

« AST EI CUSTOS NEC ESCIT »

1. — L'*Auct. ad Herenn.* (1.13.23) e Cicerone (*de invent.* 2.50. 148) danno il modo di conoscere la formulazione della norma delle XII tavole relativa alla *potestas* sulla persona e sulla *pecunia* del *furiosus* (cd. *cura furiosi*): « *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto* ».

Non intendo discutere il problema circa l'attendibilità o meno di questa formulazione: problema che, allo stato degli atti, non può forse essere nemmeno prospettato, poiché né vi è motivo di critiche sostanziali nel testo¹, né esistono varianti da prendere in considerazione². L'unica questione che può sorgere è relativa alla clausola « *ast ei custos nec escit* », mancante nell'*Auct. ad Herenn.* ed in Cicerone, ma attestata da Festo con riferimento alle XII tavole, sebbene senza richiamo specifico alla disposizione sul *furiosus*³. Una sparutissima minoranza di autori⁴ inclina, per vero, a ritenere che essa non abbia nulla a che vedere col versetto decemvirale, ma omette di dare qualsiasi accenno di dimostrazione in proposito. Il Bruns⁵, seguito dubitativamente

* In *SDHI.* 10 (1944) 374 ss.

¹ Contro le idee della *communis opinio* in ordine al *furiosus*, accolte in questo studio al n. 3, v. la critica svolta in *Il « furiosus » e il « prodigus » nelle « XII tabulae »*, in *AUCT.* 3 (1949) 194 ss.

² Per considerazioni connesse con lo studio della *tab.* 5.3-4 (cfr. RICCOBONO, *FIRA.* I² 39 s.), il SOLAZZI, *Diritto ereditario* 1.44, sospetta che *pecunia* vada corretto in *familia* (nel senso di complesso di cose corporali, *mancipi* e *nec mancipi*, facenti parte del patrimonio del *furiosus*); così anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*⁶ 503 ed edizioni precedenti (ma v. ora, conforme alla lezione ciceroniana, *Ist.*⁸ 503). Contro l'emendamento, cfr. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in dir. romano* 1 (1942) 70 ss. (con considerazioni che però non condivido in gran parte). Della formula *adgnatum gentiliumque* fa fede Paul. D. 50.16.53 pr. (che modernizza *adgnatum* in *adgnatorum*).

³ Fest. sv. *Nec* [158 L.]: *Nec coniunctionem... positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII est: « ast ei custos nec escit ».*

⁴ DE FRANCISCI, in *BIDR.* 36 (1928) 56 nt. 3.

⁵ *Fontes* 1.24 (*tab.* V.7 b).

dal Riccobono⁶, pubblica la nostra clausola subito dopo la norma sul *furiosus*, ma separatamente e tra puntini sospensivi, avanzando l'ipotesi che essa si riferisse originariamente ai delitti del pazzo. La gran maggioranza⁷, invece, si accorda nell'inserire la clausola stessa nel vivo corpo del versetto (« *Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, rell.* »), riferendola alla necessità, per potersi dar luogo alla così detta *cura furiosi*, che il pazzo manchi di *custos*, cioè, secondo i più, di *paterfamilias* e di tutore⁸.

Io sono del parere che la clausola « *ast ei custos nec escit* » non facesse parte della legge decemvirale relativa al *furiosus*, né comunque avesse attinenza con essa. Non è possibile precisare o arguire a quale argomento essa realmente si riferisca. Sarà d'uopo collocarla, in attesa di una congettura convincente, tra i « *Fragmenta incertae sedis* » della legge delle XII tavole⁹.

