

PUNTI DI VISTA

VARIAZIONI SUL TEMA DI MALLEOLO

1. Tre recenti scritti di altri studiosi mi inducono ad un breve riesame di alcune tesi congetturali da me prospettate in precedenti occasioni: tesi che attengono tutte al problema del contenuto, addirittura della formulazione, di alcune norme attribuite, dalle ricostruzioni correnti, alla quinta delle Dodici tavole¹. Gli scritti, cui mi riferisco, sono, più precisamente: un elegante saggio di E. Nardi sulla *poena cullei*², un accurato studio di O. Diliberto sulle origini della *cura furiosi*³, un interessante articolo di F. Zuccotti sul testamento di Publicio Malleolo⁴.

Siccome l'occhio del ciclone è costituito dal *parricidium* commesso, presumibilmente nel 101 a. C.⁵, da tal Publicio Malleolo⁶ e dalla *poena cullei* cui questi fu condannato, incentrerò sul caso di Malleolo il mio succinto discorso.

2. Il caso è riportato, in termini sostanzialmente analoghi, da Cic.

¹ Per tutti: FIRA. I² (1941) 37 ss., relativo a *XII tab.*, tavola V n. 1-2 (*tutela mulierum*), 3-5 (successione ereditaria), 6 (*tutela legitima*), 7 (*cura del furiosus* e del *prodigus*). ² E. NARDI, *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse* (1981) spec. 99 ss., 107 ss. ³ O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»* (1984) *passim*. V. anche la mia recensione in *Iura* 35 (1984) 118 s. ⁴ F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in *St. Biscardi* 7 (1987) 229 ss. ⁵ Liv. *Perioch.* 68 (a. 101 a. C.): *Publicius Malleolus matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est*. Sulla data, per tutti: ZUCCOTTI (nt. 4) 233 nt. 5, con bibliografia. Si discute sul «*primus*»: Malleolo fu il primo ad essere condannato alla *poena cullei* o fu il primo ad essere condannato per matricidio? Contro la prima interpretazione è Plut. *Rom.* 22, da cui risulta che condannato alla pena del sacco fu, sul finire della seconda guerra punica, già il parricida L. Ostio; contro la seconda interpretazione (difesa dal NARDI [nt. 2] 66 s.) è la formulazione del periodo, in cui *matre occisa* è un antefatto del *primus* con quel che segue. Poco credibile è che *primus* si riferisca implicitamente al fatto che Malleolo fu, a quanto sembra (v. B. SANTALUCIA, *Omicidio [dir. rom.]*, in *ED.* 29 [1979] 889 nt. 30), il primo ad essere condannato da una *quaestio*. L'unica ipotesi che non è stata ancora fatta è, se non erro, che Malleolo fu il primo ad essere gettato in mare, anziché nel Tevere (ma Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* lo dicono destinato, dopo la condanna, ad

de invent. 2.50.148-149 e dall'Auct. ad Herenn. 1.13.23: due opere il cui parallelismo, anche se discusso nei particolari, è ben noto. Riportiamo dunque, i due brani l'uno a fronte dell'altro.

Cicerone

Ex ratiocinatione nascitur controversia cum ex eo quod uspiam est ad id quod nusquam scriptum est venit, hoc pacto: Lex: si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legasset, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto.

Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, lignae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidem eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos qui heredes in tabulis scripti sunt, et inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi eis qui in eo loco sint adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae

Auctor ad Herennium

Ex ratiocinatione controversia constat, quum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudinem quandam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex est, Si furiosus existit, agnatum gentiliumque in eo, pecuniaque eius potestas esto. Et lex: Qui parentem necasse iudicatus erit, is obvolutus et obligatus corio, debebatur in profluentem. Et lex: Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: Si paterfamilias intestatus moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentilium esto.

Malleolus iudicatus est matrem necasse: ei damnato statis folliculo lupino os obvolutum est, et soleae lignae pedibus inductae sunt, et in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, tabulas in carcerem afferunt; testamentum ipso praesente conscribunt; testes rite adferunt: de illo supplicium paullo post sumitur: ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum oppugnaverat in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis. Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, e quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit, aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima est ex ratiocinatione.

essere gettato in aquam profluentem). ⁶ Cfr. MÜNZER, s.v. Publicius (n. 17., in RE. 23.2 (1959) 1899 s. ⁷ Il problema trattato è, in altri termini, quello del-

hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, haberitne testamenti faciendi potestatem.

Premettono i due testi che un ragionamento deduttivo può dare luogo a varianti, e quindi a discussioni, nel caso che si debba giudicare una vicenda non prevista da una esplicita legge e che, pertanto, si debba andare in cerca, per colmare la lacuna (*id quod nusquam scriptum est*), di una legge che regoli un'ipotesi in qualche modo somigliante⁷. E qui i due autori indicano senz'altro le tre formulazioni legislative, che dovranno essere tenute presenti nell'analisi della fattispecie che si apprestano ad esaminare: a) *Si furiosus est (existit), agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*; b) *Pater familias uti super familia pecuniaque (pecuniave) sua legassit (legaverit), ita ius esto*; c) *Si pater familias intestato (intestatus) moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque (gentilium) esto*⁸.

