

Ferdinando Zuccotti

Il «custos» nel diritto romano arcaico

Considerazioni sistematiche e prospettive di ricerca circa la situazione degli incapaci ed il sistema successorio nella normazione decemvirale (*)

1. Aspetti filologici e problemi sostanziali nella ricostruzione del dettato di *tab. V.7.a-b* – 2. I tentativi di spiegazione del riferimento al ‘*custos*’ ed il diffuso rifiuto dell’integrazione della norma in base alla citazione di Festo: una ipotesi sinora non considerata – 3. La *cura furiosi* classica e la *potestas in eo pecuniaque eius* disposta dalla XII Tavole – 4. ‘*Si furiosus escit*’: la previsione decemvirale e la posizione del *furiosus* nella *familia* – 5. La sopravvenuta follia del *paterfamilias* e la sorte del gruppo familiare e del *furiosus* stesso nel contesto arcaico – 6. Rapporti tra la normazione sul *furiosus* e la tutela di *impuberes* e *feminae* – 7. Il *furiosus* e il *prodigus* nelle previsioni duodecimbulari: parallelismi costruttivi e possibile unitarietà della fattispecie – 8. In particolare, della dichiarazione di *furor* o di prodigalità nell’età più arcaica – 9. Ulteriori nessi con *tab. IV.2.b* (‘*si pater filium ter venum duit*’) e *tab. V.8* (*tutela libertorum*) – 10. Il problema della posizione dei figli maggiorenni del liberto rispetto alla tutela dei loro fratelli impuberi – 11. Conclusioni: la «custodella» arcaica – 12. Ulteriori problemi di ricostruzione palinogenetica relativi a *tab. V.4-8*.

1. Come è noto, le usuali ricostruzioni di *tab. V.7* distinguono la previsione ‘*si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*’ (V.7.a) – attestata da Cic., *inv.* 2.50.148 s. ed Auct. ad Her., *rbet.* 1.13.23 – dalla menzione di un ‘*custos*’ (V.7.b) desunta da Festo (*verb. sign.*, sv. ‘*nec*’, L. p. 158: ‘*nec coniunctionem Grammatici fere dicunt esse disiunctivam ... cum, si diligentius inspiciatur ... intellegi possit, eam positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII. est: ast ei custos nec escit. item: si adorat furto, quod nec manifestum est*’): evitando, in tale prudenziale accorgimento espositivo, di enunciare esplicitamente la ricostruzione della complessiva norma che pur per vari versi risulta in maniera piuttosto evidente suggerita dallo stesso accostamento, si potrebbe dire spontaneo, tra la proposizione principale relativa al folle e tale inciso: ‘*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*’.

*) Queste pagine, che muovono da una mia vecchia idea poi a lungo mai approfondita circa il ‘*custos*’ di *xii tab. V.7.b*, volevano in origine essere, più brevemente, un’indagine sulla possibilità di avanzare talune più precise ipotesi ricostruttive in ordine a tale figura, ma la ricerca, com’era del resto inevitabile, si è poi allargata un po’ a tutto il sistema successorio delle XII Tavole ed alle connesse norme sull’affidamento degli incapaci, rendendo così impossibile che esse, per la loro eccessiva estensione, potessero trovare spazio negli *Studi* dedicati ad Antonino Metro, cui erano inizialmente destinate, e nei quali veniva poi pubblicata una breve sintesi, di carattere più che altro programmatico, dei principali aspetti di queste note («... *Ast ei custos nec escit* ...». *Considerazioni estemporanee sulla successione del furiosus nel diritto romano arcaico*, in « *Studi in onore di Antonino Metro*», Milano, 2010, VI, p. 555-565). In un primo momento, data la lunghezza di questo studio, avevo pensato di ampliarlo in un breve saggio monografico da pubblicare magari in un volumetto a se stante, ma in seguito, com’era del resto prevedibile, i troppi impegni specie relativi a questa rivista nonché i non scarsi lavori romanistici e giusgreco-cistici che sto portando avanti mi hanno consigliato di seguire tale soluzione, ahimè piuttosto velleitaria nelle sue concrete possibilità di realizzazione in tempi ragionevoli, e ho quindi preferito lasciare queste ricerche, com’erano già nella loro impostazione originaria, prive di note, esauendo ogni riferimento nei rinvii testuali contenuti nel testo e limitandomi ad una contenuta bibliografia iniziale: soluzione resa in particolare possibile dal fatto che, mirando queste note ad alcune ipotesi ricostruttive fon-

Prima ancora di affrontare i problemi posti dall'aspetto sostanziale di tale ricostruzione, sembra in effetti da osservare come, dal punto di vista del modello ritmico della normazione duodecimbolare, la struttura ternaria del versetto così restituito mediante l'inserzione dell'inciso festino risulti in effetti alquanto più convincente, mentre, sempre da un punto di vista metrico, la versione più breve della norma cui si limitano le due opere retoriche appare in effetti piuttosto monca e mutila, e soprattutto impossibile da riferire direttamente, così formulata, allo stile espositivo e ai modelli *lato sensu* metrici decemvirali: cosicché quanti hanno approfondito tali aspetti, come in particolare Salvatore Tondo, non possono che ricostruire la disposizione secondo uno schema ritmico (2/3/2/3/2) ricomprendente appunto l'inciso in questione (*// si furiosus / escit // ast ei / custos/ nec escit // adgnatum / gentiliūque // in eo / pecuniaque eius // potestas / esto //*). Come notava tra l'altro Oliviero Diliberto, dunque, la versione «ampliata» del versetto decemvirale non solo non troverebbe veri ostacoli da un punto di vista fonico-strutturale nella versione retorica più breve, che manifestamente non appare seguire l'originaria esposizione metrica della norma, ma risulterebbe altresì operazione di per sé necessaria, al fine di riportare *tab. V.7.a-b* agli stilemi ritmici propri di tale compilazione, in vista della presumibile sintesi della norma recata da tali fonti tardorepubblicane: e del resto, come si vedrà in seguito, i due retori citano anche *tab. 4-5* in una versione abbreviata e non certo letterale – ‘*si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliūque esto*’ –, così da unire *tab. V.4* a *tab. V.5* in una sola norma e soprattutto in maniera tale da preferire nella prima il pur del tutto decisivo inciso centrale ‘*cui heres nec escit*’.

date più che altro su aspetti minimi ed in massima parte pianamente condivisi circa i problemi ricostruttivi ed i nessi sistematici relativi al quadro di insieme del diritto familiare decemvirale, un puntuale e pedissequo riferimento alle particolareggiate posizioni della dottrina sui vari punti via via richiamati ben poco avrebbero potuto sostanzialmente aggiungere alle congetture ricostruttive qui esposte, rischiando anzi di intorbidare nel riferimento a più complesse e discusse ipotesi ricostruttive la linearità istituzionale dell'argomentazione che si vorrebbe qui riuscire a seguire. Pubblico dunque qui come articolo, dopo una sommaria revisione rispetto alla loro prima stesura, e senza alcun apparato di note, limitandomi a segnalare qui di seguito le opere cui si allude richiamando i loro autori nel testo, queste mie ricerche, ribadendo, in particolare, come la loro iniziale destinazione agli *Studi* in onore di Antonino Metro renda naturale che esse conservino, anche senza che sia formalizzato in una espresa dedica, il loro carattere di omaggio al Maestro messinese.

Riferimenti essenziali: U. AGNATI, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone De Inventione 2.148 e Rhetorica ad Herennium 1.23*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti» (cur. M. Humbert), Pavia, 2005, p. 239 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano arcaico. Saggi*, in «AUPA.», XX, 1949, p. 331 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore* (1930), in *Rariora*, Roma, 1946, p. 152 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 537 s. e 551; P. ARCES, *Riflessioni sulla norma «uti legassit» (Tab. V.3)*, in «RDR.», IV, 2004, specie p. 14 ss. (estr.); E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, trad. it. – *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* –, Torino, 1976, I, p. 59 ss. e 256; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 75, e IV, Tübingen, 1920, p. 90; ID., *Glossen zum Privatrechte der römischen Republik*, in «ZSS.», LIV, 1934, p. 323 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur» (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, p. 59 ss.; B. BIONDI, *Obbietto dell'antica «hereditas»*, in «Iura», I, 1950, p. 150 ss.; A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 118 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *La famiglia*, Roma, 1925, p. 404 ss. (rist. Milano, 1963, p. 552 ss.), e VI. *Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, p. 117 s. (rist. Milano, 1974, p. 148 s.) e *passim*; M. BRETONNE, «*Consortium*» e «*communio*», in «Labeo», VI, 1960, p. 178 ss.; U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in «Iura», VII, 1956, p. 74 s.; C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributi allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania, 1948, p. 39 ss.; M.H. CRAWFORD (cur.), «*Roman Statutes*», London, 1996, II, p. 572 e 580; P. DE FRANCISCI, *Intorno alla c. 6 C. 5,70 de curatore furiosi vel prodigi e alle riforme giustinianee anteriori alla c. Deo Auctore*, in «BIDR.», XXX, 1921, in particolare p. 156 nt. 3; F. DE VISSCHER, «*Potestas*» e «*cura*» (1925), in *Études de droit romain*, Paris, 1931, p. 7 ss. e specificamente p. 9 nt. 1; ID., *La curatelle et l'interdiction des prodigues* (1926), *ivi*, p. 21 ss.; O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, Napoli, 1984, specie p. 11 ss.; ID., *Il testamento del matricida*, in «SUC.», LII, 1988, p. 177 ss.; ID., *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, Cagliari, 1992, p. 97 ss.; X. D'ORS, *Sobre XII Tab. V, 7a: «Si furiosus escit ...»*. I. *Consideraciones lexicográficas*, in «AHDE.», L, 1980, p. 797 ss.; ID., *Sobre XII Tab. V, 7a: «Si furiosus escit ...»*. II. *Consideraciones semánticas*. I. «*Furiosus*», in «Homenaje A. Otero», Santiago de Compostela, 1981, p. 221 ss.; ID., *Una recapitulación sobre XII Tab. V.7a: «Si furiosus escit ...»*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XVII, 1995, p. 144; A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1994, sv. «*heres*», p. 292; G. FABRE, *Libertus: recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Roma, 1981, p. 163 ss.; J.-L. FERRARY, *Saggio di storia della palinogenesi delle Dodici Tavole*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 502 ss.; F. GALLO, *Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias*, in «Poteri negotia actiones nell'esperienza romana arcaica», Napoli, 1984, p. 36 e 41; A. GUARINO, «*Ast ei*

Per tal verso, sembra peraltro chiaro come la necessità formale di integrare la versione mutila fornitaci da Cicerone e dall'*Auctor ad Herennium* non dia certo alcuna prova compiuta, da un punto di vista sostanziale, della necessità e dell'esattezza di associare l'inciso festino alla norma sul *furiosus*, che viene riportato a tale previsione, anche in vista dell'isolamento in cui il lemma del *de verborum significatu* lo presenta, più che altro a ragione della pertinenza di fondo del termine 'custos' alla *cura furiosi*, secondo un criterio tematico per certi versi piuttosto impressionistico che si rifa, molto più che a quanto si sa positivamente dell'istituto disciplinato dall'antica norma decemvirale, a quelli che saranno gli sviluppi ed il regime classico della curatela relativa allo squilibrio e alla deficienza mentale: istituto che – è bene sottolinearlo sin d'ora – si fonda verosimilmente, quale punto di partenza, sulla *potestas* degli agnati sul *furiosus* e ne costituisce per vari versi lo sviluppo di età storica, ma in ogni caso non risulta affatto figura perfettamente coincidente con essa.

D'altra parte, se è vero, come si è soliti ritenere, che la maggior parte delle norme decemvirali ci sia pervenuta e che riferimenti di cui si dispone coprano, in citazioni testuali o meno, praticamente la totalità del testo delle XII Tavole, non è neppure da trascurare il valore della pur estrinseca circostanza che, nell'ambito di tale compilazione, sarebbe alquanto arduo riferire la frase festina 'ast ei custos nec escit' ad un versetto diverso da quello relativo al *furiosus* (in particolare, risulta alquanto inverosimile l'ipotesi, avanzata sia pur dubitativamente nei suoi *Fontes* da Carl Georg Bruns, secondo cui la clausola si sarebbe forse riferita ad una ipotetica norma riguardante i «delicta» compiuti dal *furiosus*).

Lo stesso termine 'custos', del resto, compare nelle fonti classiche – a quanto consta – in un solo testo, dove d'altra parte non risulta indicare soltanto il *curator furiosi* vero e proprio, ma, come

custos nec escit) (1944), in *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, Napoli, 1973, p. 258 ss.; ID., *Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII tabulae»* (1949), *ivi*, p. 244 ss.; ID., *«Sui» e «adgnati» nelle «XII tabulae»* (1949), *ivi*, p. 254 ss.; ID., *Variazioni sul tema di Malleolo*, in «Labeo», XXXV, 1989, p. 73 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 880; M. KASER, *Das altrömische Ins. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 169; ID., *Eigentum und Besitz im älteren römische Recht*, Köln-Graz, 1956, p. 48; ID., *La famiglia romana arcaica*, in «Conferenze romanistiche», Milano, 1960, p. 50 ss.; W.H. KIRK, *Suus heres*, in «ZSS.», LVIII, 1938, p. 161 ss.; F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius*, II.2, Jena, 1913, p. 117 s.; G. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, in «Studi P. Bonfante», III, Milano, 1930, p. 271 ss.; C. LANZA, *Ricerche su «furiosus» in diritto romano*, I, Roma, 1990, p. 52 s.; H. LÉVY-BRUHL, *La Tutelle des XII Tables*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 318 ss.; ID., *Heres*, in «RIDA.», III, 1949 («Melanges F. De Visscher», II), p. 137 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in «Scritti P. De Francisci», I, Milano, 1956, p. 440 ss.; A. MAGDELAIN, *Les mots 'legare' et 'heres' dans la loi des XII Tables* (1983), in *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Roma, 1990, p. 674 ss.; A. MANIGK, 'Sui heredes', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IV.A.1, Stuttgart, 1931, c. 664 ss. e soprattutto c. 667; R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, p. 54 s.; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 15 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 8 ss.; E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, soprattutto p. 67 ss., 79 ss., 95 ss. e 186 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 524 e nt. 2; F. PULITANÒ, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002, p. 117; A.M. RABELLO, *Effetti personali della «patria potestas»*, I. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, p. 45 e 105 ss.; V. RAGUSA, *Le XII Tavole*, I, Roma, 1924, p. 228; J. RUBINO, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, I, Cassel, 1839, p. 217 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Catania, 1946, p. 36 s.; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 22 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, p. 26 ss.; S. SOLAZZI, *La legge delle XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante*, Modena, 1928 (estratto dalle «Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena»), XXX, 1928, «Scritti C. Arnò», p. 4 ss.; ID., *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole*, in «Studi P. Bonfante», I, Milano, 1929, p. 47 ss.; ID., *Il diritto ereditario nelle XII Tavole*, Napoli, 1931, p. 4 ss. e *passim*; ID., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, p. 48 ss., 118 ss. e 140 ss.; ID., *L'«in iure cessio hereditatis» e la natura dell'antica «hereditas»*, in «Iura», III, 1952, p. 46 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 158 ss. e in particolare p. 163 s.; S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, in «AATC.», XL, 1975, p. 159 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, p. 11 nt. 22, p. 23 s. e 58 s.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988, p. 85 ss.; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton, 1975, p. 77 s.; F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo (Cic., De inv. 2.50.148 s.; Auct. ad Her., Rhet. 1.13.23)*, in «Studi A. Biscardi», VI, Milano, 1987, p. 229 ss.; ID., *Il «furor» del patricida e il testamento di Malleolo*, in «Labeo», XXXVII, 1991, p. 175 ss.; ID., *«Furor haereticorum». Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione dell'eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano*, Milano, 1992, in particolare p. 49 ss. Si veda anche, successivo alla stesura di queste note, F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011, p. 145 ss.

già notava Ulrich von Lübtow, altresì le persone cui semplicemente è affidata in concreto la custodia del pazzo pericoloso; si tratta infatti del noto rescritto di Marco Aurelio (D. 1.18.14, Macer 2 *de iud. publ.*) in cui si esclude l'irrogazione di pene di diritto umano al matricida pazzo, ritenendo che questi sia già punito a sufficienza dalla sua stessa follia, ed incidentalmente si dispone che, nel caso di pericolosità del soggetto, questi sia custodito diligentemente, anche incatenandolo, sia come punizione sia per la sua stessa tutela come infine per la sicurezza degli altri ('... *et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coerendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit* ...': si veda anche D. 48.9.9.2, Mod. 12 *pand.*): prescrivendo anzi che si indaghi se il matricidio sia stato nel caso favorito dalla negligenza di coloro cui il *furiosus* era affidato, indicati appunto come 'custodes', che in tal caso saranno da punire convenientemente ('... *cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiat: recte facturum nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae negligentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosus non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint*'). Da tale rescritto, tra l'altro, la giurisprudenza dedurrà altresì che, qualora esso non possa essere custodito convenientemente dai congiunti, l'autorità dovrà intervenire disponendo nel caso la detenzione in carcere del pazzo pericoloso (D. 1.18.13.1, Ulp. 7 *off. procons.*: '*furiosus, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundem est: scilicet ut carcere contineantur. et ita divus Pius rescripsit* ...').

Per tal verso, non sembra quindi assolutamente definitivo il riferimento del lemma festino al termine 'custos' per stabilire una necessaria ed univoca relazione tra esso ed il dettato di *tab. V.7.a*, anche se la effettiva custodia del *furiosus* come persona da assistere appare, in età classica, un fine intrinseco alla cura, come più o meno esplicitamente emerge da vari testi in materia: si vedano in particolare D. 27.10.7.pr. (Iul. 21 *dig.*), in cui si afferma che l'occuparsi delle condizioni fisiche e della salute del *furiosus* rientra nei doveri del curatore ('*consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*'), nonché tra l'altro D. 24.3.22.8 (Ulp. 33 *ad ed.*), a proposito della moglie *furiosa* ('... *tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem* ...': anche se tale obbligo risulta qui in realtà previsto in capo al marito indipendentemente dalla carica di curatore) e ad esempio anche D. 33.2.32.6 (Scev. 15 *dig.*), in cui l'usufrutto della parte di eredità spettante al *furiosus* Giulio Giusto è lasciato alla sorella Publia Clemenziana affinché questa mantenga e protegga il fratello ('... *uti fratrem tuum ... alas tuearis dependas pro eo* ...') finché non guarisca ('... *donec mentis compos fiat et convalescat* ...').

Si tratta, in ogni caso, di una disciplina, giocata quasi più su sfumature interpretative che su esplicite innovazioni normative, che nel diritto classico risulta in uno stadio di perfezionamento pressoché iniziale e più fattualmente occasionale che sistematico (ancora nel 541 Giustiniano – *Nov. 115.3.12* – interverrà nella materia disponendo, tra l'altro, che se un estraneo per pietà si prenda cura di un pazzo trascurato dai parenti o da altri destinati a succedergli, dopo una diffida a questi ultimi affinché si occupino dell'incapace, ne diventerà erede – *εἰ δὲ ἐν τῇ νόσῳ τῆς μανίας αὐτὸν κατεχόμενον ἐξωτικός τις ἴδοι ἀπὸ τῶν ἰδίων ἀμελούμενον παίδων ἢ συγγενῶν ἢ ἄλλων ὑπ' αὐτοῦ γεγραμμένων κληρονόμων καὶ διὰ συμπάθειαν βουλευθεῖη αὐτοῦ φροντίσαι ...* –, mentre il *furiosus* stesso, qualora guarisca, se è stato trascurato potrà diseredare come indegni coloro che non gli abbiano fornito assistenza e cure convenienti [... *ὑπηρεσίαν καὶ φροντίδα προσήκουσαν αὐτῷ μὴ παράσχοιεν* ...]: disciplina relativa agli ascendenti *furiosi* che il successivo § 4.6 estende ai discendenti *furiosi*).

