

LE « XII TABULAE » E LA « TUTELA »

1. — Non ho intenzione, almeno in questa sede¹, di addentrarmi nel grave problema di una ricostruzione del sistema ereditario arcaico, né, quindi, di prendere posizione in un senso piuttosto che in un altro². Perseguo, invece, lo scopo più limitato di contribuire alla storia della *tutela* (*impuberum, mulierum*), fissando il testo ed il senso, a mio parere, più plausibili di alcune disposizioni delle *XII tabulae*³.

La mia ipotesi si riassume nelle seguenti proposizioni: a) nel sistema delle XII tavole *impuberes* e *mulieres*, i primi sino alla pubertà e le seconde a vita, non erano *sui iuris*, ma *alieni iuris*, cioè membri di una *familia* e oggetto di una *potestas*, ad analogo titolo dei *filiifamilias*; b) morto il *paterfamilias*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres* passava alla persona designata nel testamento, in base al versetto « *paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* »; c) in mancanza di designazione testamentaria, trovava applicazione la norma « *si (paterfamilias) intestato moritur, cui suus heres nec escit, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto* », quindi la *potestas* sugli *impuberes* e sulle *mulieres* spettava all'*heres suus* (discendente maschio e pubere) o, subordinatamente, agli *adgnati* e ai *gentiles*. Ritengo, insomma, che alla *lex XII tabularum* fu estranea una disposizione speciale sulla *tutela*, e che questa, intesa come istituto autonomo di protezione e assistenza dei *sui iuris* incapaci di agire (*impuberes* e *mulieres*), venne successivamente a profilarsi attraverso l'*interpretatio* svolta dalla giurisprudenza pontificale e laica in ordine alle due norme decemvirali citate.

* In *S. Solazzi* (1948) 31 ss.

¹ Per il mio personale orientamento in materia, v. GUARINO, *Storia del diritto romano* (1948) n. 119, 129.

² Quadro e bibliografia della questione in MONIER, *Manuel élémentaire de dr. romain* 1⁶ (1947) 448 ss.; BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano* 1 (1946) 30 ss.

³ Quadro e bibliografia della questione in MONIER, *cit.* (nt. 2) 314 ss.

2. — L'affermazione che *impuberes* e *mulieres* non fossero, nel sistema delle *XII tabulae*, soggetti di diritti, ma oggetti di rapporti giuridici, ed in particolare oggetti di *potestas*, non è, in fondo, nuova, né vedo perché possa sorprendere. La riluttanza ad ammettere questa verità dipende principalmente, a mio avviso, dal fatto che non sempre si guarda al diritto arcaico senza preconcetti dipendenti da situazioni più evolute, determinatesi in epoche posteriori.

Che in epoca arcaica si sia potuto distinguere, sottilizzando, tra « incapacità di diritti », cioè assenza di soggettività giuridica, e « incapacità di agire », cioè titolarità della soggettività giuridica con la limitazione della impossibilità di compiere atti giuridici leciti, è cosa già di per sé poco convincente, oltre che in contrasto con i dati della comparazione⁴. Come è stato giustamente notato⁵, la logica primitiva doveva essere inevitabilmente portata ad assorbire nella incapacità giuridica ogni situazione di incapacità di agire; *ergo*, ad identificare la situazione delle *mulieres* e degli *impuberes*, *mortuo patre familias*, a quella dei *filiifamilias*.

Per quanto più specialmente concerne la valutazione degli *impuberes* e delle *mulieres* nell'epoca arcaica di Roma, in cui si inquadra la legislazione decemvirale, sono di decisiva importanza, ritengo, le seguenti considerazioni. a) Si sa e si ammette universalmente che la cd. *tutela* delle *XII tabulae* ebbe carattere meramente potestativo, ebbe cioè un contenuto di « *vis ac potestas* »⁶. Se si trattò di *potestas* e se *potestas* fu anche quella del *pater sui filii*, ne consegue che dobbiamo ritenere, sino a prova contraria, che la situazione giuridica degli *impuberes* e delle *mulieres* privi di ascendenti diretti dovette essere analoga a quella dei *filiifamilias*: che fu, cioè, una situazione di incapacità di diritti. b) È stato convincentemente dimostrato⁷ che la originaria incapacità di testare delle *mulieres* non può spiegarsi altrimenti, che pensando ad una arcaica

⁴ V. in proposito ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore*, in *Rivista* (1946) 156 ss.

