

2. IL « IUS PUBLICUM » E LE « XII TABULAE ».

1. È mio convincimento, come ho già detto altre volte¹, che in periodo arcaico (sec. VIII-IV a. C.) le *leges* emanate in Roma non siano state *leges publicae*, cioè *rogatae*, cioè votate dai *comitia* del *populus*. Questa ricostruzione storico-dogmatica² sembra, peraltro, essere seriamente contrastata da tre frammenti, che l'Ehrlich³, ultimamente seguito dal De Francisci⁴, ha segnalato come riferenti implicitamente al *ius publicum* (nel senso di *ius* posto da *leges publicae*) le *XII tabulae*.

L'ostacolo creato dai detti frammenti, cui per mia parte ne aggiungerò un quarto, è, a mio parere, assolutamente illusorio. Varrà a dimostrarlo una brevissima esegesi⁵.

2. D. 26.7.5.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: « eosque aneclogistos esse volo » et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus, et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus [nec mutare formam antiquitus constitutam]...*

Giuliano, con l'approvazione di Ulpiano, giustamente sostiene che la volontà del testatore (di rendere esenti da responsabilità, *aneclogisti*, i *tutores*) non possa frangere il principio che i tutori debbono esercitare

* In *AUCT.* 4 (1950) 106 ss.

¹ Cfr., da ultimo, GUARINO, *Il carattere della legislazione arcaica nel racconto di Livio*, in *AUCT.* 3 (1949) 213 ss.

² L'affermazione che le *leges XII tabularum* non erano *leges rogatae* (né *datae*) viene qualificata come « un dato pacifico » dal GIOFFREDI, *Recensione a Guarino* (o. c. a nt. 5), in *Iura* 1 (1950) 488: ma, in verità, non mi risulta che la mia tesi sia stata già sostenuta da altri. Piuttosto mi preme di sottolineare che la mia tesi non collima nemmeno con la teoria recentemente avanzata dallo stesso Gioffredi (« *Ius Lex Praetor* », in *SDHI.* 13-14 [1947-48] 86 e *passim*), teoria secondo cui le tavole decemvitali certamente non furono *lex publica*, in quanto « la denominazione più antica è... quella di *duodecim tabulae* ». Troppo tenue mi pare l'argomento ora riferito per escludere addirittura (come il Gioffredi sembra fare) il carattere di leggi, di provvedimenti normativi di governo, delle *XII tabulae*.

³ *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* 1 (1902) 172 s.

⁴ *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scr. beatificaz. Ferrini* 1 (1947) 211.

⁵ V. già GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano* (Lezioni 1949) 131 ss.

il loro *officium* secondo buona fede. Giusta e perspicua è, a mio avviso, la motivazione (*nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus*), la quale, dunque, è da ritenere, nella sua parte essenziale, genuina⁶. Ma il riferimento al *ius publicum* non costituisce affatto un richiamo alle *XII tabulae*, da cui l'istituto della *tutela* è derivato⁷: se mai, il richiamo sarebbe nell'interpolato *nec mutare formam antiquitus constitutam*, ove, peraltro, la locuzione « *ius publicum* » non figura. Il « *ius publicum* » della motivazione in esame è, infatti, con tutta evidenza, il *ius*, « *quod privatorum pactis mutari non potest* »⁸, nel quale rientra, per i giuristi classici, la *tutela*, tipico esemplare di istituzione di ordine pubblico⁹.

3. D. 39.2.18.1 (Paul. 48 *ad ed.*): *Quod opere facto consecutus sit [dominii] (usu)*¹⁰ *capione promissor, non teneri eum eo nomine Pomponius ait, quia nec loci nec operis vitio, sed publico iure id consecutus sit.*

Rettamente Pomponio sostiene che la *cautio damni infecti* non può riguardare il pregiudizio derivante, *opere facto*, dall'*usucapio*. Ma la motivazione non è punto basata sull'argomento che l'*usucapio* fu regolata dalle *XII tabulae*: sarebbe, oltre tutto, una motivazione ridicola. Pomponio ha voluto dire, invece, che l'*usucapione* è un istituto di ordine pubblico, il quale non può, pertanto, essere considerato come un *damnum* cauzionabile. *Bono publico usucapio introducta est*¹¹.

