

4. — Rimane, in conclusione, che, ai sensi della *lex XII tabularum*, « *adgnatus* » stava ad indicare i parenti collaterali del soggetto giuridico, ed essi soltanto. Può chiedersi soltanto se i discendenti *in potestate* fossero già allora tecnicamente denominati, nel caso di successione ereditaria, « *sui heredes* », come largamente lo furono da Q. Mucio in poi. E, forse, la tesi piú plausibile è che essi fossero designati semplicemente « (*fili*) *sui* »²⁵: ragion per cui la traduzione esatta dell'inciso « *cui suus heres nec escit* » potrebbe essere « cui nessun *sui* sia *heres* ». La terminologia « *sui heres* » è derivata dalla sostantivazione di « *heres* » nella prassi del linguaggio giuridico.

POSTILLA PRIMA: « *FAMILIA PECUNIAQUE* ».

1. Trattazione vivace ed interessante, quella della Lepri, ma alquanto esuberante nelle affermazioni — a volte imprecise, a volte inadeguatamente dimostrate —, nonché (se è lecito notare questi particolari) assai poco curata nella stampa. L'A. vi conferma le sue belle doti di ingegno, ma mostra eccessiva precipitazione — talvolta, forse, inconsideratezza — nello svolgimento del tema suggestivo: il che tanto piú dispiace, in quanto che ad essa va il merito di averlo saputo impostare in una maniera nuova, che è la piú semplice e la piú logica di tutte.

La questione è, in buona sostanza, questa: quale è la formulazione piú attendibile dei tre noti versetti delle XII tavole relativi alla *cura furiosi*, al « *legare* » del *paterfamilias* ed alla successione intestata? Molti avevano sinora discusso unitariamente questo problema, a causa del visibile nesso che è determinato fra i tre versetti dall'uso degli ancora non perfettamente chiariti termini di *familia* e di *pecunia*: io stesso me ne sto occupando, da qualche tempo, e spero di poter in breve pubblicare le mie personali vedute su questi e altri argomenti affini del diritto decemvirale. Con questa monografia l'a. riprende la questione da un angolo visuale degno della massima nota, perché realmente ed effi-

mente i collaterali del pupillo: *quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores* (Gai 1.155).

²⁵ Cfr. KIRK, « *Sui heres* », in ZSS. 58 (1938) 161.

* In SDHI. 10 (1944) 406 ss. Recensione a LEPRI M.F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. 1. Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone* (Firenze 1942).

cacemente unitario: essa si pone cioè dal punto di vista dell'unico passo di Cicerone (e dell'*Auctor ad Herennium*) ove i tre versetti sono riferiti, assumendo giustamente che molto della risoluzione del problema deve pur dipendere da questo dato di fatto tanto spesso negletto.

Purtroppo, peraltro, è la stessa a. che, dopo aver prescelto quest'ottima fra le impostazioni del tema, mostra a sua volta di negligerla, surrogandola inaspettatamente con un preconcetto altrettanto vago quanto arbitrario: l'attendibilità assoluta di Cicerone. Tanto è vero quello che dico, che, non senza stupore, avviene al lettore di non trovare mai, dico mai, riferito e discusso per intero il brano di Cicerone (e quello corrispondente dell'*Auct. ad Herennium*), che forma, o dovrebbe formare, il perno della trattazione. È una lacuna che reputo doveroso colmare senza indugio.

Cic. *de inv.* 2.50.148 (cfr. *Auct. ad Herenn.* 1.13.23): *Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: Lex: « Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto ». Et lex: « Paterfamilias, uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto ». Et lex: « Si intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto ».* (Cfr. inoltre Cic. *eod.* 149 a confronto con il seguito del passo dell'*Auct. ad Herennium*).

2. È noto che la comune dottrina, mentre accoglie il primo versetto (ove peraltro molti inseriscono la clausola « *ast ei custos nec escit* » di cui parla Festo sv. « *nec* »: sul punto, cfr. Guarino, in *SDHI.* 10 [1944] 374 ss.), ripudia gli altri due. Al terzo versetto si preferisce la formulazione di Coll. 16.4.1-2 (= Ulp. *reg.* 26.1-1 a: « *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento* »); quanto al secondo, si discute se la formulazione originaria fosse « *Uti legassit suae rei i. i. e.* » (Gai 2.224, Inst. 2.22 pr., Theoph. *par. ahl.*; cfr. Pomp. D. 50.16.53 pr.; con varianti, Nov. Iust. 22.2 pr.), oppure « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei i. i. e.* » (Ulp. *reg.* 11.14; cfr. Paul. D. 50.16.53 pr.).