Se quindi appare alquanto arduo estendere all'antica norma decemvirale tali episodiche innovazioni classiche, che molto lentamente perverranno a imporre a curatori ed a parenti in genere una effettiva assistenza dell'incapace mentale, quanto può giustificare l'accostamento del termine 'custos' alla previsione sul *furiosus* è in fondo soltanto la necessità, immediatamente sentita in qualsiasi contesto ancorché relativamente arcaico, che vi sia qualcuno che si occupi del pazzo e quindi gli impe-

disca di nuocere, soprattutto, agli altri (nel diritto di una società primitiva, in effetti, la necessità che egli non nuocesse a se stesso potrebbe dopotutto risultare secondaria). Se per tal verso si presenta anche in relazione al contesto decemvirale la necessità di un 'custos' (termine nel latino classico indicante il sorvegliante, il guardiano, altresì di animali, l'istitutore responsabile di un giovane, l'accompagnatore, altresì eunuco, della donna, la guardia del corpo, la sentinella – nelle *custodiae* o *vigiliae* militari – nonché appunto il secondino carcerario), rimane in ogni caso il fatto che, nelle fonti giuridiche a disposizione, il termine 'custos' non indica specificamente il *curator furiosi*, ma, in generale, altresì qualsiasi persona che materialmente si occupi del malato di mente: differenza semantica che ovviamente, qualora si accetti l'integrazione della norma attraverso l'inciso festino, pone l'immediato problema del rapporto tra tale *custos* e la *potestas* degli agnati sul *furiosus* e sulla sua *pecunia*, da cui comunemente si fa in linea di massima discendere la *cura furiosi* classica.

2. In effetti, la ricostruzione 'si *furiosus* escit, ast ei *custos* nec escit, adgnatum gentiliunq[ue] in eo pecuniaque eius *potestas* esto', nel porre la figura del *custos* in alternativa alla *potestas* degli agnati, e quindi, in prospettiva, al *curator furiosi*, ha dato luogo nella dottrina più antica ad interpretazioni alquanto opinabili nella loro unilateralità, e che sono state senz'altro rifiutate dalla romanistica più recente.

L'idea, una volta relativamente diffusa e sostenuta in particolare da Silvio Perozzi, che la clausola relativa al *custos* limitasse la *cura*, ossia l'affidamento del *furiosus* agli agnati, ai soli casi in cui esso non fosse già soggetto al proprio *paterfamilias* ovvero posto sotto tutela in quanto *impubes* o *mulier*, è in effetti persa per un verso troppo ovvia per costituire nella laconicità delle XII Tavole l'oggetto di un'apposita disposizione (si veda del resto ancora Giustiniano in C.I. 5.70.7.pr., a. 530: 'Cum *furiosus*, quem morbus detinet perpetuatur, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ... paterna verecundia'), e d'altra parte, per quanto riguarda la prima ipotesi, altresì incongrua, dato che in ogni caso il *filiusfamilias* non ha una *pecunia*, mentre soprattutto non si vedrebbe perché mai i decemviri sarebbero ricorsi al termine 'custos' per indicare, e soltanto qui nelle fonti pervenute, il *paterfamilias* ed il tutore (alle ragioni di tale rifiuto, Oliviero Diliberto ha tentato di obiettare che, se manca il *custos* ed il *furiosus* è divenuto *sui iuris*, egli risulta in effetti ormai dotato di una *pecunia*, mentre anche la ricomprensione del *pater* nella nozione di *custos* andrebbe spiegata nel senso che, divenendo folle il *filius*, la *patria potestas* – e si potrebbe aggiungere anche la carica di *tutor* – ricomprenderebbe le funzioni di *custodela* relative all'incapace di mente: ma tali osservazioni, per quanto in certo modo plausibilmente condivisibili, in effetti non appaiono certo conclusive nel superare le difficoltà in questione).

Né maggior successo hanno avuto i tentativi di spiegare tale disposizione percorrendo altre vie: in particolare, ha avuto scarsa fortuna l'idea avanzata da Ferdinand Kniep – che tra l'altro era in linea di massima seguita anche da Vincenzo Ragusa –, secondo cui il *custos* di tab. V.7 andrebbe identificato con il *familiae emptor* della *mancipatio familiae* (cfr. Gai., *inst.* 2.104: '*familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea*'), al quale il testatore avrebbe affidato la *cura* del *furiosus*. In seguito, Siro Solazzi, escludendo che tale figura potesse essere riferita al *paterfamilias* o al *tutor*, identificò invece il *custos* con il *suus heres*, inteso come fratello del *furiosus*, nel senso che la norma avrebbe stabilito che, se qualcuno perdeva la ragione e non era già soggetto a tutela in quanto *impubes* o *mulier*, la *potestas in eo pecuniaque eius* sarebbe stata appunto affidata al fratello del *furiosus* divenuto *sui iuris* alla morte del padre: una ricostruzione che – al di là di quanto si vedrà in seguito – è stata criticata in particolare da Antonio Guarino, secondo il quale, se la legislazione decemvirale affidava già al *suus heres* la tutela dei minori e delle donne, l'erede sarebbe in tal caso stato menzionato semmai come *tutor* del *furiosus*, e non certo come *curator* o *custos*, mentre se si trattava di un soggetto *sui iuris*, in tal caso parrebbe a suo avviso innegabile che i decemviri ne affidassero la *cura* agli agnati o ai gentili e non al *suus heres* del *pater*; d'altra parte, qualora invece nel sistema duodecimtabulare la tutela non fosse in ipotesi spettata al *suus heres*, in tal caso non si vedrebbe perché mai egli potesse essere titolare di una *cura* sul parente *furiosus* e non anche sul fratello impubere o sulle sorelle. Più recentemente, infine, si può ricordare come Alan Watson opini che nelle XII Tavole potesse esservi

una norma «on the appointment of a protector when none emerged from tab. V. 7 a», tendendo così a ricondurre il *custos* – ma l'ordine decemvirale delle due alternative sarebbe inverso, come del resto anche quello classico – ad alcunché di rapportabile a quanto che sarebbe poi stato il *curator furiosi*, sembrerebbe, *dativus*.

In tale situazione, non è dunque strano che la dottrina si può dire dominante abbia considerato l'inserzione dell'inciso relativo al *custos* in tab. V.7 inutile e problematica, e perciò integrazione assai incerta e dubbia, cosicché – mentre già in precedenza si era preferito seguire la ricostruzione di Rudolf Schöll, ripresa da Carl Georg Bruns come da Salvatore Riccobono nei *fontes antejustiniani*, secondo una versione del versetto che teneva distinte tab. V.7 a e b, alla quale aderivano tra gli altri Pietro Bonfante e Vincenzo Arangio-Ruiz – oggi l'inserzione del 'custos', nell'impossibilità di comprendere tale figura, è ipotesi ormai esplicitamente rifiutata da non pochi studiosi, da Pietro De Francisci a Ferdinand de Visscher sino ad Antonio Guarino (e la sua menzione viene infatti cassata dalla norma sul *furiosus* nei *Roman Statutes* di Michael Crawford).

3. Se si guarda a tale serie di proposte ricostruttive e di confutazioni nel loro complesso, si può notare come simili impostazioni, sia in positivo che in negativo, tendano in ogni caso a presupporre, come ipotesi archetipica se non del tutto unica, che il problema del *furor* del soggetto si manifesti in sede di successione, e quindi tendono a limitare altresì il problema del 'custos' a tale momento, interpretando questa figura in una assorbente relazione con il problema dell'affidamento del figlio già incapace al momento della morte del *pater*: in maniera tale, dunque, da postulare senza alternativa che il 'custos' venga in considerazione soltanto quando, morto colui che aveva su di lui la *patria potestas*, il *furiosus* verrà affidato con la sua *pecunia* agli agnati o ai gentili nel caso in cui manchi appunto un 'custos' che si prenda cura di lui.

Ma tale prospettiva risulta in realtà affatto parziale, dato che, ovviamente, se il *furor* ricomprende qualsiasi forma di malattia mentale, e quindi anche i casi di incapacità presenti sin dalla nascita o dai primi anni di vita ed in particolare le ipotesi di deficienza mentale congenita, la follia in realtà può manifestarsi in qualsiasi periodo della vita, e soprattutto, in quanto non originaria, può ovviamente riguardare tanto soggetti ancora *alienis iuris* quanto soggetti già *sui iuris*. Che la pazzia possa in effetti colpire un uomo adulto ed ormai *paterfamilias* in effetti non è ipotesi per nulla strana, ed anche senza ricorrere a casi particolari come quello della demenza senile la relativa normalità di una simile eventualità è tra l'altro attestata dal non raro ricorso delle fonti, per esemplificare il fenomeno, a figure mitologiche che impazzirono dopo essere stati uomini famosi e che quindi avevano prima vissuto da persone del tutto normali e sane di mente (si pensi, per ricordare un solo esempio, al noto testo di Cicerone – *Tusc.* 3.5.11 – che appunto ricorre a tali esempi in relazione proprio al versetto decemvirale in questione: '*Graeci autem μανίαν unde appellent, non facile dixerim; eam tamen ipsam distinguimus nos melius quam illi. hanc enim insaniam, quae iuncta stultitiae patet latius, a furore distinguimus. Graeci volunt illi quidem, sed parum valent verbo: quem nos furorem, μελαγχολίαν illi vocant; quasi vero atra bili solum mens ac non saepe vel iracundia graviore vel timore vel dolore moveatur; quo genere Athamantem Alcmaonem Aiacem Orestem furere dicimus. qui ita sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulae; itaque non est scriptum si insanus, sed si furiosus escit*').

Del resto, se i decemviri avessero avuto presente, nel redigere tale norma, la sola ipotesi del minore incapace mentalmente ed il problema della sua sorte alla morte del *pater*, risulterebbe invero difficile da comprendere la netta differenziazione che le XII Tavole pongono tra la fattispecie del *furiosus* e quella del minore e delle donne, posto che se si segue tale falsariga ricostruttiva sarebbe assai arduo spiegare perché un solo istituto non sarebbe stato in concreto sufficiente a risolvere i problemi posti dalle due fattispecie: e questo a maggior ragione se si considera che, come si vedrà tra breve, anche nel diritto successivo la tutela nel caso del *furiosus* impubere o di sesso femminile tende a prevalere sulla cura e a perdurare inalterata anche quando l'incapace sia divenuto maggiorenne.

Se quindi il riferire tab. V.7.a-b soltanto ad un *furiosus* minore o di sesso femminile non sembra risultare una premessa in sé congrua per le ragioni già ricordate nonché in vista delle stesse coordi-

nate duodecimtabulari relative alla sorte di tali soggetti già di per sé sottoposti a tutela, rimane l'ipotesi che i decemviri potessero qui riferirsi altresì alla sopravvenuta follia di una persona *sui iuris*, ossia anche di un *paterfamilias* (ed in tal senso deporrebbe in effetti anche il valore incoativo della forma '*escit*': cfr. tra l'altro Cic., *Tusc.* 3.5.11, '*... ut furor in sapientem cadere possit ...*').

In questa prospettiva, si tratterebbe dunque di tentare di approfondire quali potessero essere, nel contesto arcaico, le conseguenze della sopravvenuta follia del *paterfamilias*, vedendo se le disposizioni di *tab. V.7.a-b* possono essere meglio indagate in relazione a tale fattispecie. E, specificamente, si pone innanzitutto un ovvio problema, ossia l'eventualità che il *paterfamilias furiosus*, in presenza di un figlio adulto, non venisse affidato alla *cura* degli agnati o dei gentili, bensì, al pari degli altri incapaci quali gli *impuberes* e le donne, alla «custodia» dei suoi stessi figli maggiorenni.

La congettura, a prima vista, potrebbe apparire non solo audacemente eterodossa, ma altresì erronea da un punto di vista storico-dogmatico: tuttavia, a ben vedere, gli ostacoli che le si oppongono non sono affatto così definitivi come potrebbero apparire ad una prima considerazione, e non sembra affatto facile escludere la sua configurabilità nel complessivo sistema duodecimtabulare relativo alle situazioni di incapacità di agire: delle quali in realtà, si può anticipare sin d'ora, si conosce probabilmente molto meno di quanto abitualmente ci si illuda di sapere.

In effetti, nella letteratura romanistica, sovente si tende ad evitare la problematicità di tale aspetto, riportando, anche se spesso in maniera soltanto implicita, il regime classico del *furor* al diritto quiritario più arcaico ed in particolare a *tab. V.7.a*, come in particolare avviene nelle trattazioni generali su famiglia e persone ad esempio dovute a Pietro Bonfante e a Bernardo Albanese. In tale prospettiva, infatti, è noto come nel diritto classico i figli del *furiosus* rimangano in ogni caso sotto la sua potestà (cfr. in particolare D. 1.6.8.1, Ulp. 26 *ad Sab.*: '*... retinet ius potestatis pater furiosus ...*'), per cui altresì per tal verso il piano affidamento alla cura agnaticia del *pater* non presenta alcun problema che possa in qualche modo giustificare che in alternativa ad essa possa sussistere, in riferimento al figlio, la figura del *custos*.

Tuttavia si può a tale proposito notare che – mentre in ordine all'ipotesi dell'*impubes* o della *mulier* che risultino *furiosi* si ha, quantomeno, una testimonianza testuale, per quanto discussa nella sua completa classicità, del loro affidamento *ab antiquo* ad un tutore e non a un curatore (D. 26.1.3.pr., Ulp. 37 *ad ed.*: '*qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nibilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. ...*'), e d'altra parte l'istituto della *tutela impuberis* è per quanto riguarda la legislazione decemvirale attestato esplicitamente da Gaio (*inst.* 1.55) al pari della *tutela mulieris* (*inst.* 1.144 s.), oltre che da vari altre fonti – ben diversamente, per quanto riguarda la *cura furiosi* non risulta esservi assolutamente alcuna fonte che riporti in maniera espressa il *curator* di età successiva alla normazione decemvirale e specificamente alla *potestas in furioso* di *tab. V.7.a* (e per tal verso appaiono in effetti non soverchiamente significativi i tentativi di Fernand De Visscher di apparentare i due istituti sin dalle origini in riferimento all'endiadi pubblicistica della '*potestas curatiove*' magistratuale), e che soprattutto consenta, come si vedrà meglio tra breve, di proiettare a ritroso il suo complesso regime classico, in tutte le sue diversificate e controverse articolazioni, sino alle eventuali origini di tale istituto, ammesso che esso si riallacci davvero in maniera così diretta alla norma duodecimtabulare: cosicché non sembra di per sé possibile escludere che, nella ipotetica disposizione '*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas esto*', il riferimento al *custos* possa venire spiegato anche in relazione ad una figura del tutto estranea alla *cura furiosi* classica, e quindi eventualmente nel senso che il figlio maggiorenne, sottoposto alla *potestas* del *pater*, qualora il *pater* impazzisse potesse prendere di fatto le redini della famiglia – l'espressione è volutamente generica ed atecnica –, senza che quindi in tal caso gli agnati o i gentili fossero menomamente coinvolti in tale vicenda.

Si tratta – ed è bene ribadirlo sin d'ora – di una ipotesi che viene qui affrontata solo in una prima approssimazione, e che d'altra parte non pretende di essere una congettura definitiva, ma semplicemente un'idea di soluzione che, allo stato delle fonti, non appare in ogni caso possibile escludere né tantomeno trascurare, e che quindi va esaminata e magari, in futuro, approfondita, in

quanto forse idonea a dare una compiuta e coerente spiegazione della formulazione decenvirale della norma relativa al *furiosus* nei termini, come si è visto problematici ma non improponibili, ‘*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*’.

In effetti, da un veloce esame generale, sembra di poter notare come la disciplina della *cura furiosi* risultante dalle fonti classiche appaia per vari versi una disciplina non ancora assestata (numerosi sono i casi in cui Giustiniano dovrà intervenire a risolvere autoritativamente problemi irrisolti) e soprattutto improntata a nuove concezioni della follia che appaiono separare in maniera alquanto netta il trattamento del folle nei primi secoli dell'impero rispetto all'età repubblicana, specie più risalente. E' infatti noto come, rispetto alla numinosa percezione arcaica della follia, in cui essa risulta venire essenzialmente spiegata in termini di vendetta divina (concezione che pur sopravvive a lungo giungendo, in particolare, a influenzare decisamente le coordinate di fondo della impunità del *furiosus* matricida nel ricordato rescritto di Marco Aurelio, che va esente da pene appunto in quanto già punito a sufficienza dalla sua stessa malattia, vista come punizione divina), la visione del *furor* propria del principato, risolutivamente influenzata dalla spiegazioni mediche greche della μελαγχολία in chiave temperamentale, che del resto iniziano a diffondersi a Roma sin dall'età di Plauto, si caratterizzi per una percezione alquanto neutra e liberale della follia, laicamente scevra da ogni implicazione interpretativa di tipo *lato sensu* etico (prospettiva, quest'ultima, che invece tornerà ad essere determinante nell'età tardoimperiale, con l'affermazione del cristianesimo e la conseguente eziologia demoniaca dei disturbi mentali, associati per tal via al peccato e al male): la visione classica della follia appare infatti dal punto di vista giuridico limitata, in maniera che si potrebbe dire asettica, ad una semplice visione in negativo della malattia mentale, considerata dai *prudentes* più che altro come assenza di una normale capacità di intendere e quindi semplicemente disciplinata in vista della necessità di approntare gli appropriati strumenti tecnici per risolvere i soli aspetti del fenomeno che interessano direttamente il diritto. D'altra parte, in tale epoca, in Grecia come a Roma si diffonde, specie nelle classi più alte, una nuova sensibilità introspettiva e per vari versi ipocondriaca – come si riscontra in particolare nella corrispondenza tra Marco Aurelio ed il suo maestro Frontone, ovvero nei *Discorsi Sacri* di Elio Aristide, che passa non poca parte della sua vita a tentare di risolvere i suoi problemi psicofisici nel tempio di Esculapio –, che ha condotto del resto a considerare tali sindromi depressive per vari versi come una sorta di «malattia del secolo»; si tratta, in linea di massima, di un'attenzione morbosa verso le sofferenze dovute ad una congenita «disposizione dell'anima» che trasla la percezione quotidiana della follia dalle sue manifestazioni più gravi e patologiche, come avveniva in precedenza, ad ogni minima intemperanza e debolezza nervosa, facendo quindi rientrare nel suo ambito forme alquanto blande e per così dire caratteriali legate a meri disturbi nervosi. Tale fenomeno, che rende lo stesso *furor*, nelle visioni coeve, un'affezione di per sé non troppo distante né in linea di principio del tutto separata dalla normalità quotidiana, conduce quindi, per quanto riguarda lo specifico contesto giuridico, all'affermazione della figura dei *lucida intervalla*, in cui il *furiosus*, da persona una volta affatto diversa dalla usualità quotidiana degli uomini e da essi evitato come elemento estraneo e carico di numinosa negatività, diviene ora un soggetto tendenzialmente quasi normale che, nelle forme meno gravi della malattia, può senza problema passare più o meno continuamente dall'incapacità di intendere ad un accettabile stato mentale idoneo a consentirgli di porre in essere atti e negozi giuridici.

Appare ovvio come già tali generali mutamenti della concezione della follia debbano rendere alquanto cauti nel proiettare a ritroso la disciplina classica della follia, investendone un contesto arcaico dove, se la *potestas in furioso pecuniaque eius* degli agnati può in effetti costituire il primo incunabolo da cui si svilupperà la *cura* classica dell'incapace, nondimeno risulta del tutto impossibile postulare che tale *potestas* si atteggiasse nella sua concreta disciplina ad aspetti della visione della malattia mentale che si affermeranno solo molti secoli più avanti (si pensi, in particolare, alla difficilmente sostenibile tesi, propugnata una ventina d'anni or sono, secondo cui una pretesa guaribilità del *furiosus* sarebbe stata sin dai tempi più remoti caratteristica strutturale della visione romana dell'anomalia mentale, nonché, in tale prospettiva, fattore di per sé sufficiente ad inficiare ogni diversa ricostru-

zione dell'istituto, conducendo senz'altro ad una ricostruzione della *cura furiosi* di tipo non solo provvisorio e reversibile, ma addirittura da ridimensionare drasticamente in una mera gestione conservativa del patrimonio da parte degli agnati o dei gentili: idea ricostruttiva che non solo non teneva conto di tali fondamentali mutamenti della visione della follia, ma soprattutto non si accorgeva neppure di come il *furor* arcaico dovesse giocoforza ricomprendere non solo le ipotesi di malattia mentale in senso stretto, che almeno in parte possono essere considerate di per sé astrattamente curabili, ma altresì i casi di deficienza mentale specie congenita, in quanto tali senza rimedio anche oggi).

Del resto, anche al di là di tali fondamentali differenze tra le coordinate arcaiche e quelle classiche del *furor*, quanto qui soprattutto interessa è il carattere in larga parte incompiuto della stessa disciplina classica della *cura furiosi*, e come per tal verso molte discussioni che agitano i *prudentes* appaiano condurre a dubitare fortemente che l'origine di tali problemi ancora irrisolti e dibattuti in età imperiale possa davvero risalire ad epoche tanto remote come la legislazione decemvirale del V secolo a.C.