⁵ Dall'ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 4).

⁶ Cfr. Paul. D. 26.1.1 pr.: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa* (cfr. anche I. 1.13.1). Prescindo dalla disamina critica del testo, sostanzialmente genuino (ma v., particolarmente, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. romano*⁹ [1947] 495 nt. 3): è più che evidente in esso, la fusione del concetto antico con quello più moderno dell'istituto.

⁷ Dal VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in *BIDR.* 48 (1942) 74 ss.

situazione di perpetua incapacità di diritti delle stesse. c) È stato altrettanto convincentemente dimostrato⁸ che l'arcaica qualifica del cd. sostituto pupillare come erede del testatore è indizio di una incapacità dell'*impuber* di essere erede e, più in generale, di una incapacità di diritti dello stesso⁹.

Prevedo le principali obiezioni a questa mia argomentazione. Si dirà che il parallelo con la *patria potestas* non è decisivo perché le *XII tabulae* parlano di *potestas* anche nei riguardi del *paterfamilias furiosus*¹⁰; ma che il *paterfamilias*, divenuto *furiosus*, rimanesse *sui iuris*, perdendo la sola capacità di agire, è un'altra di quelle prevenzioni, di cui non vedo il fondamento¹¹. Si dirà che, per quanto risulta, un versetto della legge decemvirale parlava per esplicito di «*tutela*»¹²; ma vedremo fra poco¹³ che la menzione espressa della *tutela* non corrisponde alla migliore tradizione di quel versetto.

A parte queste, altre obiezioni di un certo peso non so vederne. Viceversa, a conforto della mia tesi credo che un ulteriore argomento possa trarsi guardando all'*auctoritas tutoris*. In epoca storica questa era concepita come attività tutoria di integrazione della capacità del pupillo, ma nei tempi anteriori tutto fa credere che essa fosse un'attività di convalidazione di dichiarazioni di volontà emesse da una persona priva di capacità giuridica. Lo fa credere, più precisamente, il parallelo con l'*auctoritas patrum* nei riguardi dei *comitia centuriata*, se è vero che questi mancavano originariamente di ogni veste costituzionale¹⁴, e lo fa credere lo stesso parallelo con l'*auctoritas* anticamente dovuta dal *mancipio*

⁸ V. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, in *St. Bonfante* 3 (1929) 278 ss.; WOLFF, in *St. Riccobono* 2 (1931) 460 ss. Ma v., *contra*, ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 4), il quale peraltro principalmente combatte la identificazione del tutore con l'erede.

⁹ La tesi del LA PIRA, *cit.* (nt. 8) è vivacemente combattuta anche dal SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (1932) 136 ss., ma con argomenti poco convincenti, intimamente collegati con la discutibile tesi dell'originario carattere sovrano dell'*hereditas*.

¹⁰ Cfr., RICCOBONO, *FIRA*. I² 39 ss.: «*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*».

¹¹ Rimando, per l'argomentazione relativa, allo scritto *Il «furiosus» e il «prodigus» nelle XII tabulae*, in *AUCT.* 3 (1949) 194 ss.

¹² Cfr. RICCOBONO, *cit.* (nt. 10) 37 s.: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*».

¹³ V. *infra* n. 3.

¹⁴ V., sull'argomento, *La genesi storica dell'«auctoritas patrum»*, in *St. Solazzi* (1948) 21 ss. Si noti che, in quello studio, non ho prodotto, per giungere alle conclusioni ricordate nel testo, alcun argomento di analogia con l'*auctoritas tutoris*.

dans nei riguardi dell'*accipiens*, se è vero che costui mancava della soggettività giuridica rispetto al rapporto di proprietà che gli era stato trasferito¹⁵. Si noti, infine, che proprio la *lex XII tabularum* ebbe a stabilire che chi avesse mancipato a uno straniero, cioè a persona priva della soggettività, in Roma, fosse tenuto in perpetuo ad assumere su di sé la difesa dell'avvenuta alienazione: « *adversus hostem aeterna auctoritas* »¹⁶.

