DE BUJÁN F.F., *Il potere politico nel pensiero di Isidoro di Siviglia*, p. 1 ss.; PULIATTI S., *Ius gentium e disciplina dei rapporti internazionali in Isidoro di Siviglia*, p. 27 ss.; LOSCHIAVO L., *L'impronta di Isidoro nella cultura giuridica medievale: qualche esempio*, p. 39 ss.; MARTINI R., PIETRINI S., *Cognizioni giuridiche nel V libro delle Etymologiae di Isidoro di Siviglia*, p. 57 ss.; FUSCO S.A., *L'evolversi della categoria del 'credere' nell'Occidente visigoto: dal Codice Euriciano ad Isidoro di Siviglia*, p. 81 ss.; RUGGIERO J., *Gli stemmata cognationum: Pauli sententiae ed Etymologiae*, p. 101 ss.; VIARENGO G., *Un confronto tra Modestino e Isidoro sulle facoltà della legge*, p. 117 ss.; AGNATI U., *Un frammento delle Differentiae di Modestino nelle Differentiae di Isidoro?*, p. 129 ss.;

nizione isidoriana non solo non si cita più in nessun modo l'essere il *ius liberorum* un privilegio concesso a chi avesse avuto un certo numero di figli, ma non v'è neppure più traccia di quello che fu il suo principale sviluppo successivo, ossia l'essere motivo di vantaggio soprattutto nella successione della *mater cognata* rispetto al figlio premorto, secondo quanto previsto dal *senatusconsultum Tertullianum*<sup>2</sup>.

In modo sorprendente per colui che è aduso alla lettura delle sole fonti classiche, la definizione del vescovo spagnolo appunta la sua attenzione solamente sulla descrizione del privilegio come scrittura testamentaria reciproca tra coniugi senza figli, quasi che, afferma Isidoro riprendendo l'accento compassionevole di alcuni testi legislativi, l'eredità patrimoniale del coniuge mancato fosse un sorta di surroga-

---

CRESCENZI V., *Per una semantica del lavoro giuridicamente rilevante in Isidoro da Siviglia, nella lex Romana Visigothorum, nell'Edictum Teodorici, e nella Lex Visigothorum*, p. 217 ss.; BIAVASCHI P., *Un esempio del metodo pedagogico isidoriano: Etym.5.25.17*, p. 277 ss. La dottrina su Isidoro giurista non è stata finora abbondante e completa quanto si sarebbe potuto auspicare, ma alcuni testi sono fondamentali per comprendere il ruolo del vescovo ispanico: KÜBLER B., *Isidorusstudien*, in *Hermes*, n. 25, 1880, p. 496 ss.; DIRKSEN H.E., *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts*, in *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen*, vol. I, Leipzig, 1871, p. 185 ss.; BREHAUT E., *An Encyclopedist of the Dark Ages. Isidore de Seville*, New York, 1912; TABERA A., *La definición de 'furtum' en las Etimologías de S. Isidoro*, in *SDHI.*, n. 8, 1942, p. 24 nt. 1; WENGER L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 213 ss.; FONTAINE J., *Isidore*, vol. I e vol. II cit.; DÍAZ Y DÍAZ M. C., *La cultura de la España visigótica del siglo VII*, in *Caratteri del secolo VII in Occidente*, vol. II (*Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo. 23-27 aprile 1957*), Spoleto, 1957, p. 820 ss.; GARCÍA GALLO A., *San Isidoro iurista, in Isidoriana (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento)*, Leon, 1961, p. 133 ss.; DE CHURRUCA J., *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, in *AHDE.*, n. 43, 1973, p. 429 ss.; *Idem*, *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao 1975; VIÑAYO GONZÁLES A., *Visigothic Spain: New Approaches*, Oxford, 1980, p. 135 ss.; FONTAINE J., *Isidorus Varro Christianus*, in *Bivium. Homenaje a M.C. Díaz y Díaz*, Madrid 1983, p. 89 ss.; MENTXACA R., *Algunas consideraciones sobre Isidoro, Et.5.25.22-24*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum*, vol. I, Amsterdam, 1995, p. 332 ss.; *Idem*, *Algunas consideraciones sobre los crimina, en particular contra el estado, en las Etimologías de Isidoro (Et. 5.26)*, in *RHD.*, n. 65, 1997, p. 397 ss.; *Idem*, *Delitos contra la moral sexual en la Etimologías de Isidoro*, in *Labeo*, n. 44, 1998, p. 77 ss.; *Idem*, *Algunas consideraciones sobre los 'crimina contra las personas' en las Etimologías de Isidoro*, in *Mélanges F. Sturm*, vol. I, Liège 1999, p. 777 ss.; FONTAINE J., *Isidore de Séville. Genèse et originalité de la culture hispanique au temps des Wisigoths*, Turnhout, 2000; LIEBS D., *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)*, Berlin, 2002, p. 280 ss.

<sup>2</sup> Nel provvedimento stesso si cita, come si vedrà in seguito, come suo antecedente una disposizione di età claudiana.

to alla presenza di figli comuni della coppia (*pro loco pignorum*). Non si tratta qui di un fraintendimento isidoriano, ma di un'ulteriore testimonianza dell'avvenuto completo rivolgimento del dettato della *lex decimaria*, accadimento che portò il *ius liberorum* a essere infine solamente *coniugum sine liberis hereditatis alterna conscriptio*.

Isid. *Etym.* 5.24.13: *Coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio.*

Tale lettura invita quindi a indagare sul motivo e sulla progressione cronologica della trasformazione completa del *ius liberorum*, oltre che, dato il ruolo che Isidoro ebbe nel regno ispano-visigotico anche sul mutuo rapporto tra la legislazione romanistica e quella visigotica<sup>3</sup>. L'analisi può altresì rivelarsi utile in una prospettiva più ampia perché, pur essendo il *ius liberorum* un istituto specifico e limitato, un approfondimento della sua storia permette di toccare alcuni dei temi riguardanti il Tardo-Antico più dibattuti in dottrina, quali il problema della recezione delle costituzioni emanate in una *pars imperii* anche nell'altra e, come si accennava, il rapporto tra il diritto romano e la legislazione visigotica.

Per giungere a trattare questi argomenti, tuttavia, è necessario ripercorrere in brevi tappe alcuni aspetti del cammino del privilegio sin dal suo sorgere, poiché le ragioni profonde della sua trasformazione potrebbero risultare non repentine ma ben radicate nel tempo.

---

<sup>3</sup> Un ruolo essenziale in queste valutazioni discendeva dalle precedenti pionieristiche considerazioni di DÍAZ Y DÍAZ M.C., *op. cit.*, p. 813 ss., il quale si può dire abbia aperto una nuova era per il metodo dello studio di Isidoro. CRUZ HERNÁNDEZ M., *San Isidoro y el problema de la 'cultura' hispano-visigoda*, in *Anuario de Estudios Medievales*, n. 3, 1966, p. 413, propone l'ipotesi di una sorta di "Renacimiento visigodo" collocato cronologicamente tra la fine del VI secolo e il secondo terzo del VII, di cui Isidoro sarebbe stato un esponente di spicco. Anche FONTAINE J., *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique*, vol. 2, Paris, 1959, p. 817, sottolinea questo aspetto: "Isidore ne vit pas dans un nostalgie désolée de la grandeur romaine, mais il accepte et comprend le sens du nouvel âge dans lequel il vit: l'éveil médiéval de la nationalité hispanique a été senti par lui avec enthousiasme". Da ultimo su questo aspetto, BIAVASCHI P., *Profili metodologici e finalità formative della "Christiana societas" visigotica nei lemmi giuridici delle "Etymologiae" di Isidoro di Siviglia*, in *Index*, n. 41, 2013, p. 94 ss.; *Eadem*, *Alcune considerazioni sulle etimologie giuridiche di Isidoro di Siviglia e le finalità intellettuali della cosiddetta "Edad sincrética"*, in *DO-SO-MO*, n. 10, 2012 (in stampa); *Eadem*, *Isidoro di Siviglia e l'ideale della lingua universale nella formazione dell'amministratore dello Stato*, in *Questioni amministrative del Mediterraneo Antico*, Milano, 2012, p. 247 ss.

2. Il *ius liberorum* fu istituito, tra il 18 a.C. e il 9 d.C.<sup>4</sup>, come conseguenza delle leggi caducarie augustee, le quali, prima con la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, poi, tra il 4 e il 9 d.C. con la *lex Papia Poppaea*, provvedimenti che poi vennero normalmente citati riuniti sotto il nome di *lex Iulia et Papia*<sup>5</sup>, cercarono di influenzare l'andamento demografico dell'impero e quindi di aumentare in modo consistente il numero dei cittadini. Augusto teneva particolarmente a cercare di incrementare le nascite di *cives Romani*, dal momento che il susseguirsi dei rivolgimenti della guerra civile aveva inferto un duro colpo alla popolazione: la perdita di un numero rilevantissimo di cittadini, unito all'imporsi di differenti costumi sociali, aveva prodotto oltretutto un calo massiccio delle nascite, così grave da costituire in effetti un problema di rilievo politico notevole.

Le leggi caducarie riguardavano diversi ambiti, non ultimo quello

---

<sup>4</sup> Per tutto il discorso relativo al precedente tentativo augusteo del 28 a.C., sfociato in una legge o, forse, solo in un progetto di legge, vedasi Prop. 2.7; Tac. *Ann.* 3.25.1-3.28.4, su cui JÖRS P., *Eheges. Die Ehegesetze des Augustus*, in *Festschrift für Th. Mommsen Doktor*, Marburg, 1893 (= Napoli, 1985), p. 7 ss., e poi soprattutto SPAGNUOLO VIGORITA T., *Exsecranda perniciēs. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, in particolare p. 147 ss.

