

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LIBRO HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

TOMO I

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

I S B N (tomo I) 958-616-777-1

I S B N (obra completa) 958-616-776-3

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá, Colombia. Fax 342 4948.

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2003

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: José Curcio Penen

Fotomecánica, impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.

con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

I. PONTEFICI E LEGGE DELLE XII TAVOLE

In che senso la *lex XII tabularum* può aver dato impulso alla *interpretatio* pontificale?

Non è facile dare a questa domanda risposte plausibili. Innanzitutto, in che senso è possibile accertare, per dirla col JHERING, un "Haften am Wort"¹ della *iurisprudentia* che venne a comporre quel *ius civile* in senso stretto che, per POMPONIO, *ex his (XII tab.) fluere coepit* (D. 1.2.2.6) e che consta *sine scripto in sola prudentium interpretatione* (D. 1.2.2.12)? Più concretamente, intendo indagare la tecnica del collegio pontificale in relazione alla Legge delle XII Tavole, fino alla laicizzazione della giurisprudenza, fino a quando, cioè, *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est* (D. 1.2.2.6).

Vorrei sottoporre la questione ad una luce forse leggermente diversa, relativa al senso del *lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio* (D. 1.2.2.38) che, per POMPONIO, SESTO ELIO realizza nei suoi *Tripertita* e che sembra influenzare così tanto il pensiero tardo repubblicano, sì da far ipotizzare nel II-I sec. a. C. la maturazione nei ceti dirigenti di Roma di una *Gesetzesideologie*.

* Questo scritto, dedicato al Maestro FERNANDO HINESTROSA, trae spunto da un intervento al Convegno "Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri", tenutosi a Pisa, 1-3 marzo 2001, risentendo in alcune parti, nella forma, dell'esposizione orale.

¹ *Geist des römischen Rechts*, 2, Leipzig (1894⁵) (rist. Aalen, 1993), pp. 441 e ss. Il fondamentale e problematico rapporto tra prima interpretazione pontificale e XII Tavole ha suscitato l'interesse di importanti studi. Per una prima indicazione vd. F. SCHULZ. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), pp. 10 e 11, 22 a 25, 28 a 38, 41 a 43; G. G. ARCHI. *Interpretatio iuris-interpretatio legis-interpretatio legum*, in *ZSS*, 87, 1970, R. A., pp. 9 e ss., in particolare 10 a 19; F. GALLO. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. (Lezioni di diritto romano)*, Torino, 1971; (cito dall'ed. completata 1993,) pp. 121 e ss. da leggersi insieme alle ipotesi di interpretatio-recezione in relazione a nuovi schemi negoziali e nuove figure di diritto sostanziale: pp. 92 e ss.; M. KASER. *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, in *Studi Donatuti* II (1973), pp. 523 e ss. (= *Ausgewählte Schriften* I, pp. 181 e ss.); F. WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte* I, München, 1988, in particolare, § 15 ("Die Pontifikaljurisprudenz"), pp. 310 e ss.; da leggere in relazione ai §§ 13 e 14 sul rapporto tra *ius* e *lex* e sulle XII Tavole; M. TALAMANCA, in *AA.VV. Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989², p. 236; M. BREONE. *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1995⁹, pp. 107 a 117 ("Sacerdoti e interpreti"), da leggersi insieme a pp. 67 a 106 ("Il costume e la legge nell'esperienza arcaica"); a riguardo da tenere presenti le precisazioni di M. TALAMANCA. "Pubblicazioni pervenute alla Direzione", in *BIDR*, 91, 1988, in particolare pp. 753 a 765; A. SCHIAVONE. *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, pp. 21 e 22, note pp. 29 e 30; pp. 31 a 36, note pp. 37 e 38; C. A. CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, pp. 109 a 131 (per la giurisprudenza pontificale dopo l'emanazione delle XII Tavole), da cfr. con pp. 33 a 88 in relazione alla giurisprudenza pontificale e alle sue tecniche nell'età predecemvirale.

Se dovessimo cercare una risposta fidandoci di Sesto Eliano, che richiama nell'Enchiridion lo schema eliano dei *Tripertita* (D. 1.2.2.38: *tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subrexitur legis actio*, da cfr. con §§ 5 e 6 in una valutazione diacronica dello schema e con § 12 in una prospettiva sistematico-dogmatica del *ius*²), dovremmo propendere, rispetto alla domanda da cui siamo partiti, per una risposta possibilista. Anche Cicerone (*De leg.* 1, 16-17) si muove nello stesso ordine di idee, facendo dire ad ATTICO che per i *superiores* (da contrapporre ai *nunc plerique*)[...] a *duodecim tabulis*[...] *hauriendam iuris disciplinam*. LIVIO, d'altronde, qualifica le XII Tavole come il *fons omnis publici privatique iuris* (III, 34, 6).

Per JHERING, l'interpretazione di questo periodo (quello che va dalla emanazione della Legge delle XII Tavole a SESTO ELIO) avrebbe assunto quel ruolo che più tardi MARCIANO (D. 1.1.8) riconoscerà al *ius praetorium*: *viva vox iuris civilis*. L'*interpretatio* realizzerebbe una "Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich". La forza creatrice della interpretazione pontificale sembrerebbe, però, per JHERING, in questa prima fase postdecemvirale, cercare la "copertura della legge". Una interpretazione fortemente creativa (sia come schemi negoziali, che come regole e soluzioni), che però cerca sempre un appiglio nella legge. Questo spunto per JHERING sarebbe collegato ad una resistenza, da parte del collegio pontificale, a rivendicare apertamente la funzione creatrice della *interpretatio* postdecemvirale³.

2 D. 1.2.2.5-6: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, dum propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus praetor vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitima actiones, et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt...; D. 1.2.2.12: Ita in civitate nostra aut iure, id est ex lege, civile, ex isdem legis actiones compositae sunt...; D. 1.2.2.12: Ita in civitate nostra aut iure, id est ex lege, civile, ex isdem legis actiones compositae sunt... Fondamentali a riguardo M. BRETON, "Motivi ideologici dell'Enchiridion di POMPONIO", in *Labeo* 11, 1965, pp. 10 e ss.; ID. *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Torino, 1974, pp. 55 e ss.; ID. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982², pp. 224 e ss. 6 ARCH. *Interpretatio iuris*, cit., pp. 15 a 17; ID. "Lex e natura nelle Istituzioni di Gaio", in *Festschr. Flou* 70. G., Köln, 1978, I, p. 9.*

3 Vale la pena riportare un più ampio stralcio delle conclusioni del § 2 sulla interpretazione della legge: "So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in der That dasselbe Prädikat, das man später dem Prätor beilegte: das einer *viva vox iuris civilis*, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines mechanischen Sprachrohrs. Dem Namen nach bloße Erklärungen, schlossen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich. So hielten auch die Römer, wenigstens in späterer Zeit, die Suche auf, denn sie bezeichneten die älteren Juristen als *veteres*, qui tunc iura condiderunt und sie sprachen von einem eigenen Juristenrecht (*ius civile* in engem Sinn). So sehr man aber einerseits den materiell-productiven Charakter dieser alten Doktrin

Si impone quindi la verifica della presunta "vincolatività dei *verba legis*" per i pontefici.

A riguardo, entra in gioco anche un'altra prospettiva, inserita nella discussione dalla critica alla costruzione dello SCHULZ dei tre momenti nei quali sembra caratterizzarsi l'*interpretatio* pontificale postdecemvirale: dapprima una interpretazione più libera ("freie Interpretation"), fortemente creativa, poi una maggiore vincolatività alle parole del testo interpretato ("Haften am Wort"), infine un superamento dell'interpretazione stretta e formalistica dal III sec. a. C.⁴ Il SERRAO⁵, al di là delle linee di fondo evidenziate dallo SCHULZ, rifiuta una *Isolierung* della giurisprudenza ed in particolare della *interpretatio* da essa realizzata dal contesto sociale e politico⁶. Di qui una contrapposizione tra interpretazione tendenzialmente evolutiva (opposizione plebea) e interpretazione sovente (ma non sempre) stretta e formalistica da parte patrizia. Di qui, nel concreto processo storico, le lotte per la certezza del diritto, per la laicizzazione della giurisprudenza, per la pubblicazione delle *actiones*.

Proprio attraverso quest'ultima prospettiva, potremmo aspettarci una iniziale tendenza a conservare l'autonomia predecemvirale da parte dei *pontifices* nella creazione e guida del *ius civile*, attraverso una *interpretatio* restrittiva della "normazione puntiforme" che le XII Tavole rappresentano⁷, accompagnata da una opera creatrice coerente ai metodi che il collegio pontificale aveva già maturato prima delle XII Tavole, nel complesso rapporto *ius sacrum-ius civile* nei *mores* e nelle c.d. *leges regiae*⁸. Al contrario, le fonti sembrano indicare, pur a fronte di

betonen darf, so wesentlich gehört zu ihrer Charakteristik doch auch das andere von mir hervorgehobene Moment: der formelle Anschluß derselben an die vorhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber bemerkt. Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch nicht, wie in späterer Zeit, getraut hat, den schöpferischen Beruf, den sie der Sache nach einmal hat, und den sie nirgends mehr ausgeübt hat als in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu nehmen; daher stets das Bestreben nach einer Deckung durch das Gesetz": JHERING, *Geist*², cit., p. 467; che conclude pp. 455 e ss. Accentua la precisazione del JHERING M. BRETONE, "Il giureconsulto interprete della legge", recensione a WASTI, in *Laurea* 15, 1969, p. 393; stigmatizzando il silenzio dell'opera recensita (dedicata appunto alla interpretazione della legge) rispetto alla interpretazione pontificale delle XII Tavole, che al contrario si dimostra ricca di spunti per comprendere il senso della vincolatività dei *verba legis* (p. 304).