3. — Tutti sono d'accordo sul punto che, *mortuo patre familias*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres* passasse alla persona designata nel testamento¹⁷. Si discute circa la identificazione di questa persona, che i più ritengono fosse un qualunque *tutor ex testamento*, mentre altri sostengono fosse lo stesso *heres*¹⁸. Si discute altresì circa la formulazione del testo decemvirale, variamente tramandata dalle fonti. Pochi dubitano, comunque, di ciò: che *impuberes* e *mulieres* divenissero, con la scomparsa del *paterfamilias*, *sui iuris*, sebbene incapaci di agire, e che *heres ex testamento* potesse essere nominato, a stretto rigor di diritto, anche l'*impuber* o la *mulier*¹⁹.

Conformemente al mio limitato programma, cercherò qui di chiarire il solo punto relativo alla determinazione del testo della legge de-

¹⁵ Sull'*auctoritas* dell'alienante v., da ultimo, KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (1943) 88 ss. e *passim*.

¹⁶ Cfr. RICCOBONO, *cit.* (nt. 10) 44: « *Adversus hostem aeterna auctoritas (esto)* ».

¹⁷ Si controverte circa l'antiorità della tutela testamentaria a quella *legitima*: v., in proposito, MONIER, *cit.* (nt. 3).

¹⁸ Per la identificazione del *tutor ex testamento* con l'*heres*, v. BONFANTE, *Corso di dir. romano* 6 (1930) 118, e SOLAZZI, *La legge delle XII tavole sulla tutela ecc.*, in *Scr. Arnò* (1929) 46 ss.; nello stesso senso, con diversa argomentazione, il LA PIRA, *cit.* (nt. 8). Contro questa tesi, v. DE VISSCHER, in *Études de dr. romain* (1931) 103 ss., RABEL, in *ZSS.* 50 (1930) 317 ss., ARANGIO-RUIZ, *cit.* (nt. 4); ma v. anche le vigorose repliche del SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.128 ss. Come si vedrà (*infra* n. 4), per me l'*heres suus* aveva certamente, *ex lege XII*, la *potestas* su *impuberes* e *mulieres*. Non mi pronuncerò sul se tale *potestas* fosse implicata dalla *heredis institutio*, principalmente perché non intendo prendere posizione sulla questione dell'epoca in cui la *heredis institutio* fece apparizione. Come si ammettesse che nel sistema delle *XII tabulae* era prevista l'*heredis institutio*, direi non essere possibile respingere l'argomentazione basata dal Solazzi su D. 26.4.6.

¹⁹ V. *retro* n. 2. Il Bonfante e il Solazzi, *citt. retro* nt. 18, non dubitando che *impuberes* e *mulieres* fossero *sui iuris*, erano costretti ad asserire piuttosto arbitrariamente, sulla base dell'ipotesi della originaria successione sovrana, che l'antico romano non nominava mai a suo successore il figlio impubere, per il motivo pratico che questi non era idoneo a governare la famiglia.

decemvirale, allo scopo di confermare l'assunto che *impuberes* e *mulieres* non fossero considerati soggetti giuridici e che, pertanto, la *potestas* su di essi non potesse essere testamentariamente deferita se non ad un maschio pubere. Per quanto è dato di arguire, il testo delle *XII tabulae* relativo al nostro caso fu quello testimoniato da *Auct. ad Herenn.* 1.13.23 e da Cic. *de invent.* 2.50.148: « (*pater familias*) *uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* ».

Il testo decemvirale da me accolto non ha avuto fortuna, in generale²⁰, tra i romanisti, che hanno preferito orientarsi a favore di una fra le due altre formulazioni attestate dalle fonti: a) « *uti legassit suae rei, ita ius esto* », riportata da Gai 2.224 e Pomp. D. 50.16.120²¹; b) « *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* », riportata da Ulp. 11.14²². Orbene, pur non dubitando della genuinità di queste attestazioni²³, io non vedo assolutamente le ragioni della generale preferenza.

A prescindere dalla mia tesi personale, ritengo che il testo ciceroniano debba essere accolto come quello piú vicino all'originale: a) perché l'*Auct. ad Herennium* e Cicerone sono anteriori di due secoli almeno agli autori che accreditano le altre versioni; b) perché, se anche non si voglia stabilire una presunzione assoluta di attendibilità dei due retori repubblicani²⁴, non vi è però motivo alcuno, come meglio vedremo tra breve, per stabilire una presunzione di loro inattendibilità; c) perché la formula « *familia pecuniaque* », inspiegabile per diritto classico, è viceversa spiegabile per diritto arcaico, collimando con formule consimili dell'epoca²⁵ e corrispondendo alla presumibile situazione giuridico-economica dell'età decemvirale. Relativamente a questo ultimo punto, ba-

²⁰ V., tuttavia, PERNICE, *M. A. Labeo* 1.324 e, da ultimo, LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio* 1 (1942) 13 ss. Tralascio di ricordare i tentativi di mediazione tra questa formula e le altre varianti.