<sup>5</sup> Sarebbe arduo fornire una bibliografia completa su questi provvedimenti augustei molto studiati e commentati: ai nostri fini rileva citare almeno JÖRS P., *Über das Verhältnis der Lex Iulia de maritandis ordinibus zur Lex Papia Poppaea*, Bonn, 1882; SIBER H., *Die Ehegesetzgebung des Augustus. Inhalt, Ziel, und Auswirkung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, n. 4, 1939, p. 159 ss.; BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, in *Scritti giuridici*, vol. 2, Milano, 1965, p. 166 ss.; LONGO G., *Lex Iulia de maritandis ordinibus et Lex Papia Poppaea*, in *NNDI*, vol. 9, Torino, 1965, p. 811 ss.; SPRUIT J.E., *De lex Iulia et Papia Poppaea*, Deventer, 1969; HUMBERT M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972; ASTOLFI R., *Note per una valutazione storica della lex Iulia et Papia*, in *SDHI.*, n. 39, 1973, p. 187 ss.; FALCÃO M., *Les prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Pamplona 1973; CSILLAG P., *The Augustan Laws on Family Relations*, Budapest 1979; RADITSA L. F., *Augustus' Legislation concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *ANRW.*, vol. II., 13, Berlin-New York, 1980, p. 285 ss.; NÖRR D., *The Matrimonial Legislation of Augustus: an Early Instance of Social Engineering*, in *The Irish Jurist*, n. 16, 1981, p. 350 ss.; VOCI P., *Linee storiche del diritto ereditario romano, 1, Dalle origini ai Severi*, in *ANRW.*, vol. II.14, Berlin-New York 1982, 121 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA T., *Lex Iulia de maritandis ordinibus e lex Papia Poppaea*, in JÖRS P., *Iuliae rogationes. Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, rist.1985, p. VIII ss.; ZABLOCKA M., *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR.*, n. 89, 1986, p. 379 ss.; EVANS GRUBBS J., *Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford, 1995, p. 103 ss.; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996<sup>4</sup>.

pubblicistico, tuttavia incidevano in particolare sui diritti dei cittadini nell'ambito delle successioni. A essere colpiti, come noto, erano i *coelibes*, gli *orbi*, il *pater solitarius*, i coniugi senza figli comuni<sup>6</sup>. Il *ius liberorum*, come privilegio che veniva concesso a coloro che avevano figli (solitamente tre nel caso di donne ingenuae e quattro per le libere, ma, in certi casi, era sufficiente un figlio comune tra i coniugi), permetteva da una parte, per tutti, maschi e femmine, di essere esenti dagli obblighi delle leggi caducarie ai fini della successione testamentaria, dall'altra, per le donne, di essere esentate dalla *tutela legitima*<sup>7</sup>. Ciò determinava che esso fosse un privilegio particolarmente importante per il sesso femminile, dal momento che con il *ius liberorum* la donna otteneva il duplice vantaggio di liberarsi della *tutela legitima* e di godere di piena capacità in campo successorio.

Come ricordava qualche decennio fa Maria Zablocka<sup>8</sup>, in un lavoro dedicato in particolar modo all'approfondimento contenutistico del *ius liberorum*, le leggi caducarie sortirono, per quelle che erano le finalità per cui erano state emanate, un effetto positivo, perché, nei decenni successivi alla loro applicazione, al fine di evitare di incorrere negli svantaggi predetti, i cittadini, in larga misura, si adattarono al

---

<sup>6</sup> Tit. Ulp. 16.1a. I coniugi acquistavano capacità reciproca a succedere se avessero avuto un figlio in comune vivo oppure tre morti non prima del *dies nominum*. I *Tituli Ulpiani*, come prima ragione dell'acquisizione della capacità citano l'ottenimento del *ius liberorum* dal parte del *princeps*: *Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe impetraverint, aut si filium filiamve communem habeant...*

<sup>7</sup> Gai. 1.145: *...tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae...*; Gai.1. 194; Gai. 3.44; *Epit. Ulp.* 29.3.

<sup>8</sup> ZABLOCKA M., *Il ius trium liberorum nel diritto romano*, in *BIDR.*, n. 91, 1988 (1992), 361 ss. Sul *ius liberorum* nello specifico anche CUO E., *Ius liberorum*, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, DAREMBERG EDM. e SAGLIO CH. (a cura di), Graz, 1963, vol. III,1, p. 1193; KÜBLER B., *Über das Ius Liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in *ZSS.*, 30, 1909, p. 154 ss. e *ZSS.*, n. 31, 1910, p. 176 ss.; STEINWENTER A., *Ius liberorum*, in *PWRE*, vol. X.2, Stuttgart, 1919, p. 1281 ss.; VOCI P., *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, 1960, p. 411 ss.; *Idem*, *Diritto ereditario*, cit., II, Milano, 1963, p. 18 ss.; MEINHART M., *Die senatus consulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das Klassische römische Erbrecht*, Graz, 1967, p. 33 ss.; con riferimento alla tarda antichità. SAMPER F., *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*, Santiago de Compostela, 1972; FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, vol. I, Roma 1994, p. 284; p. 535 ss.; DAJCZAK W., *Die Aufhebung der Beschränkungen der capacitas von Ehegatten in der nachklassischen Periode. Ein Beitrag zur Erforschung der lex Iulia et Papia*, in *RIDA.*, n. 42, 1995, 155 ss.; EVANS GRUBB J., *op. cit.*, pp. 97; 104 ss.; 326.

dettato normativo così che l'aumento demografico sperato effettivamente si produsse. Tuttavia tali leggi, già vissute dal principio come eccessivamente invasive nel campo delle scelte familiari e personali, persero gradatamente il loro ruolo moralizzatore e propulsivo ai fini dell'aumento demografico, e divennero per lo Stato niente più che un potente mezzo di approvvigionamento di fondi destinati all'erario prima, più avanti al fisco<sup>9</sup>.

3. Il mito delle leggi caducarie come strumento di ripopolamento dell'Urbe prostrata dalle guerre civili è un *topos* della storia istituzionale, ma d'altro lato vi è la storia, spesso sommersa e nota soprattutto tramite accenni delle fonti letterarie, e, in particolare, attraverso le testimonianze di Cassio Dione<sup>10</sup>, Tacito<sup>11</sup> e Svetonio<sup>12</sup>, che narra dell'insoddisfazione e del malcontento che sin dal principio circondarono queste leggi, fortemente volute dal *princeps*, ma che, per ironia della sorte, avrebbero finito per colpire, se non ci fosse stato un riconoscimento eccezionale di *ius liberorum*, la stessa coppia imperiale, che, come noto, non aveva i requisiti sufficienti per ottenerlo regolarmente<sup>13</sup>.

Sin dal principio, vi fu, infatti, e tutto ciò è descritto con molta accuratezza in un lavoro di Spagnuolo Vigorita<sup>14</sup>, un generale malcontento tra la *nobilitas* romana, che cercò di bloccare le leggi al loro sorgere e che poi provò, in più riprese, a mitigarle: questa in soddisfazione era propria sì di quella frangia un po' libertina della *nobilitas* che si legava a certi circoli intellettuali più anticonformisti e che tendeva a non accettare i valori famigliari tradizionali, ma anche in ge-

---

<sup>9</sup> Il fisco sostituì completamente l'erario nella prima parte del III sec. secondo SPAGNUOLO VIGORITA T., *Bona caduca e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo s.C.*, in *Labeo*, n. 24, 1978, p. 141 ss; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 270 ss., ritiene che il passaggio sia stato graduale e che si sia stabilizzato nel periodo intercorrente tra Marco Aurelio e Caracalla.

<sup>10</sup> Dio. Cass. 54.16.3-5; 56.10.3.

<sup>11</sup> Tac. *Ann.* 3.25.1-3.28.4.

<sup>12</sup> Suet. *Aug.* 34.2-4; Suet. *Tib.* 35.3.

<sup>13</sup> Dio. Cass. 55.2.6.

<sup>14</sup> SPAGNUOLO VIGORITA T., *Inminentes legum terrorum. L'abrogazione delle leggi caducarie augustee in età costantiniana*, in AAC. (*Matrimonio e filiazione nel diritto tardo-imperiale romano (da Costantino a TeodosioII). Influssi religiosi e fattori sociali*), vol. 7, Napoli, 1988, 251 ss., contributo che riprende e approfondisce alcuni aspetti affrontati in *Exsecranda pernicies*, cit., in particolare p. 143 ss.; p. 165 ss.; p. 189 ss.; p. 212 ss.



nerale di coloro che, seppur più tradizionalisti, non apprezzavano una così notevole influenza nella sfera del privato da parte delle istituzioni<sup>15</sup>.

In effetti il futuro delle applicazioni della *lex Iulia et Papia* fu abbastanza diverso da quello che forse era stato pensato da Augusto: piuttosto che fungere da stimolo per l'aumento della popolazione dei cittadini romani, divenne un comodo affare per le casse dello Stato che si rimpinguavano con i beni che gli incapaci a succedere non potevano ricevere. Inoltre, dal momento che i delatori<sup>16</sup> ottenevano un premio remunerativo, consistente in metà, prima, e in una percentuale, poi, dei beni finiti all'erario, essi pullulavano, e così la costante preoccupazione della denuncia divenne un vero terrore tra i cittadini romani, un terrore già evocato da Tacito nel I secolo d.C. (*et terror omnibus intentabatur*)<sup>17</sup> e citato persino letteralmente come tale da Costantino (*imminentibus legum terroribus*), quando, con la costituzione C.Th.18.16.1 nel 320 d.C., nota come Editto di *Serdica*<sup>18</sup>, eliminò la maggior parte delle incapacità prescritte dalle leggi caducarie.

C.Th.8.16.1: Imp. Constantinus A. ad populum. Qui iure caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus

<sup>15</sup> Dio. Cass. 54.16. 3 ss.; 56.6.6; 56.7.1; Prop. 2.7.13-14; 20; Ov. *Ars. amat.* 2.157; 3.585; Ov. *Amor.* 1.4.64-65.

<sup>16</sup> È impossibile in questa sede ripercorrere le vicende alterne dei *delatores* in relazione con le *leges caducariae*; si rimanda a LURASCHI G., *Diritto premiale. Precedenti romanistici*, in *Diritto premiale e sistema penale* (Atti del VII Simposio di diritto penale e procedura penale – Como 26/27 giugno 1981), Milano 1983, p. 53 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA T., *Exsecranda pernicies*, cit., p. 51 ss. FANIZZA L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988, p. 13 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA T., *Inminentes legum terrores*, cit., p. 257 ss.; CERAMI P., "Accusatores populares", "delatores", "indices". *Tipologia dei "collaboratori di giustizia" nell'Antica Roma*, in *AUPA.*, n 45.1, 1998, p. 143 ss. (= *Index*, n 26, 1998, p. 117 ss.)

<sup>17</sup> Tac. *Ann.* 3.28.3-4: *acriora ex eo vincla, inditi custodes et lege Papia Poppaea praemiis inducti ut, si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret. sed altius penetrabat urbemque et Italiam et quod usquam civium corripuerant, multorumque excisi status. et terror omnibus intentabatur...*

<sup>18</sup> L'Editto, emanato a Serdica il 31 gennaio e destinato *ad populum*, fu poi, come indica la *subscriptio*, pubblicato a Roma qualche mese dopo, il primo di aprile.

promiscue omnibus. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctorita[s]. Dat Prid.. kal. Feb. Serdicae, p(ro)p(osita) kal. April. Rom(ae) Constantino A. VI et Constantino. C. Conss. (a.320)

Se le leggi caducarie furono maltollerate già in principio<sup>19</sup>, ciò nonostante i vari tentativi dell'aristocrazia di riprendersi la propria libertà di sposarsi e di procreare, che giunsero addirittura durante il regno di Massimino il Trace, nel 238 d.C., a manifestarsi come rivolta armata, sotto la guida del ceto senatorio, nella provincia africana<sup>20</sup>, finirono nel nulla e la *lex Iulia et Papia* rimase, nella sostanza, in vigore fino appunto all'inizio del IV secolo. Anche se la legislazione del III secolo s'era palesemente accorta della piaga dei delatori, prevedendo norme molto severe per gli abusi degli stessi<sup>21</sup>, tuttavia evidentemente la cattiva abitudine della delazione in merito all'incapacità a succedere dovette avere una lunga permanenza, recisa infine proprio da Costantino solamente con l'eliminazione quasi completa delle *leges caducariae*.