⁴ SCHULZ, *Geschichte*, cit., pp. 35 e 36.

⁵ F. SERRAO, *Interpretazione della legge (dir. rom.)*, in *EdD*, XXII, 1972, pp. 239 e ss.

⁶ Op. cit., pp. 240 e 241.

⁷ KASER, *Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln*, cit., p. 539 (= *Ausgewählte Schriften* I, p. 107).

⁸ Sul punto cfr. ad es. S. TONDO, "Appunti sulla giurisprudenza pontificale", in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Atti Seminario S. Marino gennaio 1963, a cura di D. MANTOVANI, Torino, pp. 1 e ss., in particolare pp. 7 e ss.; CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, pp. 50 e ss. che propone una successione cronologica della tecnica pontificale in età predecemvirale attraverso una rilettura minuziosa delle caratteristiche intrinseche degli atti esaminati in relazione agli effetti giuridici che producono (i fase: *agere sacramento in rem* e in

repubblicano¹². Per la *interpretatio* pontificale, l'interpretazione della parola della legge serviva per fissarne il significato, ogni qual volta si sentisse l'esigenza di ampliare o circoscrivere l'applicazione della norma decemvirale.

Dirette all'ampliamento possiamo richiamare, a titolo puramente esemplificativo, l'*interpretatio*:

– Di *fruges* in relazione a *tab. VIII.8a* (*qui fruges excantassit*: PLIN. *Nat. hist.* 28.2.10, da preferire a SEN. *Nat. quaest.* 4.7.2), al fine di potenziare i prodotti agricoli tutelati dalla norma decemvirale¹³;

– Di *glans* in relazione a *tab. VII.10* (PLIN. *Nat. hist.* XVI.5.15)¹⁴, al fine di estendere la facoltà di *colligere*, in *alienum fundum*, ogni tipo di frutta d'albero che vi sia caduta (GAI. *l. 4 ad XII tab.* D. 50.16.236.1)¹⁵;

– Della costruzione *si aqua pluvia nocet* in relazione a *tab. VII.8a* (PAUL. *l. 7 ex Plautio* D. 40.7.21 pr.)¹⁶, al fine di estendere la tutela dell'*actio aquae pluviae arcendae* al pericolo di danno derivante dall'*aqua pluvia*, rendendo la tutela idonea anche alla prevenzione.

Possiamo richiamare con qualche riserva, entro questa prospettiva, l'*interpretatio*:

– Di *ambitus* (è probabile che la parola ricorresse in *tab. VII.1* [VARR. *de lingua Latina* 5.22])¹⁷;

– Di *emptio* (è dubbio se la parola ricorresse in *tab. VII.12* [ULP. II,4 da cfr. con MOD. *l. 9 diff.* D. 40.7.25]¹⁸), al fine di riconoscere avverata la *condicio*

12 CIC. *De leg.* 2.23.59: ... mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento. *hoc veteres interpretes. Sex. Aelius, L. Acilius, non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris*; Fest. (LINDSAY p. 232): *pedem struit in XII [tab. 1.2] significat fugit, ut ait Ser. Sulpicius*; Fest. (LINDSAY p. 426): "*sanates*" [*tab. 1.5*] *quasi sanati [...]* Sulpicius [...]; (da cfr. con Fest. [LINDSAY p. 474]); Fest. (LINDSAY pp. 516 e 517): *Vindiciae [...]* At Ser. Sulpicius [...] *iam singulariter formato vindiciam esse ait... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur [...]* XII [*tab. 12.3*]: *si vindiciam falsam tulit...*; Fest. (LINDSAY p. 430): *sarcito. in XII [tab. VIII.9] Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato*; Fest. (LINDSAY p. 180): *NO>XIA [tab. XII.2], ut Ser. Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat in XII> [tab. VIII.6]*.

13 Cfr. a riguardo F. ZUCCOTTI. *Fruges fructusque* (studio esegetico su D. 50.16.77), Padova, 2000, pp. 38 e ss., e da altra angolatura, ma con conclusioni simili, il mio *La nozione giuridica di "fructus"*, Napoli, 2000, pp. 67 e ss.

14 *Cautum est [...]* *lege XII tab., ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.*

15 *Glandis appellatione omnis fructus continetur...* Cfr. il mio *La nozione giuridica di "fructus"*, cit., pp. 70 a 75.

16 ... *sic et verba legis XII tab. veteres interpretati sunt "si aqua pluvia nocet", id est "si nocere poterit"*. Da ultimo F. SITZIA. "Aqua pluvia" e "natura agri". *Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari, 1999.

17 *XII tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt. Da correlare con la interpretatio di ambitus di P. MUCIO SCEVOLA, ricordata in CIC. Top. 4.24 (quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, id tibi ius videri)* diretta a restringere la portata del precetto decemvirale secondo il MARTINI. *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 80 e ss.

libertatis anche in caso di pagamento fatto dallo *statuliber*, plausibilmente, al *mancipio accipiens* (*emptor*) dell'erede (POMP. l. 18 ad Q. Mucium D. 40.7.29.1)¹⁹;

– Di *intestatus* in relazione a *tab. v.6* (GAI. l. 155; ULP. l. 14 ad Sab. D. 26.4.1 pr.; cfr. con PAUL. 38 ad ed. D. 26.4.6)²⁰, al fine di estendere l'applicazione della tutela legittima degli agnati, oltre all'ipotesi di assenza di testamento, in caso di testamento non contenente *datio tutoris* e, in epoche probabilmente successive, addirittura in caso di morte, prima della pubertà del pupillo (PAUL. 38 ad ed. D. 26.4.6) o prima della morte del testatore (I. 1.15.2)²¹, del tutore testamentario designato;

– Di *patronus* (è dubbio se la parola ricorresse in *tab. v.8*) al fine di includere anche i figli del patrono in relazione alla successione legittima del liberto (GAI. III.40 e 45; ULP. XXIX.1 e 4; D. 50.16.195.1)²².

18 ULP. II.4: *Sub hac condicione liber esse iussus "si decem milia heredi dederit", etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex XII tab. iubet; D. 40.7.25: Statuliberos venumdari posse leges duodecim tabularum putaverunt...*

19 ... *quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur*. JHERING, *Geist*, cit., II, p. 459, ipotizzava la ricorrenza della parola *emptor*; esclude la ricorrenza della parola *S. RICCOBONO*. *Fira*, I², p. 51.

20 GAI. I.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII <tabularum> agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi; D. 26.4.1 pr.: Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt...* D. 26.4.6 pr. vd., n. seguente. Il SOLAZZI. *La legge delle XII Tavole sulla "tutela" e un'ipotesi del Bonfante*, 1928, ora in *Scritti*, Napoli, 1960, III, pp. 219 e ss., ipotizza, rispetto a D. 26.4.6 pr., l'eco sostanziale del precetto decemvirale nella frase: *intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela*, di cui da *intestatus autem* inizierebbe appunto un commento (p. 220); critico a riguardo P. VOGLI. *Diritto ereditario romano*², Milano, 1967, I, pp. 70 e 71.

21 D. 26.4.6: *Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. idem dicemus, si tutor testamento dato adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur. I. 1.15.2: Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare, sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit quod tunc quoque accidere intellegitur, cum is qui datus est tutor vivo testatore decesserit.* Cfr. sul punto la bibliografia citata in G. FINAZZI. *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, pp. 32 e ss.

22 *Vat. 308: ... in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni continentur*, GAI. III.40: *... nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus moritur esse libertus nullo suo herede relicto...*; III.45: *Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni...*; ULP. XXIX.1: *Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit*; XXIX.4: *Liberi patroni virilis sexus eadem iura in bonis libertorum parentum suorum habent, quae et ipso patrono*; ULP. I.46 ad ed. D. 50.16.195.1: *"Familiae" appellatio qualiter accipiat, videamus, et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis adgnatus proximus familiam habeto. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ex ea familia, inquit, in eam familiam: et hic de singularibus personis legem loqui constat.* Con posizioni differenziate sulla ricorrenza della parola vd. TH. MOMMSEN. *Staatsrecht*, III, p. 22, n. 59, che ricostruisce così il precetto decemvirale: *ex ea familia <qui liberatus erit, eius bona> in eam familiam <revertuntur>*; opta per la ricorrenza della parola JHERING. *Geist*, cit., II, pp. 459 e 460, in *Vat. 308*; KASER. *Die Beziehung von lex und ius*, cit., p. 531, che nega possa ricostruirsi il testo originario; VOGLI. *Diritto ereditario romano*², cit., I, p. 39, che ritiene D. 50.16.195.1 relativo ad una

Una *interpretatio verborum* esprimente una verifica ed un adeguamento parziale quella:

— Di *fructus* in relazione a *tab. XII.3* (... *fructus duplione damnum decidito* Fest. [LINDSAY pp. 516 a 518]), al fine di concretizzare il valore del *duplum* del *fructus* della cosa controversa illecitamente percepito dal soccombente nelle more processuali in rapporto a *legis actiones sacramento in rem*²³.

Interpretatio restrittiva di *verba legis* può richiamarsi quella: di *filius* in relazione a *tab. IV.2* (*si pater filium ter venum du "it" filius a pater liber esto* [GAI. I.132; ULP. X.1]), sebbene si possa anche pensare ad una *interpretatio* coerente ad una visione rigorosa degli *status* diversificati delle *personae* nella *familia*.

L'*interpretatio* pontificale non si limita a questo, ma crea nuovi schemi negoziali al fine di elaborare soluzioni adeguate alle esigenze emergenti, che trovino il consenso e vengano accettate dai cittadini, divenendo quindi istituti recepiti *moribus*. Si pensi alla creazione della *emancipatio* (già attestata prima del 357 a. C. in LIV. 7.16.9)²⁴, della *adoptio*, della *coemptio*, del *testamentum per aes et libram*, della *fiducia cum amico* e *cum creditore*, ecc.