²¹ Cfr. anche I. 2.22 pr., Theoph. *Parl.* eod., Nov. 22.2 pr. Accoglie questa formula, tra gli altri, VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter* (1911) 131 ss.

²² Cfr. anche Paul. D. 50.16.53 pr. V. per tutti, in dottrina, RICCOBONO, *cit.* (nt. 12). Non manca chi esprime dubbi sulla vera formula delle *XII tabulae*: ad es., SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.35 ss., BRONDI, *Successione testamentaria, Donazioni* (1943) 43.

²³ Ne dubita, invece, LEPRI, *cit.* (nt. 20) 36 ss., la cui argomentazione storico-esegetica mi pare, in verità, molto arrischiata.

²⁴ In questo senso è la LEPRI, *cit.* (nt. 20) 5 ss. Ma v., tuttavia, GUARINO, in *SDHI.* 10 (1944) 407 s.

²⁵ In ispecie, la « *familia pecuniaque* », che appare nella formula della *cd. mancipatio familiae*: cfr. Gai 2.104.

sterà porre in evidenza che, se anche può discutersi circa la determinazione esatta del concetto di *familia* e di quello di *pecunia*²⁶, non par lecito porre in discussione che l'endiadi « *familia pecuniaque* » abbia significato, nel sistema giuridico quiritario, quanto meno il complesso di persone e di cose su cui si esercitavano i poteri assoluti del *paterfamilias*: la *potestas*, la *manus*, il *mancipium*, il cd. *dominium*.

Delle varianti della legge decemvirale testimoniate da Gaio, Pomponio e Ulpiano una giustificazione storica si può dare: esse si sono formate in un'epoca in cui *impuberes* e *mulieres* erano ormai ritenuti *sui iuris* e soggetti soltanto a *tutela*. Del testo riferito dall'*Auctor ad Herennium* e da Cicerone, sempre che non se ne voglia e possa dimostrare la falsità, altra giustificazione non è possibile, se non quella di riferirlo proprio alle *XII tabulae*. Orbene, io osserverò che, escluso il carattere decemvirale della formula « *super pecunia tutelave suae rei* », non vi è un passo di autore romano, giuridico o non giuridico, il quale affermi che la *tutela* fu introdotta o regolata dalla *lex XII tabularum*²⁷. Alla legislazione decemvirale l'istituto della *tutela* è, infatti, dagli autori romani, soltanto ricollegato, ed è sintomatico che nessuno ci riferisca testualmente il presunto versetto sulla cd. *tutela legitima*²⁸. Si rafforza, pertanto, a seguito di queste considerazioni, l'ipotesi da me avanzata.

4. — E veniamo alla cd. *tutela legitima*. Paul. D. 26.4.6 afferma che *intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela* e Gai 1.155 precisa che *quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum adgnati sunt tutores*²⁹. Si è giustamente argomentato che il versetto decemvirale, cui Paolo e Gaio facevano riferimento, iniziava con le parole « *si intestato moritur* »³⁰. Sin qui sono d'accordo. Non sono d'accordo, invece, sul fatto che le *XII tabulae* avessero, come si ritiene, un versetto *ad hoc* per la *tutela legitima*: « *si intestato moritur parens impuberis vel feminae, adgnatum gentiliumque in eo eave tu-*

²⁶ Per un ragguglio sulla questione, v. LEPRI, *cit.* (nt. 20) 13 ss. e *passim*, KASER, *cit.* (nt. 15) 163 ss.

²⁷ Solo I. 1.15.2 dice, genericamente, che « *lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos* ». Sembra infondata, pertanto, l'affermazione del SOLAZZI, *Dir. eredit* cit. 1.126, che Gai 1.155 e Ulp. 11.3 ci assicurano inequivocabilmente che una norma esplicita delle *XII tabulae* attribuisse la *tutela* agli *adgnati*.