---

<sup>19</sup> Si noti, oltre alla già citata denuncia di Tacito nei confronti del fallimento delle ragioni che informarono la *Lex Iulia et Papia*, il noto Panegirico (Plin. *Pan.* 31.1-36; 42.1) di Plinio il Giovane in cui l'autore ricorda i meriti di Traiano nel reprimere gli abusi legati alle delazioni fiscali e scaturenti dall'applicazione delle leggi caducarie augustee e l'ormai quasi esclusiva finalità fiscale delle leggi stesse, paragonate alla *lex Voconia* (cfr. ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 355).

<sup>20</sup> La rivolta portò alla fine di Massimino e all'elezione di Gordiano, che utilizzò una politica fiscale molto più mite rispetto a quella, insostenibile, del predecessore. Per le fonti classiche, vd. Herod.7.3.2; *Hist. Aug.* 13.5, commentati accuratamente da SPAGNUOLO VIGORITA T., *Secta temporum meorum. Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III*, Palermo, 1978, p. 80 ss.; p. 112; p. 142 ss. Una lettura diversa degli stessi eventi storici è proposta da DIETZ K.H., *Senatus contra principem. Untersuchungen zur senatorischen Opposition gegen Kaiser Maximinus Thrax*, München, 1980, p. 300 ss.

<sup>21</sup> Si pensi alla costituzione conservata nel *Codex Iustinianus* e ascrivibile a Gordiano III, proprio nell'anno della sua successione a Massimino il Trace (C.10.11.2), al provvedimento di Aureliano contro l'ipotesi di calunnia dei delatori (Aur. Vict. 35.7; *Hist. Aug.*, *Aurel.* 39.3) o a C.10.11.4, rescritto di Carino o Numeriano, che testimonia una forte adesione della cancelleria imperiale alla diffusa ostilità nei confronti dei delatori.

4. Il *ius liberorum* fu un privilegio molto significativo e una scappatoia notevole alla rigidità delle leggi predette, soprattutto quando si ideò l'*escamotage* per cui esso poteva essere concesso dal principe anche a chi non avesse i requisiti; pur tuttavia bisogna evidenziare che due furono i provvedimenti che ne segnarono le alterne vicende nei primi tre secoli: uno, in senso negativo, consistette nell'emanazione della *lex Claudia de tutelis* (tra il 41 e il 49 d.C.)<sup>22</sup> che, abolendo la *tutela legitima*, sostanzialmente svuotava il privilegio di molto del suo rilievo per il sesso femminile; il secondo, invece, assai positivo per la notevole sopravvivenza dell'istituto fu l'approvazione del senato consulto *Tertullianum*<sup>23</sup>, che, in epoca adrianea, permise alla *mater cognata* munita del *ius liberorum* di concorrere nella successione del proprio figlio premorto: anche in questo caso antecedenti risalgono all'epoca dell'imperatore Claudio, cui il sc. *Tertullianum* stesso fa riferimento, pur non essendo noti i dettagli del provvedimento risalente al I secolo<sup>24</sup>.

È evidente che il sc. *Tertullianum* dette di nuovo un forte impulso all'apprezzamento femminile del privilegio e il suo significato divenne più pregnante, anche in modo disgiunto dalla tradizionale connessione con la *lex Iulia et Papia*. Inoltre è di importanza fondamentale notare che divenne progressivamente più frequente la concessione del *ius liberorum* a dispetto del reale possesso dei requisiti, tramite *supplicatio* all'imperatore; tale fatto di costume ci viene testimoniato, ad esempio, dai versi sferzanti di Marziale<sup>25</sup>.

Con il trascorrere del tempo, l'avversione provata dai ceti elevati per l'intrusione delle leggi caducarie nella sfera del personale e nella libertà di trasmissione dei patrimoni, si unì, all'inizio del IV secolo, a una nuova concezione delle modalità e dei valori dell'esistenza, anche in considerazione degli ideali cristiani che iniziavano a diffondersi più intensamente: l'ostilità nei confronti del fisco onnivoro, così come una valutazione diversa nei riguardi della vita di coloro che decideva-

<sup>22</sup> Gai.1.157.

<sup>23</sup> MEINHART M., *op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>24</sup> VOCI P., *Diritto ereditario cit.*, vol. II, p. 17; KASER M., *Das römische Privatrecht*, vol. I<sup>2</sup>, München, 1971, p. 702; ZABLOCKA M., *Il ius trium liberorum*, cit., p. 374 s.

<sup>25</sup> Se al tempo di Galba (Suet. *Galb.* 14.3) o di Traiano si tratta ancora di una concessione occasionale (come si evince dal *panegirico* di Plinio), mano a mano il fenomeno diventa sempre più frequente (Marziale parla del beneficio in 6.2; 6.7; 6.22, ma particolarmente rilevanti i versi pungenti 9.66 ss.: *Uxor cum tibi sit formosa, pudica, puella, / quo tibi natorum iura, Fabulle, trium? / quod petis a nostro supplex dominoque deoque, / tu dabis ipse tibi, si potes arrigere*).

no di dedicarsi integralmente a Dio rimanendo casti, oltre che, secondo Humbert<sup>26</sup>, delle stesse istituzioni monastiche che in tal modo potevano ottenere maggiori benefici economici dall'incamerare le sostanze ereditate dai propri membri, e, infine, una mutata sensibilità nei confronti di coloro che non volevano o non potevano procreare, confluirono nella legislazione di Costantino<sup>27</sup>, il quale eliminò la più parte delle disposizioni augustee in materia. Tuttavia, già nell'ultima parte di C.Th. 8.16.1 si chiarisce come, da tali interventi abrogativi, fosse esclusa la cosiddetta *lex decimaria*<sup>28</sup>, che determinava la fortissima limitazione dei coniugi non aventi prole in comune nell'ereditare in via testamentaria l'uno dall'altro: *Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctorita[s]*.

La tradizionale diffidenza romana nei confronti della possibilità di permettere vantaggi economici reciproci tra i coniugi dovette, a mio

---

<sup>26</sup> HUMBERT M., *op. cit.*, p. 361; p. 366 s.

<sup>27</sup> A fronte di una letteratura che era tradizionalmente compatta nel considerare l'ispirazione cristiana quella dominante nei provvedimenti costantiniani in questa materia (secondo quanto esplicitamente affermato da Eusebio di Cesarea in merito a C.Th.8.16.1, in 4.26.2 ss.), un filone più attento ai vari fattori concorrenti e alla storia delle leggi caducarie vede diverse concause, tra cui, in primo luogo, la secolare avversione senatoria ai provvedimenti augustei: GAUDEMET J., *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, in *Studi Albertario*, vol. II, Milano, 1953, p. 185 ss. (= *Études dans l'Empire romain IV<sup>e</sup>-V<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1958, p. 198 s.); KASER M., *Das römische Privatrecht*, vol. II, München, 1975, p. 165; SPAGNUOLO VIGORITA T., *Exsecranda perniciis*, cit., p. 121 ss.; *Idem*, *Inminentes legum terrores*, cit., p. 252 ss.

<sup>28</sup> Con l'interessante eccezione, peraltro ricca già di precedenti storici (Suet. *Claud.* 18.2), prevista in C.Th.13.5.7: *Idem a. naviculariis Orientis. Pro commoditate urbis, quam aeterno nomine iubente deo donavimus, haec vobis privilegia credidimus deferenda, ut navicularii omnes a civilibus muneribus et oneribus et obsequiis habeantur immunes et ne honores quidem civicos, ex quibus aliquod incommodum sentiant, subire cogantur. Ab administratione etiam tutelae, sive legitimae sive eius, quam magistratus aut provinciae rectores iniungunt, habeantur immunes. Et vacatione legis Iuliae et Papiae potiantur, ut etiam nullis intervenientibus liberis et viri ex testamento uxorum solidum capiant et ad uxores integra voluntas perveniat maritorum. De proprietate etiam vel hereditate vel qualibet alia civili causa pulsati ne ex rescripto quidem nostro ad extraordinarium iudicium evocentur, sed agentibus in suo foro respondeant. Et ad exemplum Alexandrini stoli quaternas in frumento centesimas consequantur ac praeterea per singula milia singulos solidos, ut his omnibus animati et nihil paene de suis facultatibus expedentes cura sua frequentent maritimos commeatus. Accepta kal. dec. Optato et Paulino cons. (334).*

avviso – e le parole della costituzione ne sono chiara conferma – convincere Costantino a mantenere ancora in vita la *prisca auctoritas*<sup>29</sup>.

5. Nel campo, poi, della successione intestata, il cui rapporto con il *ius liberorum* comincia qui a divergere rispetto al destino della *lex decimaria*, l'imperatore muta, in C.Th.5.1.1<sup>30</sup>, emanata a Roma nell'anno successivo rispetto all'Editto di Serdica, la normativa disposta dal sc. *Tertullianum*, dando ad essa un primo grave colpo: in concorrenza con lo zio paterno o con i figli di questo, viene destinato infatti alla madre senza *ius liberorum* un terzo dell'eredità, mentre due terzi andranno alla madre con *ius liberorum*.

Costantino avvicina, quindi, la situazione della madre che non abbia a quella che abbia il privilegio, “togliendo” a quest'ultima un terzo dell'eredità (secondo il *Tertullianum* l'avrebbe ottenuta tutta, in concorrenza con lo zio del defunto), e dando alla *mater cognata* priva del privilegio un ruolo nella successione. Si tratta, ovviamente, di un indizio palese del progressivo attenuarsi della contrapposizione tra *agnatio* e *cognatio*<sup>31</sup>, ma anche della perdita di rilievo del *ius liberorum*, in un tempo in cui il numero dei figli non aveva più lo stesso significato valoriale che in passato.

---

<sup>29</sup> ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 370 ss., cita proprio questa disposizione per provare che in realtà l'etica sottesa alle leggi augustee non era sfumata completamente con il permanere di un'odiata politica fiscale inasprita dal processo delatorio, ma rimaneva ancora un duro ostacolo da superare per la Chiesa approptratrice di nuovi valori; secondo l'Autore la sopravvivenza della *lex decimaria* è una prova della forza del passato e del fatto che Costantino non fosse stato mosso nel legiferare principalmente dall'intento di restituire completa capacità di succedere al ceto abbiente. Non bisogna, tuttavia, dimenticare, a mio parere, che, mentre la rimozione delle altre forme di *incapacitas* non aveva ulteriori conseguenze, quella della *lex decimaria* si sarebbe scontrata con altri interessi dell'aristocrazia, ossia la tradizionale, radicata avversione nei confronti del superamento della contrapposizione *agnatio-cognatio* e l'altrettanto storica avversione nei confronti dell'“intrusione” del *coniunx* nella sfera patrimoniale dell'altro consorte.