Seguono alla premessa l'esposizione della fattispecie e l'impostazione della *quaestio*. La fattispecie è questa: Malleolo è stato condannato alla *poena cullei* per aver ucciso la madre⁹ e, in attesa dell'esecuzione, viene tenuto in carcere con ceppi di legno ai piedi e il capo avvolto in un cappuccio di pelle di lupo; mentre egli è in carcere, vengono a trovarlo alcuni familiari¹⁰ e lo inducono a fare un *testamentum per aes et libram*, istituendo gli eredi che vuole; lui giustiziato, gli eredi testamentarii adiscono l'eredità, ma si fanno avanti contro di loro gli agnati¹¹ i quali, sostenendo che il testamento è invalido, rivendicano per se stessi, *ab intestato*, l'eredità. Onde la *quaestio*: ha perduta o non ha perduta Malleolo, dopo la condanna, la capacità di testare? Posto che i *mores maiorum* (o la *lex cullei* che sia) nulla hanno espressamente disposto in ordine al condannato alla *poena cullei*, si deve o non si deve equiparare per analo-

l'integrazione analogica. ⁸ Le varianti segnate tra parentesi sono del testo dell'*Auctor ad Herennium*, il quale, si badi, ha citato in premessa (subito dopo la legge relativa al *furiosus*) anche la legge relativa alla pena del sacco di cuoio: *Qui parentem necasse iudicatus erit, is obvolutus et obligatus corio, debebatur in profluentem*. Cicerone, che non ha citato testualmente l'antica *lex cullei*, tuttavia ad essa chiaramente allude quando, sul finire del brano, scrive che la soluzione deve essere trovata *ex ceteris legibus, et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent*. ⁹ Qui Cicerone generalizza e parla di un *quidam* che ha ucciso un *parens*. ¹⁰ Quelli che ne avevano assunto la difesa in giudizio: così precisa l'*Auctor*. ¹¹ L'*Auctor* specifica che si fa avanti il fratello minore di Malleolo, che era poi proprio quegli che lo aveva accusato

gia il trattamento di costui a quello del *furiosus*, il quale è certamente privo della *testamenti factio* attiva? ¹².

Non intendo, almeno in questa sede, andare ancor più per il sottile nell'esame dei due passi retorici: anche perché si tratterebbe, in gran parte, di fantasticare, così come mi sembra che altri abbiano talvolta fatto ¹³. Mi basta aver messo in evidenza qual'è l'interrogativo analogico che Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* si pongono; e mi basta aggiungere che, per quel che risulta, essi non solo non risolvono esplicitamente la *quaestio* che formulano, ma non la risolvono nemmeno implicitamente. Da loro noi non apprendiamo in nessun modo se il condannato alla pena capitale, o almeno il condannato alla pena del sacco, sia o non sia assimilabile, quanto a regime giuridico, ad un *furiosus*. Quindi lasciamo da parte questo insoluto problema e poniamoci qualche altra domanda, che il caso di Malleolo suggerisce ¹⁴.

Gli interrogativi che mi sembrano suscitati dal caso di Malleolo sono, nell'ordine i seguenti: *a*) sono sostanzialmente credibili, ed attribuibili in particolare alle *XII tabulae*, le tre leggi, che tanto Cicerone quanto l'*Auctor ad Herennium* quasi nella stessa formulazione riferiscono?; *b*) sono esse da accogliersi, sempre nella sostanza, così come sono, o vanno esse integrate, tutte o alcune, con qualche altra specificazione?; *c*) quale è il senso più attendibile, sempre in rapporto alle *XII tabulae*, delle tre leggi?

3. (A) Sono sostanzialmente credibili, ed attribuibili in particolare alle *XII tabulae*, le tre leggi, che tanto Cicerone quanto l'*Auctor ad Herennium* quasi nella stessa formulazione riferiscono?

Va precisato, prima di rispondere, che il linguaggio delle tre leggi

in giudizio. ¹² Cfr. Gai 3.106: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*. V. anche Lab. D. 28.1.2, Iavol. D. 29.2.60, Pomp. D. 28.1.16.1, Scaev. D. 28.3.20, PS. 3.4a.5 e 3.4a.11 (= D. 28.1.17). Altre fonti in E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano* (1983) 201 ss. ¹³ Per un ragguaglio, v. ZUCCOTTI (nt. 4) 234 ss. ¹⁴ Non risulta che i condannati a morte perdessero la *testamenti factio* attiva, neanche quando si trattasse di *poena cullei*, la quale, come abbiamo visto, comportava, subito dopo la condanna e prima dell'esecuzione, l'avvolgimento della testa del reo in un cappuccio (da alcuni autori scambiato addirittura, ed incredibilmente per un bavaglio: cfr. NARDI [nt. 2] 100 nt. 3). La possibilità astratta di redigere il testamento e di fare la *nuncupatio* l'aveva, dunque, anche il parricida, sebbene suoni strano che nel *carcer* potessero agevolmente recarsi a fargli visita almeno sette personaggi (il *familiae emptor*, il *libripens* e i cinque *testes*). Piuttosto è da ricordare che, generalmente, alla condanna a morte ci si sottraeva con la fuga da Roma, cui faceva seguito l'*aqua et igni interdictio* (cfr. B. SANTALUCIA, *Processo penale [dir. rom.]*, in *ED.* 36 [1987] 346 nt. 165): in questa evenienza il tempo e il modo per fare testamento praticamente non c'era. Perché mai, poi, nel caso di Malleolo, per dirla con Cicerone, *effugiendi potestas non fuit*, non si capisce davvero: cfr. NARDI (nt. 2) 93 e