2. — La tesi per cui la clausola « *ast ei custos nec escit* » avrebbe fatto parte di un versetto indipendente, relativo ai delitti del *furiosus*, è completamente gratuita, perché, come è stato giustamente osservato, la responsabilità o meno del *furiosus* per i delitti da lui commessi non poteva essere fatta dipendere dalla mancanza del *custos*. D'altra parte, questa tesi è destinata a subire la sorte di quella seguita dalla maggioranza, se dimostreremo o renderemo probabile che del *custos*, nel senso del *paterfamilias* o del tutore od altro, i decemviri non hanno fatto menzione¹⁰.

In verità, o si inserisce la nostra clausola nel punto in cui la dottrina dominante l'ha inserita, riconoscendole un plausibile significato, o viceversa la si deve allontanare del tutto dalla sfera della *cura furiosi*.

Il *punctum pruriens* attiene proprio al significato della clausola, che deve essere plausibile e nel contempo non ovvio. Dobbiamo inoltre renderci conto del motivo per cui l'*Auct. ad Herenn.* e Cicerone avrebbero omesso di riferirla.

⁶ FIRA. I² cit. 40 (*tab. V.7 b*).

⁷ Cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 1) 503.

⁸ Assurda è la tesi del KNIEP, *Gai inst. comm.* 2.2.117 ss., secondo cui *custos* sarebbe stato per i decemviri il *familiae emptor*, al quale la *cura furiosi* sarebbe stata affidata dal testatore. V. *contra* SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 140 nt. 2. Quanto alla tesi del Solazzi su *custos*, v. *infra* n. 5.

⁹ BRUNS, *cit.* (nt. 5) 39; RICCOBONO, *cit.* (nt. 1) 74.

¹⁰ Cfr. SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 142 s.

3. — I piú ritengono, come ho avvertito, che *custos* indichi il *paterfamilias* o il tutore del *furiosus*. Alla *cura furiosi* si fa luogo, in quanto il pazzo non sia già soggetto alla *patria potestas* o alla tutela, in quanto non sia *alieni iuris*, né, essendo *sui iuris*, sia impubere o femmina¹¹.

Giustissima interpretazione, ma che ha il difetto di dire cose ovvie, o comunque deducibili dai principî.

Che il *furiosus* non possa essere assoggettato alla *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati* e dei *gentiles*, quando già si trovi sotto la *potestas* del *pater*, è ovvio. Riferire al *paterfamilias* il termine *custos* sarebbe ingenuo, tanto piú che il *filiusfamilias* non ha certo una propria *pecunia* su cui possa esplicarsi la *potestas* del *curator furiosi*¹².

Rimane che *custos* si riferisca al tutore. Anche questa causa di esclusione della *cura furiosi* è impeccabile, ma anche per essa è da dire che, sebbene con minore facilità, la si può dedurre rigorosamente dai principî. Se accettiamo la *communis opinio*, il *furiosus* è talunò che attraversa uno stato di incapacità tanto improvviso quanto transitorio¹³ e la *potestas in eo pecuniaque eius* è strettamente limitata, come le parole fanno intendere, ad un potere di sorveglianza sulla persona e ad un potere sulla sua *pecunia*. Ben diversa ampiezza e ben distinto carattere ha la *tutela*, che è relativa ad uno stato normale e definito di incapacità e conferisce al tutore la possibilità di mettere il pupillo o la *mulier* in condizione di dover compiere qualsiasi atto giuridico solo mediante la interposizione della sua *auctoritas*¹⁴.

Essenzialmente è il carattere normale della *tutela*, in confronto col carattere eccezionale e transitorio della *cura furiosi*, che fa intendere come non si possa assoggettare alla *cura furiosi* chi, essendo diventato pazzo, sia tuttavia già soggetto alla *tutela*. Né in diritto arcaico né in diritto classico fu formulata la dottrina dei lucidi intervalli¹⁵, ma se si credette allora che la pazzia, una volta manifestatasi, dovesse

¹¹ Cfr. in particolare PEROZZI, *Istituzioni*² 1.524 nt. 2.