<sup>30</sup> LAVAGGI G., *Modifiche legislative al Senatusconsulto Tertulliano*, in *Scritti giuridici Jovene*, Napoli, 1954, p. 762 ss.; D'ORS A., *El capitulo 327 del Código de Eurico*, in *Estudios visigóticos*, cit., vol. II, 1956, p. 134 ss.; KASER M., *Das römische Privatrecht*, cit., p. 158; VOCI P., *Diritto ereditario*, cit., vol. I, p. 442; DUPONT C., *Les successions dans les constitutiones de Constantin*, in *Iura*, n. 15, 1964, p. 78 s.; SAMPER F., *op. cit.*, p. 54 ss.

<sup>31</sup> D'ORS A., *El Código de Eurico*, cit., p. 262.

C.Th.5.1.1: Imp. Constant(inus) A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Matri ius liberorum non habenti interveniente licet patruo ceterisque, inter quos agnationis incorrupta iura per ordinem porriguntur et quicumque deinceps agnati erunt, a quibus consanguinitatis iure mater poterat excludi, placet omnium filii bonorum, quotienscumque ab intestato venit, deferri tertiam portionem; etiam patruo eiusque filio et dumtaxat nepoti agnatione minime durante, si forte per emancipationem cuiusquam fuerit consanguinitas diminuta, beneficio pari deferri tertiam portionem, licet habeat mater ius liberorum. Nec immerito, si quando supra dicto subnixa mater fuerit privilegio, agnatione dirempta ultra nepotis gradum nostrum beneficium minime placuit extendi, ne multis personis vocatis plus ablatum matri, minus additum videretur. Sive igitur unus extiterit pluresve patrum eorumque filius aut etiam filii et nepotes neptesve, non amplius quam sola tertia universorum bonorum simul omnibus vel singulis pro suis quibusque gradibus deferenda est. Et eodem genere, si plures erunt, a quibus mater possit excludi, non plus quam tertia bonorum matri adversus omnes competere debet. Supra dictae ergo originis existentibus personis agnatis in infinitum, matri adversus omnes censuimus subveniendum, licet non omnibus adversus matrem, sed certis superius comprehensis personis hoc auxilium tribuatur; ita ut nec petita bonorum possessione, quoniam huius legis, non praetoris est beneficium, ilico, ut sibi delatae portionis dies extiterit, aditione simplici arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis. Nec enim ad eos, qui eorundem successores erunt, nisi ipsis prius, quos indulgentiae nostrae ratio complectitur, quaesita fuerit hereditas, transire quicquam iubemus, sed penes eos manere, apud quos ante istam legem residere potuisset. Dat. XIII kal. Iun. Romae Crispo II et Constantino II CC. Conss. (a.321)

Si comprende quanto il *ius liberorum* sia divenuto sempre più secondario, osservando il cambiamento del suo rilievo nelle disposizioni in cui viene citato dal 320 alla fine del IV secolo d.C., dal momento che si può notare la sua progressiva irrilevanza nell'ambito dei *bona libertorum* e nella configurazione della posizione successoria della *mater cognata* rispetto alla sorella del defunto, della *patrona*,

della figlia della patrona<sup>32</sup>: tuttavia i Romani, come ben noto, non amavano sopprimere istituti facenti parte della propria tradizione, cosicchè si preferì in tutto questo lasso di tempo non eliminare completamente il *ius liberorum*, ma piuttosto svuotarlo dall'interno, estendendo il beneficio con grande larghezza, concedendolo di fatto a tutte le donne che lo richiedevano.

Bisogna sottolineare come, a quel punto, uno degli scopi principali delle suppliche per ottenere il *ius liberorum*, ormai, dovesse essere il superamento degli stretti vincoli imposti dalla *lex decimaria*<sup>33</sup>: non deve stupire quindi che, sotto la rubrica *De iure liberorum* del Codice Teodosiano, C.Th.8.17, tutte e quattro le leggi raccolte ci parlino della elargizione generale del privilegio e quindi del suo svuotamento sostanziale proprio in relazione al caso dei coniugi privi di prole.

6. Se una legge emanata da Onorio a Milano (C.Th.15.14.9 del 395 d.C.) ci informa brevemente che, dopo la recentissima successione dei figli a Teodosio I, dovevano essere considerate valide tutte le *impetrations* di *ius commune liberorum* fatte all'imperatore, solo l'anno dopo, Arcadio da Costantinopoli chiarisce, in C.Th.8.17.1, che il privilegio viene concesso a tutti coloro che lo richiedano: la breve costituzione contiene l'accorata considerazione che per i coniugi *orbi* è sufficiente la sofferenza di non avere figli comuni, la *desperatio liberorum*, e non bisogna aggiungere a tale gravoso pondo altre punizioni.

C.Th.15.14.9: Impp. Arcadius et Honorius Andromacho p(raefecto) p(raetorio). ...valeat impetratio iuris communium liberorum... Dat. XI kal. mai. Med(iolano) Olybrius et Probino Conss. (a. 395)

C.Th.8.17.1: Impp. Arcadius et Honorius AA. ad Caesarium p(raefectum) p(raetori)o. Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec inplorantum preces aetas vel tempus impediatur, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum. Dat. VII id. Mai. Const(antino)p(oli) Arcadio III et H[onorio III AA. C]onss. (a. 396)

<sup>32</sup> SAMPER F., *op. cit.*, p. 33 ss.; LAVAGGI G., *Modifiche*, cit., 759 ss.; OTERO A., *La mejora*, in *AHDE.*, n. 33, 1963, p. 5 ss.

<sup>33</sup> LEVET A., *La quotité disponible et les incapacités de recevoir entre époux d'après les lois caducaires*, in *RHD.*, n. 14, 1935, p. 235 ss.; DAJCZAK W., *op. cit.*, p. 155 ss.; SAMPER F., *op. cit.*, p. 33 ss.

Sono trascorsi meno di quindici anni da questi provvedimenti, quando, nel 410 d.C., C.Th.8.17.2 e 3, ossia due costituzioni orientali come la precedente, riprendono proprio il tema della capacità successoria tra i coniugi e del *ius liberorum*: nella prima, Teodosio II fissa apertamente l'abrogazione della *lex decimaria* e di tutte le limitazioni in materia della *lex Iulia et Papia*; nella seconda viene chiarito, in modo conciso ed esente da ogni dubbio, che nessuno dovrà più chiedere il *ius liberorum*, poiché concesso automaticamente.

C.Th.8.17.2: Impp. Honorius et Theodosius AA. Isidoro p(raefecto) u(rbi). In perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta. Tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit. Dat. prid. non. Sept. Varane v. C. Cons. (a. 410)

C.Th.8.17.3: Idem AA. Isidoro p(raefecto) u(rbi). Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus. Et cetera. Dat. prid. non. Sept. Varane v. C. Cons. (a. 410)

Le due costituzioni presentano la stessa *inscriptio*, risultando inviate al *praefectus urbi* di Costantinopoli, *Isidorus*<sup>34</sup>, e la stessa *subscriptio*, poiché furono entrambe emanate nella stessa località, il 4 di settembre: tutto ciò farebbe supporre che si tratti di due brevi stralci di uno stesso provvedimento, che, per ragioni di chiarezza e comodità, i compilatori teodosiani avrebbero massimato e diviso<sup>35</sup>. In C.Th.8.17.2, l'attenzione è appuntata più sulla eliminazione delle limitazioni della *lex decimaria* che specificamente sul *ius liberorum*, disponendo essa l'eliminazione di ogni ostacolo alla possibilità per un coniuge di ricevere dall'altro l'intera eredità per testamento, nonostante l'assenza di figli in comune: agli sposi è, dunque, concesso di prevedere un lascito reciproco proporzionale al *superstes amor* (ritor-

---

<sup>34</sup> PLRE, *Fl. Anthemius Isidorus* 9, vol. II, p. 631 ss., fu personaggio di grande rilievo dell'epoca, divenuto infine prefetto del pretorio prima dell'Ilirico, poi dell'Oriente, oltre che *consul prior*.

<sup>35</sup> Si noti che nel Codice Giustiniano, ove sono conservate entrambe le leggi, esse sono collocate in due titoli diversi (C.8.57 e C.8.58), seppur successivi l'uno all'altro, fatto che potrebbe far supporre che la creazione di due massime distinte sia stata precedente alla decisione se collocarle nello stesso titolo o meno.



na qui quell'accento di umana compartecipazione che si era notato in C.Th.8.17.1).

La frase racchiusa in C.Th.8.17.3 è di rilievo ancora superiore per il nostro tema: infatti per la prima volta si prevede che il privilegio non debba venir più nemmeno impetrato. Le parole della costituzione teodosiana non consentono fraintendimenti: il *ius liberorum* è concesso a tutti, indistintamente e soprattutto automaticamente. Dal tono lievemente stizzito, non è difficile immaginare il quadro di una cancelleria sommersa di *impetrationes*, divenute, considerata la decisione di concedere il *ius liberorum* a tutti coloro che lo richiedessero, soltanto un inutile aggravio burocratico: da qui l'ordine di non rivolgere più *supplicationes* in questo senso all'imperatore.

Ma tale disposizione fu subito accolta in entrambe le *partes imperii*? Una legge di due anni posteriore può far insorgere più di qualche dubbio in merito. Nel 413 d.C.<sup>36</sup>, una costituzione occidentale, che risulta oggi l'ultima della rubrica (C.Th. 8.17.4), emanata a Ravenna dall'imperatore Onorio e indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni<sup>37</sup>, presenta il caso specifico di un tale *Catullinus*: vi si intende mettere in chiaro che il *minus allegare*, ossia il non aver portato in tribunale la prova scritta della *supplicatio* del *ius liberorum*, non preclude i diritti successori dell'uomo nei confronti della moglie. Probabilmente era accaduto che il documento fosse andato perso e che quindi *Catullinus* non avesse potuto produrlo in sede processuale. La costituzione termina prevedendo che tale disposizione vada considerata come generale, e che sia da ritenersi valida nei confronti di tutti coloro che si trovano nelle stesse condizioni dell'uomo.

C.Th.8.17.4: Idem AA. Iohanni p(raefecto) p(raetori)o. Post Alia: Quod impetratum ius communium liberorum superstite Catullino clarissimo viro minus allegatum esse cognoscitur, nec succedenti obesse permittimus nec ulli umquam in simili causa statuimus nociturum. Et cetera. Dat. XIII kal. Mart. Rav(ennae) Honorio VIII et Thodosio V AA. Conss. (a.413)

---

<sup>36</sup> La data del 412 trasmessa dai manoscritti viene corretta, dal momento che molto probabilmente è caduta la menzione del *postconsolatum*, come annota SEECK O., *Regesten der Kaiser und Päpste*, Frankfurt am Main, 1984<sup>2</sup>, p. 66: "Zweifello ist hier das Jahr 413 das richtige, nicht 412; denn der Adressat ist der Präfekt Johannes, dessen Vorgänger Seleucus und Melitius noch am 6. und 19. März 412 nachweisbar sind"; dello stesso avviso PLRE, vol. I, p. 459.

<sup>37</sup> PLRE, *Ioannes* 2, vol. I, p. 459 (= *Ioannes* 4, vol. II, p. 594).