Limitandosi all'aspetto che qui più interessa, ossia ai rapporti familiari, è in effetti indubbio che, quando il *furiosus* è affidato alla *cura* agnatizia, in età classica i figli com'è noto rimangono in ogni caso sotto la sua potestà (nel già ricordato D. 1.6.8.1, Ulp. 26 *ad Sab.*, '... *retinet ius potestatis pater furiosus* ...'): tuttavia, se si vanno a vedere, nel *principium* del frammento ulpiano, le ragioni di tale soluzione, è facile accorgersi di come la giustificazione di tale soluzione – che potrebbe apparire persino eccessiva di fronte a un principio in teoria tanto risalente – risenta implicitamente di una visione della follia che è appunto quella del principato (si vedano, in particolare, le *voluntatis reliquiae in furiosis manentibus* che rinviano ad una relativizzante concezione generale che tra l'altro è appunto sottesa ai *lucida intervalla*) e come soprattutto mostri dei dubbi che, specie nel loro versante costruttivo-sistematico, appaiono in effetti denotare una situazione non certo solidificatasi già *ab antiquo* e quindi ormai accettata pacificamente senza necessità di essere invece costruita sulla base di dirimenti dimostrazioni dogmatiche, che semmai dovrebbero in tal caso soltanto servire a razionalizzarla a posteriori, mentre d'altra parte tali argomentazioni, facendo riferimento – '... *nisi exierint liberi quibus casibus solent* ...' – ai modi secondo cui si può uscire normalmente dalla *patria potestas*, e quindi all'emancipazione, si fondano su coordinate sistematiche generali alquanto remote dalla situazione duodecimitabulare, dove tale istituto ancora non esisteva (D. 1.6.8.pr.: '*patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque*').

Se tali dati relativi all'età classica non possono dunque dirci molto in ordine alle coordinate sistematiche generali su cui l'istituto che sarà la *cura* agnatizia iniziava a conformarsi in età decemvirale, ancor più specificamente significative appaiono per tal verso le testimonianze delle fonti in relazione al problema del matrimonio del figlio del *furiosus*, che in quanto tale non può dare il proprio assenso alle nozze. Giustiniano (C.I. 5.4.25, a. 530), in una costituzione emanata appunto al fine di risolvere il risalente problema (pr.: '*si furiosi parentis liberi, in cuius potestate constituti sunt, nuptias possunt contrahere, apud veteres agitabatur*'), riferisce che per quanto riguarda la figlia si era ritenuto sufficiente che il padre non negasse esplicitamente il proprio consenso (§ 1: '*et filiam quidem furiosi marito posse copulari omnes paene iuris antiqui conditores admiserunt: sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat*'), mentre per quanto riguarda il figlio maschio si tendeva a richiamarsi ad una disposizione di Marco Aurelio, in base alla quale i figli del *demens* (*mente captus*) potevano contrarre matrimonio senza il consenso del padre e senza rivolgersi neppure all'imperatore: ma, in tale recenziore distinzione tra le forme di incapacità di intendere, rimaneva alquanto discusso se tale norma dovesse valere anche per

il padre appunto *furiosus* (§ 2: ‘*in filio autem familias dubitabatur. et Ulpianus quidem rettulit constitutionem imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergere, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi adiuvante*’); cosicché Giustiniano interviene per troncane ogni dubbio in materia estendendo tale norma una volta per tutte al figlio del *furiosus* (‘*bis itaque dubitatis tales ambiguitates decedentes sancimus hoc repleri, quod divi Marci constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cuiuscumque sexus possint legittimas contrahere nuptias*’: cfr. altresì *Iust. inst.* 1.10.pr.). Il motivo dogmatico di tali discussioni (che nel distinguere il pazzo furioso dal demente, come tale escluso dal decisivo rimedio dei *lucida intervalla*, appaiono ancora una volta rinviare ad una situazione di diritto imperiale del tutto estranea alle originarie concezioni romane del *furor* come categoria onnicomprensiva di ogni incapacità mentale di tipo patologico) è a sua volta esaminato dalla *paraphrasis* di Teofilo (1.10.pr.), che riferisce anche del caso che avrebbe dato luogo alla diatriba (ἐπειδὴ οὖν πολλὰ περὶ τούτων τῶν νομικῶν ἀμφιβολία γέγονασι ...), ossia il fatto che una volta era successo che entrambi i figli di un *furiosus*, maschio e femmina, avevano avuto contemporaneamente fretta di sposarsi e avevano cercato una soluzione al problema dell'impossibilità dell'assenso paterno (μαινομένου παῖδες υἱὸς ἢ θυγάτηρ ἐπὶ γάμον ἐλθεῖν ἠπέιγοντο): secondo l'*antecessor* bizantino, mentre il consenso dato da un *furiosus* è in quanto tale irrilevante, per altro verso non si può considerare sufficiente che il *furiosus* non si opponga alle nozze, dato che questi, tacendo, non acconsente, poiché non può neppure rendersi conto del fatto a cui deve acconsentire (cfr. del resto D. 33.5.8.2, Pomp. 6 *ad Sab.*: ‘...non videor consentire, qui sentire non possim ...’), né, volendolo, potrebbe opporvisi, e tace semplicemente in quanto vinto dalla malattia (καὶ εἰ μὲν εἴπωμεν συναίνεσιν εἶναι τὸ λέγειν ἰδικῶς τὸν πατέρα ὅτι ἀρέσκομαι τῷ γινομένῳ καὶ τὴν τοιαύτην ἐπὶ τοῦ μαινομένου γίνεσθαι συναίνεσιν ἢ νόσος οὐ συγχωρεῖ. εἰ δὲ δεξώμεθα συναίνεσιν εἶναι τὸ ὀρῶντα τὸν πατέρα μὴ ἀντιλέγειν τῷ πραττομένῳ εἶναι τὸ ὀρῶντα τὸν πατέρα μὴ ἀντιλέγειν τῷ πραττομένῳ, ἀκωλύτως ὁ γάμος προβήσεται. ἀλλ’ οὐκ ἐστὶ τοῦτο ἀληθές. ὁ γὰρ μαινόμενος σιωπῶν οὐ συναίνει· ἐκεῖνος γὰρ σιωπῶν συναίνει, ὃς αἰσθανόμενος τοῦ γινομένου ἐναντιοῦσθαι δύναται, εἰ μὴ ἀρέσκηται τούτῳ. ὁ δὲ μεμνῶν σιωπᾶ νικώμενος ὑπὸ τοῦ πάθους, οὐχ ἠδόμενος τῷ γάμῳ). Dalle poche fonti classiche in argomento pervenuteci attraverso i *Digesta*, risulta in effetti emergere anche in altri ambiti, come in particolare la restituzione della dote, il principio che dal silenzio del *furiosus* si può dedurre il suo consenso (si veda, a proposito della figlia incapace e dell'azione per la restituzione della dote intentata dal padre, D. 24.3.2.2, Ulp. 35 *ad ed.*: ‘*voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire quis eam merito credit. sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere*’): e che tale principio valesse in età severiana, almeno per alcuni giuristi, anche per il matrimonio del figlio maschio si può ricavare da alcuni passi che tendono a parificare il silenzio del *furiosus* all'assenza del *captus ab hostibus* (D. 23.4.8, Paul. 7 *ad Sab.*: ‘*quotiens patre furente vel ab hostibus capto filius familias ducit uxorem filiaque familias nubit, necessario etiam pacto cum ipsis dumtaxat dotis nomine fieri poterit*’: cfr. D. 23.2.9.1, Ulp. 26 *ad Sab.*, D. 23.2.10, Paul. 26 *ad Sab.* e D. 23.2.11, Iul. 62 *dig.*) ovvero che implicitamente, anche se in termini non del tutto immediatamente chiari, risultano comunque comportare la possibilità di fare a meno dell'assenso dell'avente potestà *furiosus* (D. 23.2.9.pr., Ulp. 26 *ad Sab.*: ‘*si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas*’).

In ogni caso, i dubbi e le discussioni che si riscontrano nella giurisprudenza classica su tale punto, si impernano su elementi giuridici propri di tale più evoluta fase della scienza del diritto, ed in particolare sulla possibilità di considerare presunto il consenso di chi non può contraddire e la tendenziale parificazione del *furiosus* all'*absens* (D. 50.16.246.pr., Pomp. 16 *epist.* + Lab. *pith.*, e D. 29.7.2.3, Iul. 37 *dig.*: si vedano, per l'equiparazione al *dormiens* e al *mortuus*, rispettivamente D. 41.3.31.3, Paul. 32 *ad Sab.*, e D. 46.8.24.1, Afr. 5 *quaest.*), e seguono prospettive che d'altra parte, provvedendo al caso del

demens ma non a quello del pazzo furioso, il cui regime viene così distinto dal precedente, risultano presupporre per quest'ultimo, a differenza del primo, la possibilità di guarigione o comunque di *lucida intervalla* in cui egli possa normalmente dare il suo consenso ovvero negarlo: teorizzazioni sistematiche di principii che, dunque, non sembrano in ogni caso certo riguardare le prospettive metodologiche del più arcaico diritto romano. Del resto, se una simile questione si fosse presentata già nel contesto giuridico decemvirale, essa, comunque fosse stata risolta, lo sarebbe stata in maniera fattuale se non apodittica, senza troppo sottili dimostrazioni sistematiche, e d'altra parte, se ciò fosse avvenuto, i giuristi classici non tenterebbero di costruire una soluzione attraverso argomentazioni dogmatiche, ma semmai di giustificare razionalmente una norma consuetudinaria già definitivamente impostasi (tenendo del resto presente, come osservava Giuliano – 55 *dig.*, D. 1.30.20 –, che *'non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest'*). Se quindi i dubbi classici circa la possibilità del matrimonio dei figli del *furiosus* dimostrano la relativa novità di tale problema, e sembra in effetti strano che ancora ai tempi di Marco Aurelio la questione non si fosse già presentata (infatti l'imperatore intervenne per il *demens*, lasciando aperta la questione del *furiosus*, quantomeno nel caso la follia sia di fatto priva di speranze di guarigione così come di momenti di lucidità, che risolverebbero immediatamente il problema), sembra difficile credere che sin dal diritto repubblicano più antico non ci fossero stati problemi in ordine a tale fattispecie, mentre d'altra parte sembra chiaro come l'assunto secondo cui i figli del *furiosus* per così dire perenne non possono contrarre matrimonio data l'impossibilità dell'assenso paterno – che i giuristi classici tendono a superare con ogni *escamotage* possibile – sia soluzione che in effetti sarebbe risultata alquanto più insostenibile ed assurda nel diritto più arcaico, dove, come sottolineava Max Kaser, la funzione essenziale dei figli maschi, che proprio per questo a differenza delle femmine non si vogliono far uscire dalla *potestas* paterna, è quella di perpetuare la famiglia e di non farla estinguere, secondo una visione immediatamente scontata nelle società rurali, dove la continuazione della proprietà agraria è un fine essenziale non solo per i singoli, ma per la collettività stessa: e dove quindi sarebbe stato inimmaginabile – per di più non esistendo ancora la *emancipatio* – che il figlio, una volta impazzito il *pater* dovesse (stante altresì l'assenza, in tale epoca, della stessa possibilità giuridica di *lucida intervalla*) attendere la sua morte per potersi sposare e formare a sua volta una famiglia.

4. Tali aspetti risultano quindi ricondurre, fornendo anzi ad essa nuove riprove questa volta di ordine altresì contenutistico, alla nota tesi, avanzata in particolare da Antonio Guarino, secondo cui il *furiosus*, percepito dalla visione romana arcaica come un essere punito dagli dei ed attratto in tal modo in una sfera di numinosa negatività che lo separava definitivamente dagli uomini, doveva essere considerato, alle origini di Roma come ancora a lungo in età repubblicana, una sorta di «morto civile» non più appartenente alla comunità umana e quindi uscito definitivamente dall'ambito della *civitas* come della *familia*: per cui era naturale che, quando un *paterfamilias* risultasse essere divenuto pazzo, si aprisse la normale successione *ab intestato* e quindi la successione dei *sui heredes* e, in loro mancanza, degli *agnati* ovvero dei *gentiles*. Secondo lo studioso, anzi, nel sancire tale soluzione i decemviri non avrebbero fatto altro che recepire una tradizione già da lungo tempo affermata, e se parlarono esplicitamente nel loro codice del *furiosus* non fu con ogni verosimiglianza per sanzionarla con tale richiamo, ma semmai al fine di provvedere, innovando, alla sorte dei suoi beni: stabilendo cioè che, se esso andava affidato alla *potestas* degli *agnati* o dei *gentiles*, a questi toccava, come compenso dell'onere così assunto, la eventuale *pecunia* di sua pertinenza (impostazione che Xavier D'Ors, volendo unire le due norme sugli incapaci in una sola previsione, estenderebbe anche alla tutela degli impuberi e delle donne), mentre la restante parte del suo patrimonio, ossia verosimilmente la *familia*, sarebbe invece spettata in normale via successoria ai *sui* (prospettiva ricostruttiva, questa, che peraltro, come si vedrà tra breve, desta in tali termini talune ulteriori perplessità).

Se tale impostazione – ormai accettata nelle sue linee essenziali dalla dottrina più recente al di là di alcune eccezioni di cui si è tra l'altro ricordata sotto almeno taluni aspetti l'intrinseca difficoltà – riesce in effetti altresì a spiegare la sorte dei figli del *furiosus*, che in tale situazione divenivano subito *sui in-*

ris ed eredi, mentre la conservazione della *potestas* su di essi da parte del *pater* impazzito appare una soluzione classica che come si è visto non si può facilmente proiettare a ritroso sin alla Roma più arcaica, sembra tuttavia possibile andare oltre in tale direzione, indagando se, in questa architettura ricostruttiva, sia davvero da rifiutare la figura del *custos*, che in tale sistema non sembrerebbe a prima vista trovare posto, o se invece, sempre nell'ambito di tali direttrici sistematiche, questo personaggio possa pur rinvenire una sua spiegazione ed una sua convincente collocazione, giungendo anzi per tal via a completare questo quadro d'insieme in maniera può darsi più soddisfacente e definitiva.

In effetti, in caso della sopravvenuta follia di un individuo *sui iuris*, si possono dare tre ipotesi, ossia l'assenza di discendenti o la presenza di figli almeno in parte *puberi* ovvero soltanto *impuberi*, con tre diverse possibilità, quindi, circa le sorti della *familia* del *furiosus*.

Com'è ovvio, se il soggetto è privo di discendenza, seguendo tale ipotesi ricostruttiva saranno gli agnati o i gentili, in base a *tab. V.4-5*, a *familiam habere*, mentre, se vi sono solo figli *impuberi*, ai collaterali spetterà in base a *tab. V.6* la tutela su di essi e quindi l'amministrazione del loro patrimonio: e poiché la tutela, in tale visuale, viene loro affidata non in seguito alla morte del *pater* ma a causa del suo sopravvenuto *furor*, ad essi spetterà, separatamente, la *pecunia*, loro attribuita in quanto affidatari del *furiosus* in base a *tab. V.7.a*, e quindi disgiuntamente dalla *familia* o comunque dal restante patrimonio, che essi devono invece amministrare per i pupilli (non è qui ovviamente il caso di entrare nelle intricate discussioni – e del resto allo stato delle fonti forse impossibili da risolvere in maniera definitiva – circa l'esatto significato dell'endiadi '*familia pecuniaque*', che del resto come somma di due distinte entità risulterebbe forse nozione recenziore rispetto alle XII Tavole: anche in quanto, dal punto di vista che qui interessa, è sufficiente rifarsi al difficilmente contestabile assunto di Antonio Guarino secondo cui, in ogni caso, in questo specifico caso la '*pecunia*' rappresenta qualcosa di minore rispetto alla '*familia*', che in vari casi indica invece, complessivamente, l'intero patrimonio del soggetto).

Resta il problema della sorte della *familia* nel caso che i figli del *furiosus* siano invece almeno in parte *puberi*: nel diritto classico essi rimarranno sotto la *potestas* del *pater*, ma nel sistema decemvirale, secondo la tesi ricostruttiva qui seguita, essi erediteranno invece la *familia*, mentre per quanto riguarda la sorte del genitore *furiosus* a sua volta si possono fare due ipotesi, ossia che esso, mentre per un verso gli succedono i *sui heredes*, sia affidato agli agnati o ai gentili con la sua *pecunia* in base a *tab. V.7.a*, come in particolare ritiene anche Antonio Guarino, ovvero che esso rimanga invece affidato ai suoi stessi figli adulti e *sui heredes*, senza nessun intervento né diritto degli agnati e dei gentili, appunto in base a *tab. V.7.b*, ossia rimanga normalmente con i suoi discendenti, quali suoi *custodes*: come in effetti, prima di ogni sussunzione e regolamentazione giuridica della fattispecie, doveva naturalmente accadere nell'ambito di una famiglia quando il padre impazziva e i figli, che già lo affiancavano nella conduzione del fondo, lo sostituivano definitivamente nella guida e nella gestione del patrimonio familiare e segnatamente del fondo, prendendosi altresì cura di lui (tantopiù che, in tali casi, lo scemare delle facoltà mentali del padre doveva essere di norma non istantaneo bensì progressivo, per cui – altresì nell'assenza, come si vedrà in seguito, di una dichiarazione ufficiale di incapacità – il lento peggioramento della sua intelligenza doveva anche per tal verso rendere inevitabile una via via sempre maggiore espansione dell'attività dei figli e nel caso della moglie nella conduzione della famiglia, che solo col tempo diveniva alla fine esclusiva).

In base a quest'ultima ipotesi, quindi, *tab. V.7.a-b*, nella versione ampliata '*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*', sarebbe da leggere (in parallelo a *tab. V.4* – '*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*' –, dove l'alternativa è tra la chiamata di agnati e gentili e la presenza di un *suius heres*) come un affidamento agli agnati o ai gentili del *furiosus* e della sua *pecunia* subordinata alla mancanza di *heres* appunto *pubere*, ossia di un *custos*: circostanza che spiegherebbe altresì il ricorso dei decemviri al termine '*custos*', mai altrove usato dalle fonti giuridiche disponibili se non in maniera episodica ed in accezioni del tutto generiche, ma il cui impiego in senso relativamente tecnico si giustificerebbe, in *tab. V.7*, appunto in vista del fatto che si tratta di un'ipotesi pressoché unica in cui si deve distinguere nettamente, con diversi esiti giuridici nei due casi, la presenza di un figlio *impubere*, pur sempre *heres* ma

affidato alla tutela degli agnati così come il padre *furiosus* viene consegnato alla loro *potestas*, e la sussistenza di un figlio adulto e *suae tutelae*, cui invece viene attribuita, insieme all'eredità, anche la custodia del *pater familias* impazzito: ipotesi del tutto particolare in cui il figlio pubere, come tale idoneo a vedersi affidato lo stesso padre, verrebbe appunto empiricamente descritto dal linguaggio duodecimitabulare – in tal caso, sarebbe da ritenere, altresì in vista di una relativa univocità convenzionale che il termine doveva presumibilmente assumere nel contesto della Roma arcaica, secondo accezioni purtroppo non testimoniate dalle fonti pervenute – in riferimento a tale sua specifica funzione, ossia come ‘custos’: anche a causa, forse, dell'insufficienza del ricorso al termine ‘*pubes*’, che pur sarebbe soddisfacente agli effetti della struttura ritmica del versetto (... *ast ei pubes nec escit* ...), ad indicare senza equivoci appunto un *suius heres* che sia un altresì un discendente *pubes* (ma ciò solo se in ipotesi si ammette, ovviamente, che il termine ‘*pubes*’, la cui storia semantica è in realtà piuttosto complessa, potesse già appartenere al linguaggio giuridico di età decemvirale: ipotesi che – si veda tra l'altro Fest., *verb. sign.*, sv. ‘*pubes*’ e ‘*pube praesente*’, L. p. 241, 297 e 301 – appare invero alquanto improbabile).

L'idea che il padre *furiosus* potesse venire affidato al figlio maggiorenne non è stata neppure considerata seriamente dalla dottrina e, quando è stata presa in esame, lo è stata al solo fine di escluderla come pressoché inconcepibile, poiché – si vuole – il *pater*, quand'anche divenuto folle, non sarebbe in quanto tale sottoponibile alla *potestas* dei successori (suoi «ex-sudditi»), che intrinsecamente possono essere solo soggetti al suo potere e non viceversa. Ed è ovvio come tale postulato, considerato pressoché autoevidente, poggi su di una visione assorbente ed archetipica della *patria potestas* quale fulcro paradigmatico il diritto di famiglia, ed in particolare su di un potere assoluto del padre che si estrinseca in uno *ius* (o appunto *potestas*) *vitae et necis* (tab. IV.2.a) che ne è non solo la massima, ma altresì la più peculiare manifestazione, e che in passato è parso a taluno a tal punto rappresentativo della supremazia autocratica del *paterfamilias* da farlo persino apparire incompatibile con la possibilità stessa che il figlio possa sottrarsi alla sua *potestas*, secondo una eventualità pur tradizionalmente attribuita ai decemviri (tab. IV.2.b, Gai., *inst.* 4.79: ‘*si pater filius ter venum duit, filius a patre liber esto*’).