¹² Il fatto che il versetto parla di una *pecunia* del *furiosus* esclude *a priori* la riferibilità di esso al *paterfamilias*. Sono pertanto in disaccordo col PEROZZI, *cit.* (nt. 11), il quale, pur facendo questa giusta osservazione, ritiene tuttavia che *custos* indichi e il tutore e il *paterfamilias*.

¹³ Cfr. BONFANTE, *Corso* 1.473.

¹⁴ Cfr. BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 439 ss. In epoca classica, tanto la tutela quanto la *cura furiosi* si ridussero al lato prevalentemente patrimoniale: BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 439, 478.

¹⁵ Cfr. BONFANTE, *cit.* (nt. 13) 473 ss., 482.

durare in continuazione, e non potesse cessare per poi riprendere, senza apparente regolarità, ebbene tra il tutore dell'impubere e della *mulier* ed il *curator furiosi* vi sarebbe dovuto essere un increscioso dare ed avere dei relativi protetti, secondo che l'impubere e la *mulier* si rivelassero o meno folli.

Insomma, la prevalenza della *tutela* sulla *cura furiosi* è una conclusione cui può giungersi per molte vie, non aspre e difficili, argomentando da vari principi. Possibile che i decemviri, così laconici nelle loro formulazioni, abbiano sentito la necessità di escludere esplicitamente il caso della esistenza di un *tutor del furiosus*¹⁶?

4. — Potrei a questo punto far valere l'argomento del silenzio dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone in ordine alla clausola « *ast ei custos nec escit* ». Ma riconosco che, da solo, l'argomento varrebbe assai poco¹⁷. Anzitutto esso farebbe piena prova soltanto per il periodo della fine della repubblica, non per quello cui si fa risalire la emanazione delle leggi decemvirali. Secondariamente potrebbe opporsi che l'uno e l'altro autore (tanto più che il secondo ricalca con tutta evidenza l'esposizione del primo) non hanno fatto menzione del versetto per brevità, perché non strettamente pertinente alla fattispecie discussa¹⁸: cosa per vero plausibile, tanto più che negli stessi passi e pro-

¹⁶ Nulla vi sarebbe da obiettare, se trovassimo la clausola già inserita nel posto che la dottrina dominante le assegna. È il fatto di non trovarla in quel posto che legittima il nostro sospetto.

¹⁷ Non lo rafforzerebbe il fatto che l'*Auct. ad Herennium* e Cicerone sono, come oggi comunemente si pensa, due autori diversi, e che ambedue citano la clausola nella stessa maniera, perché è troppo evidente che il *de inventione* di Cicerone è stato condotto sulla falsariga della *Rhetorica ad Herennium*. Cfr., su questi problemi, MARCHESI, *Storia della letteratura latina* 1.185, 286 ss.

¹⁸ Infatti, nel passo dell'*Auct. ad Herenn.* ed in Cicerone (*de invent.* 2.50.149) il versetto delle dodici tavole sul *furiosus* è invocato dagli « *adgnati* » (così Cicerone; l'*Auct. ad Herenn.* parla del *frater minor*) di un condannato alla *poena cullei*, per sostenere che il testamento fatto da costui dopo la condanna sia nullo (sì che deve farsi luogo alla successione in base alla norma « *si intestato moritur, rell.* »), avendolo egli redatto in istato di incapacità analogo a quello del *furiosus*. È evidente, perciò, che gli *adgnati* del parricida non avevano alcun interesse ad invocare la clausola « *ast ei custos nec escit* », bastando a sufficienza il resto del versetto a giustificare l'incapacità del condannato ed il loro prevalente diritto alla successione *ab intestato*. È altrettanto evidente, ciò dato, che l'*Auct. ad Herenn.* e Cicerone potrebbero benissimo aver ommesso per brevità di riferire una clausola assolutamente non pertinente alla fattispecie rappresentata.

prio per ragioni di brevità è stata omessa in un altro versetto decemvirale una clausola di capitale importanza¹⁹.