4. D. 35.2.1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falc.*): *Lex Falcidia lata est, quae . . . secundo capite modum legatorum constituit his verbis: « quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, his quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita [detur legatum] (legetur)*¹², *ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant » . . .*

⁶ Così, da ultimo, DE FRANCISCI, *cit.* (nt. 4) 211 nt. 7. Spuria è, peraltro, la frase « *nec mutare formam antiquitus constitutam* », che sembra palesemente applicata alla precedente.

⁷ Si noti che, a mio parere, la *tutela* non è stata né istituita né disciplinata come tale dalle *XII tabulae*, ma è derivata, ad opera dell'*interpretatio prudentium*, da alcune disposizioni delle stesse: GUARINO, *La « lex XII tabularum » e la « tutela »*, in *St. Solazzi* (1949) 31 ss.

⁸ Cfr. Pap. D. 2.14.38.

⁹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (1949) 497 ss.

¹⁰ V. *Index itp. ahl.*

¹¹ Cfr. Gai. D. 41.3.1.

¹² V. *Index itp. ahl.*

Pensare che *quantam . . . pecuniam iure publico dare legare volet* sia un'allusione alla norma decemvirale « *uti legassit rell.* »¹³; o pensare anche, come piú acutamente ha proposto il Bonifacio¹⁴, che quella frase alluda al « *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam* » del *testamentum per aes et libram*: sono due tesi suggestive solo a prima vista. Ambedue le cennate interpretazioni porterebbero, infatti, a supporre che vi fosse modo di *dare legare* anche non in aderenza al principio « *uti legassit* » ed anche non col mezzo del *testamentum per aes et libram*: dato che ciò non era, *iure publico* risulterebbe inammissibilmente ultroneo. La retta interpretazione del *caput secundum* della *lex Falcidia* è, invece, forse questa: « dopo l'entrata in vigore di questa *lex publica*, i cittadini romani potranno legare in conformità del *ius publicum*, in cui essa si inserisce (*iure publico*), soltanto se faranno in modo che l'erede non riceva meno della quarta parte dell'asse ereditario »¹⁵.

5. Gai 2.104: . . . *qui facit (testamentum) . . . , postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emptor utitur: « Familia pecuniamque tuam endo mandata tua custodelaque mea (esse aio et ea), quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere » et, ut quidam adiciunt, « aeneaque libra, esto mihi empta » . . .*

« *Secundum legem publicam* », nella formula del *familiae emptor* sarebbe, per il Kniep¹⁶, un riferimento alle *XII tabulae*: ma le leggi decemvirali non regolarono, per quel che sappiamo, il *testamentum per aes et libram*, creatosi invece nella prassi dei *prudentes*¹⁷. D'altra parte, può seriamente dubitarsi che il « *secundum legem publicam* » sia, come altri vogliono¹⁸, un richiamo generico alla natura pubblicistica della materia testamentaria: a prescindere dal fatto che è incredibile che quel riferimento lo si sia potuto operare attraverso l'uso del termine « *lex* », va obiettato che la formula del *familiae emptor* contiene già un richiamo all'ordinamento giuridico nel termine « *iure* ». L'esplicazione, che io

¹³ Sulla ricostruzione di tale norma, cfr. GUARINO, *cit.* (nt. 7).

¹⁴ *Ricerche sulla « lex Falcidia de legatis »* (1948) 7.

¹⁵ O, in altri termini: « a partire dall'entrata in vigore della presente legge sarà considerato contrario al *ius publicum*, di cui essa fa parte, il superare nei legati i tre quarti dell'asse ».

¹⁶ *Gai Inst. comm. ahl.*

¹⁷ V., in proposito, BIONDI, *Successione testamentaria, Donazioni* (1943) 42 ss.

¹⁸ Cfr. BIONDI, *cit.* (nt. 17) 47.

proporrei, parte dalla duplice considerazione: che « *lex* », oltre che « provvedimento di governo », significa anche « atto di disposizione del privato »¹⁹; e che « *publicus* », oltre al noto significato rigorosamente tecnico, può avere una significazione generica, allusiva alla pubblicità, alla notorietà di un fatto o di un atto²⁰. Può suppersi, pertanto, che il *familiae emptor* dichiarasse di mettersi a disposizione del testatore allo scopo di permettergli di fare, in conformità all'ordinamento giuridico (*iure*), un testamento in forma pubblica (*secundum legem publicam*).

¹⁹ Cfr. HEUMANN-SECKEL shv.

²⁰ Cfr. HEUMANN-SECKEL shv., nonché, di recente, D'ORS, *De la « privata lex » al derecho privado y al derecho civil*, in *Boletín Fac. Derecho Coimbra* 25 (1949).