in discussione, non solo non è un linguaggio ambientabile nell'età delle XII tavole¹⁵, ma è, in modo abbastanza evidente, un linguaggio non di molto anteriore a quello del sec. I a. C.: un linguaggio che i due retori, diversamente da quanto ha fatto Cicerone in altre occasioni¹⁶, non si sono nemmeno sforzati di arcaicizzare. Il quesito che qui si pone non riguarda, dunque, la forma, ma riguarda la sostanza. È pensabile che Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* abbiano riferito fedelmente il contenuto di quelle che ai loro tempi si riteneva fossero tre leggi antichissime (appartenenti o non appartenenti alle Dodici tavole), o è da ritenere, invece, che i tre versetti siano stati inventati (dall'uno, dall'altro, da un terzo) di sana pianta, cioè allo scopo di predisporre artificialmente le formule legislative, cui avrebbe fatto capo la questione retorica? Io penso che si possa rispondere che i tre testi di legge sono sostanzialmente sicuri, così come è, del resto, sostanzialmente sicuro anche il testo della *lex cullei*, che l'*Auctor ad Herennium* riporta tra virgolette¹⁷ e Cicerone fedelmente parafrasa. Non vi era motivo, infatti, per « costruire » leggi di fantasia nella trattazione di un caso, quello di Malleolo uccisore della madre, che risulta dalla *periocha* di Livio essere realmente accaduto¹⁸ e che, per essere stato trattato da Livio in un capitolo delle sue storie, dovette suscitare in giro non esiguo scalpore.

Dunque, le tre leggi (anzi, comprendendo la *lex cullei*, le quattro leggi) sono sostanzialmente affidabili: non si vede perché dovrebbero essere state inventate. A Cicerone e all'*Auctor ad Herennium*, che si riferiscono a leggi notoriamente vigenti ai loro tempi, non interessa precisare se si tratta di testi decemvirali, o di norme del costume¹⁹, o di altro. Sta solo a noi stabilirlo, facendo capo ad altri riscontri obbiettivi, se ve ne sono.

Ebbene, in ordine alle due leggi sul *legare* del *paterfamilias* e sulla sua morte *intestatus*, i riscontri obbiettivi vi sono²⁰ e sono fin troppi: fin troppi nel senso che l'esistenza delle due norme non è solo ampiamente attestata, ma è trasfusa in formulazioni testuali, che si pongono in alternativa con le formule riferite da Cicerone e dall'*Auctor*. Per quanto riguarda il *legare*, abbiamo la scelta tra un *uti legassit super pecunia*

nt. 2. ¹⁵ Non conosciamo norme delle *XII tabulae*, il cui linguaggio risalga veramente alla metà del sec. V a. C. Anche quelle espresse in lingua più vetusta sono di parecchio (in certi casi, addirittura di secoli) posteriori al sec. V. Cfr. sul punto, da ultimo: S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (1988) 45 ss. ¹⁶ Alludo, ad esempio, all'invecchiamento artificioso del linguaggio legislativo operato, per sua stessa ammissione, da Cicerone nel *de legibus* (di cui cfr. 2.7.18). ¹⁷ V. retro nt. 8. ¹⁸ V. retro nt. 5. ¹⁹ NARDI (nt. 2) 59 ss. sostiene convincentemente che la *lex cullei* fu l'espressione fedele di un istituto sanzionato da *mores* antichissimi. ²⁰ Rinvio alla documentazione indicata in FIRA. I, relativamente ai n. 3-5 della quinta tavola decemvirale: v. p. 37 ss.

*tutelave suae rei ita ius esto*²¹, un *uti legassit suae rei ita ius esto*²² e un *uti legassit quisque a sua re ita ius esto*²³; per quanto riguarda la successione *ab intestato*, facciamo capo ad un testo riferito due volte: *si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*²⁴. Diversa la situazione della legge sul *furiosus*; in ordine ad essa manca ogni riscontro obbiettivo nelle fonti e vi è solo la certezza, dedotta da attestazioni indirette, che le XII tavole effettivamente subordinarono agli *adgnati* sia il *furiosus* sia il *prodigus* solennemente interdetto²⁵.

Già da molto tempo io ho sostenuto e difeso la tesi che, tra tutte le formulazioni di cui disponiamo delle due leggi in materia successoria, la formulazione di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* debba essere assunta come quella che piú fedelmente riflette, nel suo nucleo essenziale, cioè nel riferimento alla *familia pecuniaque*, la normazione decemvirale²⁶. Registro con piacere che, sia pur cautamente, la mia opinione è stata di recente condivisa, con riferimento alla norma sul *legare*, da J. Gaudemet²⁷ e mi limito qui a ribadire l'argomento di base da me altre volte addotto: che la formula *familia pecuniaque*, inspiegabile per diritto classico, è invece consona ad altre formule del diritto arcaico, e particolarmente all'endiadi *familia pecuniaque* che figurava nella così detta *mancipatio familiae*²⁸. Vedremo tra poco se e perché le due leggi riportate da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium* presentino delle lacune o delle abbreviazioni²⁹: è sufficiente per ora aver messo in chiaro che il riferimento a *familia pecuniaque* presenta maggior grado di probabilità, ai fini della indicazione del patrimonio del *paterfamilias*, che non ogni altra espressione a noi pervenuta da fonti piú tarde.