L'a. — come già ho avvertito — taglia corto ad ogni dubbio, assumendo che le formulazioni ciceroniane sono le sole esatte e genuine, e dedicandosi a spiegarne contenuto e portata.

Le considerazioni generali da cui prende le mosse la dimostrazione dell'a. hanno valore — in gran parte — soltanto apparente. L'attendibilità di Cicerone, in quanto giureconsulto e magistrato, anche se ammissibile, non può essere invocata per il *de inventione*, che l'arpinate compose poco più che ventenne, quando ancora non aveva iniziato il

cursus honorum. D'altro canto il *de inventione* ci presenta un Cicerone retore, non un Cicerone giurista, e per di piú un Cicerone fresco di scuola, che ricalca, ampliandone e moltiplicandone gli argomenti, la parte dedicata alla *inventio* nella *Rhetorica ad Herennium*.

La Lepri non ha tenuto presente che, secondo la piú comune dottrina, la *Rhetorica ad Herennium* non deve essere attribuita a Cicerone, ma agli anni della maturità di Cornificio, una delle fonti citate da Quintiliano. Questa notissima tesi storico-letteraria potrebbe rafforzare a primo aspetto la sua argomentazione (nel senso che non è un solo autore in due opere distinte, ma sono due diversi autori a riportare nell'identico modo gli stessi versetti), ma vi è da considerare — ripeto — che Cicerone ha palesemente ricalcato l'*Auct. ad Herennium*, e che questi cita le leggi da retore, non da giurista.

Non per ciò diremo che non si debba credere alla testimonianza delle due fonti retoriche. L'*Auct. ad Herenn.* non aveva ragione alcuna per inventarsi i versetti delle XII tavole; Cicerone li ha sempre, entro certi limiti, controllati, tanto piú che li aveva imparati a memoria da piccolo (*de leg.* 2.23.59). Tuttavia osserveremo: *a*) che si tratta, sino a prova contraria, della redazione delle XII tavole corrente nell'epoca repubblicana, non della redazione originaria; *b*) che si tratta del testo delle XII tavole noto agli ambienti di cultura generale (retori, scuole retoriche), non certo di quello tenuto presente dai pontefici, dai magistrati, dai giuristi; *c*) che il *carmen necessarium* della puerizia ciceroniana sta, un po', alle XII tavole come la dottrina cristiana, che i nostri bambini imparano per la prima comunione, sta ai Vangeli e ai dogmi della Chiesa; *d*) che all'*Auct. ad Herenn.* importava citare, per la discussione del proprio esempio di *controversia ex ratiocinatione*, soltanto quanto fosse necessario, dei tre versetti decemvirali, per la soluzione del caso discusso.

Io concederei pertanto una presunzione di verità alle testimonianze dell'*Auct. ad Herenn.* e di Cicerone, ma entro limiti ragionevoli; e, diversamente dall'a., mi preoccuperei anche di vedere se e quali influenze abbia potuto esercitare sulla citazione dei tre versetti la discussione del *casus* che sta a base dell'esempio di *controversia ex ratiocinatione*. Il quale *casus* era, in breve, questo: un *quidam* (l'*Auct.* parla di un *Malleolus*) uccide un suo *parens* (l'*Auct.* parla della *mater*) ed è condannato alla *poena cullei*; in attesa della esecuzione egli fa testamento in carcere; lui morto, gli *heredes scripti* vogliono succedere in base alla norma « *uti legassit* », ma gli « *adgnati* » di lui (l'*Auct.* parla del *frater minor* di *Malleolus*) oppongono il proprio diritto di succedere *ab inte-*

stato in base alla norma « *si intestato moritur* » e citano — evidentemente per negare la *testamenti factio* attiva del condannato — il versetto « *si furiosus escit* ».

3. La lettura del *casus* esposto dall'*Auct. ad Herenn.* (*casus* che potrebbe anche essersi verificato realmente, mentre Cicerone lo generalizza, almeno sino a un certo punto) ci dà il modo di risolvere senza soverchio sforzo una delle piú gravi controversie impostate a proposito del terzo versetto: la mancanza della clausola « *cui suus heres nec escit* », che pur trova amplissima conferma in tutti i testi a nostra disposizione. A mio parere, la predetta clausola non è stata ricordata per ragioni di brevità, perché non pertinente al *casus* discusso, che era relativo alla richiesta di succedere *ab intestato* fatto da un *frater minor* del *de cuius*, come dice l'*Auct. ad Herenn.*, cioè da un suo *adgnatus*, come spiega generalizzando Cicerone.