La legge è riportata solamente in un breve estratto, come mostra la presenza della notazione POST ALIA nell'*inscriptio* e di ET CETERA nella *subscriptio* e come, peraltro, si evince già di per sé dalla lettura del testo a causa della sua concisione e della forte sensazione di incompletezza. Il portato normativo ci fa intravedere, come ipotizzato da Dajczak<sup>38</sup> e come aveva già ritenuto Levet vari decenni prima<sup>39</sup>, un apparente ritardo della *pars Occidentis* rispetto a quella orientale. Anche se non si può escludere del tutto che questa opinione sia prodotta da una visione parziale scaturente dalla valutazione dei provvedimenti superstiti o riguardare esclusivamente i processi già in corso, come crede Astolfi<sup>40</sup>, è tuttavia evidente che in C.Th.8.17.4 non si ritrova lo stesso atteggiamento delle costituzioni orientali nei confronti del privilegio, poiché non vi è cenno della eliminazione della necessità della *supplicatio*. La costituzione, infatti, dispone solamente che il *minus allegare* non costituisce ragione per non permettere all'erede di ottenere quanto disposto nel testamento e, a mio avviso, è piuttosto improbabile che, se fosse stato in uso di non proporre più l'*impetratio*, tale fondamentale novità burocratica non venisse citata nella legge come giustificazione della decisione enunciata, dal momento che si tratta del punto centrale della questione trattata, soprattutto perché alla decisione specifica è conferito valore di legge generale.

7. Il documento più rilevante sulla sorte del *ius liberorum* in Occidente consiste nella Novella di Valentiniano III, 21.1, emanata a Roma il 21 ottobre del 446 d.C., circa trentacinque anni dopo

---

<sup>38</sup> DAJZAK W., *op. cit.*, p. 158 ss. Pensava invece a un totale allineamento tra Occidente e Oriente, già nel 410, ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 81 ss., il quale si dichiarava, peraltro, convinto in linea generale della recezione immediata delle *leges* nell'*altera pars* dell'impero.

<sup>39</sup> LEVET A., *op. cit.*, p. 235 ss.

<sup>40</sup> ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 79 nt. 39; p. 369, ritiene che in sé e per sé C.Th.8.17.4 non è "prova per la continuazione anche dopo il 410 della prassi di chiedere e di ottenere il *ius commune liberorum*", tuttavia, in un breve commento conclusivo, l'Autore non può negare che nell'economia del Codice Teodosiano, essa indichi che "i compilatori del Codice non l'avrebbero riprodotta assieme a C.Th.8.17.1, se la pratica di chiedere il *ius commune liberorum* fosse cessata ai loro tempi". È arduo armonizzare queste due asserzioni, che tentano di superare l'antinomia di dati che sono oggettivamente difficili da valutare: certo è improbabile che vi sia stata una brusca inversione di tendenza, mentre è più semplice ipotizzare una permanenza dell'abitudine di chiedere all'imperatore il *ius liberorum* in Occidente.

C.Th.8.17.4. La lunga costituzione è diretta al *praefectus praetorio* dell'Occidente e *patricius Albinus*<sup>41</sup>.

Nov. Val. 21.1<sup>42</sup>: DD. NN. Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Albino II. praefecto praetorio et patricio. Iam dudum quidem divus avunculus noster, testamentorum compendia generali lege complexus, formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes. 1. Sed quoniam Leonius, vir spectabilis munitus veteribus constitutis nostram supplex maluit expectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur salubri definitione censes, ut, sive inter se coniugum seu quorumcumque consensus oblatis serenitati nostrae precibus optaverit, morte praeventi heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustius aestimetur, et in augustam notitiam pervenisse sufficiat, etiamsi nullum processerit ex hac parte responsum. 2. Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione condetur, si tamen nullum defuncti posterius exstabit arbitrium. 3. Leonius vero et Iucunda, uxor eius, tanta vicissim caritate certarunt, ut fuis simul precibus ius poscerent liberorum, et propter incertum sortis humanae superstitem coniugem precarentur heredem: licet superfluo illud addentes, ut intestatae successionis ius ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus. Praeterea, sicut supplicationi connexa monstrarunt, quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere iudicium, septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis huius definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis adfectus et simplex religio testamenta condentum, cunctisque iam liceat quomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages. 4. Idcirco, quia minutis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defuncto-

---

<sup>41</sup> PLRE, *Fl. Albinus* 10, II, 53. Per la datazione SEECK O., *op. cit.*, p. 10; p. 376.

<sup>42</sup> *Brev.* 4.1.

rum convenit inspicere voluntatem, cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur, et virum spectabilem Leonium praeter fiduciam precum pridem cum uxore communium voluntas quoque alia et subscriptionibus testium munita defendit, apud eundem solida successione Iucundae coniugis suae iugiter permanente, quisquis voluerit delata nobis supplicatione testari, habeat liberam facultatem. 5. [Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.] 6. Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto munisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querellam vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus, Albine, parens karissime atque amantissime. 7. Idcirco inlustris et praecelsa magnificentia tua saluberrimam sanctionem mox in omnium pervenire notitiam propositis iubebit edictis, ut possit facile cognosci condandarum servandarumque legum curam nobis esse praecipuam. Dat. XII. kal. Nov. Rom. Aetio patricio III. et Q. Aurelio SYMMACHO VV. CC. Cons. Proposita in foro Divi Traiani. antelata edicto Albinii II praefecti praetorio et patricii. (a. 446).

La legge, richiamando apertamente le riforme in materia successoria dello zio materno di Valentiniano, Onorio, e prendendo come esempio il caso paradigmatico dei due sposi *Leoni* e *Iucunda*, modello di virtù coniugale, ribadisce in via generale la libera facoltà dei coniugi privi di figli di testare nominandosi vicendevolmente eredi in un unico testamento scritto valido. Nel lungo testo della Novella, che si dilunga, a differenza dei precedenti, massimati, laconici provvedimenti, a narrare i particolari del caso prodotto, la supplica di concessione del *ius liberorum* viene ancora considerata come un rilevante elemento di prova della volontà degli sposi di divenire eredi l'uno dell'altro.

Tale ineliminabile dato di fatto non può che lasciare stupiti, perché, quasi un decennio prima, l'entrata in vigore del *Codex Theodosianus* in entrambe le parti dell'impero avrebbe dovuto necessariamente estendere all'Occidente la norma che prevedeva l'abolizione delle *supplicationes* del *ius liberorum* e l'estensione automatica a tutti del privilegio.

Astolfi<sup>43</sup>, che non riuscì a superare completamente il problema,

---

<sup>43</sup> ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 75; p. 79; p. 369, insiste sul fatto che il problema della richiesta all'imperatore della concessione del privilegio fosse sola-

pensava al permanere di un significato non dal punto di vista strettamente giuridico, ma per il costume, in un contesto, come quello occidentale, spesso più legato a usi tradizionali secolari. Dajczak<sup>44</sup>, invece, riteneva che il diritto orientale dovesse necessariamente essere divenuto vigente in Occidente in occasione dell'entrata in vigore della codificazione teodosiana nel 439 e che la costituzione in oggetto citasse una richiesta di concessione di *ius liberorum* da parte dei coniugi *Leonius* e *Iucunda* precedente a tale data, citata nella Novella solamente come prova aggiunta, superflua, ma tuttavia ancora significativa, della volontà dei coniugi di disporre reciprocamente. In definitiva Dajczak era convinto che il diritto orientale fosse entrato in vigore in Occidente solamente da sette anni, come dimostrerebbe C.Th.8.17.4, relativa al caso citato di Catullino, e che quindi l'antinomia fosse dovuta semplicemente al fatto che<sup>45</sup> la costituzione presentasse una richiesta di concessione di *ius liberorum* da parte dei coniugi antecedente al 439.

Tuttavia è necessaria qualche precisazione: l'imperatore Valentiniano III in Nov. 21.1 dispone che la *conscriptio* testamentaria sia valida nei confronti del marito sopravvissuto alla moglie e, come prova del volere testamentario reciproco degli sposi, la costituzione cita proprio la precedente richiesta di ottenere il *ius liberorum*. Si può osservare che, mentre nella legge si definisce chiaramente obsoleta la richiesta di rescritto per far testamento comune, tali parole non vengono spese per la *supplicatio* del privilegio: non si fa cenno in alcun modo all'inutilità di quella *impetratio*, e il testo presenta la concessione del *ius liberorum* come una realtà in qualche modo ancora viva.

Se, come pensano coloro che ritengono le disposizioni orientali penetrate immediatamente in Occidente, l'abolizione della richiesta del privilegio fosse risalita a quasi quarant'anni prima rispetto alla Novella, al tempo di Onorio, sarebbe davvero arduo immaginare un significato per la citazione del *ius liberorum*, anche perché Valentiniano

---

mente marginale, mentre il tema principale sarebbe stato la regolamentazione della comune *conscriptio* tra i coniugi. Ciò non toglie che la costituzione si sofferma con acribia sul punto e che l'*impetratio* viene citata esplicitamente come prova della comune *voluntas*.

<sup>44</sup> DAJZAK W., *op. cit.*, 161 ss.

<sup>45</sup> Non era convinto che il diritto orientale fosse stato realmente recepito in Occidente, già Gotofredo; LAURIA M., *Matrimonio e dote in diritto romano*, Napoli, 1952, p. 28; cfr. SAMPER F., *op. cit.*, p. 77 ss.; VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986<sup>2</sup>, p. 74 s., spt. nt.1.

parla con devozione dei provvedimenti assunti dallo zio in materia successoria, per cui sarebbe difficile pensare che non facesse alcun cenno all'abolizione della *supplicatio*.

Tuttavia, anche seguendo l'ipotesi di Dajczak, che sposta l'introduzione della norma nell'ordinamento occidentale al 439 con l'entrata in vigore del Codice Teodosiano, il silenzio appare poco persuasivo: infatti risulta ancor più difficile credere che la norma sull'eliminazione della richiesta del privilegio, contenuta nel codice in vigore, non venisse richiamata in nessun modo e che, anzi, si sia considerata l'*impetratio* come una prova di rilievo per la decisione imperiale. Se, come abbiamo visto, le fonti inducono a ritenere improbabile che Onorio avesse recepito la decisione orientale, resta comunque notevole anche il fatto che non venga neppure citata *en passant*, in una costituzione così precisa nei dettagli, la norma che dovrebbe ritenersi vigente, sia pure da pochi anni: ci si può domandare, dunque, se questo non sia un caso di permanenza di una inveterata tradizione, che faticava a tramontare. Del resto l'emanazione qualche anno dopo, nel 458 d.C., della Novella 6 da parte di Maiorano, non ripresa da Giustiano, come del resto tutte le Novelle occidentali, appare significativa per indicare come alcune idee di fondo, che legavano il matrimonio alla prole, non fossero completamente sepolte: essa infatti prevedeva l'obbligo di risposarsi per la vedova senza figli<sup>46</sup> minore di quarant'anni, che, in caso contrario, dopo cinque anni di vedovanza, si sarebbe trovata costretta a dividere il patrimonio con fratelli, sorelle, genitori e nipoti, o, in loro mancanza, con il fisco<sup>47</sup>.