Tuttavia, in primo luogo, si deve notare come per affidare il *pater furiosus* ai figli – o più esattamente alla sua famiglia naturale, di cui fa altresì parte, *loco filiae*, la moglie stessa – non sia affatto necessario, in relazione al contesto più arcaico, presupporre una sua sottoposizione giuridica alla *potestas* dei figli, essendo più che sufficiente pensare ad un mero affidamento di fatto ai suoi discendenti, affidamento che non è per nulla detto che l'ordinamento della Roma più antica si preoccupasse necessariamente di sussumere già allora in una precisa potestà personale individuata in modo definitivo e disciplinata dalla speculazione giurisprudenziale. In effetti, se non si vuole qui certo negare l'essenzialità della posizione del *pater* nel diritto romano altresì più risalente, sembra egualmente da evitare il rischio di una soverchia enfattizzazione delle più tarde teorizzazioni relative alla *patria potestas* – rischio per vari versi intrinseco alla perdurante visione bonfantiana di tali aspetti –, tale da condurre ad una aproblematica proiezione a ritroso, sino alle più semplici strutture del diritto primitivo, delle regole e dei principii elaborati da una ben più scaltrita giurisprudenza classica in ordine alla *patria potestas* (e si è infatti vista la difficoltà di riportare alle origini quiritarie vari aspetti della disciplina della *cura furiosi* che si rifanno direttamente a tali sviluppi). Il pericolo, in effetti, è una distratta tendenza a presupporre uno sviluppo se non addirittura un'evoluzione sempre rettilinea e costante dei fenomeni storici, secondo un atteggiamento mentale simile a quello per cui, ad esempio, gli studenti, abituati a pensare ai plebei come portatori di istanze cosiddette democratiche e progressiste, sono perciò sovente portati a dedurre che la situazione della donna nella Roma più arcaica e nell'ordinamento *lato sensu* patrizio, ossia nel loro immaginario in un contesto ancora più conservatore e reazionario, dovesse essere per forza persino peggiore, senza pensare che invece, anche al di là della maggior libertà ed autonomia di cui sembra aver goduto la donna in ambito etrusco, è proprio la diffusione dell'agricoltura e quindi la connessa esigenza plebea della conservazione della proprietà fondiaria a limitare per vari versi la sua capacità giuridica e di agire delle discendenti di sesso femminile. In maniera non troppo diversa, anche se la *patria potestas* doveva certo risultare principio fondamentale ed

assumere caratteri alquanto pronunciati già nel diritto più primitivo, questo non importa necessariamente che essa esplicasse i suoi effetti secondo proiezioni sistematiche ed omogeneizzanti in qualsivoglia ambito ad essa rapportabile come invece avverrà in epoche più recenti ed evolute grazie alla speculazione di una scienza del diritto che estenderà in una compiuta architettura logico-costruttiva ogni implicazione tecnico-giuridica della *patria potestas* altresì su situazioni che la mentalità più semplice dei romani primitivi neppure immaginava ad essa connesse: per cui non è affatto detto che, se un determinato istituto viene ricondotto dai giuristi classici o anche già repubblicani ai principii che disciplinano la *patria potestas*, come in effetti avverrà per la *cura furiosi*, lo stesso schema riordinante dovesse per forza valere anche nel diritto più arcaico, dove anzi le previsioni in materia, tendendo a considerare la follia come di per sé incompatibile con la qualità di *paterfamilias*, potevano per vari versi venire nel caso elaborate nelle loro prime e più semplici costruzioni giuridiche appunto senza nessun risolutivo aggancio sistematico con le complesse implicazioni assunte da tale figura nelle età successive, dove del resto muta del tutto, come si è accennato, la complessiva visione della follia stessa.

E si deve sotto tale aspetto considerare altresì, come si è in parte visto, che la *cura furiosi* classica giunge ad un risultato unico nella sistematica del diritto ed anzi per vari versi invero aberrante dal punto di vista proprio dei principii a fondamento della posizione del padre e dei suoi intrinseci poteri familiari, sottoponendo alla *potestas* di un curatore un *paterfamilias* che pur rimane tuttavia *sui iuris* e conserva in ogni caso la *patria potestas* sui propri discendenti, in una duplice e di per sé contraddittoria situazione potestativa in cui si giustappongono due funzioni di segno opposto che di per sé tenderebbero ad escludersi a vicenda, dato che il carattere cosiddetto sovrano della *patria potestas* è di fatto annullato dalla sottoposizione ad una *cura* che tende a parificare una persona che pur rimane *sui iuris* ad un soggetto *alieni iuris* (non si dimentichi infatti che le persone *sui iuris* sono altrimenti dette dalle fonti *suae tutelae*, ed il regime della *cura furiosi* finisce ovviamente – al di là della distinzione terminologica e quindi dello sfogo in seguito di fatto rappresentato dal sistema dei *lucida intervalla* – per parificare il folle ad una sorta di *infans* pur rispettando formalmente la sua condizione di *paterfamilias*).

In effetti, tale situazione risulta di per sé alquanto problematica anche dal punto di vista della sua concreta disciplina giuridica, specie in quanto i figli non possono più compiere tutta una serie di atti per la cui autorizzazione il curatore non può sostituirsi al padre (oltre al già ricordato consenso matrimoniale, si pensi in particolare alle limitazioni della usuale attività negoziale del *filiusfamilias* – D. 46.6.5, Paul. 76 *ad ed.*: ‘*si filius, qui in potestate furiosi erit, rem salvam fore stipuletur, acquirit patri obligationes*’ – ovvero ad esempio alle difficoltà relative alla manumissione di uno schiavo – D. 40.9.22, Pomp. 25 *ad Q. Muc.*, e D. 27.10.17, Gai. 1 *man.* –, cui non può provvedere il figlio – D. 40.2.10, Marc. 3 *reg.*: ‘*furiosi vero filius non potest manumittere*’ – ma neppure il curatore; assurdità cui cercheranno di rimediare, quantomeno nel caso di libertà fideicommissaria, prima il giurista Ottaviano con un *escamotage* semplice da un punto di vista formale ma sostanzialmente invero un po’ farraginoso – D. 40.1.13, Pomp. 1 *ex Plaut.*: ‘*servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, Octavienus ait*’ – e quindi un intervento autoritativo di Antonino Pio, che ricorre allo strumento del *decretum*, come riferito da D. 40.5.30.7, Ulp. 5 *fideicomm.*: ‘*in furiosi persona divus Pius rescripsit fideicommissam libertatem non impediri sub condicione scripti heredis, quem compotem mentis non esse adfirmatur. igitur si constiterit ei recte datam per fideicommissum libertatem, decretum interponetur, quod id ipsum complectatur, ad exemplum infantis*’). Si tratta, nel complesso, di una situazione affatto peculiare e per certi versi persino assurda che appare relativamente tollerabile nel diritto classico, ove risultava temperata in particolare dal sistema dei *lucida intervalla* e dalla pur relativa possibilità di una guarigione del *furiosus*, ma che sarebbe risultata incongrua alla diversa visione della malattia mentale del diritto arcaico, dove, soprattutto, sembra difficile postulare che il *paterfamilias* potesse rimanere davvero tale anche quando privato della sua principale caratteristica, ossia del suo essere *lato sensu* sovrano nell’ambito della propria famiglia, e ove d’altra parte una simile paralisi della gestione del patrimonio familiare sarebbe risultata senza senso al pari di ogni difficoltà dei figli di contrarre in particolare, come si è visto, un matrimonio.

5. Non sembra dunque in tale prospettiva troppo audace postulare che, in un simile contesto relativamente primitivo, un soggetto ormai *furiosus* e quindi percepito come entità attratta in un ambito di numinosa negatività religiosa, che anche secondo la più diffusa dottrina sarebbe in ogni caso stato sottoposto alla *potestas* degli agnati mentre i figli, secondo la ricostruzione che appare più probabile, gli succedevano non diversamente che se fosse morto, potesse davvero conservare quella che sarà in seguito indicata come condizione di persona *sui iuris*: e in questa prospettiva, il venir meno nel *furiosus* di ogni parvenza di dignità giuridica di *paterfamilias*, di *civis* e anzi per vari versi persino di essere propriamente umano nella sua definitiva attrazione in un ambito di straniamento sacrale, ed il suo conseguente affidamento al pari di un *infans* alla potestà altrui, appare rendere in effetti alquanto meno ardua la possibilità di un suo affidamento ai suoi stessi figli in termini più o meno di «non persona» secondo l'ordinamento umano, mentre le apparenti difficoltà che conducono la dottrina ad escludere tale soluzione naturale ed immediata si ricollegano ad una ben diversa costruzione classica della *cura furiosi* e della sua disciplina, che come si è detto sarebbe del tutto incongruo proiettare a ritroso sino al contesto decemvirale.

Per tal verso, se anche il potere sul *furiosus* che *tab. V.7.a* riserva agli agnati o ai gentili sembra verosimilmente indicato usando il termine '*potestas*' in un'accezione del tutto generica e fattuale (Salvatore Tondo richiamava a tale proposito il ricorso a tale espressione nella previsione edittale della *noxae deditio*, dove essa è riferita al *servus*, mentre d'altra parte la *potestas* ha qui ad oggetto il *furiosus* come la sua *pecunia*, ossia – incompatibilmente con le estrinsecazioni per così dire adulte di tale categoria – una *persona* ed una *res*, secondo un impiego generico ed unitario della nozione di '*potestas*' del resto presente anche in Plauto ed ancora nella *lex Atinia*), sembra soprattutto da ribadire che, secondo la stessa tesi ricostruttiva che fa capo in particolare ad Antonio Guarino, il *furiosus* sarebbe come si è visto da considerare una sorta di «morto civile», definitivamente attratto in un ambito di vendetta numinosa e di nemesi divina che lo estranea ormai al genere umano, disciplinandone semmai la condizione secondo le categorie dello *ius sacrum*: per cui risulta già in linea di principio assurdo pretendere di applicare ad un tale soggetto di cui è dubbia la stessa umanità categorie potestative che ben diversamente riguardano le usuali relazioni personali tra soggetti normali disciplinate dal diritto umano (si ricordi, in particolare, come in Liv., *urb. cond.* 3.57.1-4, Virginio escluda la invocabilità stessa della *provocatio ad populum* da parte di Appio Claudio appunto in quanto il decemviro, '*omnibus sceleris impie nefarieque ausus, sanguini civium infestus, deorum hominumque contemptor*', ormai non appartiene più non solo alla collettività dei *cives*, ma neppure allo stesso genere umano – '*... et legum expertem et civilis et humani foederis esse ...*' –, una sorta di *nefas* vivente cui non spettano più le gaurentie invece previste appunto per il *civis romanus*). Per tal verso, anzi, è da tenere altresì presente come in dottrina, ed in particolare da Filippo Gallo, sia stato avanzato financo il sospetto che la menzione della '*potestas*' in *tab. V.7.a* sia in realtà frutto di un successivo aggiornamento terminologico, e che la stesura originaria della norma potesse verosimilmente suonare, in maniera più drastica e per così dire primitiva, '*in eo pecuniaque eius ius esto*'.

Nella incompatibilità di fondo tra condizione di *paterfamilias* ed incapacità mentale, e soprattutto nella sottrazione del *furiosus* ad una vera e propria dimensione umana, che risultano caratterizzare il diritto romano arcaico, non sembra in effetti strano che, quando la malattia si manifestava in maniera definitiva ed indubitabile, i figli continuassero nella gestione del patrimonio familiare, e in particolare del fondo, come già facevano prima insieme al padre, e come del resto negli ultimi tempi dovevano aver fatto in maniera sempre più autonoma se, com'è normale, i disturbi psichici e l'incapacità del *paterfamilias* si erano manifestati in maniera progressiva (si tenga tra l'altro presente, pur nella diversità delle coordinate generali di tale ordinamento soprattutto riguardo ai rapporti potestativi, la possibilità, nel diritto ateniese, che il padre, divenuto ormai troppo vecchio, potesse abdicare, per così dire, alla propria posizione di *keúrios* della famiglia, conferendo ai figli la potestà sulla famiglia, cosicché i figli, se più d'uno, come si ricava dagli oratori potevano gestire l'*oikos* in comune). Né vi era evidentemente bisogno di prendere un povero vecchio con problemi mentali, sottrarlo

alla moglie e ai figli nonché soprattutto all'ambiente domestico che gli era familiare, per trasferirlo senza motivo nella casa dell'*adgnatus proximus*, ossia da un fratello o uno zio o un cugino magari altresì a lui invisio, affidandolo senza motivo alla *potestas* di questo insieme ad una *pecunia* che veniva così sottratta ai suoi figli adulti, ossia ai suoi naturali eredi (e in effetti, quando si afferma l'intrinseca impossibilità logica di affidare il *paterfamilias* impazzito ai suoi discendenti già *in potestate*, ossia ai suoi «ex-sudditi», si segue una fuorviante logica giuridica del tutto astratta che è l'esatto opposto di quanto vuole la realtà della vita quotidiana, dove, al contrario, che la moglie e i figli si prendano cura del *pater* ormai incapace è la soluzione più ovvia e normale: e si potrebbe notare, per quanto l'argomento possa essere qui solo accennato e non risulti certo di per sé decisivo, come tale soluzione ritornerà in ogni caso ad essere praticabile nel diritto classico, stando al rescritto di Antonino Pio di cui dà notizia D. 27.10.1.1, Ulp. 1 *ad Sab.* – cfr. anche D. 27.10.4, Ulp. 38 *ad Sab.* –, testo ove, al di là degli indizi di interpolazione che esso lascia sospettare, si parla infatti dell'affidamento del *prodigus* e del *furiosus* al figlio come ipotesi già in precedenza negata dalla *communis opinio* ma quindi, sembrerebbe, forse propugnata da alcuni *prudentes*: '*curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda: sed extat divi Pii rescriptum filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit*'). Per converso, tale problema non sarebbe neppure risolvibile postulando che, pur rimanendo di fatto il *pater* ormai *furiosus* con la moglie e i figli, in ogni caso la *potestas* su di lui (insieme alla sua '*pecunia*') sarebbe stata assunta dagli agnati: prospettazione che mal si adatta alle verosimili categorie di pensiero del diritto romano arcaico, distinguendo in maniera astrattamente formale la situazione di fatto dell'affidamento quotidiano del soggetto ai consanguinei ed un in tal caso non ben specificato potere su di lui da parte di un collaterale che, in tale ipotesi, non sarebbe facilmente determinabile nel suo contenuto, poiché non si comprenderebbe neppure in quali atti giuridici esso dovesse estrinsecarsi, attesa la espulsione, per così dire, del *furiosus* dal contesto e dal diritto umano, con la conseguente successione dei figli al padre: mentre d'altra parte, vista la mancanza di contenuti di tale potere e soprattutto la mancanza di qualsiasi onere pratico attribuibile al collaterale, dato che in tale ipotesi il *furiosus* rimane affidato a moglie e figli, non avrebbe senso neppure la devoluzione all'*adgnatus proximus* (o nel caso ai gentili) della *pecunia* dell'incapace, che non sarebbe volta a compensare alcuna loro prestazione e dunque risulterebbe del tutto ingiustificata.

Se per tal verso la *potestas* degli agnati sul *furiosus* e indirettamente sui suoi figli ha senso in un successivo contesto dove la stessa *familia* di questo viene affidata al *curator* insieme ai discendenti che rimangono sottoposti alla *potestas* dell'incapace, e dove quindi tutto il patrimonio viene affidato agli agnati, in parte, nel caso, come sorta di compenso per tale affidamento, in parte per essere conservato e trasmesso ai figli una volta che succedano al padre *furiosus*, in effetti il riservare la *pecunia* agli agnati o ai gentili risulta viceversa alquanto strano ove, come risulterebbe avvenire nel contesto arcaico, i figli succedono al padre *furiosus* ancora in vita, e dove quindi la sottrazione di una parte del patrimonio agli eredi naturali risulta platealmente andare contro a quello che è lo stesso intrinseco scopo dell'interdizione del pazzo, ossia la preservazione del suo patrimonio a vantaggio della sua famiglia naturale (e per tal verso si potrebbe ricordare – per quanto situantesi in un contesto potestativo alquanto diverso – la soluzione ancora una volta del diritto attico, ove l'azione per far riconoscere la follia del padre – *γραφῆ*, o forse *δίκη, παρανοίας* – è attribuita in linea di massima ai figli stessi e lo specifico fine di tale procedura risulta quello di preservare il patrimonio familiare a questi ultimi, in un contesto che tende di norma ad escludere ogni immediato interesse di altri parenti).

Del resto, se una astratta visione della *patria potestas* classica ed una sua proiezione a ritroso anche in ambiti in origine verosimilmente alieni dalle costruzioni ad essa relativi, come in effetti doveva essere il regime più arcaico del *furor*, parrebbe a prima vista condurre ad escludere apoditticamente che il padre impazzito potesse essere affidato di fatto ai suoi stessi figli, e d'altra parte in ciò si dimentica che in epoca decemvirale il *furiosus* non è, come in epoca classica, una persona comunque *sui iuris* che conserva la potestà sui figli, ma una sorta di «morto civile» ormai estraneo alla comunità umana ed al suo diritto, sembra per converso da sottolineare come nel rifiuto di quella che appare la soluzione più naturale, ossia il permanere del folle nella propria famiglia e nella propria ca-

sa, giochi altresì un ulteriore fattore di fondo, del pari mutuato su situazioni proprie di età successive e non estensibili senza problema al contesto arcaico, ossia l'idea che la sottomissione dei figli alla *patria potestas* implichi immediatamente una intrinseca impossibilità che essi potessero di norma partecipare attivamente, non solo vicariamente ma altresì in maniera dialettica rispetto al *pater*, alla conduzione della famiglia e del suo patrimonio. Una tale visuale è però smentita dalle fonti, che, pur attestando senza dubbio una indiscussa sovranità del *pater* sulla propria famiglia, nondimeno mostrano altresì una più fluida situazione di fatto, in cui, ad esempio, stando a Festo (*verb. sign.*, sv. 'heres', L. p. 88), gli antichi avrebbero inteso 'heres' nel senso di 'dominus' ('heres apud antiquos pro domino ponebatur'), secondo un'accezione già attestata in Plauto (*Men.* 477 e 493), mentre ancora nei testi classici i figli sono definiti non solo *domestici heredes*, ma altresì in qualche modo già *domini* del patrimonio familiare anche prima della morte del *pater* e quindi del momento della successione (Gai., *inst.* 2.157: 'sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum'), tanto che ancora Paolo affermerà che alla morte del padre i figli appaiono conseguire non tanto la proprietà del patrimonio, quanto piuttosto la sua libera amministrazione (D. 28.2.11, Paul. 2 ad Sab.: 'in suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat'). E per quanto riguarda la possibilità di contrasti tra il padre e i figli nonché una loro considerazione da parte della stessa *civitas*, è abbastanza noto l'episodio narrato da Livio (*urb. cond.* 1.50.8-9) in cui Tarquinio il Superbo si scusa per il ritardo con cui è arrivato ad una riunione con i capi latini, da lui stesso indetta, spiegando di essersi attardato per ricomporre un conflitto tra un padre e suo figlio ('qui silentio facto monitus a proximis ut purgaret se quod id temporis venisset, disceptatorem aut se sumptum inter patrem et filium cura reconciliandi eos in gratiam moratum esse, et quia ea res exemisset illum diem, postero die acturum quae constituisset'): e, come è stato notato, si può dedurre dalla infastidita osservazione di Turro, secondo cui ogni contrasto con il *pater* andrebbe risolto con la punizione del figlio ('ne id quidem ab Turno tulisse tacitum ferunt; dixisse enim nullam breviorum esse cognitionem quam inter patrem et filium paucisque transigi verbis posse: ni pareat patri, habiturum infortunium esse'), come invece, se lo stesso re di Roma si era attardato in una simile discussione, ciò doveva essere avvenuto proprio su sollecitazione del figlio, di cui Tarquinio doveva avere verosimilmente difeso o comunque considerato seriamente le posizioni.