Ma vi è un testo, a mio parere, che risolve ogni dubbio.

D. 26.1.3 pr. (Ulp. 37 *ad Sab.*): ... *pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probata. eoque iure utimur ... quia lex XII tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*²⁰.

Quinto Mucio, ch'era un giurista certo aggiornato, esprimeva il parere, intorno ai tempi dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone, che la legge decemvirale relativa al *furiosus* non fosse applicabile quando già il pazzo si trovasse sotto tutela. Segno evidente, mi pare, che verso la fine della repubblica nessuno, nemmeno il più colto giurista, conosceva la clausola « *ast ei custos nec escit* » o aveva sentito dire che essa era appartenuta in passato al testo decemvirale.

Quando è così possiamo concludere che nel testo delle XII tavole conosciuto nel II e I sec. a. C. la clausola « *ast ei custos nec escit* » non figurava nel corpo del versetto relativo alla *cura furiosi*. Resta allo stato di forte probabilità che detta clausola non abbia mai fatto parte, sin dalle origini, del versetto.

5. — Senonché, sinora abbiamo ragionato sulla base di questa premessa: che *custos* altri non possa essere, se non il *paterfamilias* o il tutore. Questa opinione è fortemente contrastata dal Solazzi²¹, il quale assume: 1) che *custos* non possa essere né il *paterfamilias* né il tutore; 2) che *custos* sia l'*heres suus*, il quale pertanto sarebbe venuto ad essere, nel sistema delle XII tavole, il primo titolare della *potestas* sulla persona e sulla *pecunia* del *furiosus*²².

¹⁹ Cioè la clausola « *cui suus heres nec escit* », omessa nel versetto « *si intestato moritur, rell.* » proprio perché qui la questione successoria era mossa dagli *adgnati* del *de cuius*, mancando evidentemente un *suus heres*: su questa spiegazione, v. GUARINO, *Rc. a LEPRI*, in *SDHI.* 10 (1944) 406 ss.

²⁰ V. su questo passo la copiosa letteratura riportata in *Index itp. ahl.*; adde SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 142, su cui v. *infra* n. 6. Ho riportato le sole frasi che mi interessano, che sono assolutamente sicure. Il BESELER, *Beitr.* 4.90, ed il SOLAZZI, propongono la sostituzione di *mulier* a *pupilla*.

²¹ *Cit.* (nt. 1) 140 ss.

²² *Cit.* (nt. 1) 143: « *Ast ei custos nec escit* riserva al *suus heres*, cioè al fratello del furioso, l'ufficio della custodia; ma poiché un *suus heres* capace può mancare o venir meno (il *suus heres* è morto prima che il fratello impazzisse), la legge deferisce il potere sul furioso agli agnati e ai gentili ».

Questa tesi è avvincente, ma, a mio giudizio, del tutto erronea.

Secondo il Solazzi, il riferimento di *custos* al *paterfamilias* è troppo ovvio perché i decemviri abbiano potuto farlo. Giusto. Ma, continua il Solazzi, anche il riferimento al *tutor* è inammissibile « perché nel sistema della legge decemvirale l'ipotesi che non vi sia nessun tutore è irrealizzabile »: « potrà mancare il tutore nominato dal padre nel testamento, potrà mancare l'erede-tutore, ma è fuori della normale probabilità che manchino completamente gli agnati e i gentili ».

In queste ultime affermazioni vi è un equivoco, che falsa del tutto le premesse da cui parte l'illustre romanista. Il tutore non può mai mancare, in pratica, quando vi sia luogo alla nomina di un tutore, ma il tutore manca certamente, e sempre, quando luogo alla sua nomina non v'è, cioè quando la persona di cui si tratta sia maschio *sui iuris* e pubere. Con il termine *custos* i decemviri non avrebbero certamente alluso, se lo avessero impiegato, alla mancanza di un tutore dell'impubere o della *mulier*, eventualità praticamente irrealizzabile, ma avrebbero ragionevolmente alluso al caso in cui non si fa luogo alla nomina del tutore. « Se perde la ragione, e non sia già soggetto a tutela (perché impubere o donna), gli agnati e i gentili abbiano la *potestas in eo pecuniaque eius* ».