Risulta interessante in questo senso anche la testimonianza di Agostino, contenuta in un passo della sua opera *Contra Iulianum*<sup>48</sup>, il quale solo qualche anno prima, nel 421-22, cita il *ius liberorum* come un istituto senza tempo, che egli non critica, ma, al contrario, propone in parallelo con le vicende bibliche<sup>49</sup>; esso non viene valutato

---

<sup>46</sup> Come è noto, numerosi provvedimenti sconsigliavano, tutto al contrario, alla vedova con figli di contrarre nuove nozze.

<sup>47</sup> Maior., Nov. 6.5: *Sin vero saecularem vitam et coniugales taedas perosa damnaverit, emenso, ut dictum est, quinquennio in viduitate persistens mox cum germanis fratribus vel sororibus eorumque filiis vel parentibus propinquisque, per quos familiae origo reparatur, suas dividat facultates aut, si hi fortasse defuerint, cum fisco patrimonium partiatur.* HUMBERT M., *op. cit.*, p. 363; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 39.

<sup>48</sup> *Contra Iul.* 3.11.22.

<sup>49</sup> RIBREAU M., *Augustin, Ulpian, le ius liberorum et le mariage: Contra Iulianum 3.11.22*, in *Il matrimonio dei cristiani: esegesi biblica e diritto romano. Incontri di*

negativamente, ma, anzi, rappresenta un elemento utile per trovare un punto di contatto tra il matrimonio religioso e quello pagano<sup>50</sup>: la procreazione.

August. *Contra Iul.* 3.11.22: Si vero in summam ducti amborum anni centenarium numerum excesserint, sic asseverantur non posse filios procreare, etiamsi fecunda sit mulier, et fluentibus adhuc muliebribus possit ex iuvene, et iure fuerit etiam constitutum, ne quisquam ius liberorum haberet, nisi cum amborum et simul ducti centum non transisse docerentur.

Se la Novella di Valentiniano III fa scoccare in pratica la scintilla da cui promanerà in breve la definitiva trasformazione della denominazione del privilegio, che finirà per indicare direttamente la *conscriptio* testamentaria per coniugi senza figli comuni, essa racchiude anche l'indizio del fatto che citare il *ius liberorum* in Occidente a metà del V secolo aveva ancora un senso, seppur stravolto dal mutamento profondo che esso aveva subito con il trascorrere del tempo: anzi, dal punto di vista linguistico, come da quello giuridico, è di grande rilievo notare come sia proprio nel corso del V secolo che l'espressione *ius liberorum* subisce una straordinaria metamorfosi che ne garantisce una rinnovata vitalità, pur con un risvolto apparentemente paradossale.

Lo spazio cronologico di poco più di mezzo secolo che divide la Nov. Val. 21 dalla sua *interpretatio* visigotica, infatti, segnerà definitivamente tale trasformazione, che ha la sua logica, *in nuce*, chiaramente espressa nel provvedimento di Valentiniano. In breve, se, in origine, il *ius liberorum* era il privilegio concesso solo a chi avesse un certo numero di figli, in seguito si offrì la possibilità di proporre *impetratio* da parte di chi non avesse prole a sufficienza e, infine, con la denominazione di *ius commune liberorum*, o semplicemente di *ius liberorum*, si passò a indicare, essendo la sua concessione ormai auto-

---

*studiosi dell'Antichità Cristiana*, Roma, 2009, p. 485 ss. Sul rapporto tra riflessione patristica e disciplina giuridica nel Tardoantico, vd. anche GAUDEMET J., *Le droit romain dans la littérature occidentale du III<sup>e</sup> au V<sup>e</sup> siècle*, Milano, 1978; SARGENTI M., *Matrimonio e società pagana. Spunti per una ricerca*, in AAC., vol. 7, Napoli, 1985, p. 367 ss.; AMARELLI F., *Pensiero patristico e pensiero giuridico romano nella disciplina del matrimonio tardoantico*, in *Il matrimonio*, cit., p. 27 ss.

<sup>50</sup> Vd. i passi relativi all'età dei coniugi nelle *Reg. Ulp.* 16.1; 16.3., che vengono ritenuti fonte letta da Agostino.

matica e la sua utilità ristretta quasi a questa unica ipotesi, una tipologia testamentaria particolare, in cui coniugi privi di figli in comune, tramite una *conscriptio*, un documento congiunto, si dichiaravano reciprocamente eredi: il *ius liberorum*, infine, al tramonto dell'impero romano d'Occidente, viene ad indicare la libera facoltà dei coniugi *orbi* di figli procreati insieme di nominarsi reciprocamente eredi.

La Novella di Valentiniano è quindi testimonianza dell'instaurarsi, in questo periodo, in Occidente, della legittimità e dell'autonomia del testamento congiunto (o congiuntivo) reciproco: quest'ultimo, fuoriuscendo, secondo l'opinione della dottrina prevalente, dalla linea della tradizione romanistica<sup>51</sup>, fu, tuttavia, ammesso solo nel caso specifico

---

<sup>51</sup> Tradizionalmente patti successori, testamenti congiunti (o congiuntivi) e reciproci (di cui l'esempio paradigmatico è proprio quello tra coniugi) non sarebbero stati ammessi, a pena di nullità, nel diritto romano: assolutamente decisi in questo senso GLÜCK CH. F., *Commentario alle Pandette*, vol. XXVIII.2, Milano 1901, p. 41 ss.; SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002<sup>10</sup>, p. 337, che non cita la Novella di Valentiniano, così come TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 676. MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994<sup>2</sup>, p. 642 ss. e GUARINO A., *Diritto privato romano*, vol. I, Napoli, 2001<sup>12</sup>, p. 424 ritengono l'istituto descritto in Nov. Val. 21.1 come eccezionale e frutto di un privilegio concesso dall'imperatore; AMELOTI M., *Testamento (diritto romano)*, in ED, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 467, lo considera un documento pubblico, un *testamentum principii oblatum*. VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2004<sup>6</sup>, p. 600, e ID., *Il diritto ereditario*, cit., p. 11 ss., ammette che esistesse un testamento reciproco congiuntivo, nella parte occidentale dell'impero e limitatamente all'antichità tarda, a condizione che vi fosse l'approvazione dell'imperatore. Sul tema si veda da ultimo GALLETTA C., *Il divieto del testamento congiuntivo e reciproco nel diritto romano tra regola ed eccezione*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze Giuridiche Economiche e Politiche*, n. 78, Messina, 2009, p. 255 ss., ove si trova citata la lett. in merito (si vedano, in particolare, le ancor valide considerazioni di DE FRANCISCI P., *Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque*, in *RHD.*, s. 4 n. 3, 1924, p. 57 ss.). GALLETTA, in particolare, sostiene l'esistenza nel diritto romano del testamento reciproco congiuntivo, sulla base anche delle conclusioni favorevoli a questa tesi di VISMARA G., *op. cit.*, p. 74 ss., spingendosi a considerare tale forma testamentaria come "un vero e proprio patto successorio che interviene tra due coniugi, *Leonius* e *Iucunda* i quali decidono di realizzare una completa equiparazione nei diritti successori. Essi, in concreto, danno vita ad un patto, reciproco ed irrevocabile, ratificato in un documento pubblico... contenente le loro ultime volontà". L'A. vede dei precedenti di tale atto già in Papiniano D.28.5.71 e in Marciano D.39.6.26 (che però parla apertamente di donazioni *mortis causa*), oltre che nel rescritto di epoca diocleziana C.2.3.19 (a. 296), che tratta delle volontà di due fratelli e cita la possibilità, in via eccezionale, di fare testamento congiunto per i militari. Pur tuttavia è certo che l'assenza di fonti in materia nel Codice Teodosiano e soprattutto in quello Giustiniano (che non ha accolto la Novella di Valentiniano. Vd. AMELOTI M., *op. cit.*, p. 467) avvalora l'idea che vi fosse, nella normalità, in epoca



di una coppia priva di prole comune. È da qui, quindi, che deriva la sopravvivenza dell'espressione *ius liberorum* in Occidente, seppur con un significato trasformato dalla mutata situazione, poiché era proprio in quel contesto che la sua indicazione aveva mantenuto ancora un senso e una funzione attiva: come vedremo tra poco, dall'*interpretatio* della Nov. Val. 21.1 nel *Breviarium* in poi, esso viene proprio a denominare quella '*una charta*' di cui la Novella parla lasciando intendere che si tratta di un uso già ben rodato e, come minimo, già regolato

---

classica e nella prima parte della postclassica, una decisa repulsione per i testamenti congiuntivi e reciproci, anche a causa dell'impossibilità a ricondurli alle forme del testamento *per aes et libram*, per non parlare, nello specifico, delle forti preclusioni nei confronti degli atti patrimoniali tra coniugi (si ricordi la voluta permanenza della *lex decimaria* ancora in Costantino, esplicita in C.Th.8.16.1). Il nostro codice vigente regola la materia nello specifico per il testamento congiuntivo o reciproco all'art. 589 C.C.: "Non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, né a vantaggio di un terzo, né con disposizione reciproca": tali disposizioni sarebbero infatti lesive della caratteristica essenziale del testamento come atto personale (si veda, tra l'altro, la sentenza specifica della Corte di Cass. N. 2364 del 18/07/1959, la quale chiarisce che "perché si abbia testamento reciproco è necessario che le manifestazioni di volontà dei testatori costituiscano, in un documento unitario, un solo atto"). Tale ultimo aspetto è proprio ciò che avverrebbe nel testamento descritto da Nov. Val. 21.1, in cui la disposizione è denominata *communis conscriptio*. La nostra giurisprudenza mitiga tale severa disposizione permettendo, seppur con un'aura di pesante sospetto, il testamento simultaneo, che conterrebbe in un solo foglio due atti distinti (vd., ad esempio, TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004<sup>17</sup>, p. 990). La norma si trovava già nel vecchio codice del 1865 (art. 761), così come nel Code Nap. (art. 968), ma non omogeneamente nella normativa preunitaria (tanto che sorsero problemi nella fase di passaggio, su cui chiara, nonostante la sua risalenza, la dissertazione di DE ROSSI V., *Il testamento congiuntivo reciproco nel diritto transitorio*, Genova, 1875). È per tali motivi che eminenti romanisti del passato fanno risalire la fattispecie del testamento congiuntivo al diritto comune o a un istituto di matrice gotica. Vd. DERNBURG H., *Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preukens*, vol. V, *Deutsches Erbrecht*, Halle, 1911<sup>3</sup>, p. 44 ss.; p. 99 ss. Lo sviluppo dell'istituto successivo a Nov. Val. 21.1 è praticamente assente nel peraltro valido lavoro di GALLETTA C., *op. cit.*, p. 261, la quale sostiene che l'istituto ebbe "vita breve e circoscritta" e cita come esempi posteriori solo il testamento papiraceo egiziano del VI-VII sec. di Patermuthis e Kakò, riportato in FIRA, vol. III, p. 198. ss., che tuttavia viene ricondotto normalmente alla donazione reciproca congiuntiva, e un solo documento visigoto, Form. Vis. 24, per cui vd. MGH, vol. V, p. 587). Al contrario, come si vedrà tra breve, è evidente che i Goti, e non solo, abbiano ritrovato nel testamento congiuntivo reciproco, anche in epoca più tarda e con forme che si possono in molti casi far rientrare nella tipologia dei patti successori, una fattispecie congeniale alla loro sensibilità: in ogni caso, ciò che qui teniamo a sottolineare è che, senza dubbio, il diritto dei coniugi di lasciarsi vicendevolmente i propri averi, in assenza di figli, era incontrovertibilmente attestato dalle fonti romane tardoantiche esaminate, *in primis* Nov. Val. 21.1.

dallo zio Onorio<sup>52</sup>. Le costituzioni orientali esaminate non recano alcuna traccia dell'uso di un simile atto congiunto: non sappiamo se questo dipende dalla scarsità delle fonti, ma è possibile che tale specifico istituto non si sia sviluppato in Oriente e che quindi forse lì sia stato più semplice “sbarazzarsi” del morente privilegio del *ius liberorum*.