²⁸ V. *infra* n. 4.

²⁹ Cfr. anche Ulp. 11.3 e I. 1.15.2.

³⁰ V., in proposito, SOLAZZI, *Dir. eredit. cit.* 1.126 s.

tela esto »³¹. Per mio conto, il testo legislativo, cui si riferivano Paolo e Gaio, era lo stesso della successione ereditaria *ab intestato*. In esso mancava la menzione esplicita degli *impuberes* e delle *mulieres*: la situazione di costoro era coinvolta nel regolamento giuridico dell'intera *familia pecuniaque* del defunto.

Cominciamo con l'acclarare la formula decemvirale sulla devoluzione *ab intestato* dell'*hereditas*. La dottrina è quasi unanime nell'accogliere la versione offerta da Coll. 16.4.1-2 (= Ulp. 26.1-1 a): « *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* »³². Assai opportunamente, peraltro, è stato posto³³, di recente, quanto meno il problema se non sia accoglibile la versione di *Auctor ad Herennium* 1.13.23 e Cic. *de invent.* 2. 50.148, che suona: « *si (pater familias) intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliūque esto* ». La principale difficoltà³⁴ per l'accoglimento di questa versione è la mancanza dell'inciso « *cui suus heres nec escit* » ma mi lusingo di aver chiarito sufficientemente, in altra sede, come e perché l'inciso sia stato ommesso dall'*Auctor ad Herennium* e da Cicerone³⁵. Scomparsa questa difficoltà, risultano a favore della formula riferita dai due retori repubblicani le identiche ragioni che abbiamo portato in ordine al versetto « *uti legassit* »³⁶: se « *familia pecuniaque* » non è una falsificazione, l'espressione non può spiegarsi che con riferimento al sistema delle *XII tabulae*.

La legge decemvirale stabiliva, dunque, che, qualora il *paterfamilias* non avesse disposto testamentariamente « *super familia pecuniaque* », i poteri su di esse spettassero al *suus heres* e, subordinatamente, agli *adgnati* e ai *gentiles*. Ammettere che *suus heres* potesse essere anche un

³¹ Così il SOLAZZI, *Dir. eredit.* cit. 1.126 ss.

³² Cfr. anche Ulp. D. 50.16.195.1.

³³ Dalla LEPRI, *cit.* (nt. 20) 48 ss.

³⁴ Altra difficoltà consiste nel fatto che, anziché leggersi: « *adgnatus proximus... habeto-gentiles... habento* », si legge « *adgnatum gentiliūque esto* ». Ma è chiaro che la variante può agevolmente spiegarsi con l'ipotesi di 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.

³⁵ Cfr. GUARINO, *cit.* (nt. 24) 408: la clausola « *cui suus heres nec escit* » non è stata trascritta per ragioni di brevità; non essendo pertinente al *casus* discusso dall'*Auct. ad Herennium* e da Cicerone (*casus* relativo alla richiesta di succedere *ab intestato* fatta da un *adgnatus del de cuius*).

³⁶ V. *retro* n. 3.

discendente impubere e di sesso femminile non è possibile, se non altro perché sappiamo che proprio dal sistema delle *XII tabulae* dedussero i Romani l'istituto della *tutela*. *Suus heres* era, quindi, soltanto il discendente maschio e pubere. Per conseguenza, la *potestas* sugli *impuberes* e sulle *mulieres* spettava, *ex lege XII*, anzi tutto al *suus heres*, quindi all'*adgnatus (proximus)* del *pater familias*, quindi, infine, ai *gentiles*.

Solo in epoca postdecemvirale, riconosciutasi la soggettività giuridica agli *impuberes* ed alle *mulieres*, questi acquistarono la capacità di essere *heredes sui* del *paterfamilias*. Per conseguenza, si disse che, per la legge delle *XII tabulae*, la *vis ac potestas* (cioè la *tutela*) sugli stessi spettasse agli *adgnati* e passasse subordinatamente ai *gentiles*. E si badi che di *adgnati* si parlò, allora, non nel senso decemvirale di parenti del defunto, ma nel senso di parenti dell'*impuber* e della *mulier*, a cominciare dal *frater eodem patre natus*, ch'era anch'egli *suus heres*³⁷: il che conferma la mia ipotesi circa la retta formulazione della legge decemvirale.

³⁷ Cfr. Gai 1.156.