Accertata la genuinità e l'alto grado di probabile rispondenza al testo decemvirale delle due leggi successorie, ne consegue la genuinità e l'alto grado di probabile rispondenza al testo decemvirale, salve lacune e abbreviazioni anche qui da accertare, della legge sul *furiosus*. Il che necessa-

²¹ Paul. D. 50.16.53 pr. ²² I. 2.22 pr., Pomp. D. 50.16.120. ²³ Nov. Iust. 22.2 pr. ²⁴ Coll. 16.4.1, Ulp. 26.1. ²⁵ V. i riferimenti bibliografici addotti in nota dai FIRA. Valga per tutti I. 1.23.2: *furiosi quoque et prodigi... in curatione sunt agnatorum ex lege XII tabularum*. ²⁶ A. GUARINO, Rc. a LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* (1942), in SDHI. 10 (1944) 406 ss.; Id., *La «lex XII tabularum» e la «tutela»*, in St. Solazzi (1949), ora in *Le origini quiritarie* (1973) 237 ss., ma spec. 240 ss., 242 s. ²⁷ J. GAUDEMET, «*Uti legassit...*», *XII Tables* 5,3, in *Homm. Schilling* (1983) 109 ss. ²⁸ Cfr. Gai 2.104. Anche l'*actio familiae erciscundae* era, in realtà, un'*actio familiae pecuniaeque erciscundae*. ²⁹ Per vero, X. D'ORS, *Sobre XII Tab. V.7a: «Si furiosus escit...»*, in AHDE. 50 (1980) 799 ss., mette in dubbio addirittura l'uso di *furiosus* nella protasi *si furiosus escit* (che pure è confermata da Cic. *Tusc.* 3.5 ss.) e annuncia un piú approfondito studio in materia. Contro questa tesi, con

riamente implica che, se in questa legge si parla, oltre che di una *potestas in eo*, anche di una *potestas* sulla *pecunia* (sulla sola *pecunia*) del *furiosus*, alla potestà degli *agnati gentilesque* sfugge l'altro elemento del complesso *familia pecuniaque* facente capo al *paterfamilias* divenuto *furiosus*: sfugge l'elemento denominato *familia*³⁰.

4. (B) Sono le tre leggi riportate da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium* (leggi che abbiamo accertato essere quelle più vicine al testo originale delle *XII tabulae*) da accogliersi, sempre nella sostanza, così come risultano dai passi dei due retori, o vanno esse integrate, tutte o alcune, con qualche altra specificazione?

Il problema si pone, al concreto, relativamente a tre punti: la genericità della espressione *adgnatum gentiliumque* nelle tavole relative alla successione intestata ed al *furiosus*, la mancanza di un *cui suus heres nec escit* nella tavola relativa alla successione intestata, la mancanza di un *ast ei custos nec escit* nella tavola relativa al *furiosus*.

(a) La espressione *adgnatum gentiliumque*, che ricorre nella tavola sulla successione intestata ed in quella sulla *potestas in furioso*, è indubbiamente generica. Essa non esplica se vengano prima gli *adgnati* e poi, esauriti gli *adgnati*, i *gentiles*; meno ancora essa esplica se, entro la categoria degli *adgnati* ed entro quella dei *gentiles*, si verifichi o non si verifichi una graduazione, uno *successio graduum* (dal più vicino al più lontano); assolutamente essa non esplica e non implica, quanto alla successione intestata, quello che in età classica era *ius receptum*, specificamente attribuito alla formula delle *XII tabulae*, e cioè che il solo agnato favorito dalla legge era l'*adgnatus proximus*, dopo di che si passava ai *gentiles*³¹. La prima difficoltà si può risolvere dando credito ad una opinione di Paolo, 59 *ed.*, secondo cui, *cum dicitur apud veteres 'adgnatorum gentiliumque', pro separatione accipitur*³², ma non così la seconda difficoltà e meno che mai la terza.

argomentazione convincente: DILIBERTO (nt. 3) 22 ss. ³⁰ Mentre la *communis opinio* intende irragionevolmente la *pecunia* del *furiosus* come tutto il patrimonio del *furiosus* stesso, il DILIBERTO (nt. 3), *passim*, in parte seguendo la mia dimostrazione, perviene alla retta conclusione che la *pecunia* del *furiosus* era solo una parte del suo patrimonio e che la restante parte del patrimonio del *furiosus* era per l'appunto la *familia*. Senonché, a prescindere dal concetto (divergente dal mio) che egli ha di *pecunia*, il Diliberto non trae le conclusioni che traggio io dal silenzio della legge sulla *familia furiosi*, ma ipotizza che gli *agnati gentilesque* (gli stessi *agnati gentilesque*) esercitassero sulla *familia* un potere diverso, «sulla base di un diverso titolo, rispetto a quello potestativo (*ex lege*) previsto in tab. 5.7» (cfr. p. 101 ss.). Sul punto v. *infra* n. 5. ³¹ Così, espressamente, le formule accolte dalle ricostruzioni correnti delle Dodici tavole: *adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*. ³² D. 50.16.53 pr. L. Paul. 721 nt. 1 non sa stabilire a quale previsione dell'editto si riferisca il passo: passo che il SOLAZZI (v. *Index itp.*) ritiene interpolato, ma che, a mio avviso, è di genuinità