Si potrebbe supporre che all'interno di questa attività interpretativa, tesa ad elaborare e a dar forma a nuovi atti giuridici, i pontefici non sentano la necessità di trovare un appiglio nella Legge delle XII Tavole. Ed invece, anche in questo caso, sembra vero il contrario. I complessi atti elaborati tradiscono la loro natura artificiosa condizionata appunto da precetti decemvirali²⁵.

²³ Vd. quanto dico in *La nozione giuridica di "fructus"*, cit., pp. 59 e ss. e pp. 245 e ss.

²⁴ *Eodem anno C. Licinius Stolo a M. Popilio Laenate sua lege* (scil. *Licinia de modo agrorum* a. 367) *decem milibus aeris est damnatus, quod mille iugerum agri cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset*. Il definitivo superamento delle posizioni scettiche relative all'esistenza della *lex Licinia de modo agrorum* del 367 a. C. (cfr. a riguardo F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1979, pp. 27 a 29; ID., "Riforme del IV secolo a. C.", in *BIDR*, 78, 1975, pp. 29 e ss.; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, Prima parte, Napoli, 1984, pp. 158 e ss.), permettono anche di ridimensionare i dubbi avanzati sulla notizia liviana in relazione alla condanna di LICINIO STOLONE per frode alla legge, da lui stesso proposta, attraverso l'*emancipatio* del *filius familias*; cfr. in un primo momento M. KASER, "Die Anfänge der *manumissio*", in *ZSS*, 61, 1941, R. A., p. 180, n. 89; H. KRÜGER e M. KASER, "Fraus", in *ZSS*, 63, 1943, R. A., p. 148, n. 19; seguito da O. BEHREND, *Die "fraus legis"*, Göttingen, 1982, p. 58, n. 142. Più possibilisti sull'attendibilità della notizia in relazione alla comparsa della *emancipatio*, G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, pp. 43 e 44 (che insiste anche sul modo in cui la frode di LICINIO STOLONE venne colpita); in un secondo momento M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I², p. 68 e n. 4; L. FASCIONE, *Fraus legi*, Milano, 1983, pp. 29 e ss. D'altronde, ed è questo un dato forse di qualche interesse, VALERIO MASSIMO (VIII.6.3) ricorda lo stesso episodio, ma confonde la ragione della *fraus legi*, non cogliendo più il senso della *emancipatio* del *filius familias*, diretta ad aggirare il divieto di *ne quis amplius quingenta agri iugera possideret*.

²⁵ A riguardo l'*emancipatio* è un *topos* ricorrente nella romanistica, forse anche perché si può far risalire a prima del 357 a. C. (cfr. *supra* nota 24); ad es. F. GALLO, *Interpretazione*, cit., pp. 96-97; BRETONE, *Storia*, cit., pp. 116 e 117; CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, pp. 123 a 125 e 126 a 129 (il quale aggiunge ai consueti argomenti, anche una precisazione di natura stilistica che permetterebbe di collocare l'istituto dopo le XII Tavole).

Per JEHRING, come abbiamo visto, era questo un modo "tendenzioso" di interpretare la Legge. Dobbiamo però essere cauti nel cogliere le ragioni di una *interpretatio iuris* che si veste da *interpretatio legum* in epoche in cui, a differenza della individuata "ideologia della legge", che trova riscontro nella tarda repubblica e poi nella giurisprudenza classica (CICERONE, LIVIO, GAIO, POMPONIO), il rapporto tra *ius* e *lex* sembra riposare su canoni estranei a logiche, per così dire, "positivistiche" della interpretazione del *ius*.

Ritengo importante ridiscutere, a riguardo, tre esempi nei quali assume rilievo il rapporto tra testo delle XII Tavole e sua *interpretatio*, in relazione ad istituti collocabili nel periodo che qui interessa.

II. LA "TUTELA LEGITIMA LIBERTORUM"

GAL. I.165

Ex eadem lege XII Tabularum legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: eo enim ipso quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et adgnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.

ULP. I. XXXVIII *ad Sab.* D. 26.4.3 pr.

Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatium, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.

TIT. ULP. XI,3

Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt adgnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.

La coerente tradizione che riconosce alla *tutela legitima libertorum* un'origine nella *interpretatio* doveva probabilmente trovare la sua fonte primigenia pro-

atti creati in questo periodo avrebbero una caratteristica precipua, "la forma non" manifesterebbe "affatto lo scopo al quale essi sono diretti": p. 129); A. CORBINO. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994, pp. 32 e ss.

prio nei *Tripartita* di SESTO ELIO, e da qui, mediata attraverso i XVIII *libri iuris civilis* di Q. MUCIO SCEVOLA, venire accolta nella *iurisprudencia* classica.

Rispetto ai *Tripartita*, sono significativi: vuoi la notizia ricordata da LIVIO in relazione al 186 a. C., solitamente valorizzata in rapporto alla *tutela Atiliana* (GAI. I.185 e ss.), della richiesta di un tutore fatta dalla liberta Hispala Faecenia, al fine di poter fare testamento, in conseguenza della morte del suo patrono²⁶. La notizia è coerente con l'ipotizzata risalenza della *lex Atilia* al 210 a. C.²⁷. La *tutela legitima* dei liberti impuberi e delle liberte è sicuramente maturata almeno nel III sec. a. C., e doveva essere contenuta quindi nell'opera di SESTO ELIO²⁸. Vuoi la procedura della *emancipatio*, con la opportunità di imporre al *mancipio accipiens* fiduciario la remancipazione del *filius* al *pater* naturale dopo la terza *mancipatio*. Tale opportuno affinamento delle già complesse modalità procedurali dell'atto estintivo della *potestas* sul *filius familias* è condizionato non soltanto dal riconoscimento al *pater* naturale di un *ius hereditatis* rispetto all'emancipato (così Ep. Gai VI,4)²⁹, in qualità di suo patrono, secondo appunto tab. V,8, ma altresì di una sua tutela sull'emancipato impubere o sull'emancipata (per la quale era sufficiente una sola *mancipatio* per estinguere la *potestas*), in termini di *tutor legitimus* (GAI. I,172)³⁰, qualifica che appunto è collegata all'*interpretatio* relativa alla *tutela* dei liberti impuberi e delle liberte *ad patronos*.

Per quanto riguarda Q. MUCIO, si è giustamente sottolineata la probabile dipendenza di GAIIO, con i dovuti ammodernamenti, in relazione alla *tutela*, dai XVIII *libri iuris civilis* di Q. MUCIO (vd. una citazione, in rapporto alla *disputatio veterum* relativa ai *genera tutelarum*, in GAI. I, 188: ... *nos qui diligentius hunc*

26 LIV. 39.9.7: *Quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore ab tribunis et praetore petito, cum testamento faceret, unum Aebutium institueret heredem*. A. WATSON. *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, pp. 123 e 124, il quale ricorda altresì l'*an mihi tutor additu's?* di PLAUT.; cfr. 20; P. ZANNINI. *Studi sulla tutela mulierum II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Torino, 1979, pp. 84 e ss.; da leggere con quanto nota F. SITZIA. *Rc. in Iura*, 30, 1979, p. 177; O. E. TELLEGEN-COUPERUS. *Livy and Gaius on the making of wills by women*, in *BIDR.* 88, 1985, pp. 359 e ss., in particolare pp. 363 e 364.

27 G. ROTONDI. *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim, 1962, p. 276, che la ritiene un plebiscito proposto dal tribuno L. ATILIUS (proponente altresì il plebiscito *ex auctoritate senatus* del 210 a. C. contro i ribelli campani [*lex Atilia de dediticiis*]).

28 Di qualche interesse, ma di difficile precisazione nell'ambito di una arcaicità stilistica, è la qualifica di *ius Quintium legitimum tutelarum et hereditarium* in CIC. *De domo sua* 35.11.

29 *Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut, si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat*.

30 *Sed fiduciarius quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. quod etsi placeat, in patre tamen, qui filium neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur: et non minus huic quam patronus honor praestandus est*.

tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus...)³¹, che esplicitò in termini di *regula* la ragione sottintesa della analogia dei *veteres* (Q. MUCIUS l. sing. hórñ D. 50.17.73 pr.: Quo [tutela] "hereditas?" redit, eo et [hereditas] "tutela" pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt). Se si tiene conto che D. 26.4.3 pr. può considerarsi proveniente dai *Tres libri iuris civilis* di Sabino³², emerge allora come plausibile anello mancante di questa tradizione testuale della *interpretatio veterum* proprio l'opera fondamentale di Q. MUCIO.

Dal punto di vista sostanziale, la protagonista della vicenda per GAIO è sostanzialmente la giurisprudenza dei *veteres*, che, date le precisazioni sopra fatte e la congruenza di tali dati con l'analisi economica del fenomeno schiavistico a Roma³³, è da collocare non dopo il III sec. a. C. Essa, con la sua *interpretatio* creativa recepita dai consociati (*accepta est per interpretationem*), a fronte di una lacuna nel *ius* postdecemvirale in rapporto ai liberti impuberi e alle liberte, determina una regola per la loro tutela. GAIO è chiaro nel cogliere il complesso processo di formazione dell'istituto (*interpretatio-recezione*) e suo rapporto, quasi imposto, con la *lex* (*atque si verbis legis introducta esset*).