Cade, pertanto, sia in forza di questo rilievo, sia in seguito alla mancanza (almeno da parte nostra) del denunciato preconetto di attendibilità a tutti i costi delle versioni di Cicerone e dell'*Auct. ad Herennium*, la necessità, cui obbedisce l'a., di dimostrare una cosa indimostrabile: di dimostrare cioè, nientedimeno, che originariamente gli *adgnati* erano i soli *fili in potestate*, mentre gli altri parenti erano contenuti nella categoria dei *gentiles*, e che per conseguenza la nozione di *suus heres* si sarebbe affermata posteriormente alle XII tavole (cfr. p. 49 ss.). D'altro canto, e per gli stessi motivi, la nostra spiegazione rivela ingiusta l'accusa mossa a Cicerone (ed all'*Auct. ad Herennium*) da molti autori, di essere incorsi in una grave dimenticanza o, peggio, in un grave strafalcione giuridico.

Del resto — necessità o meno di giustificare Cicerone — la tesi dell'a. circa la origine della distinzione tra *sui heredes* ed *adgnati* non è assolutamente da accogliere, anche perché basata su testi di evidentissima marca postclassica, come ho cercato di dimostrare altrove (nell'articolo *Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*, in *SDHI.* 10 [1944] 275 ss.).

Ma la tesi principale dell'a. attiene alla formula *familia pecuniaque*, che essa ritiene genuina, ed alla spiegazione (sinoggi tanto controversa) dei due termini di questa formula. Per l'a. *familia* starebbe ad indicare l'elemento umano della società domestica, il complesso delle persone soggette alla *manus* (originariamente indifferenziata) del *paterfamilias*; *pecunia* significherebbe, invece, l'elemento non umano della famiglia, il complesso dei beni materiali di essa « espresso in funzione del valore di scambio » (quindi: tanto le *res mancipi*, schiavi esclusi perché rien-

tranti nell'elemento umano della società domestica, quanto le *res nec Mancipi*) (cfr. p. 20 ss.).

E qui mi pare che l'a., pur errando, abbia per lo meno imbroggato la via giusta. Sottoscrivo pienamente l'affermazione circa il carattere genuino della formula *familia pecuniaque*, che — come mi riprometto di dimostrare altrove — è l'unica che valga a spiegare molti misteri non ancora chiariti dell'antico diritto successorio, ivi compreso quello della titolarità della *tutela legitima*. Tuttavia l'a. ha errato certamente, io credo, nel ripartire la categoria antichissima delle *res Mancipi* tra la *familia* e la *pecunia*: da questo punto di vista, molto meglio hanno operato quegli autori che hanno incluso tutte le *res* in senso storico (*Mancipi* e *nec Mancipi*) nel concetto di *familia*, escludendo la *pecunia*, o che hanno identificato la *familia* con le *res Mancipi* e la *pecunia* con le *res nec Mancipi*. Io sono convinto che, per le Dodici tavole, nella *pecunia* rientrassero le sole *res nec Mancipi*, mentre nella *familia* rientrava tutto il complesso dei componenti la società domestica soggetti alla *manus* del *pater* (e anche sotto questo profilo la Lepri ha visto bene), nonché i beni materiali necessari alla vita della società domestica stessa (*res Mancipi*, schiavi compresi). Questa tesi, non nuovissima, è intimamente legata, per me, a quella della genuinità di *familia pecuniaque*.

Quanto al versetto « *paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, i. i. e.* », io condivido pertanto, sebbene per motivi alquanto diversi, la opinione che esso rappresenti il sistema delle XII tavole molto meglio delle varianti a noi note. Non mi convince, peraltro, la condanna spietata, che l'a. opera in ordine ai testi che portano le varianti. È certo che le varianti in parola non hanno niente a che fare con il testo decemvirale, ma è pur certo che esse (sopra tutto la variante « *suae rei* » o « *de sua re* ») corrispondono meglio del versetto ciceroniano allo stato del diritto romano classico. Nell'epoca classica, perdutosi l'originario significato di *familia*, le Dodici tavole furono citate *ad sensum*: una formulazione più generale fu quella « *suae rei* », attestata da Gaio e da Pomponio, e raccolta da Giustiniano; una formulazione più vicina esteriormente all'originale, ma comunque strettamente imparentata nella sostanza con la prima, fu quella « *super pecunia tutelave suae rei* », ove la menzione della tutela fa la sua apparizione anche perché i testi relativi (di Ulp. *reg.* e di Paolo) si occupano specificamente di quell'istituto.