In una precedente occasione io ho scritto che « la variante può agevolmente spiegarsi con l'ipotesi della breviloquenza di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, quando anche non voglia pensarsi che la subordinazione dei *gentiles* agli *adgnati* e la limitazione all'*adgnatus proximus* siano venute in essere nella giurisprudenza posteriore »³³. Oggi confermo la prima spiegazione, osservando che nel caso di Malleolo aspirava concretamente all'eredità un *adgnatus*, il quale, secondo la precisazione dell'*Auctor ad Herennium*, era il fratello minore del parricida, cioè il suo *adgnatus proximus*: quindi bastava ed avanzava la dizione generica *adgnatum gentiliumque*. Tuttavia, molto meno dubitativamente di una volta, oggi io mi domando se *adgnatum gentiliumque* (espressione, secondo Paolo, tanto diffusa tra i *veteres iurisconsulti* dell'età repubblicana) non fosse proprio la vera formulazione delle *XII tabulae*: una formulazione generica, di cui anche nelle versioni posteriori (in quelle cioè che specificano il riferimento degli *adgnati* al solo *adgnatus proximus*) rimane traccia per lo meno riguardo ai *gentiles*. E a conforto del mio dubbio segnalo due possibilità: da un lato, che, in questo caso, come in altri casi, le Dodici tavole si espressero genericamente, in quanto facevano riferimento, per le specificazioni relative, alle concezioni ed agli usi correnti nei loro tempi³⁴; dall'altro lato, che alla limitazione successoria degli *adgnati* al solo *proximus adgnatus* addivenne, anche qui come in altri casi, la *interpretatio* esercitata dalla giurisprudenza posteriore³⁵. Lascio, pertanto, il problema aperto.

(b) Quale che sia il significato da attribuire, nella legge decemvirale relativa alla successione intestata, alla clausola *cui suus heres nec escit*³⁶,

garantita dal riferimento ai *veteres*. ³³ GUARINO, *La «lex»* (nt. 26) 243 nt. 34.

³⁴ La subordinazione dei *gentiles* agli *adgnati* era, ad esempio, implicata dal fatto che solo i patrizi avevano *gentiles*, mentre per tutti i soggetti giuridici (patrizi e plebei) valeva (e prevaleva) la regola della successione degli *adgnati*. Quanto ai *gradus adgnationis* (ed alla eventuale loro limitazione ad un certo margine estremo), erano gli usi ad avere valore al riguardo. ³⁵ Basti pensare al lavoro interpretativo che la giurisprudenza pontificale e laica hanno svolto in ordine alla legge (tab. 4.2 b): *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (con la limitazione, ad esempio, delle tre vendite al solo figlio maschio di primo grado). Certo, i motivi per cui la successione degli *adgnati* sarebbe stata limitata dalla giurisprudenza postdecemvirale all'*adgnatus proximus* non sono facili da individuare; ma, se ben si guarda, non più facili da individuare sono i motivi per cui le *XII tabulae*, se fu già loro la limitazione all'*adgnatus proximus*, sancirono la limitazione stessa. Se poi si ammette, come ho sostenuto e tuttora sostengo, che l'istituto della *tutela* non discende da una legge *ad hoc* delle Dodici tavole, ma proviene dalla stessa legge relativa alla successione ereditaria, e se si tiene presente che la *tutela legitima* non spettava al solo *adgnatus proximus*, ma incombeva su tutti gli agnati (in ordine di grado) del pupillo, ci si rafforza nella supposizione che il testo originario delle *XII tabulae* parlasse genericamente di *adgnati gentilesque*. ³⁶ Da ultimo, contro la *communis opinio*: A. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*,

non mi pare possa esservi dubbio che questa clausola, anche se espressa con altre parole, nella legge doveva figurare. La lacuna, nel testo riportato da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*, è innegabile. Tuttavia, come ho già detto altra volta³⁷, essa è giustificata dalla specificità del caso trattato dai due retori: caso relativo ad un personaggio (Malleolo), la cui eredità *ab intestato* viene richiesta da un *adgnatus* (il fratello minore) e che, pertanto, sicuramente è privo di figli. Dunque, nessuna difficoltà al riguardo. Le parole *cui suus heres nec escit* (o parole corrispondenti a questo concetto) figuravano nel versetto originale delle *XII tabulae*.

(c) La *communis opinio* ritiene che nel versetto sul *furiosus* ci stia bene, come seconda protasi (dopo il *si furiosus est o escit*), la frase *ast ei custos nec escit*, che si trova attribuita alle Dodici tavole, senza però altra più specifica indicazione, da un passo di Festo (L. 158) relativo al significato di *nec*: pertanto la *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati gentilesque* sul *furiosus* avrebbe avuto applicazione solo in mancanza di un *custos*. Contro questa arbitraria ipotesi mi sono schierato io³⁸ e si schiera oggi, sulle mie tracce, il Nardi³⁹, sostenendo, fra l'altro, che il personaggio del *custos furiosi*, diverso dagli *adgnati gentilesque*, non si capisce chi mai potesse essere: non era il *paterfamilias*, non era il *tutor*, non era il *suus heres*. La mia tesi non ha convinto però il Diliberto⁴⁰, il quale, a prescindere da una considerazione di carattere metrico su cui è meglio sorvolare⁴¹, mi oppone che non è poi incredibile che le Dodici tavole abbiano voluto precisare che l'intervento degli *adgnati gentilesque* era subordinato alla mancanza di una diversa forma di signoria sul *furiosus*, e in particolare alla mancanza di un *paterfamilias*, o di un *tutor (impuberis o mulieris)*, o di altri imprecisati sovrintendenti⁴². Al che

in *Homm. Schilling* (1983) 159 ss., sulla cui tesi non mi pronuncio (v., comunque, A. GUARINO, in *Labeo* 29 [1983] 357). ³⁷ GUARINO, *Rc. Lepri* (nt. 26) 407 s.; ID., *La «lex»* (nt. 26) 243. ³⁸ A. GUARINO, «*Ast ei custos nec escit*» (1944), oggi in *Le origini quiritarie* (1973) 258 s. Tengo a chiarire che ivi, 261 nt. 17 e 18, ho rinunciato alla possibilità di valermi, come argomento, del silenzio di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* circa la clausola *ast ei custos nec escit*. ³⁹ NARDI (nt. 12) 70 s. Ivi, nt. 11, la convincente contestazione della tesi per cui la clausola si sarebbe riferita alla situazione del *furiosus* che avesse commesso un *crimen*.