Interessante in questa sede l'iter logico-argomentativo che porta i *veteres* a proporre una soluzione alla lacuna esistente nel *ius*. In esso protagonista è la *lex XII tab.* (probabilmente *tab. V, 8* [ULP. D. 50.16.195.1: *ex ea familia "qui liberatus erit, eius bona" in eam familiam "revetuntur Momms."*]), il *iussum populi* che sancisce i patroni (l'estensione ai loro figli è frutto di *interpretatio* del termine *patronus*)³⁴ come eredi legittimi dei liberti che muoiano senza *sui heredes* (GAI. III.40³⁵; *Tit. Ulp.* XXIX.1³⁶). L'anello di congiunzione però tra *successio ab intestato* e *tutela legitima* è dato da un collegamento-analogia³⁷ con l'identità (gli

31 E. HORAK. *Rationes decidendi*, I, Aalen, 1969, p. 245, n. 12.

32 Così ad es. VOGLI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 66; R. ASTOLFI. *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, p. 241.

33 Cfr. a riguardo DE MARTINO. *Storia economica di Roma antica*, cit., dove altresì l'importanza della *lex Manlia*, che introdusse nel IV secolo a. C. un'imposta sulle manumissioni, e la riforma di APPIO CLAUDIO che, come censore, nel 312 a. C. iscrisse i libertini nelle tribù.

34 Cfr. però sulla dubbia ricorrenza del termine nelle XII Tavole, supra nota 22.

35 *Olim itaque licebat liberti patronum suum impune testamento praeterire: nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestato quoque mortuo liberti, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat.*

36 *Civis Romani liberti hereditatem lex XII tab. patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit.*

37 Sull'analogia espressa dal ragionamento dei *veteres*, echeggiata dal *per consequentias* di SABINO-ULPIANO e dal *per consequentiam* di TIT. ULP. (diversificata la posizione a riguardo di W. WALDSTEIN. "Konsequenz als Argument klassischer Juristen", in ZSS, 92, 1975. R. A., che include s. ULP. XI.3 con dubbi nel "Analogieschluß" [p. 52, n. 100, da cfr. con p. 55, n. 113] e D. 26.4.3, pr. nella "notwendige rechtlichen Folge" [p. 55, n. 113]), cfr. l'accento: HORAK. *Rationes decidendi*, cit., pp. 245 a 247 (che ne rico-

agnati) esistente tra eredi *ab intestato* e tutori legittimi degli *ingenui impuberi*. Tale identità esprimerebbe una *voluntas legis* che nel caso dei liberti non avrebbe trovato espressa previsione nel testo della Legge delle XII Tavole (*non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur...*; così anche SABINO-ULPIANO: *non quidem specialiter vel nominatim delata est*; e TIT. ULP.: *legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt adgnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni*), ma ciononostante permetterebbe un diretto collegamento con la *lex*, sì da rendere la loro tutela, creata dalla *interpretatio veterum*, una *tutela legitima* (sia GAIO che SABINO ed ULPIANO), come se fosse stata effettivamente introdotta con le “parole della legge”.

La constatazione che i tre giuristi classici, pur mantenendone la qualifica di *tutela legitima*, distinguano tra risultato della *interpretatio* ed *interpretatio* stessa, dimostra come la *iunctio* fra *lex* e *interpretatio* non ne avesse determinato una confusione, prezioso distinguo se lo si pone in rapporto alla complessa tradizione testuale sopra ipotizzata ed al probabile rapporto coi *Tripertita* di SESTO ELIO.

Ritengo necessario, infine, cercare di approfondire la ragione che spinge i *veteres* a fondare la regola richiamata su una presunta *voluntas legis*, che non è certo esente da dubbi³⁸. D'altronde un tale approfondimento è tanto più necessario quanto più si valuti il complesso rapporto tra *ius* e *lex* nell'esperienza romana dell'età repubblicana. Sarebbe, infatti, superficiale fermarsi alla constatazione descrittiva del ragionamento dei *veteres*, stigmatizzandone la espressa manifestazione in termini di ricerca della *voluntas legis* al fine di colmare la lacuna esistente nel *ius postdecemvirale* in materia³⁹.

nosce l'inecepibilità formale ma l'intrinseca debolezza); KASER. *Die Beziehung von lex und ius* cit., p. 531 [= p. 189]; ID. “Ius honorarium und ius civile”, in *ZSS*, 101, 1984. R. A., p. 5, n. 13; D. MEDICUS. “Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern”, in *Studien im römischen Recht* (M. Kaser 65. G.), Berlin, 1973, pp. 69 e 70 (che coglie la debolezza dell'analogia nel fatto che “Patrone und Agnaten nur in einer Eigenschaft – ihrem gesetzlichen Erbrecht – übereinstimmen”). Per il VOCI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 67, si tratterebbe di una estensione “introdotta da una *fiction* [...] è come se la legge abbia parlato: quindi (sempre per finzione) la legge ha voluto”. A mio avviso, però, bisogna distinguere tra risultato interpretativo dei *veteres*, che crea un nuovo tipo di *tutela legitima*, “atque si *verbis legis introducta esset*”, e iter logico seguito dai pontefici che, in base alla tradizione testuale a cui GAIO attinge, conserva piena autonomia tra *lex* e *interpretatio*.

³⁸ Ad es. si sarebbe potuto anche affermare l'opposto, in base al ragionamento che le XII Tavole avevano espressamente previsto una tale coincidenza (tra erede legittimo e tutore) per gli *ingenui-impuberi* e per le *ingenuae*, mentre aveva sancito soltanto per la successione ereditaria la rilevanza del vincolo di patronato; vd. in questo senso MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70.

³⁹ Raccoglio qui l'ammonimento del TALAMANCA, in AA.VV. *Lineamenti*, cit., p. 236; ID. *Pubblicazioni per-venute*, cit., pp. 758 a 759, in relazione alla “artificiosità” della *emancipatio* e della *adoptio*, che si spiegherebbe tenendo conto che in rapporto ad esse “era in gioco [...] un principio fondamentale dell'antico *ius civile*, quello della perpetuità – oltre che dell'inalienabilità – della *patria potestas* [...] è ben difficile, anzi impossibile, che, per quanto libera fosse, l'*interpretatio pontificum* potesse direttamente incidere

Dal punto di vista sostanziale, la regola dei *veteres* dava vigore, estendendone l'applicazione, al vincolo di patronato⁴⁰. Formalmente, però, questa *ratio* rimane esclusa dal ragionamento dei *veteres*. A mio avviso, un tale silenzio, connesso al ragionamento espressamente seguito dalla giurisprudenza pontificale e ricordato da GAIUS, assume importanza rispetto alla scelta di fondare la soluzione della lacuna su una presunta *voluntas legis*. Di fronte ad un problema che sfuggiva al normale fondamento della *tutela legitima* delle *personae ingenuae* (cioè il vincolo agnatizio), si ritiene di trovare nel "vincolo" di patronato un'alternativa idonea. Mentre però la *tutela legitima* sancita nelle XII Tavole trovava il suo fondamento in un principio cardine della *familia* romana già nei *mores predecemvirali*, la *potestas* del *pater familias* e il suo significato per il vincolo agnatizio, il "vincolo" di patronato aveva assunto rilevanza nelle XII Tavole in termini esclusivamente patrimoniali, di ritorno dei *bona liberti* nella *familia* del *patronus*, in caso di morte del *civis libertus* senza *sui heredes* (tab. V.8 [ULP. D. 50.16.195.1]: *ex ea familia [...] in eam familiam*)⁴¹. Si trattava cioè di individuare un legame giuridicamente rilevante che, tenendo conto della inesistenza rispetto ai *liberti cives Romani* di un preesistente rapporto agnatizio, potesse però rispettare la realtà romana in relazione a due esigenze essenziali: il controllo dei *liberti* ed il loro inserimento nel corpo sociale cittadino. Questo legame si individuò proprio nel rapporto col manomissore, dando rilevanza appunto al *ius patronatus*, sebbene ciò facendo si riconosceva ad esso una forza per così dire maggiormente espandibile rispetto allo stesso vincolo agnatizio, reciso al contrario in caso di *emancipatio* del *filius ingenuus*. Non è casuale che si ricorrerà proprio al rapporto di patronato per correggere, come abbiamo visto, le originarie modalità procedurali della *emancipatio*, al fine di creare tra *pater* naturale e *filius* emancipato, una volta estinta la *potestas* e reciso ogni vincolo agnatizio, il *ius patronatus* che includeva appunto, oltre al *ius successionis*, anche la *tutela legitima*.

La debolezza, quindi, della formale analogia utilizzata dai *veteres*, più che la causa dell'argomentazione fondata sulla *voluntas legis*⁴², è lei stessa l'effetto della inopportunità, agli occhi dei pontefici, di far passare questa individuazione come un qualcosa che derivasse esclusivamente dalla loro *interpretatio*, impo-

su questo punto. Non è la lettera della legge che costringe i *pontifices*, ma li imbarazza il confrontarsi con uno di quei punti del *ius civile* che, secondo la coscienza sociale, non potevano esser direttamente aggrediti, in senso profondamente innovatore, dall'*interpretatio* stessa".

⁴⁰ Così HORAK. *Rationes decidendi*, cit., p. 246; sarebbe questa la ragione inespressa anche per MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70, n. 63.

⁴¹ Il VOGLI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 38, qualifica il *ius patronatus* come un vincolo di "quasi agnazione"; l'ALBANESE. *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 68, n. 23, accentua la connessione tra *libertus* e *familia* del *patronus*, e coglie la rilevanza patrimoniale (*bona*) del *ius patronatus* per la *successio libertorum* nelle XII Tavole (pp. 81 e 82-83).

⁴² Così MEDICUS. *Der historische Normzweck*, cit., p. 70.

nendo, per così dire, una sua rappresentazione in termini di coerente applicazione analogica delle XII Tavole secondo il principio di identità di trattamento per i *cives ingenui* tra *successio ab intestato* e *tutela legittima*.