La soluzione di mettere dunque «da parte» il padre ormai divenuto incapace, di lasciare andare avanti ormai autonomamente i suoi discendenti nella gestione del fondo avito e di affidare il *furiosus* alle stesse persone che facevano parte del suo gruppo familiare naturale, ossia alla moglie e ai figli che gli erano familiari e domestici ed ai quali il *furiosus* era da sempre abituato – evitando di scapicollarlo (il verbo sarebbe intransitivo ma la forzatura rende meglio l'idea) senza alcun motivo pratico e logico nella casa estranea di un fratello, di uno zio o di un cugino che non avrebbe potuto far altro che recluderlo in un cubicolo se non peggio, affidandolo a servi o a familiari di norma sconosciuti al *furiosus* (ed in effetti, come si è visto, nella comune dottrina l'attribuzione agli agnati della *pecunia* del *furiosus* viene interpretata come un compenso al suo mantenimento) – appare in effetti la soluzione più spontanea e naturale nel diritto arcaico, e soprattutto consona alla fattualità immediata delle sue soluzioni: mentre l'affidamento formale del *furiosus* alla *potestas* di un terzo risulta invece meccanismo più farraginoso nella sua non immediatezza, una forzatura dovuta a ragioni estrinseche alla quotidiana vita familiare che avrà senso solo quando, in età successiva, l'intera famiglia del *furiosus*, che ben diversamente conserverà la *potestas* sui figli, verrà affidata nel suo complesso al *curator*. Nella fattualità del diritto più arcaico, l'ipotesi di un simile trasferimento – lasciando per ora da parte la peculiare ed in parte diversa situazione in cui vi siano soltanto figli impuberi – appare in effetti possibile soltanto qualora le circostanze la rendano inevitabile, ossia quando il *furiosus* sia privo di discendenza, e quando dunque, in assenza di figli, esso non possa che essere affidato al suo col-

laterale più vicino, ossia appunto all'*adgnatus proximus*: una situazione in origine non usuale, data la normalità del matrimonio e la conseguente presenza di figli nel contesto più arcaico, e che potrà essere estesa alla generalità dei casi soltanto quando, in epoca successiva ed in una più aperta visione della follia, si preferirà non aprire la successione del *furiosus*, ma mantenere i figli sotto la sua *potestas* pur nel suo parallelo affidamento alla *cura* agnatizia (mutamento d'altra parte da ricollegare, come appare ovvio, altresì a diverse temperie in cui l'età pubere tenderà a non essere più considerata in termini di età ad ogni effetto adulta e con la *lex Laetoria* inizierà ad affermarsi regole diverse che col tempo condurranno all'istituto, legato a visioni alquanto diverse della maturità psichica, della cura dei minori di venticinque anni): mentre per altro verso si può anche notare come in età successiva, venendo affidato alla curatela agnatizia ma conservando peraltro la *potestas* sui discendenti, il *furiosus* conserverà in ogni caso, in tale diversa impostazione, una propria casa in cui convivere con la moglie e i figli, anche se su di essa soprassiederà il curatore, mentre, come si è accennato, questo non sarebbe stato possibile nel periodo più arcaico, se si postula, come fa la diffusa dottrina in esame, che i figli gli succedessero dividendosi il patrimonio familiare mentre egli veniva affidato agli agnati.

Per altro verso, tale comunanza di destini prima ancora che giuridica – in cui il padre anche una volta divenuto *furiosus* rimaneva in ogni caso con i figli e la moglie nella casa familiare, mentre nella fattualità del diritto arcaico tale situazione non era ancora disciplinata sistematicamente in base a precisi rapporti potestativi tra il *custos*, o meglio i *custodes*, ed il capofamiglia ormai uscito dalla vita civile e sociale e quindi da ogni dimensione propriamente giuridica di diritto umano – appare prospettiva altresì resa più facile nella sua empiria di fondo dalla diffusione, nell'ordinamento arcaico, di quello stato di indivisione ereditaria in cui i fratelli permanevano dopo la morte del *pater*, ossia del cosiddetto *consortium ercto non cito* (nell'integrazione di Gai., *inst.* 3.154.a, '*est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito ...*'): una comproprietà solidale in cui, com'è noto, lo stato di indivisione si conforma nel senso che ciascun consorte è considerato come titolare dell'intero (Gai., *inst.* 3.154.b: '*... illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum aquirebat: item unus rem communem mancipando ...*'). Questo istituto, superate le rigide architetture evolutive della sovranità familiare bonfantiana, tende ormai (anche in relazione ai ricordati Gai., *inst.* 2.157 e D. 28.2.11, Paul. 2 *ad Sab.*, ed alla visione dei *sui* come *domestici heredes* da sempre naturali *dominii* del patrimonio paterno) ad essere spiegato, piuttosto che in base ad una astratta nozione di «consorvanza», semplicemente in vista della *fraternitas* che legava i *sui* (detti appunto '*fratres sui*') e della loro per così dire congenita abitudine a collaborare nella gestione del fondo familiare, che in particolare permetteva appunto che ognuno si potesse comportare come titolare dell'intero patrimonio senza che ciò creasse soverchi problemi nei loro rapporti, mentre all'esterno, specie per quanto riguarda i terzi, lo stato di appartenenza comune doveva risultare in linea di massima, se non addirittura inconoscibile, in ogni caso pressoché irrilevante, e d'altro lato di tale *consortium* doveva verosimilmente fare altresì parte la moglie *in manu*, la cui posizione giuridica era appunto quella di persona *loco filiae* e quindi di erede (sull'eredità della vedova in quanto *loco filiae* rispetto al marito si veda tra l'altro Dion. Hal., *ant. Rom.* 2.25.5: *... και τελευτήσαντος ανδρος κληρονόμος εγίνετο των χρημάτων, ως θυγάτηρ πατρός, ει μὲν άπαις τε και μηδὲν διαωόμενος άποθάνοι πάντων ούσα κυρία των άπολειφθέντων, ει δὲ γενεάν έχοι τοις παισιν ισόμοιρος γινομένη ...*; cfr. altresì, per l'ambiente albano preromuleo e l'episodio di Larenzia che sposa tale Tarruzio o Caruzio e ne diventa erede, Plut., *Rom.* 5.3-4, e Macr., *sat.* 1.10.12-14).

In tale compagine comunitaria, di cui facevano parte oltre che il padre e la madre, le famiglie dei figli maschi, tutti collaborando alla gestione del fondo avito, la sopravvenuta follia del *paterfamilias* non doveva quindi creare soverchi problemi né pratici né giuridici: i figli avrebbero dovuto gestire il fondo, come già in parte facevano da tempo, in maniera sempre più autonoma man mano che si manifestavano i segni dello squilibrio mentale del padre, per arrivare a farlo ormai del tutto da soli nel momento che esso fosse risultato una volta per tutte completamente incapace, mentre all'esterno, da un punto di vista economico-giuridico, tale passaggio sarebbe stato appena rilevabile e comun-

que non troppo significativo: una situazione fluida e non soverchiamente problematica che il diritto quiritario si doveva dunque limitare a sanzionare ammettendo una successione per così dire anticipata dei figli al padre ed affidando ad essi, quali *custodes*, un *paterfamilias* che la situazione di *furiosus* rendeva ormai estraneo a qualsiasi classificazione dell'ordinamento umano, così da risultare in ultima analisi irriducibile ad ogni precisa sussunzione in termini di rapporti potestativi attivi e passivi.

In effetti, a questo punto, non sembra impossibile ritenere che in antico la situazione del *furiosus*, appunto in quanto estranea al diritto umano, fosse dall'ordinamento quiritario lasciata fattualmente alle concrete soluzioni che venivano prese all'interno della famiglia patriarcale (soluzione che del resto corrisponde altresì alla tendenza del diritto umano, nell'età più risalente, ad ingerirsi il meno possibile di questioni che riguardano lo *ius sacrum* ed il divino, cui il *furor* era apparentato), per cui non appare neppure definitivamente da escludere che egli, se non aveva figli, potesse magari, specie nella più risalente età arcaica, essere in ogni caso lasciato alle cure della stessa moglie, che in quanto *loco filiae* era altresì sua erede, e solo nel caso non fosse neppure sposato ovvero fosse vedovo venisse affidato senz'altro all'agnato, che in tal caso risultava anche suo unico erede, in una situazione sempre regolata in maniera più sociale che giuridica, e risolta dall'ordinamento più che altro ammettendo, nel caso di sopravvenuto *furor*, quella sorta di successione anticipata che il costume doveva ammettere in vista della visione arcaica della follia in termini di attrazione del soggetto in un ambito di numinosità divina che lo sottraeva una volta per tutte al contesto umano. Sotto tale aspetto, anzi, si potrebbe persino pensare, sia pur in una prospettiva molto latamente congetturale, che sia stata proprio la posizione della vedova – che per un verso è appunto parificata ad una figlia e quindi erede del *furiosus*, ma che d'altra parte per un verso può risposarsi, e d'altronde sarà sottoposta anche se *sui iuris* al controllo di un tutore – a creare una situazione di ambiguità e di incertezza riguardo alla sua posizione, può darsi favorendo la trasformazione dell'arcaico trattamento fattuale del *paterfamilias* divenuto *furiosus* nella recenziore figura della *cura* quale conosciuta in età tardorepubblicana e classica. Tuttavia, sembra chiaro come in ogni caso sia meglio lasciare al di fuori di queste note una simile ulteriore e marginale ipotesi relativa all'affidamento del *furiosus* alla stessa moglie, del resto, oltre che alquanto congetturale, non essenziale ai fini di questa ricerca, concentrandosi invece sulla situazione che la normazione duodecimtabulare permette in maniera più certa e positiva di intravedere.

6. Problemi tali da costringere l'ordinamento quiritario ad intervenire in maniera più puntuale in ordine al sopravvenuto *furor* del *paterfamilias* dovevano dunque sorgere solo in un ulteriore caso, ossia quando l'incapace avesse *sui* ma esclusivamente impuberi: ipotesi ove non vi era quindi una comunità di gestione del patrimonio familiare, in cui i figli adulti fossero già entrati come coadiuvanti del padre, che dunque potesse senza problemi andare avanti pur nel venir meno della capacità del suo capo, e dove verosimilmente, in età decemvirale, doveva in ogni caso ormai apparire fuori luogo affidare degli impuberi e con essi il patrimonio familiare – ammesso che in ipotesi una simile soluzione si fosse prima storicamente presentata – esclusivamente e senza alcun controllo ad una moglie che faceva parte della famiglia maritale solo in via acquisitiva, ed i cui legami con quest'ultima, anche senza considerare la possibilità che essa si risposasse, di solito si dovevano giocoforza quantomeno attenuare con il venir meno della capacità mentale del marito.

Se quindi, in caso di morte del padre, i figli impuberi erano affidati al controllo ed all'*auctoritas* degli agnati o dei gentili col patrimonio di loro spettanza, allo stesso modo, in tale tendenziale parificazione del *furor* alla morte, qualora il capofamiglia impazzisse essi andavano del pari affidati ai collaterali, mentre, anche per quanto riguarda il *furiosus* stesso – al di là, anche qui, dell'ipotesi di un precedente suo affidamento di fatto alle cure della moglie, se idonea a tale incombenza nonché in concreto disposta ad accettarla –, sembra dunque in ogni caso verosimile che, quantomeno in età decemvirale, esso dovesse venire affidato, in una più compiuta regolamentazione giuridica del fenomeno, agli agnati ovvero ai gentili.

Una volta letta in tale falsariga, la norma '*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*' acquista una indubbia linearità di senso e una sua precisa congruità

giuridica: e si può a questo punto notare come alle stesse conclusioni, ossia ad una piana identificazione del *custos* del lemma festino con il figlio pubere, si può in effetti giungere anche per vie più formali e strettamente sistematiche, ossia esaminando partitamente, secondo metodologie più tradizionali, le due clausole di *tab. V.7.a-b*.

In effetti, se si guarda a *tab. V.7.a* – ‘*si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*’ – accettandola in ipotesi come in sé completa nel rifiuto della clausola relativa al *custos* e riferendola quindi al *furor* in generale che colpisce una persona adulta di sesso maschile (come si è visto, infatti, per gli impuberi e le donne incapaci mentalmente vi era già la tutela), in tal caso sorge un inevitabile problema alquanto arduo da superare, ossia i rapporti tra tale norma e *tab. V.4-5*, relativa alla successione intestata di agnati e gentili: qualora infatti si tratti di un *furiosus sui iuris* privo di discendenza, il postulare che in tal caso avrebbe avuto luogo una successione intestata che, in assenza di un *suus heres*, sarebbe ovviamente stata attribuita agli agnati o ai gentili, comporterebbe che a questi ultimi sarebbe andato l'intero patrimonio del *furiosus*: e non avrebbe quindi alcun senso che *tab. V.7.a*, ossia la versione abbreviata della norma cui si limita la dottrina dominante, riservasse ad essi, insieme alla *potestas in furiosus*, la sua sola *pecunia*. Ma se non ha senso pensare che in base al combinato delle due norme fosse attribuita ad agnati e gentili separatamente sia l'intero patrimonio sia una parte di esso, appare inevitabile concludere che in ogni caso *tab. V.7.a* non riguardasse l'ipotesi in cui il *furiosus* non aveva eredi diretti ed il suo intero patrimonio veniva quindi attribuito in base a *tab. V.4-5* agli agnati o ai gentili, ai quali l'incapace stesso risultava altresì affidato; cosicché ne deriva in maniera necessariamente intrinseca che, in *tab. V.7.a*, l'attribuzione della sola *pecunia* agli agnati o ai gentili doveva giocoforza essere circoscritta nel suo stesso tenore letterale ad ipotesi diverse da quella in cui il *furiosus* non avesse eredi diretti: condizione che dunque doveva presumibilmente essere esplicitata dalla norma, onde non risultasse confliggente con *tab. V.4-5*, mediante una espressa specificazione limitativa che invece manca del tutto nella versione «abbreviata» di *tab. V.7.a*, rendendo dunque per tal verso necessaria una sua integrazione, quale in particolare il riferimento al ‘*custos*’ (‘*ast ei custos nec escit*’), la cui inserzione si accorda del resto qui, come si è visto, con le intrinseche necessità ritmiche del linguaggio normativo decemvirale (e si può d'altra parte notare come in ogni caso, anche qualora non si accettasse la soluzione dell'immediata successione ereditaria in caso di *furor*, l'ipotesi del soggetto affidato agli agnati senza che vi fossero altri eredi ed il caso in cui egli abbia invece figli impuberi cui è destinato il suo patrimonio rimarrebbero comunque sempre da distinguere nella loro disciplina giuridica, ed anche in tale lettura la limitazione alla sola *pecunia* rimarrebbe sempre del tutto incongrua nel caso che egli non avesse altri eredi che appunto l'*adgnatus proximus*; se questa prospettiva, come si vedrà in seguito, mostra sino in fondo le difficoltà cui vanno incontro le tesi che tendono ad unire in una sola disposizione decemvirale la norma relativa alla successione intestata e quella circa la tutela, per altro verso si spiega altresì, seguendo una simile falsariga ricostruttiva, come in seguito sia senza problema caduto l'inciso relativo al *custos*, dato che, quando la nuova *cura* del *pater familias* divenuto mentalmente incapace importerà che esso sia affidato agli agnati o ai gentili pur conservando la *patria potestas* sui discendenti, la norma potrà suonare nelle attestazioni specie tardorepubblicane appunto ‘*si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*’, in una formulazione che, soltanto con l'eliminare tale inciso, rifletteva in effetti in maniera sufficientemente esatta la nuova conformazione della *cura furiosi*).

Né d'altra parte si può pensare che i decemviri limitassero esplicitamente la *potestas in furioso pecuniaque eius* degli agnati o dei gentili al solo caso che il folle non avesse in generale un *suus heres*, ossia con una clausola del tipo ‘*ast ei suus heres nec escit*’, o comunque più blandamente incentrata sulla menzione di un figlio o di un discendente: infatti, anche al di là dell'ulteriore necessità della specificazione che quest'ultimo fosse *pubes*, è da considerare che se le XII Tavole avessero previsto in maniera espressa che in caso di follia del *pater familias* il figlio diventasse *heres*, ossia avesse luogo la successione intestata, in tal caso sarebbe impossibile che tale *potestas* parentale si evolvesse poi in una *cura furiosi* ove invece il figlio rimaneva sottoposto, come in effetti avverrà nel diritto classico, alla *potestas* del *pater familias* pur *furiosus* ed a sua volta affidato agli agnati; se questo è invece potuto avvenire, sembra in-

fatti di doversi necessariamente postulare che il diritto decemvirale, in cui come si è visto la successione dei figli al padre impazzito pur appare la soluzione più verosimile, non disciplinasse esplicitamente tale soluzione, limitandosi a consentirla in via semplicemente consuetudinaria ed interpretativa, in modo tale da lasciare aperta alla giurisprudenza successiva la possibilità di arrivare col tempo ad una soluzione di segno diametralmente opposto, ossia appunto alla *cura furiosi* di età posteriore.

Se quindi l'applicazione di *tab. V.7.a* deve essere esclusa nel caso il *furiosus* non abbia discendenti e tutto il suo patrimonio vada attribuito agli agnati o ai gentili, e questa soluzione non potrebbe venire realizzata mediante una limitazione che faccia esplicito riferimento ad un *suus heres* o comunque ad un figlio o ad un discendente che gli succedesse, non sembra dunque restare altro, tra le ipotesi sensatamente percorribili, che ritornare alla clausola '*ast ei custos nec escit*' tramandata da Festo: dove in particolare il ricorso alla parola '*custos*', relativamente generico ed in ogni caso poi scomparso dalla terminologia tecnico-giuridica, non doveva essere d'ostacolo ad una successiva linea interpretativa di ordine restrittivo che, limitando fino a farle scomparire le funzioni della figura del *custos*, sostituisse tale fattuale soluzione arcaica circa il *furiosus* con quella della sua consegna, insieme ai discendenti in *potestate*, ad una *cura* agnatizia ormai elaborata in termini di compiuto istituto giuridico.

Ma se si deve fare riferimento a tale figura duodecimtabulare poi scomparsa, si è peraltro visto come si possa escludere che la figura del '*custos*' possa essere interpretata non solo nel senso di *pater* o tutore dell'impubere o della donna *furiosi*, in quanto tali già sottoposti a tutela, ma altresì in riferimento, secondo la tesi avanzata da Siro Solazzi, al fratello del *furiosus*, dato che se essa già presenta decisivi problemi, come si è accennato, in relazione al figlio *furiosus* divenuto *sui iuris* con la morte del *pater*, diviene palesemente insostenibile in relazione ad un *paterfamilias* divenuto *furiosus*, dove il fratello è in quanto tale un agnato e non potrebbe quindi venire contrapposto qualificandolo come '*custos*' ad agnati e gentili.

In effetti, se non si vede assolutamente perché mai la norma debba essere riferita soltanto a *furiosi* che già sono tali prima di divenire *sui iuris*, essendo evidente ed anzi confermato dalle fonti stesse oltre che dalla natura delle cose come anche un normale *paterfamilias* possa ad un certo punto della sua vita divenire mentalmente incapace, è d'altra parte proprio in quest'ultima ipotesi che la presenza di una specifica norma diventa necessaria ed intrinsecamente logica, mentre non se ne vedrebbe la specifica utilità nel caso che *furiosi* siano un minore o una donna già sottoposti alla *patria potestas* o alla tutela. E per tal verso, se si deve chiarire l'identità del *custos*, esclusi il *pater*, il *tutor* ed il fratello del *furiosus* – mentre d'altra parte, anche al di là dell'intrinseca incongruità di una simile soluzione, il sistema stesso delle norme duodecimtabulari in materia di successione comporta del pari, come si è visto, che *custos* non potesse certo essere qualsiasi *suus heres*, indipendentemente dalla sua età –, non si vede a quale altra ipotesi si possa ricorrere, in alternativa agli agnati e ai gentili, se non allo stesso figlio pubere del *furiosus*, che ereditando la guida della famiglia già di suo padre, e in caso di pluralità di fratelli restando unito con loro in una comunione consortile insieme alla stessa madre, appare in effetti nell'epoca arcaica, anche da un punto di vista sostanziale, la figura come si è visto più idonea a prendersi cura del padre divenuto mentalmente incapace.