⁴⁰ DILIBERTO (nt. 3) 5 ss., 12 ss., 19 ss. ⁴¹ L'argomento (desunto da S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in *Atti Colombaria* 40 [1975] 160) è che sul piano ritmico il versetto *si furiosus escit rell. suonerebbe molto meglio*, se integrato dall'inciso *ast ei custos nec escit*: cfr. p. 11. Ora, può anche darsi che il versetto suonerebbe meglio (sul punto non intendo pronunciarmi), ma, stando allo stesso modo di ragionare, è giocoforza ritenere che, con la stessa integrazione, suonerebbe meglio anche il testo di Cicerone e dell'*Auctor*. Possibile, ciò posto, che Cicerone e l'*Auctor*, certo non meno sensibili alle esigenze ritmico-strutturali del latino di quanto può esserlo un distinto linguista moderno, abbiano tanto leggermente amputato il versetto decenvirale? ⁴² Nello scritto cit. *retro* nt. 38, p. 261 s., io ho tratto argomento per la mia tesi da D. 26.1.3 pr. (Ulp. 37

io replico, o meglio torno a replicare, che le *XII tabulae* possono ben avere inserito, a scanso di ogni equivoco, anche questa inutile (ripeto: inutile) precisazione: senonché è il fatto incontestabile di non trovarla al suo posto, nel testo riferito da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*, a legittimare la tesi (valevole sino a prova contraria) che la precisazione *ast ei custos nec escit* nel testo decemvirale non vi fosse.

5. (C) Quale è il senso piú attendibile, sempre in rapporto alle *XII tabulae*, delle tre leggi sopra ricostruite?

A questo punto, se volessi rispondere compiutamente alla domanda, dovrei fare un discorso piuttosto lungo, che sarebbe, peraltro, al novanta per cento, ripetitivo rispetto a quanto ho già scritto in precedenti occasioni (e argomentando proprio dalle leggi dianzi ricostruite) in materia di successione (testata e intestata), di tutela (*impuberum e mulierum*) e di cura (*furiosi e prodigi*)⁴³. Non lo farò. Mi limiterò quindi solo a quanto possa ancora aver rapporto col caso di Publicio Malleolo, trattato da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*. E mi domanderò, piú precisamente: come mai i due retori, al fine di porre il difficile problema⁴⁴ se un condannato alla *poena cullei* avesse o non avesse la *testamenti factio* attiva, sono andati a richiamare proprio la *lex* sulla *potestas in furioso pecuniaque eius*? Quale peculiare analogia era eventualmente (non sicuramente, comunque) ravvisabile tra la situazione del *furiosus* e quella del condannato alla pena del sacco?

In proposito mi sembrano perspicaci, anche se non tutte accoglibili, le considerazioni svolte dallo Zuccotti⁴⁵. Il quale, in primo luogo dimostra che il *furor*, nel senso arcaico del termine (e quindi anche nel senso

Sab.), ove si riporta una *sententia* di Q. Mucio, approvata da Giuliano e diventata *ius receptum*, secondo cui il pupillo e la pupilla rimangono sotto tutela (e non passano sotto il *curator furiosi*), se *furere coeperint*: dato che Q. Mucio, giurista certamente aggiornato, non si richiamava alla clausola *ast ei custos nec escit*, per poter escludere la *cura furiosi* quando già vi fosse la tutela, io ho pensato che quella clausola egli non la conosceva. Il DILIBERTO (nt. 3), 15 ss., mi oppone che «sull'interpretazione del testo decemvirale vi doveva essere un dibattito giurisprudenziale» e che Q. Mucio parlava della tutela *impuberum*, non della tutela *mulierum*, in ordine alla quale si affermarono soluzioni diverse da quelle da lui prospettate (prevalenza della cura sulla tutela della furiosa). Ma, se «il dubbio risolto da Quinto Mucio ... poteva forse riferirsi proprio all'interpretazione del termine *custos*», a maggior ragione Q. Mucio avrebbe dovuto richiamare espressamente la pretesa clausola *ast ei custos nec escit* per sostenere che, nell'ipotesi dell'impubere diventato pazzo, il *custos*, cioè il tutore, prevale sugli *agnati gentilesque*.⁴³ V. i miei scritti citati *retro* nt. 26 e 38. Adde: A. GUARINO, *Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII tabulae»* (1940), in *Le origini quiritarie* (1973) 244 ss.; *Id.*, «*Sui*» e «*agnati*» nelle «*XII tabulae*» (1949), *ivi* 254 ss. Su tutto, rimando ad A. GUARINO, *Diritto privato romano*⁸ (1988) *passim*. V. anche *retro* nt. 27 e 36.⁴⁴ Problema, si ricordi, che essi si astengono dal risolvere: v. *retro* n. 1 e nt. 14.⁴⁵ ZUCCOTTI

che il termine aveva nelle *XII tabulae*, era una forma tutta particolare e particolarmente intensa ed evidente di follia, concepita come una sorta di *consecratio* irreversibile dell'invasato alla divinità⁴⁶, mentre in secondo luogo sostiene che il parricidio era assimilabile al *furor* sotto la specie dell'empietà dell'azione e appunto perciò comportava l'esclusione del reo dalla categoria degli umani, con conseguente sua incapacità a fare testamento⁴⁷. Lieto del conforto dato con ciò alla mia tesi, ingiustamente contestata dal Diliberto⁴⁸, secondo cui il *furiosus* delle XII tavole (e del richiamo alle stesse fatto da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium*) era il folle ritenuto praticamente inguaribile⁴⁹, io sarei ancora più lieto di accogliere *in toto* anche quanto lo Zuccotti sostiene in ordine all'« inumanità » del parricida, se non mi angustiassero questa difficoltà: che, per