III. "SECUNDUM LEGEM PUBLICAM"

A. "TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM"

Il *familiae emptor*, una volta maturato il *testamentum per aes et libram*, pronunciava nel rito librare questa formula: *familiam pecuniamque tuam endo mandate la custodelaque mea* "esse aio, eaque", *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere* "aeneaque libra", *esto mihi empti* (GAI. II, 103-104).

È significativo il tenore dei *verba solemnia* dell'atto. La *mancipatio*, nella sua forma normale, è preesistente alle XII Tavole. Era un dato non obliterato ancora nella giurisprudenza severiana (PAUL. I *Manual.* in *Vat.* 50: ... *Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*). Qui però la normale formula del *mancipio accipiens* (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*; GAI. I, 119; III, 167), viene modificata adeguandosi al particolare bene venduto (*familia pecuniaque*), al compito che il *familiae emptor* assume fiduciariamente dal *de cuius* (*mandatela* "tua" *custodelaque mea*) e (ed è questo il passaggio altamente significativo) al riferimento di una facoltà riconosciuta al *familiae venditor* di *iure testamentum facere* [...] *secundum legem publicam*.

Che qui *lex publica* evochi la Legge delle XII Tavole può considerarsi l'ipotesi interpretativa più plausibile⁴³. D'altronde, secondo GAIUS (*ad leg. XII D.* 47.22-4

⁴³ Così ad es. TH. MOMMSEN. *Römische Staatsrecht*, III, p. 310, n. 3; ROTONDI. *Leges publicae populi romani*, cit., p. 9, n. 1; F. KRIEGER. *Gai institutionum commentarius secundus §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht)*, Jena, 1913, p. 108; M. KASER. *Das altrömische, ius*, Göttingen, 1949, pp. 72, 152, n. 27; ID. *Das römische Privatrecht*, I, p. 108, n. 26; WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 283, n. 70; BRETONE. *Storia del diritto romano*, cit., p. 37, n. 1; ID. "SESTO ELIO e le XII Tavole", in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici*, cit., p. 27; con prudenza B. ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 52, n. 83 i. f. (in relazione al *testamentum per aes et libram* "le parole s.l.p. sono d'oscurissimo senso") da cfr. con pp. 66 e 67, n. 143 (in relazione alla *solutio per aes et libram* "... forse si tratta di un'aggiunta ad un più antico e semplice formulario, per richiamare il riconoscimento degli atti librari nelle XII Tavole"); sulla inclusione del *secundum legem publicam* nel formulario dopo le XII Tavole da parte dei Pontefici insiste anche CANNATA. *Per la storia della giurisprudenza eugenica*, cit., I, p. 10, n. 121. La frase *quo tu iure publicam* sarebbe una "aggiunta posteriore" all'originario formulario della *mancipatio familiae* in quanto esse "caratterizzano come testamento il negozio compiuto" per il *testamentum per aes et libram* in quanto esse "caratterizzano come testamento il negozio compiuto" per il secondo la quale si dovrebbe intendere qui del privata, dato l'originario ambito di significato di *lex*, in quanto il pubblica non sarebbe a ciò accennata. Nel senso critico P. STEIN. "The Meaning of *lex publica*",

nendo, per così dire, una sua rappresentazione in termini di coerente applicazione analogica delle XII Tavole secondo il principio di identità di trattamento per i *cives ingenui* tra *successio ab intestato* e *tutela legitima*.

III. "SECUNDUM LEGEM PUBLICAM"

A. "TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM"

Il *familiae emptor*, una volta maturato il *testamentum per aes et libram*, pronunciava nel rito librare questa formula: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea "esse aio, eaque", quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere "aeneaque libra", esto mihi emptus* (GAI. II, 103-104).

È significativo il tenore dei *verba solemnia* dell'atto. La *mancipatio*, nella sua forma normale, è preesistente alle XII Tavole. Era un dato non obliterato ancora nella giurisprudenza severiana (PAUL. I *Manual.* in *Vat.* 50: ... *Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*). Qui però la normale formula del *mancipio accipiens* (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*; GAI. I, 119; III, 167), viene modificata adeguandosi al particolare bene venduto (*familia pecuniaque*), al compito che il *familiae emptor* assume fiduciariamente dal *de cuius* (*mandatela "tua" custodelaque mea*) e (ed è questo il passaggio altamente significativo) al riferimento di una facoltà riconosciuta al *familiae venditor* di *iure testamentum facere* [...] *secundum legem publicam*.

Che qui *lex publica* evochi la Legge delle XII Tavole può considerarsi l'ipotesi interpretativa più plausibile⁴³. D'altronde, secondo GAIO (*ad leg. XII D.* 47.22.4

⁴³ Così ad es. TH. MOMMSEN. *Römische Staatsrecht*, III, p. 310, n. 3; ROTONDI. *Leges publicae populi romani*, cit., p. 9, n. 1 F. KNIEP. *Gai institutionum commentarius secundus* §§ 97-289 (*Testamentarisches Erbrecht*), Jena, 1913, p. 108; M. KASER. *Das altrömische, ius*, Göttingen, 1949, pp. 72, 152, n. 27; ID. *Das römische Privatrecht*², I, p. 108, n. 26; WIEACKER. *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 283, n. 70; BREONE. *Storia del diritto romano*, cit., p. 37, n. 1; ID. "SESTO ELIO e le XII Tavole", in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici*, cit., p. 27; con prudenza B. ALBANESE. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 52, n. 83 i. f. (in relazione al *testamentum per aes et libram* "le parole s.l.p. sono d'oscurissimo senso") da cfr. con pp. 66 e 67, n. 143 (in relazione alla *solutio per aes et libram* "... forse si tratta di un'aggiunta ad un più antico e semplice formulario, per richiamare il riconoscimento degli atti librari nelle XII Tavole"); sulla inclusione del *secundum legem publicam* nel formulario dopo le XII Tavole da parte dei Pontefici insiste anche CANNATA. *Per la storia della giurisprudenza europea*, cit., I, p. 69, n. 121. La frase *quo tu iure / publicam* sarebbe una "aggiunta posteriore" all'originario formulario della *mancipatio familiae* in quanto esse "caratterizzano come testamento il negozio compiuto" per il VOCI. *Diritto ereditario romano*, cit., I, p. 88. Debole a mio avviso la diversa ipotesi interpretativa, secondo la quale si dovrebbe intendere qui *lex privata*, dato l'originario ambito di significati di *lex*, in quanto il *publica* non sarebbe a ciò acconcio. Nel senso criticato P. STEIN. "The Meaning of *lex publica*",

(*tab. viii, 27*)), un richiamo analogo alla Legge delle XII Tavole in termini di *lex publica* si rinveniva già nello stesso testo decemvirale.

Più difficile dire quale precetto decemvirale si stia richiamando e quale sia il rapporto tra il *secundum legem publicam* e il *quo tu iure testamentum facere possis*.

I precetti decemvirali possibili sono due: *tab. vi, 1* (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) e *tab. v, 3* (*uti legassit suae rei, ita ius esto*)⁴⁴.

Rispetto alla prima eventualità, più frequentemente riscontrabile in dottrina, potrebbe ritenersi, però, quasi tautologico che la *nuncupatio* del *familiae venditor*, con la quale si dona giuridicità alle sue ultime volontà e si adeguano gli effetti della *mancipatio* alla causa di morte, si autogiustifichi dall'angolatura appunto della dichiarazione del *familiae emptor* attraverso l'esplicito richiamo della fonte legale (*tab. vi, 1*) che rende vincolante come *ius* la *nuncupatio* del primo⁴⁵. Sarebbero, in sostanza, giuridicamente vincolanti (*ius*) per il *familiae emptor* le ultime volontà che il *de cuius* di lì a poco esprimerà nel rito librare, perchè esse verranno appunto calate nella *nuncupatio* (espressamente nella *mancipatio familiae*, nominate e confermate con *sermo generalis*, ma coperte dal segreto delle *tabulae ceratae*, nel *testamentum per aes et libram*).

in *Studi Volterra II*, pp. 314 e 315; seguito ora da S. RANDAZZO, *Leges mancipii*, Milano, 1998, p. 43, n. 9. Si accorge della difficoltà A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁴, Napoli, pp. 152 e 153, che propone di intendere il *publica* nel senso di "in forma pubblica". È uno sviluppo interpretativo, teso a migliorare la plausibilità dell'idea già espressa dal BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955², p. 43, che il richiamo alla *lex publica* sarebbe "un residuo storico del carattere pubblico dell'antico testamento, che interessava più la collettività che il singolo". Non è giustificato altresì reinterpretare il richiamo alla *lex publica* del formulario del *testamentum per aes et libram* in termini ampi di *ius lexque* come vuole il BROGGINI, *Ius lexque esto*, in *Coniectanea*, Milano, 1966, p. 72, dato che il rapporto, molto complesso, tra *ius* e *lex publica* nel *ius civile* (cfr. a riguardo F. WIEACKER, "Ius e lex in Roma arcaica", in *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino*, pp. 3105 e ss.; F. SERRAO, "Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima Repubblica", in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997, I, pp. 279 a 317) trova proprio nella formula pronunciata nel *testamentum per aes et libram* dal *familiae emptor* una sua possibile spiegazione in chiave di rapporto non identificativo delle sfere normative richiamate tra *mores* predecemvirali e precetti decemvirali. Non mi sembra infine necessaria una svalutazione della risalenza del formulario dell'*actus* esaminato, in base alla convinzione che il *secundum legem publicam* sia dovuto all'ammodernamento del più antico formulario conformemente alla concezione maturata in Roma nel II secolo a. C. (c.d. *Gesetzesideologie*) come vuole il MAGDELAIN, *La loi a Rome*, Paris, 1978, pp. 69 a 71.