Se tutto ciò risulta verosimile, la norma '*si furiosus escit, ast ei custos nec escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*' parrebbe dunque riferirsi con tale inciso all'esclusiva ipotesi in cui il *furiosus* abbia un *suus heres*, poiché in assenza di questi i collaterali riceverebbero, in base a *tab. V.4-5*, l'intero patrimonio dell'incapace e non solo la sua *pecunia*, e risulta quindi strutturarsi sull'alternativa della minore o maggiore età di tale *suus heres*, attribuendo agli agnati o ai gentili la *potestas in furioso pecuniaque eius* nel solo caso in cui non vi sia un *custos*, ossia un figlio adulto, e l'unico o gli unici eredi del *furiosus* siano invece impuberi.

Sotto tale aspetto, si è visto come secondo Antonio Guarino in *tab. V.7.a* i decemviri non fecero altro che recepire una tradizione già propria degli antichi *mores*, e ne parlarono esplicitamente in relazione al *furiosus* non al fine di sanzionarla, ma soltanto per attribuire agli agnati e ai gentili, oltre alla già prevista *potestas in furiosus*, anche la sua *pecunia*, quasi come compenso dell'onere gravante su di loro. Tale ipotesi, che pur risulta difficilmente coordinabile con il fatto che, se il *furiosus* non ha

eredi, ai collaterali andrà non solo la *pecunia* ma l'intera *familia*, appare tuttavia accettabile sia nell'attribuire secondo una risalente consuetudine ad agnati e a gentili, quantomeno in assenza di un *custos*, l'affidamento del *furiosus*, sia nell'individuare nel riferimento alla *pecunia* la *ratio* in base alla quale i decemviri sarebbero nel caso intervenuti per stabilire la disposizione relativa al *furiosus* contenuta in *tab. V.7*: ma poiché il confronto tra *tab. V.7.a-b* e *tab. V.4-5* porta d'altra parte ad escludere che in caso di assenza di un *suius heres* i collaterali avessero bisogno di ricevere un compenso consistente nella *pecunia*, ricevendo *iure successionis* l'intero patrimonio del *furiosus*, mentre d'altra parte la presenza di un *custos*, ossia di un figlio adulto, escludeva ogni loro onere e quindi ogni conseguente compenso in ordine alla custodia del folle, risulta dunque conseguire in maniera del tutto logica che l'ipotesi dell'attribuzione della *pecunia* vada riferita alla sola ipotesi della presenza di un figlio impubere.

Per tal verso, il significato della norma in questione parrebbe necessariamente da spiegare in una prospettiva alquanto diversa rispetto allo specifico fine di attribuire la *pecunia* agli agnati o ai gentili semplicemente quale sorta di compenso per l'affidamento del *furiosus*.

In effetti, anche se tali temi possono ovviamente venire qui soltanto accennati, è noto come la tutela conosca, al tempo all'età decemvirale, relativamente notevoli trasformazioni, che si incentrano soprattutto sulla introduzione del *tutor testamentarius* cui seguirà la relativa *accusatio suspecti tutoris*, che si affiancherà all'*actio rationibus distrabendi* connessa alla tutela legittima: ma anche al di là di tale importante tappa – di cui del resto sono alquanto discusse le concrete modalità ed in particolare la stessa identificazione del tutore testamentario, che per taluno non potrebbe essere altri che l'*heres* istituito – più in generale sono controversi in maniera alquanto più radicale gli stessi connotati di fondo della tutela in tale periodo, specie in vista del noto processo che poi condurrà lentamente a trasformarla da una *potestas* nell'interesse familiare, ed in particolare dell'*adgnatus proximus* che è anche erede del pupillo, ad un *munus* nel precipuo interesse del minore.

In tale già difficile contesto, si inserisce poi l'ulteriore questione, alquanto ardua specie in ordine ad ogni tentativo di datazione pur di massima, relativa alla possibilità di distinguere, nell'età più arcaica, tra «incapacità di diritti», o soggettività giuridica, ed incapacità di agire: difficoltà che ha condotto parte della dottrina a postulare che impuberi e donne non fossero in antico visti come soggetti *sui iuris* pur affidati alla tutela di un terzo per la loro inidoneità mentale a gestire da soli il proprio patrimonio, ma fossero ben diversamente trattati alla stregua di *filiifamilias* affidati alla *potestas* dell'agnato (specie se questi era il fratello del padre, ossia lo zio, e non il fratello dell'impubere stesso), non essendo plausibile nel diritto più arcaico, secondo tale ricostruzione, alcuna differenziazione tra gli *alieni iuris* ed il minore e la donna pur usciti dalla *patria potestas*, appunto in vista di tale coincidenza di massima tra soggettività giuridica e capacità di agire (situazione, del resto, già propria del diritto attico, dove l'orfano, quantomeno di fronte all'ordinamento della *polis*, rimane in ogni caso privo della capacità giuridica propria del *polites* finché non entra nella maggiore età). E' vero che, in una dottrina di segno opposto – partendo dall'assunto che, nella distinzione classica tra titolarità del patrimonio pupillare e la sua amministrazione, le fonti non consentirebbero neppure per l'età più arcaica di inferire, come pur si è soliti fare, che il tutore fosse altresì il titolare fiduciario di tale patrimonio – si è giunti a postulare che, nella scarsa mobilità dei beni e nella staticità di fondo dell'economia altorepubblicana, appunto tale da non imporre una diretta amministrazione del patrimonio pupillare, il tutore si limitasse in pratica a sorvegliare dall'esterno la normale gestione ordinaria del fondo portata avanti nell'ambito familiare in linea di massima dalla madre, naturale affidataria del figlio e della sua educazione, intervenendo su richiesta di questa e giudicando l'opportunità dell'affare solo quando fosse da compiere un atto importante per cui era richiesta l'*auctoritas*, in una prospettiva di larga autonomia gestionale della donna su cui la tutela si sarebbe innestata. Tuttavia tale falsariga ricostruttiva, se può trovare un certo conforto nella ricostruzione congetturale delle condizioni di vita più risalenti, non sembra poter riuscire a spiegare l'opposto dato sistematico per tal verso offerto, in una prospettiva più saldamente giuridico-testuale, dall'atteggiarsi dalle azioni a tutela del pupillo per quanto riguarda l'età arcaica, ove in particolare, pur non potendosi certo qui approfondire l'argomento, l'*actio rationibus distrabendi* appare in ogni caso presupporre una malversa-

zione, e quindi una gestione più o meno diretta, dei beni dell'impubere (si ricordi tra l'altro la '*vis ac potestas*', in cui non solo Servio Sulpicio Rufo rintraccia l'essenza della tutela – D. 26.1.1.pr., Paul. 38 ad ed.: '*tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum ... iure civili data ac permessa*' –, ma che ancora è tenuta ferma dallo stesso Giulio Paolo – § 1: '*tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent ...*' – anche quando la tutela viene pur ormai spiegata in relazione alla *tutio* del pupillo).

Se dunque appare arduo contestare che tale dovesse essere la situazione di partenza dell'ordinamento quiritario dei primordi, ove era difficile distinguere il *sui iuris* incapace dalla persona normalmente soggetta all'altrui *potestas* ed in cui dunque il potere agnatizio su *furiosi* e *pupilli* doveva assumere connotati ben più pregnanti e definitivi rispetto alla situazione di tali istituti in età più recenti, sembra in ogni caso di poter notare, pur nella brevità di queste note, come in ordine al diritto decemvirale sia proprio *tab. V.7.a* a consentire forse una più precisa datazione di massima dell'evoluzione di tale istituto, consentendo di postulare, quantomeno come ipotesi di ricerca da riservare ad ulteriori approfondimenti, che con ogni verosimiglianza già in epoca decemvirale tale situazione iniziale almeno in parte fosse ormai in via di completo superamento, poiché un indizio non trascurabile in tal senso è appunto offerto dal fatto che si tendesse ormai a riservare come cespite separato il patrimonio del *pater* al pupillo, che ne era considerato in certo modo potenziale titolare (anche al di là di ogni precisa e non facile sussunzione dogmatica di tale nuova situazione giuridica, si potrebbe ricordare, forse, come non molto diversamente ancora Paolo in D. 28.2.11 e Gaio in *inst.* 2.157 considerassero i figli già in qualche modo proprietari dei beni paterni, secondo una prospettiva che non sarebbe troppo difficile proiettare a ritroso in maniera duttilmente fattuale – confortati in ciò altresì dall'equiparazione festina tra *heres* e *dominus* – per situare già in un contesto arcaico, senza rigide sussunzioni sistematiche, il rapporto che poteva esservi tra i beni aviti, in certo modo confluiti nel patrimonio del tutore, e le aspettative patrimoniali che i *pupilli* avevano su di essi).

In effetti, che *tab. V.7.a* conduca a ritenere che la formulazione di tale norma pur implicasse un certo rispetto per la posizione del minore parrebbe testimoniato proprio dal fatto che gli agnati, in caso di *furor* di un *paterfamilias* che avesse soltanto figli impuberi, ricevessero in relazione al padre impazzito la sua sola *pecunia*, mentre, è da ritenere, la parte restante del suo patrimonio, ossia la '*familia*', andava sempre sottoposta al loro pur assorbente controllo, ma separatamente, in relazione al pupillo: e per tal verso la stessa divisione dei beni del *furiosus*, nella legislazione decemvirale, in due patrimoni separati, di cui quello minore lo segue direttamente come inerente alla sua persona, mentre quello principale ne è distaccato e risulta invece pertinente – se ne deve dedurre – all'affidamento dell'impubere, sembra logicamente condurre a postulare che essi avessero una sorta diversa, e che mentre il primo, ossia la *pecunia*, veniva attribuita all'agnato quale sorta di compenso per l'affidamento del *furiosus*, divenendo con ogni verosimiglianza di sua proprietà, in maniera diversa la cosiddetta *familia* seguisse un'altra sorte: ossia – non sembrerebbero per tal verso esservi altre soluzioni percorribili – fosse riservata di fatto al pupillo una volta diventato adulto.

Se questa impostazione sembra per altro verso confortata, nella maggiore attenzione verso le sorti del patrimonio del padre destinato all'impubere, dal parallelo sorgere della tutela testamentaria (ammesso, ovviamente, che si accetti o la tesi che la ricollega direttamente a *tab. V.3* – al di là del problema della ricostruzione di quest'ultima nei termini '*uti legassit super pecunia [familia pecuniaque ?] tutelave [?] suae rei, ita ius esto*' – ovvero si segua la tesi di Pietro Bonfante ripresa da Siro Solazzi, per i quali la tutela agnatizia era comunque subordinata all'assenza di un testamento, dato che in tale ricostruzione l'erede ed il tutore testamentario coinciderebbero), per altro verso una innovazione in tal senso da parte della legislazione decemvirale sembrerebbe in certo modo suffragata – per quanto l'argomento non appaia certo di per sé del tutto definitivo – dal fatto che, in ordine al liberto, *tab. V.8* avrebbe previsto solo la successione del patrono a quest'ultimo qualora morto *intestatus nullo suo herede relicto* (Gai., *inst.* 3.40), mentre la successiva *interpretatio*, partendo da tale norma (Gai., *inst.* 1.165: '*ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet; quae et ipsa tutela legitima vocatur, ...*'), pur in assenza di una specifica previsione ('... non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, ...'), avrebbe dedotto quasi attraverso una sorta di *fictio* analogica ('...

sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: ...; cfr. tra l'altro D. 50.16.6.1, Ulp. 3 *ad ed.*: *'verbum ex legibus sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis'*) appunto la tutela del patrono sui figli impuberi del liberto (*'... eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosue eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et adgnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat'*) fondandosi sul parallelo con le disposizioni di *tab. V.4* e *tab. V.6* (D. 26.4.3.pr., Ulp. 38 *ad Sab.*: *'tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt'*): nesso fondamentale tra le norme sulla eredità intestata e sulla tutela che potrebbero consentire ben più ampie osservazioni su tale legame sistematico, ma che in ogni caso, dal punto di vista che qui interessa, sembra permettere di inferire con un certo grado di probabilità che *tab. V.6* abbia introdotto norme relative alla tutela agnaticia di ordine in certa parte innovativo rispetto ai precedenti *mores* in materia, poiché altrimenti, in uno stretto nesso tra eredità e affidamento degli incapaci già codificato nelle consuetudini quiritarie, la tendenziale posizione agnaticia del patrono rispetto alla successione avrebbe di per sé importato, in presenza di una norma relativa agli impuberi ingenui già consolidatasi, una pressoché ovvia ed immediata estensione all'impubere libertino delle regolamentazioni già esistenti, mentre d'altra parte, rifacendosi direttamente alla sistematica decemvirale su tali questioni (in *inst.* 1.165, *'... crediderunt veteres voluisse ...'*), Gaio sembrerebbe per vari versi implicare che i rapporti tra le norme successorie e quelle relative alla tutela fossero stati sin dai decemviri rielaborati in una nuova visione costruttiva peculiare alla loro legislazione, consentendo ai *veteres* di proseguire in tale falsariga.

In ogni caso, in base a *tab. V.6*, si può dedurre, al di là di quella terza via rappresentata dalla tutela testamentaria, una duplice possibilità, ossia, tenendo presente come la tutela venga esercitata collettivamente dagli agnati dello stesso grado (D. 26.4.9, Gai. 12 *ad ed. prov.*), che, se vi sono fratelli puberi, il minore venga dunque affidato ad essi, in una situazione incentrata ancora una volta su una comunità di interessi familiari che trova nel cosiddetto *consortium ercto non cito* la sua più naturale esplicazione, mentre, in assenza di fratelli adulti, l'impubere o gli impuberi rimasti orfani venissero posti sotto la tutela degli agnati, e nell'ipotesi più immediata dei fratelli del padre morto. Per tal verso, si può quindi concludere che, anche per quanto riguarda la tutela legittima, la normazione decemvirale appaia dunque strutturarsi su di un affidamento agli agnati della tutela dell'impubere condizionata all'assenza di un tutore testamentario così come, in pratica, di un *suus heres* pubere, figlio del *paterfamilias* defunto e dunque fratello dell'impubere (in effetti, il rapporto tra la nozione di «agnato» e quella di *sui heredes* risulta com'è noto non immediatamente chiaro nelle XII Tavole, ove i primi, normalmente affiancati ai *gentiles*, appaiono contrapposti quali collaterali ai consanguinei, di cui oltre ai discendenti fa parte anche l'*uxor in manu*, e dove altra parte è ovvio come la formulazione di *tab. V.4*, nell'alternativa tra il *suus heres* ed il *'familia habeto'* degli agnati, sia per vari versi agli antipodi rispetto a teorizzazioni più tarde quali quella recata ad esempio da Pomponio, 30 *ad Q. Muc.*, in D. 38.16.12: *'filius patri adgnatus proximus est'*). Anche se tutto ciò richiederebbe com'è ovvio ben più vasti approfondimenti, in ogni caso non sembrerebbe dunque del tutto soddisfacente l'usuale ricostruzione, sia pur sovente implicita, che normalmente si dà di *tab. V.6* sulla base di testi classici che, come in particolare Gai., *inst.* 1.155 (*'quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege xii <tabularum> adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi'*), dato che tale più lineare alternativa tra tutore testamentario e tutore legittimo è possibile in età classica, appunto in quanto anche il fratello dell'impubere è pianamente considerato suo agnato (Gai., *inst.* 1.156: *'sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patru filius et nepos ex eo'*): ma questo non sembra in effetti consentito dalla sistematica sottesa alla legislazione duodecimtabulare, nella cui più semplice fattualità sarebbe invero arduo pensare che il figlio del *paterfamilias* defunto, indicato come *suus heres* in contrapposizione agli agnati da *tab. V.4*, potesse venire invece ricompreso nella categoria degli agnati, in relazione al fratello, in *tab. V.6*, che oltretutto parrebbe ricollegarsi immediatamente, nel disciplinare la sorte della famiglia alla morte del *pater*, alle precedenti norme di *tab. V.3-4*. Per tal verso, parrebbe alquanto più piano postulare che

anche *tab. V.6* prevedesse il ricorso alla tutela agnatzia soltanto quando non vi fosse né un *suus heres* adulto a prendersi cura del fratello impubere né un tutore testamentario nominato dal padre: una persona il cui diritto era appunto considerato poziore ed escludeva quindi ogni intervento degli agnati che nel testo della norma avrebbe potuto essere indicata in una struttura ternaria analoga a quella di *tab. V.7.a-b*, ossia in una doppia preposizione condizionale che precedeva l'assegnazione della tutela agli agnati (*se lascia un figlio impubere e nel testamento non è nominato un tutore / né vi è un fratello adulto / la tutela sia degli agnati*): e si vedrà tra breve come vi siano ulteriori argomenti che conducono a ritenere alquanto verosimile che tale assenza sia di un tutore nominato dal testamento del padre che di un fratello adulto (che in quanto tale non poteva venire semplicemente indicato come '*suus heres*', dovendo appunto essere altresì *pubes*) potesse magari venire sinteticamente espressa nel ricorso, ancora una volta, alla figura del '*custos*'.

7. Ma ancora più interessanti, dal punto di vista del generale atteggiarsi delle norme relative alla successione del *paterfamilias* in caso di sua morte o sopravvenuta incapacità mentale e quindi circa la sorte dei soggetti a lui sottoposti in tali frangenti, appaiono infine le norme, sovente lasciate da parte nell'affrontare tali temi, relative alla condizione del *prodigus*, normalmente collegate nella ricostruzione del testo duodecimitabulare in *tab. V.7.c* alle disposizioni relative al *furiosus*, anche se da questa pur non trascurabile sequenza congetturale non sembrano essere state tratte tutte le conseguenze che tale accostamento appare pur rendere possibili.

In effetti, se la tesi che considera nel contesto arcaico il *furiosus* una sorte di «morto civile» vede altresì nel *prodigus* non solo un dissipatore di beni materiali, ma un soggetto che tradisce la sua stessa funzione di governo della *familia* recando un danno, oltre che ad essa, anche alla sua *gens* ed alla stessa *civitas* – per cui, sempre considerato alla stregua di un «morto civile» ed ormai ridotto ad una sorta di *persona alieni iuris*, esso veniva affidato con la sua *pecunia* agli agnati, mentre per la sua *familia* si apriva la successione *ab intestato* –, la prossimità del *furor* e della prodigalità nella concezione arcaica parrebbe in effetti un dato di fatto alquanto verosimile, ed in generale, anche al di fuori di questa più specifica tesi ricostruttiva, è notevole la tendenza non solo a riunire le due previsioni in una sola sezione normativa della legislazione delle XII Tavole (*tab. V.7.a-c*) ma altresì a proporre – anche in vista del frequente accostamento delle disposizioni decemvirali sul *furiosus* ed il *prodigus* nelle fonti: cfr. in particolare D. 27.10.13, Gai. 3 *ed. pron.*, nonché *ep. Ulp.* 12.2 e *Iust. inst.* 1.23.3 – una ricostruzione unitaria della norma (come avviene recentemente, pur nelle perplessità che tale versione desta sotto vari altri aspetti, in Michael Crawford: '*si furiosus? prodigusve? esse<i>t, adgnatum gentiliumque in eo <familiaque>? pecuniaque? eius potestas esto*').