Da escludere, ciò posto, è che *custos* potesse indicare esclusivamente il *suus heres*, designandolo come primo titolare, con preferenza sugli agnati e i gentili, della *potestas in eo pecuniaque eius* (sc. *furiosi*). Questa tesi del Solazzi, oltre che partire da un presupposto errato, urta proprio contro l'altra tesi, ben nota, dello stesso autore²³, per cui le XII tavole affidarono la tutela (*legitima*) degli impuberi e delle donne anzitutto al *suus heres*²⁴. Se per la legge decemvirale valeva, come opina il Solazzi, la duplice identità « *suus heres = tutor* » e « *suus heres = custos (curator furiosi)* », è evidente che i decemviri, statuendo che la *cura furiosi* sarebbe spettata ad *agnati* e *gentiles* in quanto non vi fosse stato un *custos* (= *suus heres*), sarebbero venuti per l'appunto a stabilire che la *cura* spettasse agli agnati e ai gentili in quanto non vi fosse stato un *tutor* (= *suus heres*). È evidente cioè che il *suus heres* sarebbe stato menzionato in quanto avente le funzioni di *tutor*.

²³ La legge delle XII tavole sulla tutela ecc., in *Scr. Arnò* 46 ss.

²⁴ Contro questa tesi, v. gli autori citati dal SOLAZZI, *cit.* (nt. 1) 125 ss. (con replica).

Per chi segua l'opinione che, nel sistema delle XII tavole, la tutela non spettava al *suus heres*, ma esclusivamente agli *adgnati* e ai *gentiles*, ancor piú facile è ripudiare la tesi solazziana relativa al *curator furiosi*. Infatti non è seriamente ammissibile che il *suus heres* possa essere stato titolare della *cura* sul *pater furioso*, e non anche della tutela sul fratello imputere o sulle sorelle.

Ma se anche vogliamo superare l'intima contraddizione che inquina la impostazione della teoria del Solazzi, domandandoci se per caso la clausola « *ast ei custos nec escit* » aveva lo scopo di affidare la cura del *furiosus* pubere e maschio anzitutto al *suus heres*, egualmente dovremmo concludere per la negativa. Anzitutto vi sarebbe stata della confusione implicata dall'unico termine *custos*, che non avrebbe potuto, in tal caso, alludere soltanto al *suus heres* e non anche al *tutor*: il presunto *suus heres-curator* sarebbe stato designato con un termine che non metteva in evidenza la sua posizione di *curator*, né metteva in luce la differenza tra le funzioni di curatore e quelle di tutore. La clausola « *ast ei custos nec escit* » avrebbe posto in rilievo, in ogni caso, la diversità della funzione del *tutor* e del *suus heres-curator* di fronte a quella degli *adgnati* e dei *gentiles*: ma allora sarebbe stata necessaria un'altra norma, a noi del tutto ignota, la quale precisasse in che cosa le funzioni del *custos-suus heres* differissero dalla *potestas in eo pecuniaque eius* degli agnati e gentili. Per ammettere che quest'ulteriore norma non fosse necessaria e che le funzioni del *suus heres* nei riguardi del *furiosus* fossero identiche a quelle degli *adgnati* e dei *gentiles* (*potestas in eo pecuniaque eius*) dovremmo supporre che la clausola decemvirale parlasse distintamente di *custos* e di *suus heres* (« *ast ei custos nec escit nec suus heres escit* »).