⁴⁴ Non direttamente connesso col formulario del testamento librare, colorito di *verve* oratoria in rapporto dialettico-critico con l'*ipse ille Mucius, paterni iuris defensor*, è comunque significativo il richiamo di *tab. vi, 1* in relazione a cause ereditarie attinenti a successioni testamentarie di C.I.C. *De orat.* I, 245.

⁴⁵ Per il MAGDELAIN, "L'acte juridique de l'ancien droit romain", in *BIDR*, XCI, 1988, p. 72, che non dubita, in un secondo momento (cfr. per la sua prima ipotesi supra n. 43), che si stiano così richiamando le XII Tavole, il formulario di GAI. II, 204 richiamerebbe "le véritable fondement de l'opération [...] l'adage *uti legassit (tab. v, 3)*" come confermerebbe anche D. 50.16.120, e non *tab. vi, 1* come risulterebbe da C.I.C. *De orat.* I, 245.

Se, invece, si intende il *secundum legem publicam* del *test. per aes et libram* collegato a *tab. v, 3*, esso verrebbe a sancire la giuridicità delle ultime volontà manifestate dal cittadino (*uti legassit*) non nel normale atto a ciò predisposto nel *ius* predecemvirale (*testamentum calatis comitiis*), ma nel *gestum per aes et libram* che permette adeguamenti degli effetti dell'atto e formalizzazioni della volontà grazie alla rilevanza delle *nuncupationes*. In questo caso la giuridicizzazione della volontà espressa nell'atto librare attraverso il *nuncupare* sarebbe un dato presupposto da adeguare e coordinare con una utilizzazione della *mancipatio* come *testamentum* lecita in base all'*uti legassit suae rei ita ius esto*.

D'altronde, se si tiene conto che la *heredis institutio* è la disposizione cardine del *testamentum calatis comitiis* e che essa viene, però, collegata probabilmente da Q. MUCIO alla *latissima potestas* di *tab. v, 3* (POMP. l. 5 ad Q. Mucium D. 50.16.120), mi sembra sia plausibile cogliere un rapporto significativo tra formulario del testamento librare e questo precetto decemvirale, illuminando forse l'originario accostamento (i *Tripertita* di SESTO ELIO), causa della contaminazione del secondo (*uti legassit [suae rei] "super familia pecuniaque sua"*) in base alla *interpretatio* intrinseca nel primo (*familia pecuniaque*) e chiarendo il complesso processo formativo delle tradizioni inerenti il testo decemvirale come tramandato alla fine della Repubblica e all'inizio del Principato⁴⁶.

Certo, l'opzione interpretativa che si sceglie di seguire risente altresì dei preesistenti modelli di ricostruzione del diritto testamentario all'età decemvirale ed al momento di emersione (pre o postdecemvirale) della *mancipatio familiae*. Nei limiti di questo contributo, rilevo però, da un lato, come il *secundum legem publicam* nella formula testamentaria ricordata da GAI. II, 104 presupponga la nascita del *testamentum per aes et libram*, così da considerarsi molto plausibile, se non sicuro, che essa appartenga ad un'età successiva alle XII Tavole. D'altro lato, che il collegamento del *secundum legem publicam* a *lex XII tabularum* possa nella stessa prospettiva dei pontefici essere esaustivo nella sua genericità, come richiamante l'atto normativo fondante, nel quale interagivano senza dubbio ai fini della giuridicità delle ultime volontà espresse con *testamentum per aes et libram* vuoi *tab. v, 3* vuoi *tab. VI, 1*⁴⁷.

46 CIC. *De iur.* II, 50, 148; *Rhet. ad Her.* I, 13, 23; cfr. sul punto ora BRETON. *Sesto Elio e le XII Tavole*, cit., in particolare pp. 25 e ss., che coglie il momento originario, causa della futura contaminazione nella tradizione retorica, proprio nell'accostamento tra il *suae rei...* della *lex* e il *familia pecuniaque* della formula testamentaria (in termini di *legis actio* in senso ampio) nei *Tripertita* eliani (p. 27). *Contra*, però, B. ALBANESE. "Osservazioni su XII tab. 5,3 (*uti legassit... ita ius esto*)", in *AUPA*, XLV, I, 1998, pp. 33 e ss.

47 In questa prospettiva mi sembra si muova O. BEHREND. "La *mancipatio* nelle XII Tavole", in *Iura*, 33, 1982, p. 63, quando afferma che "Alla base del testamento librare vi è del resto una contaminazione fra due leggi delle XII Tavole [...] e cioè fra la normativa della *mancipatio* XII Tab. VI, 1 e la dispo-

Il § *secundum legem publicam* indicherebbe il fondamento che rende giuridicamente rilevante e vincolante la volontà del cittadino espressa nell'atto compiuto (*gestum per aes et libram*) a fini testamentari (*testamentum*)⁴⁸.

Rimane da chiarire il senso del *quo tu iure testamentum facere possis* connesso al *secundum legem publicam*. Vi è la tendenza ad intendere la frase in modo unitario, costruendo una connessione tra *iure* e *secundum legem publicam* in base alla chiusa di entrambi i precetti decemvirali coinvolti (... *ita iure esto*). Sarebbe in questo senso una facoltà giuridicamente riconosciuta quella di fare testamento in quanto principio sancito nelle XII Tavole.

Al contrario, penso invece si debbano porre le due costruzioni in rapporto dialettico, nel senso di una preesistente qualificazione del *testamentum facere* come *iure*, come giuridicamente valido. In sostanza, esso potrebbe evocare il *iure* già esistente al tempo delle XII Tavole e relativo alle regole ritualizzate dai pontefici per il compimento del testamento comiziale. In questo senso mi sembra che depongano alcuni paragrafi delle *Institutiones* di GAIO (GAI. II, 115 a 117):

115. Non tamen ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra diximus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.

116. Ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemniter facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere aut "ita" nuncupare testamentum, ut supra diximus.

117. *Solemnis autem institutio haec est: titius heres esto...*

Affinchè *iure civili valeat testamentum*, in relazione al testamento librare, non è sufficiente, come dice GAIO, il rispetto delle forme gestuali e verbali del rito, né tantomeno è sufficiente aver calato la propria ultima volontà nella *nuncupatio*, ma *ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemniter facta sit*, ricordando la forma solenne dell'istituzione d'erede (*titius heres esto*) e la sua posizione di *caput et fundamentum testamenti* (arg. ex *Ante omnia requirendum est...*), è questa una condizione di validità del *testamentum* che impone di testare *secundum iuris civilis regulam* (GAI. II.114)⁴⁹. Se si tiene conto come l'*institutio*

⁴⁸ A riguardo, mi sembra significativo il collegamento in dottrina ipotizzato tra il *secundum legem publicam* ricorrente nella formula testamentaria e nella *solutio per aes et libram* e il *secundum suam causam* della formula pronunciata nel *lege agere sacramento in rem*. In entrambi vi sarebbe contenuto il "riferimento ad un elemento legittimante". R. SANTORO, "Potere e azione nell'antico diritto romano", in *IURA*, XXX, 1974, 117-118.

heredis sia la disposizione fondamentale del *testamentum calatis comitiis* e che la sua ritualizzazione risale addirittura all'attività predecemvirale dei pontefici, risulta significativo il richiamo di un *solemnis mos* che se non rispettato rendeva vano il rispetto delle formalità della *mancipatio familiae* prima e del *testamentum per aes et libram* poi (*ita venire testesque ita adhibere aut nuncupare testamentum*). Il primo deve comunque essere rispettato anche nella *nuncupatio* che ingloba le ultime volontà, *nuncupatio* del *de cuius* che vincolerà il *familiae emptor* in base a *tab. VI.1* o *V.3*, appunto *secundum legem publicam*.

Per concludere, la dichiarazione di ultima volontà che verrà espressa dal *de cuius* nelle *tabulae testamenti*, richiamata espressamente e confermata nella *nuncupatio* dell'atto librare, sarà giuridicamente vincolante in quanto ciò è conforme alla Legge delle XII Tavole (*secundum legem publicam: [...] ita ius esto* [*tab. V.3* e *tab. VI.1*]), nel rispetto però di regole formali preesistenti per la manifestazione delle ultime volontà (in particolare per l'istituzione d'erede), e modellate nel *solemnis mos* predecemvirale, formatosi sotto la guida dei pontefici in relazione al *testamentum calatis comitiis*.

La giuridicità del nuovo atto *mortis causa*, che si inserisce nel *ius* esistente in modo per così dire "eversivo" (tanto da portare ad una rapida scomparsa per desuetudine dei più antichi tipi di testamento; GAI. II.103), viene vagliata dai *pontifices* attraverso due prospettive concatenate. Da un lato, la ricerca di un fondamento della rilevanza giuridica del *testamentum* al di fuori degli atti tipici che il *ius civile* da loro forgiato conosceva (*secundum l. p.*). D'altro lato, il coordinamento di tale rilevanza con le regole esistenti, nel *ius civile* predecemvirale, che imponevano di "sculpire" l'intento soggettivo nei *verba solemnia* "determinando e dimensionando gli effetti del negozio"⁵⁰. Queste due esigenze trovano piena e soddisfacente soluzione nel formulario del *testamentum per aes et libram*, in base alla conformità di tale rilevanza alla *lex publica* (XII Tavole: vuoi *tab. VI.1*, vuoi *tab. V.3*) e al necessario rispetto della forma arcaica di istituzione d'erede (*iure testamentum facere*) risalente ad un *solemnis mos*⁵¹.

quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere. Cfr. in rapporto alla *regula iuris civilis* B. SCHMIDLEN. *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, pp. 27 a 29; da collegare a quanto precisa a riguardo C. A. CANNATA. *Rc. in Iura*, 22, 1971, pp. 185 e 186, sulla fissità del *dictum*, che ne esprimerebbe "l'appartenenza al diritto oggettivo, garantisce così la sopravvivenza, anche quando la forma che lo ha generato decada, a regolare il negozio a tale forma legato", discorso che potrebbe a mio avviso essere pienamente coerente anche in relazione alla *heredis institutio* nel passaggio da testamento comiziale a testamento librare.