Se l'eventuale coincidenza, o comunque un compiuto parallelismo tra le due norme porterebbe necessariamente, come si vedrà meglio tra breve, ad estendere al *prodigus* le conclusioni cui si è pervenuti in ordine all'affidamento del *furiosus* ai figli adulti ovvero, in subordine, agli agnati e ai gentili, è da notare come in effetti la possibilità di un accostamento unitario delle due previsioni nel testo decemvirale appaia suggerita da varie fonti, per lo più trascurate in vista dell'abituale distinzione dogmatica delle due previsioni, peraltro operata soprattutto in relazione al diverso regime classico delle due figure: fonti che tuttavia, se rilette con più attenzione sotto tale aspetto, permettono di scorgere ancora più precise affinità tra le due figure, almeno per quanto riguarda il regime più antico di tali forme di incapacità mentale: in particolare – anche al di là del ricorrente accostamento tra il *furiosus*, il *prodigus* e il *luxuriosus* (cfr. in particolare D. 4.3.11, Paul 11 *ad ed.*, e D. 27.10.5, Id. 3 *sent.*), che qui non sarebbe il caso di approfondire in ordine a tale ulteriore nozione, ed al di là di alcune affermazioni ciceroniane che sembrano consentire di presupporre contatti relativamente più puntuali tra le due figure, la loro *ratio* ed i rispettivi regimi giuridici (si veda tra l'altro *Tusc.* 3.5.11: '*... qui ita sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim tabulae ...*', che tratta del *furiosus* in una visuale patrimoniale facilmente accostabile alle trattazioni relative all'*interdictio* del prodigo), quanto soprattutto appare interessante, in relazione all'*interdictio* del *prodigus*, è la trattazione che sempre Cicerone riserva nel *de senectute* al noto aneddoto che narra di Sofocle che, ormai vecchissimo (*l'Edipo a*

Colono venne poi rappresentato postumo), si vide portato in giudizio dai figli che lo accusavano di essere ormai debole di mente e chiedevano ai giudici che gli venisse tolta l'amministrazione del patrimonio avito, pretesa che egli convinse il tribunale a respingere leggendo la tragedia che aveva appena scritto, appunto l'*Edipo a Colono*: una verosimile applicazione della γραφή (ο δίκη) παρανοίας che in ogni caso Cicerone appare paragonare all'interdizione che presso i Romani colpisce coloro che male amministrano i beni familiari (Cato 7.22: 'Sophocles ad summam senectutem tragoedias fecit; quod propter studium cum rem negligere familiarem videretur, a filiis in iudicium vocatus est, ut quem ad modum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet, sic illum quasi desipientem a re familiari removerent iudices. tum senex dicitur eam fabulam quam in manibus habebat et proxime scripserat, Oedipum Coloneum, recitasse iudicibus quae sissequae num illud carmen desipientis videretur. quo recitato sententiis iudicum est liberatus'). L'aspetto interessante di tale narrazione è il fatto che, se la γραφή (ο δίκη) παρανοίας poteva riguardare, oltre che innanzitutto la follia, altresì la prodigalità, quello di cui Sofocle viene accusato dai figli (in *vita Soph.* 13 – testo pur alquanto oscuro e confuso –, sarebbe stato il figlio legittimo Iofante, geloso del fratellatro Aristone e di suo figlio Sofocle il Giovane, prediletto dal tragediografo) non era certo la dilapidazione del patrimonio per prodigalità (si potrebbe ricordare che, tra le varie cariche pubbliche – era stato stratego forse per due volte – Sofocle aveva ricoperto altresì quella di ellenotamia, ossia amministratore del tesoro della lega attica), ma semmai, al contrario, un disinteresse verso i beni materiali ed in genere gli aspetti pratici della vita che lo portava ad una cattiva conduzione del patrimonio familiare e quindi ad un relativo depauperamento di esso ('propter studium ... rem negligere familiarem'; Arist. *rhet.* 3.15 [1416a, 15 ss.] parla di una difesa dall'accusa stessa di vecchiezza, mentre il solo Aten., *deipn.* 13.61 [592a-b], richiama la voce secondo cui da vecchio Sofocle fosse piuttosto licenzioso, tuttavia in contrasto con le altre fonti): in ogni caso, se l'accusa è vinta dalla lettura della tragedia, essa doveva dunque consistere appunto in una condizione di offuscamento mentale, non certo di prodigalità, situazione che di per sé non è certo incompatibile con la grandezza letteraria; e che Cicerone accosti tale situazione di *desipientia*, e quindi di incapacità di gestione economica del tutto diversa dalla prodigalità in senso proprio, all'*interdictio* romana dall'amministrazione dei beni non appare per nulla trascurabile, specie in vista altresì delle conferme che gli altri testi qui sommariamente ricordati danno a tale impostazione, agli effetti di una più approfondita ricostruzione della storia del trattamento giuridico di tali due fenomeni nella storia del diritto romano (si ricordi, del resto, come la stessa formula dell'*interdictio*, a quanto riportato da *Paul. Sent.* 3.4a.7 – '... quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis ...' –, appaia di per sé riferibile, specie in riferimento al decisivo termine '*nequitia*', ad una gamma di comportamenti alquanto più lata e generica della prodigalità strettamente intesa).

8. Ma se tali aspetti possono essere qui soltanto accennati, richiedendo nel caso un apposito e ben più impegnativo approfondimento, quanto appare più interessante nonché di più breve indagine agli effetti del rapporto tra la norma decemvirale relativa al *furiosus* e quella concernente il *prodigus* è un ulteriore aspetto, sovente trascurato nello studio del regime delle due figure, ossia quello delle modalità attraverso cui l'ordinamento giuridico stabiliva che una persona potesse ad ogni effetto essere considerata preda da tali incapacità mentali.

Per quanto riguarda il *furiosus*, è diffuso insegnamento che l'accertamento della sussistenza della follia e, di conseguenza, l'affidamento alla curatela si raggiungerà, caso per caso, contestando in sede processuale la validità dei negozi compiuti dal *furiosus*, o la legittimità dell'amministrazione del curatore, dato che non consta l'esistenza di un *praeiudicium* '*an furiosus sit*' in astratto configurabile (come ad esempio spiega nel suo manuale istituzionale Mario Talamanca): tuttavia – se è chiaro come in realtà un simile *praeiudicium*, modellato su quelli '*an liber sit*' o '*an ingenuus sit*', sarebbe comunque privo di senso nel diritto romano classico, dove per il *furiosus* non si tratta di determinare una situazione personale oggettivamente esistente una volta per tutte, ma ben diversamente una capacità di intendere che, nel sistema dei *lucida intervalla*, è da accertare in concreto caso per caso in relazione al singolo atto – a maggior ragione sembra strana, specie per quanto riguarda la situazione più risalente,

L'affermazione per cui l'accertamento sullo stato di *furor* possa venire in esame solo in sede di verifica processuale dei negozi compiuti dal soggetto o della legittimità della gestione della curatela, atteso che, anche per quanto riguarda lo stesso diritto classico e quello successivo, la intrinseca logica della fattispecie e le stesse fonti a disposizione (ed in particolare i riferimenti storici recati da C.I. 5.70.6, contenente il riordinamento giustiniano del regime della curatela) attestano semmai un preventivo affidamento del *furiosus* al curatore, che coincide con l'accertamento della follia, anche se di tale accertamento rimangono per lo più sconosciuti gli esatti termini: del resto, se il problema è di soluzione relativamente agevole per quanto riguarda il *curator dativus* nonché, sia pur in misura minore, quello testamentario, per quanto riguarda invece la *potestas* agnaticia il problema rimane del tutto aperto, anche in quanto, come si vedrà meglio tra breve, non appare a prima vista agevole determinare quale autorità fosse in astratto idonea, nel contesto protorepubblicano, a sanzionare l'incapacità mentale e quindi l'affidamento alla *potestas* parentale del *pater familias* ritenuto *furiosus*.

In ordine al *prodigus*, a sua volta, se si afferma talora che sin dalle XII Tavole sarebbe stato espressamente previsto un provvedimento del magistrato, vi è altresì chi afferma più prudentemente – specie in riferimento a D. 27.10.1.pr., Ulp. 1 *ad Sab.*, la fonte più perspicua in materia: '*lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides ... curatorem ei dare exemplo furiosi*' – che in realtà il decreto di interdizione magistratuale sia di epoca posteriore, essendo verosimilmente stato introdotto in base a consuetudini successive (come in particolare sostiene Fernand De Visscher): prospettiva che, tuttavia, tende a risolvere il precedente affidamento del *prodigus* agli agnati nei termini di una mera questione interna (un «affaire exclusive de la *gens*») ed anzi di una decisione autonoma del gruppo parentale (in origine addirittura «une interdiction par la *gens* elle même») cui, nella più concessiva delle ipotesi, sarebbe forse seguito un controllo magistratuale di tipo più che altro formale, e che in ogni caso non avrebbe mai potuto assumere la valenza costitutiva dell'*interdictio* (e vi sono anzi autrici, come Francesca Pulitanò nel suo brutto libro in argomento, che, ancor meno plausibilmente e con motivazioni invero inconsistenti, procedono persino oltre, affermando di ritenere che all'inizio l'istituto non avesse una individualità propria, risolvendosi automaticamente in un controllo agnaticio, fondato appunto sui *mores*, del soggetto «a rischio»; si sarebbe cioè trattato di una questione del tutto interna alla famiglia, né, si vorrebbe, avrebbe potuto essere diversamente, in un contesto economico ancora poco incline alle relazioni esterne: osservazione, quest'ultima, piuttosto incomprensibile nel suo preteso valore probante).

Se in effetti l'interdizione senza alcun reale controllo statale o comunque comunitario di un *paterfamilias* che è altresì *civis Romanus* e la sua scomparsa dalla vita della *civitas* nel suo affidamento con i suoi beni agli agnati o ai gentili appare soluzione difficilmente credibile persino nel contesto civico più primitivo (e la sua absurdità sembrerebbe anzi tale da ricordare episodi estremi come il racconto biblico della vendita di Giuseppe ai carovanieri ismaeliti da parte dei fratelli), sembra d'altra parte evidente come sia arduo tentare di riportare l'*interdictio* magistratuale, e specificamente pretoria, al contesto protorepubblicano, e come soprattutto appaia difficile pensare che già la normazione arcaica fosse pervenuta ad una soluzione di ordine così tecnicamente raffinato nonché di tipo eminentemente statale.

Tuttavia, superando il limite di una visione strettamente legalistica di tali problemi, ed aprendo la ricerca a prospettive di ordine più duttilmente non solo giuridico, ma altresì sociale, ossia guardando alle forme di controllo di cui la *civitas* complessivamente dispone nella propria compagine istituzionale, non sembra in effetti difficile accorgersi di come il riconoscere la «morte civile» di un *paterfamilias*, affidandolo in quanto *furiosus* ovvero *prodigus* ai figli che gli subentravano alla guida della famiglia o comunque, nella tesi tralatiziamente ancora accettata da parte della *communis opinio*, alla *potestas* degli agnati o dei gentili, non dovesse risultare affatto questione indifferente alla comunità più antica, che d'altra parte non poteva certo permettere che tale decisione potesse avvenire semplicemente, e senza alcun controllo imparziale, all'interno del gruppo parentale, permettendo così eventuali abusi che avrebbero in generale minato la stessa posizione obbiettiva del *paterfamilias* lascian-

dolo alla mercé di colpi di mano degli agnati o degli stessi figli.

Ed è per tal verso noto come Roma, almeno a partire da una certa epoca, disponesse pianamente di una forma di controllo volta a tutelare il rispetto delle norme sociali di convivenza e di quei principii etici che apparivano intrinseci alle tradizioni della *civitas*, ossia il *regimen* o *cura morum* proprio della censura, che dava a tali magistrati la possibilità di un sindacato discrezionale ed in linea di massima definitivo (cosiddetto *iudicium arbitrium de fama moribus*) sul comportamento del *civis*, tale da rendere indirettamente coercibili pressoché alla stregua di obblighi giuridici norme e regole morali tradizionali nonché, di fatto, anche nuovi principii etico-sociali sentiti nei nuovi assetti comunitari come parimenti imprescindibili. Non sottoposti, sembrerebbe, né all'*intercessio* dei consoli né a quella dei tribuni della plebe, com'è noto i censori con la loro *nota* possono infatti, oltre a multarlo, escludere un cittadino dalla classe dei cavalieri, o degradarlo in una classe inferiore e perfino escluderlo del tutto dai comizi, togliendogli il diritto di voto (*ius suffragii*) e l'eleggibilità alle magistrature (*ius honorum*), così come possono rimuovere un membro del senato da tale consesso (ps. Asc., *Caec. div.* 8, Stangl p. 189). Ed in tale *cura morum* il controllo della stessa vita interna alla famiglia e delle sue condizioni morali nonché della sua conduzione in generale era parte essenziale: secondo Plutarco (*Cato* 16.2) i Romani ritenevano di non poter contrarre un matrimonio, mettere al mondo figli, tenere un certo regime di vita o partecipare a banchetti senza sottoporsi a giudizio e controllo pubblico, ed anche Dionigi di Alicarnasso (*ant. Rom.* 20.13.3) avverte, anch'egli con una certa iperbole, che i Romani spalancavano ogni casa ed estendevano l'autorità del censore perfino dentro l'alcova, ad ispezionare e sorvegliare tutto ciò che accadeva, non ritenendo lecito ad un padrone essere troppo crudele nelle punizioni degli schiavi, o ad un padre essere troppo rigido ovvero permissivo nell'educazione dei figli (Cic., *Cato* 11.37, parla a tale proposito di *mos patrius et disciplina*), o a un marito essere ingiusto nei rapporti coniugali con la moglie (cfr. Plut., *Cato* 20.3), o ai figli essere disobbedienti verso i vecchi genitori o ai discendenti legittimi brigare per conseguire più della loro parte di eredità, né tolleravano banchetti e gozzoviglie che durassero l'intera notte, o dissolutezze e corruzioni di giovinetti o ancora negligenze nel culto degli antenati e nei funerali, né insomma qualsiasi cosa contraria al decoro della *civitas*. Se non rispettava tali precetti il *paterfamilias* rischiava di diventare per effetto della *notatio* censoria un *ignominiosus* (Cic., *rep.* 4.6 [Non., *comp. doctr.* I, sv. 'ignominia', Lindsay I, p. 35]: '*ignominia est nominis nota*': '*censoris iudicium nihil fere damnato obfert nisi ruborem. itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantum modo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est*'), con le eventuali conseguenze già accennate, e sono in particolare note varie ipotesi concrete della capillarità dell'intervento censorio nella vita familiare: così, riferiscono Aulo Gellio (*noct. Att.* 4.12.1) e Plinio il Vecchio (*nat. hist.* 18.3.3.11), se taluno trascurava il campo lasciandolo alle erbacce e non lo curava con diligenza arandolo e ripulendolo, o se abbandonava a sé stessi alberi e vigne, ciò non andava esente da punizione, dato che i censori lo multavano (in Plinio, '*agrum male colere censorium probum iudicabatur*'), e del pari, aggiunge Gellio (*noct. Att.* 4.12.2), veniva notato di biasimo per '*impolitiae*' ('*incuriae*') il cavaliere che non provvedesse ad una adeguata cura del suo animale. Per quanto riguarda la vita coniugale – se nel 307 a.C. i censori Marco Valerio Massimo e Caio Giunio Bruto Barbuto rimossero dal senato Lucio Annio, colpevole di avere ripudiato la moglie '*nullo amicorum consilio adbibito*' (Val. Max., *mem.* 2.9.2), e d'altra parte sono noti i provvedimenti con cui vennero multati i celibi ad esempio dai censori Camillo e Postumio (Plut., *Cam.* 2.4, Val. Max., *mem.* 2.9.1 e Cic., *leg.* 3.3.7: '*equitum peditum que prolem discribunt, caelibes esse prohibent, mores populi regunt*') – l'episodio per tal verso forse più impressionante è rappresentato, intorno al 230 a.C., dalle vicende di Spurio Servilio Ruga, il quale, '*quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum*' (Aul. Gell., *noct. Att.* 4.3.2), per rispettare tale giuramento fu costretto, per di più andando incontro al biasimo generale, a ripudiare la moglie che amava e di cui apprezzava le doti morali, ma che era sterile (cfr. Dion. Hal., *ant. Rom.* 2.25, e Plut., *quaest. Rom.* 14 e 59). Ed anche in ordine agli aspetti morali della gestione del patrimonio, oltre alla nota con cui i censori Cassio Longino e Cepione colpirono l'augure Emilio Lepido per aver preso in locazione una casa al canone di ben seimila sesterzi (Vell. Pat., *hist.* 2.10), rimase paradigmatica e ricordata da molti autori l'esclusione dal senato, nel

275 a.C., di Cornelio Rufino, colpevole di possedere vasi di argento del peso di dieci libbre e quindi di essere un pericoloso esempio di amore per il lusso sfrenato (Val. Max., *mem.* 2.9.4: ‘*quid de Fabrici Luscinii censura loquatur? narravit omnis aetas et deinceps narrabit ab eo Cornelium Rufinum duobus consulatibus et dictatura speciosissime functum, quod X pondo vasa argentea comparasset, perinde ac malo exemplo luxuriosum in ordine senatorio retento non esse*’).

In tale latissima sfera di controllo propria dei censori, ove la loro riprovazione, anche al di là delle precise conseguenze giuridiche che può avere nell’ambito del diritto pubblico, funziona di per sé da deterrente in vista degli squalificanti effetti che essa assume in una prospettiva sociale (nella citazione noniana di Cicerone, ‘*censoris iudicium nihil fere damnato obfert nisi ruborem*’), sembra in effetti difficile ritenere che il controllo capillare che essi esercitavano sulla famiglia e la sua conduzione potesse non riguardare l’ipotesi in cui i parenti sostenevano che un *paterfamilias* andasse rimosso dalla guida del proprio gruppo ed affidato, in quanto incapace mentalmente – per follia o prodigalità – alla tutela dei suoi figli o dei suoi agnati: se infatti essi potevano sindacare sui suoi rapporti con la moglie, sulla prolificità della coppia, sul modo in cui trattava figli e schiavi e su come curava il proprio fondo e i propri animali, appare in effetti del tutto verisimile che, in tale giudizio, venissero altresì in esame i comportamenti contrari ai suoi tradizionali doveri causati appunto da una sua sopravvenuta follia o da un temperamento prodigo (e si è infatti visto come, nel caso di Cornelio Rufino, che pur se li poteva permettere, il fatto di possedere grandi vasi d’argento, indice di un mero atteggiamento troppo incline al lusso – ‘*luxuriosus*’ – conducesse alla sua rimozione dal senato, per cui a forziori una più grave condotta propriamente prodiga e tale da dissipare i beni aviti con spese insostenibili non sarebbe certo sfuggita alla condanna dei censori). E per tal verso non sembra dunque soverchiamente arduo ipotizzare che, sia per quanto riguarda l’affidamento del *furiosus* alla cura parentale – quantomeno prima che differenti prospettive ed in particolare la nuova visione temperamentale della follia incentrata sul libero alternarsi di *lucida intervalla* ne mutasse radicalmente il regime –, sia per quanto riguarda gli analoghi provvedimenti relativi al *prodigus* prima che si instaurasse il meccanismo dell’*interdictio* magistratuale, il controllo dei censori sui costumi di vita dei cittadini abbia potuto per vari versi estrinsecarsi in maniera non trascurabile se non fondamentale (ed a proposito del *prodigus* si può anzi congetturare che il parere censorio non dovette verosimilmente divenire trascurabile neppure con l’introduzione della nuova procedura magistratuale).

Certo, le fonti attestano tali poteri dei censori solo per età relativamente recenti, e com’è noto sembra anzi che, così come ci vengono descritti dalle fonti a disposizione, i loro poteri siano venuti conformandosi più che altro a partire dal III secolo a.C., forse in relazione al consolidarsi di quella nobiltà patrizio-plebea di cui i censori sarebbero uno strumento fondamentale: tuttavia, risalendo a ritroso nella storia romana, è d’altra parte noto come – se appaiono opinabili le pretese origini di tale magistratura nell’ambito dei *tribuni militum consulari potestate*, specie in vista dell’assenza nei censori (pur negata da alcuni) di quell’*imperium* che invece risulta intrinseco a questi ultimi, così come non sembra del tutto convincente l’ipotesi di una imitazione romana di comuni istituzioni italiche già contemplanti una simile carica – vi siano in ogni caso connotazioni della censura (il carattere religioso della *lustratio*, il mantello di porpora in cui tale magistrato era l’unico ad essere sepolto, il fatto che prima del 389 tale carica sia stata tra l’altro sovente coperta da membri di un gruppo familiare come i *Papirii*, *gens* con particolari competenze di carattere sacro) che hanno indotto taluni ad inclinare per una originaria natura religiosa di tale funzione, vedendo in essa la trasformazione di poteri sacrali, connessi in particolare al *lustrum*, in poteri di ordine politico, in sintonia con le nuove esigenze della *civitas* centuriata: mentre per altro verso, in relazione all’età più risalente, non si è mancato di notare come per vari aspetti i poteri storici dei censori presentino altresì late analogie con la sorveglianza della *gens* sui suoi membri affinché i costumi, i *sacra* ed i *decreta* ad essa propri venissero rispettati, esigenza raggiunta appunto anche attraverso provvedimenti di espulsione dalla *gens*, di esclusione dai *sacra*, ossia dalla comunione religiosa, e dalle tombe del gruppo, nonché soprattutto mediante appunto una *nota gentilicia* sostanzialmente non troppo diversa dallo strumento che diverrà caratteristico dei censori, così da far postulare che il controllo disciplinare sui propri

membri esercitato dalla *gens* specie in età precivica – ed oltre – dovesse avere precise e decisive analogie rispetto a quello che i censori eserciteranno sui *cives* (e, si potrebbe notare, non sembra in effetti un caso che nel ricordato § 13 della *vita Sophocli* il figlio del tragediografo presenti le sue rimostranze circa le capacità mentali del padre appunto davanti alla fratria, organo cui è demandato il controllo della famiglia, della sua continuità ed in particolare della condizione legittima dei figli).