Voglio, comunque, concedere la piú improbabile delle eventualità: il termine *custos* non allude al tutore perché sarebbe troppo ovvio, dunque allude a qualche altro (*suus heres*). Ma anche in questa inverosimile eventualità vien subito fatto di dedurre: se il *suus heres* non è indicato come *suus heres* ma come *custos*, ciò significa che la sua *potestas* sul *furiosus* (*custodia*) differisce da quella degli *adgnati* e dei *gentiles* (*potestas in eo pecuniaque eius*). Ma allora qual è la differenza? *Custos* indica una funzione, non una persona o una categoria di persone. Se così è, bisogna dimostrare, con argomenti tratti al di fuori della clausola « *ast ei custos nec escit* », che il *suus heres* è *custos furiosi*, o che la *custodia furiosi* differisce sostanzialmente dalla *potestas in eo pecuniaque eius* degli *adgnati* e dei *gentiles*.

6. — Il ripudio della tesi solazziana (*custos* = *suus heres*) conferma la non essenzialità della clausola « *ast ei custos nec escit* » nel versetto relativo al *furiosus*. Non può negarsi che i decemviri l'abbiano scritta (riferendosi, beninteso, al *tutor*), ma può escludersi che essa sopravvisse nel testo delle XII tavole corrente all'epoca di Cicerone, e sopra tutto di Quinto Mucio, che palesemente la ignora.

Da D. 26.1.3 pr., in verità, il Solazzi²⁵ trae conseguenze ben diverse dalle nostre. Se fu necessario, egli argomenta, il parere di Mucio e di altri per far trionfare la tesi della esclusione del pupillo e della donna *furiosi* alla sottoposizione a *cura*, ciò significa che la clausola « *ast ei custos nec escit* » non era interpretata, ai tempi di Quinto Mucio, come relativa al tutore. Tuttavia è da opporre, caduta la asserita identità « *suus heres* = *custos* », che Quinto Mucio non avrebbe potuto aver dubbi nell'interpretare la nostra clausola, se vi fosse stata, anzi l'avrebbe senz'altro citata, ed anzi nessuno avrebbe posto una domanda così insulsa. Se Quinto Mucio ha espresso una *sententia* circa l'esclusione della *mulier* e dell'impubere dalla *cura furiosi*, segno è che né il suo interrogante né lui conoscevano la clausola. Il che, aggiunto al silenzio mantenuto in proposito da Cicerone e dall'*Auct. ad Herenn.*, nonché al fatto che Festo riferisce la nostra clausola genericamente alle XII tavole, ma non specificamente al versetto sul *furiosus*²⁶, induce a concludere senza esitazione nel senso da me sostenuto²⁷.

²⁵ *Cit.* (nt. 1) 142.

²⁶ Cfr. *retro* n. 5.

²⁷ Se ammettessimo che la clausola « *ast ei custos nec escit* » facesse parte dell'originario testo decemvirale, ma non sia giunta sino all'*Auct. ad Herenn.*, a Cicerone e a Mucio, potremmo trovare una conferma della *communis opinio*, per cui il testo delle XII tavole, pur essendo inciso su tavole di bronzo nel Foro, non era tuttavia più quello degli antichi tempi, ma ne differiva sensibilmente nella forma e forse (causa l'incomprensione crescente del vecchio linguaggio e l'evoluzione progressiva del sistema giuridico) anche nella sostanza. Ma l'appartenenza della nostra clausola alla disposizione relativa al *furiosus* è una mera possibilità, che non può essere del tutto esclusa, ma non può essere nemmeno caldeggiata. Più probabile è, in questo caso, l'ipotesi inversa, non solo per le varie ragioni accennate sinora, ma anche perché è poco credibile che la clausola sia potuta man mano scomparire nel ricordo, dato che, pur esprimendo un principio non difficilmente formulabile, non dichiarava tuttavia cosa assolutamente ovvia. Il che sia detto sempre ipotizzando che il testo delle XII tavole sia stato davvero (come la tradizione assicura) un testo di legge « definitivo », e quindi immutabile.