⁵⁰ Mutuo qui le belle espressioni di CORBINO. *Il formalismo negoziale*, cit., p. 15.

⁵¹ Sottolinco, a riguardo, la convergenza con alcuni risultati di SERRÃO. *Ius e lex*, cit., in particolare pp. 297 e ss. sul complesso rapporto tra *ius* e *lex* nel V secolo a. C. e sul ruolo dei *mores* come fonti del primo.

Il *secundum legem publicam* ricorre altresì nell'ultima clausola del formulario della *solutio per aes et libram* come ricordato da GAIO.

GAI. III, 174: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. hanc tibi libram primam postremamque expendo "secundum" legem publicam.

Il *libram primam postremamque*, come è stato giustamente notato⁵², evoca un tempo nel quale la *solutio per aes et libram* importava l'effettiva pesatura (*hanc tibi libram primam, hanc tibi libram secundam*, ecc.). I *verba solemnia* del formulario della *solutio per aes et libram* tramandati da GAIO danno conto di una stratificazione, pur scolpendo l'effetto giuridico tipico della *solutio* librare, nella parte sicuramente più arcaica del formulario (*a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*).

Per approssimazione, partendo da alcuni punti che potremmo considerare più sicuri, bisogna precisare la portata del *secundum legem publicam*. Parte della dottrina ritiene la *solutio per aes et libram* già esistente prima delle XII Tavole, vuoi in quanto atto contrario per liberarsi dal *nexum* (*nexi liberatio*), vuoi in quanto atto idoneo a liberarsi dalla procedura esecutiva realizzata sulla *persona sui iuris* nell'*agere per manus iniunctionem* predecemvirale⁵³. Da questa angolatura, il richiamo alla *lex publica* come fondante l'effetto giuridico della *solutio* librare sembra ingiustificato⁵⁴. Per alcuni autori esso potrebbe spiegarsi come successiva inclusione nel formulario del richiamo, nell'ottica di una generica *confirmatio* decemvirale della *solutio per aes et libram* in base al precetto relativo al *cum nexum faciet*, come è tramandata specificamente per la *mancipatio* e la *in iure cessio* in *Vat. 50*⁵⁵. Questa ipotesi, però, non troverebbe corrispondenza nel-

⁵² Cfr. ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983¹⁴, p. 395, n. 1; seguito da D. LIERS. "Contrarius actus", in *Symptica Wieacker*, pp. 128 e ss. en 84; O. BEHREND. *Der Zwölftafelprozeß*, Göttingen, 1974, p. 132; H. L. NELSON-U. MANTHE. *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin, 1999, p. 409. In senso contrario R. MONIER. "Le sens vraisemblable de la seconde partie de la formule orale de la *solutio per aes et libram*", in *Studi in onore P. de Francisci*, I, pp. 33 a 35, che intende l'inciso come "dalla prima [...] all'ultima".

⁵³ KASER. *Das römische Privatrecht*, cit., I, p. 172; ALBANESE. *Gli atti negoziali*, cit., p. 66; CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea*, cit., I, p. 62.

⁵⁴ Salvo non ipotizzare un sicuro richiamo, di cui non abbiamo prove testuali, delle XII Tavole alla *solutio per aes et libram* come O. KARLOWA. *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901, II, p. 811.

⁵⁵ È la tesi di Ph. E. HUSCHKE. *Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846; rist. simile ALBANESE. *Gli atti negoziali*, cit., p. 67, n. 143.

l'assenza di un simile richiamo nel formulario della *mancipatio*, quest'ultima sicuramente confermata dalla Legge delle XII Tavole.

A mio avviso, per un tentativo di spiegazione plausibile, bisogna accentuare il fatto che GAIO non sta tramandando il formulario della *nexi liberatio*, ma della *solutio per aes et libram ex iudicati causa*⁵⁶. Tale precisazione ci riporta alla *manus iniectio iudicati* che è ricondotta dalla tradizione proprio alle XII Tavole e che materializzerebbe la prima forma di *manus iniectio* fondata su una *lex publica*, *agere* altrimenti già ritualizzato prima delle XII Tavole (GAI. IV.21: *per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum*)⁵⁷.

Essa si inserisce nelle scansioni procedurali fissate in *Lex XII tab.* III, 1-3: 1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunt.* 2. *post deinde manus iniectio esto, in ius ducito.* 3. *ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito...*

Dopo i trenta *dies iusti*, *qui agebat* affermava solennemente: "quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio" (GAI. IV.21). L'affermazione trova piena corrispondenza nella procedura descritta in *tab.* III,2. Il *quandoc*⁵⁸ non solvisti del formulario pronunciato dall'attore rimanda all'eventualità, persa dal convenuto, di adempiere al *iudicatum* nei trenta *dies iusti*.

Tab. III, 3 richiama l'ulteriore possibilità di evitare *in iure* la *ductio* definitiva a casa del creditore, con un contestuale adempimento del debitore stesso o l'intervento del *vindex*⁵⁹.

Ancora in GAIO è attestata l'estensione della *solutio* librare, operata in via interpretativa e recepita dai *cives*⁶⁰, da atto idoneo a liberare il *nexus* dal vincolo di responsabilità (*si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*) a atto idoneo a liberare il *iudicatus* colpito dalla *manus iniectio* (*si quid ex iudicati causa debeatur*; GAI. III. 173). Ne incontriamo un esempio storicamente attendibile nel 385 a. C. in LIV. VI, 14, 3-5⁶¹, dove è possibile individuare altresì una certa coerenza nella scansione della procedura esecutiva in rapporto a *tab.* III,1-3⁶².

⁵⁶ *Condemnatus sum*; KNIEP propone un *iudicatus sum*; sul rapporto tra *damnati* e *iudicati* rispetto al *condemnatus sum* dei verba della *solutio* cfr. lo stesso GAI. III, 175.

⁵⁷ Sulla risalenza dell'*agere per manus iniunctionem* cfr. M. KASER e K. HACKL. *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 19962, p. 35; G. PUGLIESE. *Il processo civile romano 1. Le legis actiones*, Roma, corso 1961-1962, pp. 303 e 304; C. A. CANNATA. *Profilo istituzionale del processo privato romano 1: Le legis actiones*, Torino, 1980, pp. 41 e ss.; M. TALAMANCA. "Processo civile (dir. romano)", in *Ed.* XXXVI, 1987, pp. 4 e ss.

⁵⁸ Sulla cui arcaicità cfr. Fest. *quando* (LINDSAY p. 310, 34): *In XII quidem cum e littera ultima scribitur, idemque significat.*

⁵⁹ PUGLIESE. *Il processo civile romano*, cit., I, p. 312, e n. 156.

⁶⁰ Sul senso da dare al *receptum est* GALLO. *Interpretazione*, cit., p. 40.

⁶¹ *Centurionem, nobilem militarium* cfr.

IV. LA "INTERPRETATIO" DI "TRINOCTIUM"
E LA PLAUSIBILE QUALIFICA DEL "LEGE
NON ESSE USURPATAM MULIEREM"

AULO GELLIO (*Noct. Att.* III, 2, 12-13; WILLIS)

Q. quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi, lege non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim Tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis.

L'interpretazione di *trinoctium* (che probabilmente è *verbum legis*)⁶⁴ viene tramandata ancora da Q. MUCIO (*non [...] posse impleri*) e riflette una valutazione della parola nel senso di tre intere notti entro l'anno. Si tratta di una *interpretatio* rigorosa nel circoscrivere l'effetto impeditivo dell'acquisto maritale della *manus*.

La fonte è famosa. In questa sede mi sembrano rilevanti sia quell'iniziale *lege non esse usurpatam mulierem*, sia la motivazione giuridica che ne sta a fondamento (*non enim posse / kalendis*). Entrambi provengono dai XVIII libri *iuris civilis* di Q. MUCIO SCEVOLA: ne sono prova vuoi il *dicere solitum*, vuoi il *praeterea quid Q. Mucius scripserit super ea muliere quae a marito non iure se usurpavisset...* del Sommario dello stesso GELLIO, che doveva aver mutuato la notizia dalle *Antiquitates rerum humanarum* di VARRONE⁶⁵.

La qualifica in termini di *lege* è stata recuperata nella edizione del WILLIS, grazie al confronto con MACR. *Sat.* I, 3, 9⁶⁶ e all'applicazione fine delle regole della *critica textus*. Essa, se accettata, potrebbe assumere un particolare significato, se vogliamo illuminante, in quanto connessa proprio al precetto decemvirale.

La descrizione del procedimento logico-interpretativo seguito per il *responsum*, che sembra qualcosa che già Q. MUCIO sente come tradizione (di cui è indizio vuoi l'*exemplum* redatto ad arte [*cum kalendis Ianuariis apud virum [...] esse coepisset*], vuoi il *solitum dicere*), tradisce la separazione tra condizione posta dalla Legge delle XII Tavole per evitare l'*in manum convenire* della *mulier*

64 ... lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni "usum?" interromperet; GAL. I, 111; d'altronde, come ha dimostrato l'ALBANESE. "Il trinoctium del flamen Dialis", in *SDH*, 1.35, 1969, pp. 73 a 98, *trinoctium* è termine tecnico collegato al *ius sacrum* più antico rispetto al flamen Dialis; GELL. *N. A.* 10, 15, 14.