(nt. 4) specialm. 238 ss. ⁴⁶ ZUCCOTTI (nt. 4) 243 ss. e 254 s. e nt. 52 (ove contesta al Diliberto l'idea che il *furor* non sia stato mai concepito come inguaribile). ⁴⁷ ZUCCOTTI (nt. 4) 254, 256 ss., 260 ss., giungendo a dire (p. 261 s.), sull'autorità del Bayet, che « la soluzione che l'*Auctor ad Herennium* e Cicerone risultano ... suggerire è quella di verificare se la *nuncupatio* di Malleolo, che giunge ovattata da una *facies* che il *lupinus folliculus* dovrebbe rendere quella di un essere ctonico e non più umana, costituisca, da un punto di vista giuridico, un testamento quale quello preso in considerazione dalla norma decemvirale (tab. V.3) ». ⁴⁸ DILIBERTO (nt. 3) 33 ss., il quale, dopo aver ammesso anch'egli che in età arcaica il *furor* era probabilmente considerato uno stato di possessione divina (p. 27 ss.), si richiama all'autorità dello HILLMAN, *An. Essai on Pan* (1972, tr. ital. 1977) 127, per affermare che « il dio che porta la pazzia può anche liberarci da essa: il simile cura il simile » e cita a conferma alcuni passi delle commedie di Plauto (passi nei quali non ricorre però mai il termine *furor*). Siccome io ho parlato solo di *furor*, e, per il *furor*, di pazzia « praticamente » inguaribile (cfr. GUARINO, *Il « furiosus »* [nt. 43] 244 ss.), non contesto, ovviamente, che la normale insania potesse essere curata e guarita, né escludo che, a volte, si sia verificato, agli occhi dei Romani più antichi, il miracolo di un pazzo furioso riportato in sanità dall'intervento divino: io mi rifiuto di credere che, nella concezione più antica e semplicistica riflessa delle *XII tabulae*, il *paterfamilias* « pazzo da legare », assolutamente incapace di provvedere alla guida della sua famiglia (e della sua *pecunia*), sia stato considerato in condizione di attesa della improbabile guarigione. Come il *captus ab hoste*, era considerato *ab antiquo* non più libero e cittadino (salvo riacquisto della sua situazione giuridica, *iure postliminii*, in caso di ritorno in patria), così era considerato non più soggetto giuridico il *furiosus*: per il quale non è attestato una sorta di *ius postliminii*, ma è sicuro, in cambio, che in età postdecemvirale si verificò progressivamente una forte attenuazione del regime relativo, sino al punto da ritenerlo soggetto giuridico *insanus*, cioè eventualmente guaribile. ⁴⁹ Il DILIBERTO (nt. 3), 38 ss., si appella contro di me anche ad Ulp. 1 *ad Sab.* D. 27.10.1 pr., ove è detto che *hodie* il *prodigus* e il *furiosus* rimangono *in curatione* sin tanto che riacquistino, rispettivamente, i *sani mores* e la *sanitas*: *quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum*. A prescindere da ogni considerazione sulla dubbia genuinità del passo (v., per la letteratura relativa, DILIBERTO 38 nt. 107), mi limito qui a replicare che quanto dice Ulpiano vale *hodie*, cioè ai tempi di Ulpiano o, se si vuole, di Sabino, commentato da Ulpiano: il che nessuno contesta. Ribattere che il testo parla di *potestas* dei curatori e deriva forse direttamente da Sabino, sicché « sembra riferirsi ad una tra-

sostenere la mancanza di *testamenti factio* attiva del parricida, così come lo Zuccotti lo concepisce⁵⁰, non occorre prospettare l'analogia di lui col *furiosus*, ma bastava sostenere in presa diretta la sua qualità di non soggetto, equiparabile ad un *monstrum vel prodigium*. I due retori, secondo me, hanno portato in discorso la *lex furiosi* non per prospettare l'eventuale analogia tra parricida e *furiosus*, alla quale è dubbio che abbiano pensato, ma per prospettare una cosa alquanto diversa: la possibile analogia tra la condizione giuridica del *furiosus* conclamato tale (epperò sottoposto alla *potestas* degli *adgnati gentilesque*) e la condizione giuridica del parricida giudicato tale (epperò in attesa della *poena cullei*).

Non sarà mai ripetuto abbastanza che siamo qui nel campo delle supposizioni: supposizione è, pertanto, anche questa mia. Il parricida riconosciuto e giudicato tale non è più soltanto quello che è stato, sul piano religioso, sin dal momento del compimento della sua azione, cioè un essere maledetto dagli dei. Egli è forse, sul piano giuridico, qualcosa di altro: un personaggio che, avendo leso l'unità e la dignità della sua *familia*, è da ritenere privo della potestà di esserne il capo⁵¹ e che, per conseguenza, manca della *testamenti factio* attiva. Questo, ritengo, il dubbio, che si sono posti Cicerone e l'*Auctor ad Herennium*. I quali si sono perciò domandati se al condannato alla *poena cullei* non sia applicabile per analogia la legge delle Dodici tavole sul *furiosus*: personaggio a sua volta privo di potestà sulla *familia*, cioè non più soggetto giuridico, non più capace di fare testamento.