8. *L'interpretatio* visigotica, risalente al 506 d.C., è quindi, per tali considerazioni, di primario rilievo, mettendo per la prima volta in chiaro che questo *ius* dei coniugi privi di prole di riversare in *una charta*, quindi in un solo documento, la reciproca volontà di nominarsi erede, *dicitur liberorum*.

Interpr. Nov. 21.1: Haec lex de aliis titulis testamentorum id amplius habet, ut, in coniugio positi si filios non habeant, seu maritus uxorem, seu uxor maritum voluerit, relinquat heredem, quod ius dicitur liberorum. Qui etiamsi una charta suam condere maluerint voluntatem, ut invicem se heredes scribant, qui alteri superstes extiterit, dimissam rem iuxta legis huius ordinem vindicabit; ita tamen, ut his personis, quibus lex concedit, si fuerit de inofficiosi querella, actio reservetur.

Come si è visto dunque, a questo punto il processo appare completato: è stato nel corso della seconda metà del V secolo che l'espressione ha assunto un nuovo significato, nella lettura che i compilatori del *Breviarium* fecero delle costituzioni teodosiane e, soprattutto, della Novella di Valentiniano, nella quale peraltro la possibilità del testamento congiunto tra coniugi, i romani *Leonius* e *Iucunda*, appare come un'abitudine invalsa da tempo, e risalente quantomeno ai provvedimenti di Onorio volti a permettere una più larga accettazione di quelle che erano le volontà del *de cuius*.

Forse non si può affermare ancora che il significato precedente e originario fosse stato completamente obliato, dal momento che, ad esempio, si nota come, nel campo della successione intestata, la costantiniana C.Th.5.1.1, come del resto la costituzione successiva e tut-

---

<sup>52</sup> Vd. Nov. 21.1 *pr.*: *Iam dudum quidem divus avunculus noster, testamentorum compendia generali lege complexus, formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes.*

te quelle conservate nel titolo *De legitimis hereditatibus*, sia stata ripresa nel *Breviarium* e quindi si ritrovi a coesistere con Val. Nov. 21.1; tuttavia tale compresenza è priva di contraddizioni, perché i due campi della successione intestata della madre nei confronti del figlio premorto e quella del testamento tra coniugi senza figli sono due fattispecie distinte. La bilancia, in ogni caso doveva in breve pendere dalla parte della sopravvivenza del solo significato “nuovo” di *ius liberorum*, man mano che sparivano le differenziazioni tra *agnatio* e *cognatio* e cresceva il ruolo della *mater cognata*.

9. A questo punto è conveniente indagare quale fosse la posizione della legislazione visigotica<sup>53</sup>. Il *Codex Euricianus*, circa trent'anni prima della *lex Romana Visigothorum*, al capo 327, il cui contenuto fu analizzato da D'Ors<sup>54</sup>, che si era occupato anche della sua ricostruzione nell'edizione critica, cita una legge precedente in cui madre e zio paterno (o i suoi figli) concorrono nell'eredità *ab intestato* del *filii* premorto: Eurico, tuttavia, *meliori ordinatione*, decide che alla madre vedova, in concorrenza con il *patruus*, debba andare tutta l'eredità (non viene fatta alcuna distinzione per la *mater cognata*). Significativamente nella disposizione visigotica non viene citato in alcun modo il *ius liberorum*, e la posizione della *mater* risulta indifferenziata.

È doveroso notare che il passo è purtroppo lacunoso proprio nel punto più delicato e che le letture critiche sono state più d'una: Zeumer<sup>55</sup>, al posto di *patruus aut patrum filii* ricostruiva *patri patrisque filii*, mentre Otero<sup>56</sup> pensava a *fratri fratrisque filii*, tuttavia la lezione preferita da D'Ors sembra di gran lunga la più attendibile.

CE, 327 (ed. D'Ors): In priori lege fuerat constitutum ut si patruus aut patrum filii cum matre... vindicarentur. 2. Nos modo meliori

<sup>53</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ C., *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda*, in *IX Settimane del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, Spoleto, 1962, p. 128 ss.; ARRIZABALAGA J.M., *Ley, Jurisprudencia y Derecho en Hispania Romana y Visigoda*, Zaragoza, 1995.

<sup>54</sup> D'ORS A., *El capítulo 327 del Código de Eurico*, in *Estudios visigóticos*, vol. I, Roma-Madrid, 1956, p. 127 ss. (parzialmente = *Studi De Francisci*, vol. II, 453 ss.); *Idem*, *Estudios visigóticos*, vol. II, cit., p. 262 ss.

<sup>55</sup> ZEUMER K., *Leges Visigothorum*, Hannover, 1973<sup>2</sup>; vd. anche *Idem*, *Historia de la Legislación Visigoda*, Barcelona, 1944, p. 64 ss.

<sup>56</sup> OTERO A., *op. cit.*, 63 ss.

ordinatione censuimus ut patre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater debeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua.

D'Ors<sup>57</sup> non credeva che la legge precedente, citata in CE 327, fosse C.Th.5.1.1 o C.Th.5.1.7, perché gli sembrava impossibile un giudizio così *tranchant* (*meliori ordinatione censuimus*) nei confronti di una legge teodosiana, ma riteneva che si trattasse di una precedente legge visigotica ispirata dalla legislazione romana, forse redatta da Teodorico I, il predecessore di Eurico. Del resto tale congettura potrebbe essere suffragata dal dato che in *Lex Romana Burgundionum* 10.5<sup>58</sup>, che potrebbe aver avuto lo stesso regime della legge citata da CE 327, la madre otteneva un terzo nei confronti del *patruus*, e questo in ogni caso, quindi già qui senza differenza alcuna tra donne munite o non munite del privilegio: il senatoconsulto *Tertullianum*, nella *lex Romana Burgundionum*, viene infatti, citato in modo approssimativo solo in 28.3<sup>59</sup>.

Se tale ipotesi corrispondesse al vero, ciò significherebbe che nella legislazione visigotica, anche in quella di palese ispirazione romanistica, erano già state inserite delle disposizioni che tendevano a modificare il dettato del senatoconsulto *Tertullianum*, eliminando le differenze tra le donne con *ius liberorum* e quelle senza, e avvantaggiando sempre di più la *mater cognata* (ricordiamo che solo nel 528 Giustiano farà lo stesso in C.8.58.2), fino a permettere la successione al 100% della madre vedova nei confronti del figlio, con esclusione dello zio paterno e dei suoi figli.

---

<sup>57</sup> MERÊA M.P., *El titulo 327 do Código Euriciano e a tese da territorialidade*, in *Estudios de Direito Visigotico*, Coimbra, 1948, p. 209 ss.; BRAGA DA CRUZ G., *A sucessão legítima no Código Euriciano*, in *AHDE.*, n. 23, 1953, p. 785 ss.; D'ORS A., *El capitulo*, cit., p. 127 ss.; *Idem*, *Estudios*, vol. II, p. 262 s.; cfr. anche SICARD G., *Recherches sur les dévolutions fractionnées du patrimoine successoral dans le droit du Bas Empire*, in *Annales Faculté de Droit de Toulouse*, n. 3, 1955, p. 146; CALABRUS LARA J., *Las relaciones paternofiliales en la legislación visigoda*, Granada, 1991.

<sup>58</sup> Tutto ciò nonostante l'esplicita citazione di C.Th.5.1.1. *Lex Rom. Burg.* 10.5: *De successione vero matrum vel patruorum, qualiter filio defuncto succedant, evidenter exprimitur ut de hereditate defuncti filii mater tertiam, bisse patruus vel, si plures fuerint patrum consequantur; quam et in portione filius patrum et nepos per virilem sexum agnationis iure veniens debet succedere, secundum legem Theodosiani, titulo supra scripto ad Bassum praefectum Urbis datam* (C.Th.5.1.1).

<sup>59</sup> *Lex Rom. Burg.* 28.3: *Quod si frater defuerit, mater et filiae, quantae fuerint, aequales capiunt portiones, secundum speciem Pauli libro quarto: de intestatorum successione. Ad senatusconsultum Tertullianum.*

Non v'è dubbio che la semplice osservazione che, nel caso specifico, il *Breviarium* (che aveva incluso anche la Novella 21.1 di Valentiniano, focalizzando l'*interpretatio* sulla possibilità di redigere una comune *charta* testamentaria tra i coniugi) abbia ripreso C.Th.5.1.1, in cui viene citato il *ius liberorum* così come esso era tradizionalmente concepito, mentre nel *Codex Euricianus* vi è un completo silenzio in merito, rappresenta terreno di proficue riflessioni sul problema delle antinomie tra le varie raccolte ed editti dell'epoca: si noti, inoltre, il dato inconfutabile per cui il *Breviarium* accolse numerose costituzioni del titolo *De legitimis hereditatibus*, in diverse delle quali (C.Th.5.1.2 del 369; C.Th.5.1.3 del 383; C.Th.5.1.7 e C.Th.5.1.8 del 426) viene citato il *ius liberorum* come elemento distintivo nella successione intestata, pur in presenza di un continuo miglioramento della posizione della *mater cognata*.

Tali aspetti ovviamente devono essere presi in considerazione per valutare l'applicazione di uno stesso diritto alla componente visigotica e a quella romana e anche l'effettiva concreta concessione automatica a tutti del *ius liberorum* in Occidente: la ripresa delle *leges* nel *Breviarium* con la relativa *interpretatio* rappresenta dunque solamente un elogio alla tradizione o sussiste ancora una reale differenza nell'applicazione delle norme successorie tra cittadini romani e goti? Vari indizi su questo punto inducono a sospettare che non vi fosse una concessione generalizzata e totale del *ius liberorum* per i Romani, ma che, anche in un'epoca piuttosto avanzata, permanesse una situazione diversa per la successione testamentaria e per quella intestata, nella quale, pur essendo il *ius liberorum* divenuto sempre più evanescente, la menzione del privilegio non scomparve del tutto.