65 Così E. BONA. "Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola", in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* (Atti Firenze 1983), a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1985, p. 222.

66 Quintum quoque Mucium iureconsultum dicere solitum "legi" lege non esse usurpatam mulierem quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset...

(*ea quotannis trinoctium abesset*) e l'effetto di interrompere in questo modo la costituzione del potere maritale. Tale norma si misura con un uso sociale invalso a Roma che considera soddisfatto l'allontanamento annuale richiesto per "tre notti" con l'allontanamento dalla casa maritale quattro giorni prima della scadenza dell'anniversario di matrimonio (nell'ipotesi prevista le calende di gennaio), che appunto avrebbero compiuto l'*annua possessio* richiesta per l'acquisto della *manus*. L'*interpretatio* si dimostra rigorosa nel significato da riconoscere al termine legale⁶⁷, in quanto la *mulier* si sarebbe allontanata dal tetto coniugale in realtà per due notti e mezzo, dato che, della terza notte, a rigore, *posteriores sex horae alterius anni essent*. L'argomento è formalmente ineccepibile. Le sue conseguenze sociali e patrimoniali favorevoli ai mariti. Ma quello che qui interessa è il collegamento significativo, che potrebbe risultare ridondante, tra il *non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim Tabulis deberet* e il *lege non esse usurpatam mulierem*. Il considerare la moglie *non usurpata* in base alla legge⁶⁸ dimostra, se ce ne fosse bisogno, la considerazione dell'*interpretatio* operata come precisazione del senso della legge, qualificando unitariamente ciò che è l'effetto combinato del precetto decemvirale e della sua *interpretatio*. In sostanza, si stigmatizza come fondato sulla *lex* quello che in realtà è conseguenza di una orientata *interpretatio* che si dà ad essa, contraria ad una prassi sociale, al fine di favorire l'acquisto della *manus* sulla moglie.

Anche in questo caso i pontefici si trovano a risolvere un problema che investiva un punto cruciale della *familia*, ed in particolare quello dell'inclusione della *uxor* nella *familia* del marito. La tensione in atto tra interesse degli agnati e quello del marito viene sciolta a favore del secondo pur a fronte di un comportamento concludente della moglie indubitabilmente diretto ad interrompere l'effetto costitutivo, vestendo l'*interpretatio* del manto della *interpretatio legis*, al fine probabilmente di rafforzarla sul piano dell'impatto sociale.

La scrittura di Q. MUCIO, se si ritiene plausibile la ricostruzione del WILLIS, non cancellerebbe questo dato, operandone invece uno stretto collegamento (*lege non esse usurpatam mulierem*), mantenendo però l'autonomia dei due momenti (quello della *lex* e quello della *interpretatio*).

67 HORAE D. ... Begründungen durch Anwendung einer Rechtsnorm. "Uter" in manum conce-

I tre esempi sopra visti, che si aggiungono alle *interpretationes* di *verba legis* ed alla creazione artificiosa di nuovi *actus*, riflettono forme consuete nelle quali si esplica l'*interpretatio* pontificale. Un dato mi sembra molto significativo. Questo richiamo costante e insistito alla *lex publica*. Ciò non significa che il collegio non creasse *ius* indipendentemente dalle XII Tavole ed addirittura talvolta *contra XII tabulas* tacito *consensu*, come nell'*agere sacramento in rem* la ritualizzazione dell'*ex iure manum conserere* (AUL. GELL. XX, 10, 9).

Le XII Tavole erano in ogni caso una realtà difficilmente aggirabile anche dal collegio pontificale. Esse, come è stato autorevolmente affermato, avevano sancito il principio fondamentale per i processi di produzione del diritto, quello della sovranità popolare⁶⁹.

Dall'angolatura di questo intervento, peraltro, legato alle singole tecniche che l'*interpretatio* sembra esprimere nei primi secoli successivi all'emanazione del codice decemvirale, la scelta pontificale di muoversi entro un panorama per così dire legalistico nella forma (... *secundum legem publicam*; tutela *legitima*... *iusserat lex* [...] *crediderunt veteres voluisse legem* [...] *lege non esse usurpatam mulierem*), sebbene antipositivistico nella sostanza, cela a mio avviso la volontà di mantenere il monopolio della *interpretatio*, in un contesto nel quale non sfuggiva il significato giuridico-politico delle XII Tavole. I pontefici sembrano volere (o come dice WIEACKER, "davano ad intendere di") ammantare dell'autorità della *lex* la creazione pontificale, che come tale, pur data l'indubbia *auctoritas* che il collegio doveva godere, eliminava forse ogni dubbio di parzialità sul piano dell'impatto sociale della scelta operata. Sembra quasi che in tal modo i pontefici vogliano cogliere un nesso di giuridicità che non derivi soltanto dalla *auctoritas* del collegio, ma da una sua legittimazione *ex ante* (quella del *iussum populi*) sul piano della forza creatrice della *interpretatio*. La "copertura della legge", in sostanza, poteva facilitare il sentimento o la convinzione di non seguire un parere (arbitrario) del collegio pontificale, che in fondo, data la sua omogeneità cetuale con la classe dominante, poteva essere visto come il custode degli interessi patrizi (e d'altronde proprio contro questo monopolio si determineranno le aperture che noi moderni siamo soliti includere nel movimento di laicizzazione della giurisprudenza).

⁶⁹ "La posizione, nelle XII Tavole [...] del principio della sovranità popolare, in una col suo riferimento alla *lex* ed alla recezione *moribus*, consente di ricollegare ad esse tutto il successivo sviluppo del diritto romano, sia pubblico che privato": F. GALLO. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, (Corso di diritto romano), Torino, 1997, p. 22.

Questa visione potrebbe, però, annidare un equivoco, che vale la pena dissipare. Gli *omnes cives* sentono come vincolante o maggiormente condivisa la creazione pontificale, innanzitutto perché alle esigenze che l'avevano stimolata essa risponde spesso adeguatamente nelle cose. Dal punto di vista della tecnica interpretativa, essa si presenta, altresì, spesso, con una operazione "tendenziosa", nella veste della *interpretatio legis*, di esplicazione del significato e del più intimo spirito delle XII Tavole.

I *Tripertita* di SESTO ELIO, che *lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, suggellano allora, probabilmente, un metodo in un *liber*, non lo creano o lo impongono⁷⁰, ricomponendo per i posteri i complessi fili che legavano più di due secoli di *interpretatio* alla *lex XII tabularum*, con un'operazione materiale descritta in termini di *iungere*, attraverso la quale l'*interpretatio* si fissa nel testo scritto materialmente alla legge⁷¹, senza con essa confondersi (al

71 Da questo punto di vista, sembrerebbe più coerente ad un tale metodo una *iunctio* che operi per singoli precetti (così E. P. CASAVOLA, "Ius Aelianum", in *NNDI* 9, 1963, pp. 376 e 377 [= "'Sententia legum' tra mondo antico e moderno", con nota di F. D'IPPOLITO, in *Antiqua* 86, Napoli, I, pp. 7 e 8]) o almeno per *tabula* (così ad es. SCHULZ, *Geschichte*, cit., p. 42), piuttosto che *partes* autonome successive nel *liber*. Sul punto la dottrina è ancora divisa, sebbene contro la realizzazione nei *Tripertita* di un "Darunterhineinweben" tra singolo precetto decemvirale *interpretatio* e *legis actiones* (sia atti processuali che negoziali) eventualmente connesse, si richiama di solito il *liber actionum* come raccolta autonoma di *actiones* pubblicato da SESTO ELIO (D. 1.2.2.7: *Augescante civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum*); cfr. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, cit., pp. 64 a 70; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., I, p. 537, n. 39; per l'autonomia delle due opere, ma in quanto di Elia diversi si schiera A. WATSON, "Ius Aelianum and Tripertita", in *Labeo*, 19, 1973, 26 e ss., in base alla imprecisa qualifica temporale di POMPONIO in relazione al rapporto tra *ius Flavianum* e *ius Aelianum* (*non post multum temporis spatium* D. 1.2.2.7). Rimane comunque significativo che le due operazioni realizzate nei *Tripertita*, secondo

di là della correttezza sempre riscontrabile di tale divisione nelle complesse vicende della tradizione posteliana dei precetti decemvirali; sebbene la nettezza riscontrata ancora in Q. MUCIO, GAIO e ULPIANO dimostra come l'operazione doveva essere nella maggior parte dei casi riuscita). Essa ne trae, dal punto di vista del *ius* prodotto, una qualifica in termini di *interpretatio* che è *legis*, nella modalità anche interna della tecnica, ma che nella sostanza è in realtà *interpretatio* che produce nuovo diritto in termini di sua recezione *moribus*. Essa come *interpretatio legis* è quindi consegnata ai posteri nei *Tripertita*, i *cunabula iuris* del *ius civile*.

POMPONIO, non esprimano un metodo identico (*iungere* per la *interpretatio* e *subtexere* per le *legis actiones*), lasciando aperta la possibilità di una utilizzazione della raccolta di *actiones* eliana tesa ad integrare il *ius Flavianum* per la *pars actionum* dei *Tripertita*, anche in una veste per così dire maggiormente autonoma rispetto al dato normativo, sebbene non credo che l'ordine con il quale erano state raccolte da ARVIO CLAUDIO le *actiones* pubblicate poi da GNEO FLAVIO fosse diverso dall'ordine delle XII Tavole ed in ogni caso se anche diverso, ad esso coordinato dallo stesso SESTO ELIO con l'*alias actiones composuit* realizzato nel *ius Aelianum* o con l'*"intessitura"* delle *actiones* nella trama dei *Tripertita*.