Se questa congettura è attendibile, ecco profilarsi un altro indizio del buon fondamento di una ipotesi alla cui formulazione sono giunto, in passato⁵², per tutt'altra via. Le *XII tabulae* nulla disposero in ordine alla *familia* del *furiosus* (inteso, ripeto, come pazzo evidente e praticamente inguaribile), perché era scontatissima tradizione che egli, alla stessa guisa di un *captus ab hoste*, perdesse la situazione giuridica di *paterfamilias* e perché era, quindi, incontestato che il suo patrimonio si aprisse alla successione, a cominciare da quella dei *sui heredes*⁵³. Le *XII tabulae*

dizione civilistica antica», significa implicare che Sabino, nel sec. I d.C., abbia gabellato per valevole ai suoi tempi ciò che valeva cinque secoli prima. ⁵⁰ Cfr. ZUCCOTTI (nt. 4) 261, che giunge a definire il parricida una sorta di « *nefas vivente* »: affermazione forse alquanto esagerata. ⁵¹ Ciò vale sia nell'ipotesi di un *filius* che ha ucciso il *paterfamilias* (e vuol subentrare al suo posto), sia nell'ipotesi di un figlio, che sia già *paterfamilias* e che abbia ucciso la madre (il caso di Malleolo).

⁵² GUARINO, *Il « furiosus »* (nt. 43), spec. 251 s. ⁵³ Mi spiace di dovermi, in questo articolo, scontrare spesso con uno studioso diligente come il DILIBERTO (nt. 3), ma non posso fare a meno di osservare che, se non sono io a veder male, la sua ipotesi (già accennata *retro* nt. 30) sulle sorti della *familia* del *furiosus* assolutamente non regge. Secondo il DILIBERTO, 98 ss., in ordine alla *familia* del *furiosus* non si verificava una successione ereditaria, né definitiva (come sostengo io), né tanto meno

intervenero su questo regime tradizionale al solo scopo di stabilire che la persona fisica del *furiosus* (il quale, a differenza del *captus ab hoste*, era ben vivo e presente in Roma) cadesse in ogni caso sotto la *potestas* degli *adgnati gentilesque*⁵⁴ e che a questi spettasse, per compenso dell'onere assunto, la *pecunia* di sua pertinenza⁵⁵⁻⁵⁶.

ANTONIO GUARINO

provvisoria e reversibile (come sostengono, poco credibilmente, altri autori), ma si apriva, non prevista (si noti) da nessuna particolare legge, una gestione conservativa affidata agli stessi *adgnati gentilesque*: pertanto costoro ben potevano porre in essere « le normali operazioni gestorie relative al patrimonio del *furiosus* » (ciò perché titolari della *potestas in pecunia eius*), ma è pensabile che « non potessero manciare le *res* (sc. *mancipi*) *furiosi* ». La conseguenza più singolare di questa costruzione, riguarda i *fili* del folle, dei quali il Diliberto (p. 102) pensa che, « pur non diventando *sui iuris* sino alla morte del proprio *pater*, non venissero nemmeno attratti sotto la *potestas* degli *adgnati* insieme alla persona del *furiosus*»: che fossero, dunque, tuttora e sempre *fili in potestate*, ma *fili* privi di un esercente la *patria potestas* su loro, e cioè esenti da subordinazione a disciplina domestica (per esempio, da subordinazione al *ius vendendi*, al *ius noxae dandi*, al *ius vitae ac necis*), impossibilitati ad essere emancipati e (specie le femmine) a sposarsi, allevati e nutriti non si sa da chi ecc. Né vale appellarsi, per sorreggere questa teoria, alla situazione del *captus ab hostibus* (v. p. 103 ss.): infatti quando il cittadino romano era catturato dal nemico e perdeva perciò la capacità giuridica (v. *retro* nt. 48), sul suo patrimonio la successione si apriva, i figli di primo grado diventavano *sui iuris* ecc., e il successivo *postliminium*, se e in quanto aveva luogo, implicava il ripristino della sua perduta (o, secondo alcuni, con riferimento ad età più avanzata, sospesa) situazione di *paterfamilias* (v. per tutti: L. AMIRANTE, s. v. *Postliminio* [*dir. rom.*], in *NNDI*. [1968] 430 ss.).⁵³ Come sappiamo, anche nella legge relativa alla successione intestata le XII tavole non disponevano che in primo luogo venissero i *sui heredes*: questo era un principio tradizionale del tutto ovvio. La previsione della legge decemvirale è relativa all'ipotesi che *suus heres nec escit*.⁵⁴ In mancanza di che, il *furiosus* sarebbe stato abbandonato a se stesso.⁵⁵ Per me è evidente che la *pecunia* era costituita dalle *res nec mancipi*. Non così per il DILIBERTO (nt. 3) 49 ss., il quale sviluppa una sua propria teoria. A me è comunque sufficiente, in questa sede, prendere atto che anche per il Diliberto la *pecunia* era la « non *familia* » (v. *retro* nt. 30).⁵⁶ Aggiunta alla nt. 13. Sui passi di Cicerone e dell'*Auctor ad Herennium* v. altresì le considerazioni di O. DILIBERTO, *Il testamento del matricida*, in *SUC.* 52 (1988) 177 ss. (articolo che ho ricevuto in estratto, per cortesia dell'autore, dopo la composizione tipografica delle presenti note).