In Oriente le disposizioni del *sc. Tertullianum* vennero abrogate formalmente solo dalla citata costituzione giustiniana del 528 d.C.:

C.8.58.2 Iust. A. Menae pp.: Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae prateritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus et legitima iura, quae ex Tertulliano senatus consulto ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit. D. k. Iun. Constantinopoli Ipso A. II Cons. (a.528)

È importante, tuttavia, sottolineare, che un numero non irrilevante di costituzioni giustiniane del 528 tendevano a regolare legislativa-

mente usi che erano già consolidati dalla prassi<sup>60</sup>, anche da un tempo piuttosto lungo e che quindi è molto probabile che questo apparente ritardo, come avviene anche per l'abrogazione di altri istituti e provvedimenti, non costituisse una novità, ma servisse solamente a regolamentare in modo formale ciò che era già invalso da tempo.

10. In ogni caso il *ius liberorum* nella sua accezione originale, anche in relazione alla sua ultima applicazione, quella discendente dal

---

<sup>60</sup> Si noti che la costituzione in questione è datata alle calende di giugno e quindi fa parte, come già notato da Gisella Bassanelli, di un gruppo consistente di leggi emanate nella stessa data, evidentemente con una finalità precisa di riordino e chiarimento. Afferma BASSANELLI SOMMARIVA G., *Il Codice Teodosiano ed il Codice Giustiniano posti a confronto*, in MEFRA, in stampa: "Nei primi giorni del giugno del 528, a pochi mesi dall'inizio dei lavori, prende forma un singolare fenomeno che durerà fino al tardo autunno del 532: assistiamo ad una intensa attività legislativa che, per le modalità che la caratterizzano, è stata definita legislazione "a grappolo": si tratta di gruppi di leggi, che portano tutte la stessa data o date molto ravvicinate. Dall'indice cronologico del *codex repetitae praelectionis* nell'edizione corrente, risultano venticinque costituzioni datate alle *kalendae* di giugno; quindici al terzo giorno precedente le idi di dicembre; diciotto all'ottavo giorno precedente le idi di aprile 528. La c. *Summa rei publicae* è datata al giorno successivo. Complessivamente cinquantotto costituzioni su circa settanta datate fra la c. *Haec* e la c. *Summa* presentano queste caratteristiche... Almeno in un numero non trascurabile le leggi del 528 e dell'inizio 529 conservate nel *codex repetitae praelectionis* appaiono sollecitate dai lavori di compilazione. ...Il titolo *de lege Fufia Caninia tollenda*, già ricordato, composto da un'unica costituzione anch'essa del 1° giugno 528, rivela un altro tipo di problema e testimonia come, già pochissimi mesi dall'inizio dei lavori di compilazione, i commissari si siano resi conto che escludere dal codice tutte le costituzioni riferite alla *Lex Fufia Caninia*, da lungo tempo obsoleta, non avrebbe comportato la sua sicura abrogazione perché rimaneva intatta l'autorità dei passi giurisprudenziali che ad essa si riferivano, non esistendo una legge imperiale più recente che ad essi si contrapponesse. Era perciò necessario predisporre una legge che abrogasse la *Fufia Caninia* e rendesse inutilizzabili i passi giurisprudenziali che la riguardavano. In altri termini, come già accennato in riferimento al *Codex Theodosianus*, divenne evidente che non era possibile ricavare il complesso del diritto imperiale vigente con mere operazioni di "sottrazione" dal materiale normativo raccolto nei tre codici e nelle *novellae*, come sembra ancora credere l'estensore della c. *Haec quae necessario*, ma in non pochi casi era inevitabile un intervento legislativo per poter codificare la prassi o comunque colmare lacune". Il caso in specie, relativo al *sc. Tertullianum*, si attaglia perfettamente a quest'analisi e la conferma, perché è molto probabile che l'istituto fosse rimasto una sorta di "relitto" del passato, e ciò nonostante mai formalmente abrogato. Si veda in merito anche FALCHI G.L., *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma, 1989, *passim*, e cfr. con le riflessioni generali di DE GIOVANNI L., *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico*, Roma, 2007.

senatoconsulto *Tertullianum*, nel V-VI secolo, era una fattispecie in disfacimento e finì con il sopravvivere solamente la sua denominazione come diritto dei coniugi di succedere l'un l'altro per testamento tramite la redazione di un unico documento: in quanto tale lo ritroviamo, appunto, nella glossa isidoriana delle *Etymologiae*, ove esso è esclusivamente *coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio* e ove esso rappresenta un'ulteriore testimonianza della profonda ragione etica che pervade la sezione giuridica delle *Etymologiae*<sup>61</sup>.

Isidoro, distaccandosi così anche dal magistero agostiniano (che aveva per lui rilievo fondamentale)<sup>62</sup>, ritenne inutile nella redazione della sezione giuridica la menzione dell'antico istituto augusteo e, invece, abbracciò il concetto profondamente umano del *ius liberorum* trasformato nel corso del V secolo.

Per giungere alla conclusione dell'*iter* di trasformazione dell'istituto, possiamo notare come nella cd. *lex Visigothorum (Forum iudicum)* – siamo quindi intorno alla metà del VII secolo – 4.2.20, un'*antiqua* risalente a Chisdavindo<sup>63</sup>, fissi in generale la norma per cui coloro che non hanno figli e altri parenti in linea retta discendente, possono testare a proprio piacimento senza che nessun parente possa avere nulla da ridire; le *formulae* visigotiche, oltre che le *Formulae Andecavenses*<sup>64</sup>, attestano che con *ius liberorum* si indica proprio quel documen-

<sup>61</sup> BIAVASCHI P., *Profili metodologici*, cit., p. 94 ss.; *Eadem, Un esempio*, cit., p. 277 ss.; *Eadem, Alcune considerazioni*, cit., (in stampa).

<sup>62</sup> DOMÍNGUEZ DEL VAL U., *La utilización de los Padres por San Isidoro*, in *Isidoriana*, cit., p. 211 ss.; PELLEGRINO M., *Le confessioni di Sant'Agostino nell'opera di S. Isidoro di Siviglia*, in *Isidoriana*, cit., p. 223 ss.; DE CHURRUCA J., *op. cit.*, p. 434 ss.; FONTAINE J., *Isidorus Varro Christianus*, cit., p. 89 ss.

<sup>63</sup> Ricordiamo che di CE 327 solo la seconda parte fu conservata in *Lex Vis.* 4.2.18. Vd. Zeumer, *Historia*, cit., 325 ss.

<sup>64</sup> Anche le *Marculfi formulae* e le *formulae Turonenses* vedono il mantenimento nella sostanza dell'istituto. Si trovano diversi formulari relativi all'istituto nelle *Formulae Merovingici et Karolini Aevi*, ed. ZEUMER K., *MGH Leges* (quarto ser.), vol V, Hannover, 1882-1886: *Formulae Andecavenses* 41 (pp. 18-19); *Marculfi Formulae* 2.7-8 (pp. 79-80); *Formulae Turonenses* 17-18 (pp. 144-145); *Formulae Visigothicae* 23-24 (pp. 586-587). Cfr. SCHWERIN K. F., *Notas sobre la Historia del Derecho español más antiguo*, in *AHDE.*, n. 9, 1932, p. 177 ss. TAYLOR N.L., *The Will and Society in Medieval Catalonia and Languedoc, 800-1200*, Harvard University, 1995, p. 158, ha reperito 107 documenti nei quali la *communis conscriptio* viene citata; *Eadem, Women and wills: Sterility and Testacy in Catalonia in the Eleventh and Twelfth Centuries*, Leiden, 2006, p. 87 ss.; in particolare a p. 93 s., l'Autrice afferma: "By the tenth century in Catalonia, the apparent general freedom of both childless and fertile women to make testaments had rendered this explicit privilege of joint conjugal testaments obsolete, al-

to scritto unico, presentato in modo analogo a quello che viene regolato in Nov. Val. 21.1 e commentato dall'*interpretatio*, con cui i coniugi senza prole si lasciano vicendevolmente il proprio patrimonio. Tali fonti dimostrano inequivocabilmente la permanenza secolare dell'istituto e la sua ricezione nel diritto visigoto, tanto che esso era ancora, nella Catalogna dal decimo al dodicesimo secolo, nonostante che la donna avesse comunque libertà di testare, un mezzo abbastanza diffuso (le testimonianze sono nell'ordine delle decine) di trasmissione testamentaria<sup>65</sup>.

In definitiva, le fonti postclassiche testimoniano il sorgere, nella prima metà del V secolo, dell'abitudine dei coniugi di redigere un unico pratico documento testamentario, ormai libero dai vincoli formali propri del testamento romano classico, nel quale vengono espresse le reciproche volontà: la *conscriptio* di cui parlano l'*interpretatio* visigotica e più tardi Isidoro; d'altro canto però sono anche indizio probante del ritardo della legislazione occidentale rispetto a quella orientale nel cancellare completamente la necessità di *supplicatio* del *ius liberorum* all'imperatore, mentre si ricordi in contropartita il tono quasi risentito della cancelleria orientale nel disporre di non chiedere più il *ius liberorum*, espresso già in C.Th.8.17.3 del 410 d.C. D'altra parte, sul *coté* della successione intestata, si nota la sopravvivenza fin nella *lex Romana Visigothorum* del portato normativo, seppure passato attraverso il filtro delle riforme costantiniane e di quelle successive, della citazione del *ius liberorum* nella sua accezione tradizionale, un fatto che difficilmente può essere ricondotto a ragioni di ordine "culturale", considerato che tali provvedimenti vengono spiegati e semplificati nelle *interpretationes* e che lì permane il significato tradizionale di *ius liberorum*.

La legislazione visigotica, invece, probabilmente già nel V secolo ignorava completamente il privilegio relativamente alla successione intestata: questo potrebbe dipendere da una sua maggiore propensione a non citare istituti obsoleti, presenti nelle fonti romanistiche per

---

though in the eleventh and twelfth centuries joint testaments for couples with and without children were still sometimes employed".

<sup>65</sup> GARCÍA GARRIDO M., *El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico*, in *AHDE.*, n. 29, 1959, p. 389 ss.; PÉREZ DE BENAVIDES M. M., *El testamento visigótico*, Granada, 1975; GARCÍA GALLO A., *Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, in *AHDE.*, n. 47, 1977, p. 425 ss.; GACTO FERNÁNDEZ E., *La condición jurídica del cóniuge viduo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975; TAYLOR N.L., *op. cit.*, p. 157 ss.



*obsequium* a un retaggio da cui non si riusciva a liberarsi del tutto. Per i Goti il *ius liberorum*, è e rimane a lungo, come affermava il vescovo savigliano, in adesione con lo spirito dei tempi, solamente la *conscriptio* vicendevole, il testamento congiunto, dei coniugi tristemente privi di prole comune:

Isid. Etym. 5.24.13: *Ius liberorum est coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio.*