Per tal verso non risulta dunque per nulla inverosimile che già *ab antiquo* la *civitas* attraverso i suoi organi si interessasse decisamente alla situazione del *paterfamilias* e del suo gruppo, e dunque ai casi in cui i parenti pretendessero di rimuoverlo dalla guida di questo in base a pretese incapacità mentali sopravvenute (e per tal verso si potrebbe altresì osservare che, se lo stesso re si poteva come si è visto interessare dei dissidi tra padre e figli, a maggior ragione tali dissidi avrebbero interessato gli organi della *civitas* se si fosse preteso, sostenendo che il *civis* era divenuto *furiosus* o *prodigus* e quindi una sorta di «morto civile», di dare luogo ad una successione intestata a favore dei figli stessi ovvero addirittura degli agnati: ipotesi, quest'ultima, che avrebbe altresì condotto alla cancellazione di una *familia* nel suo attuale assetto, evento com'è noto alquanto delicato dal punto di vista della *civitas*, come in particolare il regime dell'*adrogatio* risulta attestare nella procedura davanti ai *comitia curiata* e nella partecipazione a questa del *pontifex maximus*: mentre d'altra parte non è poi il caso di ricordare qui la risolutiva funzione di controllo che in una società *lato sensu* primitiva doveva a sua volta assumere per tal verso lo stesso giudizio popolare ed il connesso biasimo comunitario per soluzioni non approvate né condivise dalla *civitas*).

Né mancano d'altra parte più precisi riscontri per ritenere che tali fenomeni fossero in quanto tali oggetto di precise attenzioni da parte dell'ordinamento.

E' noto infatti come, secondo la comune dottrina, il nascere della scienza giuridica romana nell'alveo della sapienza pontificale e quindi della primigenia connessione inscindibile tra *ius sacrum* e diritto civile sia da ricollegare al fatto che lo *ius civile* consistesse in origine soprattutto nel diritto di famiglia ed in quello successorio, aspetti dell'ordinamento privato che costituivano una branca essenziale del diritto pontificale (Cic., *Brut.* 42.156: «... *ius nostrum pontificium, qua ex parte cum iure civili coniunctum esset* ...») in quanto conoscere la composizione e i membri della famiglia ed in particolare chi fosse l'*heres* era di decisiva importanza, come sottolineava Fritz Schulz richiamandosi in primo luogo a Joseph Rubino, per gli scopi del culto familiare ed in particolare per la trasmissione dei *sacra privata*, cui com'è noto i pontefici riservavano una fondamentale attenzione (né vi è a tale proposito bisogno di ricordare le analitiche disposizioni che essi elaboreranno in tal senso, specie in relazione al principio '*sacra cum pecunia*', quando, con il diffondersi della *mancipatio familiae*, si generalizzerà il concreto rischio che, in mancanza di un vero e proprio *heres*, i *sacra* familiari potessero essere abbandonati): se per tal verso l'ordinamento familiare ed il suo regime successorio erano in origine di esclusiva competenza pontificale e d'altra parte lo svolgersi del diritto ereditario nella storia del diritto romano più antico appare decisamente condizionato dai suoi riflessi *sub specie sacrorum*, si può dunque osservare che, così come i pontefici già in epoca arcaica erano attentissimi ad istituti quali l'*adrogatio* comiziale o la *detestatio sacrorum*, è in effetti difficile credere che potessero disinteressarsi del tutto al venir meno dalla propria posizione di un *paterfamilias* che si pretendesse non più mentalmente capace, specie in quanto, se per un verso il fenomeno era ovviamente minore rispetto all'estinguersi di una *familia* in seguito alla sottoposizione del suo capo ad una altrui *potestas*, in ogni caso, specie nelle ipotesi in cui si trattasse di un soggetto *sui iuris* e senza figli né fratelli e parenti agnatizi stretti, il suo affidamento a lontani *gentiles* poteva dar luogo a non lievi problemi in ordine alla perpetuazione dei *sacra*. E in effetti, se la trasmissione di questi ultimi doveva essere relativamente ben regolata in caso di morte effettiva di un *paterfamilias*, la questione doveva presentarsi alquanto più delicata in caso di sua semplice follia o prodigalità, poiché qui, si può sospettare, pur di fronte ad una sorte di sua «morte civile» con conseguente successione circa la sua *familia*, il venir meno della soggettività giuridica del *civis* nell'ambito dello *ius humanum* e quindi del diritto civile non doveva essere di per sé senz'altro accompagnata da un suo parallelo venir meno quale persona sul piano dello *ius sacrum*: così da rendere può darsi non immediato il passaggio dei culti familiari a chi

ne ereditasse, sul piano dello *ius civile*, il patrimonio, e quindi suggerendo come del tutto verosimile l'idea che anche per tale fattispecie vi dovesse essere una quantomeno minima disciplina pontificale circa la trasmissione dei *sacra* nonché, dunque, circa il concreto accertamento dell'incapacità mentale del *paterfamilias* per cui da vivo si desse luogo alla successione ereditaria.

Si è qui, beninteso, nell'ambito di una ricostruzione congetturale che non può trovare altra riprova, nella lacunosità delle testimonianze circa il diritto arcaico, se non la complessiva plausibilità di tali elementi nella logica *lato sensu* sistematica dell'ordinamento romano dei primordi: ma, se per un verso tali considerazioni, che conducono a parificare la posizione del *paterfamilias* morto e quella di chi è divenuto mentalmente incapace altresì agli effetti della continuazione dei *sacra*, recano ulteriore verosimiglianza alla tesi secondo cui il *furiosus* nel diritto arcaico doveva essere considerato un «morto civile» parificato agli effetti successori ad un vero e proprio defunto, data la precipua preoccupazione pontificale verso tali implicazioni religiose nella regolamentazione di tali istituti, più specificamente sembra in ogni caso di poter concludere che – di fronte alla risalenza nell'ordinamento quiritario delle funzioni che in età storica saranno proprie dei censori e vista d'altra parte l'attenta sorveglianza comunitaria della conduzione e della situazione in generale della famiglia, e per altro verso di fronte alla rilevante importanza che per lo *ius sacrum* assumono le norme civilistiche relative alla composizione della famiglia e al suo regime successorio – sembri alquanto improbabile che, nella stessa logica degli istituti più antichi, la definitiva considerazione di un *paterfamilias* in termini di *furiosus* ovvero di *prodigus*, con il conseguente suo affidamento ai parenti quale individuo ormai privo di soggettività giuridica ed il passaggio della sua *familia* ad altri, potesse svolgersi del tutto al di fuori di ogni controllo della *civitas*, sia dal punto di vista dell'intervento dei pontefici per quanto riguarda la sorte dei *sacra*, sia dal punto di vista della rilevanza che la situazione interna della famiglia nonché la conduzione del suo patrimonio assumevano sia per il gruppo parentale che per l'intera comunità e per i suoi organi.

Se tutto questo non risulta inverosimile, tornando al parallelo tra il *furiosus* e il *prodigus* si può dunque notare come tale unitarietà di problemi per quanto riguarda l'accertamento di tali condizioni mentali, nonché in ordine alle loro conseguenze dal punto di vista della *civitas*, conduca inevitabilmente a sospettare un'evoluzione congiunta delle due figure, probabilmente protrattasi finché, per il *prodigus*, intervenne la soluzione dell'*interdictio* magistratuale, mentre il regime del *furiosus*, una volta imperniatosi sulla *cura* di età storica, venne poi a sua volta trasformato radicalmente prima dalle nuove visioni di origine greca della follia e quindi dalla costruzione classica imperniata sui *lucida intervalla*: tale originaria unitarietà di fondo tra le due figure, del resto, sembra per vari versi inevitabile nella prospettiva fattuale del diritto più arcaico, dove ciò che rileva agli effetti giuridici non parrebbe tanto la diversa eziologia delle due forme di incapacità mentale, quanto piuttosto, in maniera alquanto più immediata, le analoghe implicazioni che esse avevano in ordine alla conduzione della famiglia e del suo patrimonio, conducendo del pari alla rovina tanto un atteggiamento scialacquatore quanto ad esempio una demenza senile concentrata su di una patologica avarizia, che in ipotesi rifiutasse di addivenire alle spese necessarie per tenere in efficienza e per far produrre il fondo o nel caso tesaurizzasse i suoi prodotti fino a renderli inservibili alla vendita come al consumo diretto.

Per tal verso ciò che appare in effetti decisivo risulta l'inidoneità del *pater* in vista delle sue mutate condizioni mentali alla proficua conduzione della famiglia e del suo patrimonio, mentre le distinzioni comportamentali in cui tale incapacità si può manifestare non sembrano immediatamente rilevanti ai fini delle impostazioni normative dell'ordinamento romano più arcaico, e risulta dunque del tutto legittima la tendenza degli editori a riunire il versetto relativo al *furiosus* e la previsione relativa al *prodigus* in una sola norma duodecimtabulare: che poi, come nella ricostruzione proposta dai *Roman Statutes* di Michael Crawford, la previsione fosse senz'altro unica (*'si furiosus ? prodigusve ? esse<i>t, adgnatum gentiliūque in eo <familiaque> ? pecuniaque ? eius potestas esto'*), ovvero le due ipotesi dovessero in qualche modo giustapporsi, non è ovviamente dato sapere, anche se in effetti alla latissima nozione primigenia di *'furor'*, ricomprensiva non solo la pazzia ma anche la demenza, non doveva certo risultare impossibile dilatarsi fino alla ipotesi di insensata prodigalità, specie se si considera

come la visuale dei romani più antichi fosse, come si è accennato, quella fattuale delle conseguenze di tali fenomeni e non della loro eziologia o comunque del loro meccanismo psicologico, mentre d'altra parte si è almeno in parte visto come, trattando della prodigalità, le fonti – ed in particolare la formula dell'*interdictio* pretoria tramandata da *Paul. sent.* 3.4a.7: ‘... *quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis* ...’ – lascino per vari versi intravedere una risalente considerazione della prodigalità, appunto intesa innanzitutto come ‘*nequitia*’, in termini alquanto più lati ed anzi tali da sovrapporla per vari versi alla follia, rispetto alla recenziere nozione più propria e restrittiva di tale fenomeno.

Ma questa ulteriore possibilità di una considerazione unitaria di ogni affezione mentale in termini di ‘*furor*’ da parte dei decemviri è in ogni caso congettura che va al di là delle più contenute intenzioni di queste note, volte semplicemente a prospettare l'eventualità di una diversa ricostruzione del regime del *furor* nel diritto più arcaico, dal suo affidamento agli stessi *sui* quali *custodes* all'intervento più o meno decisivo della *civitas* nell'accertamento di tale condizione sino agli stretti nessi che in origine dovevano collegare decisamente tale incapacità mentale al fenomeno, in essa forse ricompreso, della prodigalità: a proposito della quale sembra quindi del tutto legittimo – ed è ciò che qui interessa – congetturare una analoga alternativa tra l'affidamento ad un *custos* familiare ovvero, in assenza di quest'ultimo, agli agnati o ai gentili. Si tratta, come si è detto, di ipotesi che non possono trovare altra riprova, negli scarsi lacerti pervenutici circa tali istituti arcaici, se non la logicità di tali induzioni nel quadro del complessivo sistema dell'ordinamento decemvirale: ma se per tal verso è sufficiente qui mostrare la mera possibilità di una simile ricostruzione del *furor* nel diritto quiritario, è d'altra parte da notare come in ogni caso le posizioni in cui si è coagulata la *tralatizia communis opinio* si fondino, il più della volte, oltre che su una considerazione parziale di tali istituti improntata più che altro al ben diverso regime loro proprio nelle testimonianze di età classica, su congetture e riscontri sistematici altrettanto ipotetici ed in ultima analisi ancora più indimostrati.

9. In tale prospettiva, si può poi notare altresì come, nel sistema del diritto decemvirale, all'eventualità che il *paterfamilias* divenga *furiosus*, si possa aggiungere una ulteriore ipotesi, ossia quella della follia del figlio che, in base a *tab.* IV.2.b – ‘*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*’ (Gai., *inst.* 1.132) –, risultasse fuoriuscito (il termine è volutamente generico) dalla potestà paterna: una ipotesi normativa, quest'ultima, che con ogni verosimiglianza non si era ancora evoluta nell'elaborazione dell'istituto della emancipazione volontaria, ma che in ogni caso, per quanto probabilmente poco significativa da un punto di vista statistico, rappresentava tuttavia un fenomeno in linea di principio presente nella società decemvirale, e che poteva dare luogo, nel caso pur raro di sopravvenuto *furor* del figlio sciolto per tale ragione dalla *patria potestas*, ad una ulteriore questione; se infatti questi, da considerare ormai un normale *paterfamilias* da affidare in tal caso ai *sui heredes* adulti quali *custodes*, non avesse avuto figli, è da chiedersi se si desse luogo o meno alla normale successione intestata a favore di agnati o gentili in base a *tab.* V.4-5, alla cui *potestas* sarebbe stato altresì da affidare in base a *tab.* V.7.a: così come, posto che eventuali figli già puberi gli sarebbero succeduti al pari di quanto avveniva per qualsiasi *paterfamilias*, è da chiedersi, se egli avesse invece avuto soltanto figli impuberi nati dopo la sua liberazione, se questi fossero nel caso da affidare alla normale tutela parentale in base a *tab.* V.6. Tali problemi, com'è ovvio, non costituiscono altro che un aspetto consequenziale della soluzione della questione principale della normale successione per morte del figlio uscito ex *tab.* IV.2.b dalla *patria potestas*, una questione che non risulta avere interessato più di tanto la dottrina moderna, e che d'altra parte – non è inverosimile – forse non dovette essere mai neppure esplicitamente risolta in maniera definitiva dal diritto arcaico, potendosi tale più semplice e fattuale contesto accontentare delle soluzioni empiriche che l'opportunità della realtà imponeva di volta in volta come migliori e naturali, senza che neppure, anche in vista della rarità dei casi in cui il figlio premorisse al padre, si dovesse instaurare una vera e propria prassi univoca e definitiva prima che la triplice vendita sanzionata dai decemviri si trasformasse presto in una *emancipatio* dal significato alquanto diverso e regolata in analogia alla *manumissio* del liberto: tuttavia non sembra inutile saggiare pur bre-

vemente le soluzioni cui il contesto quiritario avrebbe potuto pervenire, se avesse proceduto logicamente in base agli intrinseci nessi sistematici che si possono rinvenire nella normazione decemvirale in materia, sia per verificare così le sottese corrispondenze costruttive rintracciabili in tale *corpus*, sia, soprattutto, per potere ricontrollare in una prospettiva nuova la congruità di fondo dei rapporti tra tali disposizioni sinora individuati.

In effetti, appare difficilmente contestabile la verosimiglianza della soluzione per cui il soggetto senza figli, considerato *a patre liber* in base a *tab. IV.2.b*, se divenuto *furiosus* andasse affidato senz'altro al padre stesso, che in mancanza di discendenti era in ogni caso il suo parente più prossimo, così come appare a prima vista verosimile che lo stesso padre ne risultasse nel caso l'erede: ma non è chiaro se per tal verso questi potesse essere considerato nella dizione delle XII Tavole un «agnato» in quanto ascendente, dato che in tale normazione non sembrerebbero propriamente considerati in tali termini, quali discendenti, né il figlio in quanto tale, com'è evidente in *tab. V.4*, né, agli effetti di *tab. V.6*, il figlio pubere che, alla morte del comune padre, otteneva la tutela legittima sul fratello impubere – rispetto al quale pur rivestirà in epoche successive una posizione senza dubbio agnatzia –, dato che egli doveva in origine ottenere tale funzione, nella coeva netta distinzione tra agnati e consanguinei, piuttosto in quanto *heres* del padre, ossia formalmente in una posizione appunto *lato sensu* alternativa rispetto a tale ulteriore qualifica in termini di collaterale del minore.

Questi problemi parrebbero per vari versi la logica conseguenza di un'incompiuta elaborazione dei rapporti parentali da parte del diritto più risalente, o comunque di una prospettazione alquanto diversa di tali aspetti rispetto al diritto classico ed ancora incentrata, più che sull'astratto dato estrinseco dei gradi di parentela in linea maschile che possono separare due persone, su di un sistema descrittivo della parentela che, secondo schemi comuni a varie culture arcaiche, tende a separare nettamente i componenti della famiglia naturale dai collaterali, e quindi, a Roma, la *familia proprio iure* da quella detta *communi iure* (si pensi, anche al di là dei più generali riscontri di ordine antropologico, al più concreto dato comparatistico offerto dal diritto attico, che nella successione intestata in linea di massima chiama innanzitutto all'eredità il *πρώτον γένος*, ossia i discendenti del *de cuius*, poi il *δεύτερον γένος*, cioè i discendenti di suo padre, quindi il *τρίτον γένος*, vale a dire i discendenti di suo nonno, e così via): e tali problemi potrebbero in effetti dare luogo a non lievi dubbi, in una prospettiva strettamente giuridica, in relazione alla successione in generale e quindi all'affidamento quale *furiosus* del soggetto fuoriuscito dalla *potestas* paterna in base *tab. IV.2.b*, nonché in ordine alla tutela, in tali due ipotesi, dei suoi figli impuberi.

Com'è ovvio, simili problemi nascono dal fatto che, nel diritto successivo, l'elaborazione giurisprudenziale costruirà com'è noto la figura dell'emancipazione considerando il padre come *parens manumissor*, facendolo quindi succedere, in base a *tab. V.8*, al figlio morto intestato e senza discendenti (fenomeno che risulta l'unico caso in cui nell'antico diritto romano ha luogo la successione intestata dell'ascendente al discendente), mentre, in base alla successiva *interpretatio* di tale norma duodecimtabulare, il *pater*, quale *parens manumissor* sarebbe parimenti stato il tutore dei nipoti orfani (impuberi o femmine). Tuttavia, questa impostazione costituisce l'evoluzione successiva della figura, relativa, del resto, ad una triplice vendita fittizia escogitata dalla giurisprudenza pontificale per poter raggiungere in base a *tab. IV.2.b* la emancipazione, connotata ormai in senso senz'altro positivo, del figlio, e nella quale si teorizza esplicitamente l'interruzione di ogni vincolo agnatzio ponendo il *pater* in un ruolo di *parens manumissor* appunto grazie alla remancipazione finale che gli permette di manomettere il figlio divenendone così *patronus*: né ovviamente da tutto ciò appare di per sé inferibile una analoga situazione per ciò che riguarda l'epoca decemvirale, specie in quanto il '*liber esto*' riferito al genitore cui ricorre la norma (*'si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto'*) non sembra per nulla legittimare una simile conclusione, risultando semmai situare la disposizione in una immediata prospettiva fattuale, di segno verosimilmente punitivo nei confronti del genitore, alquanto lontana da ulteriori preoccupazioni sistematiche sulla posizione del figlio che per tal via si ritrovi appunto *liber a patre*. Per altro verso, tuttavia, è altresì da notare come la vendita del figlio, se appare comportamento parentale in linea di massima visto negativamente dall'ordinamento, d'altra parte si inseri-

sca anche in un contesto ove, se manca a Roma la possibilità di una *abdicatione* paragonabile al riconoscimento pubblico del figlio forse attestato per il diritto ateniese (cd. ἀποκήρυξις) da fonti in ogni caso piuttosto tarde, peraltro la vendita così come la dazione a noxa del figlio si ricollega altresì ad un ambito assai prossimo a quegli usi di valenza interna alla familia e di carattere più sociale che giuridico che tuttavia, come l'intimazione paterna al figlio di *conspicuum vitare* e *conspicuum abire*, potevano di fatto assumere gravissime conseguenze in ordine a quest'ultimo, sino ad indurlo ad esempio – si narra – al suicidio: mentre d'altronde, in una risalente temperie in cui l'individuo per sopravvivere deve per forza appoggiarsi al proprio gruppo parentale, la stessa condizione di emancipato e la sua esclusione dalla famiglia e dalla successione ereditaria dovevano costituire un provvedimento pressoché esiziale per il figlio; e in tale prospettiva, se di per sé *tab. IV.2.b* sembrerebbe assumere, nella formulazione ricordata, una valenza tendenzialmente punitiva del padre e quindi forse non implicare di per sé la rescissione dei rapporti agnatici, la possibilità di riconnettere invece tale norma altresì ad una specifica volontà paterna di scacciare il figlio ritenuto indegno dalla propria famiglia porterebbe ovviamente a risultati di segno opposto.

D'altra parte, neppure il lato parallelismo tra il figlio uscito dalla potestà paterna ed il liberto, che pur parrebbe la immediata via ricostruttiva a disposizione, sembra portare a risultati univoci.

Infatti, per quanto riguarda la lettera della norma decemvirale relativa all'eredità dei liberti (*tab. V.8*), l'unica testimonianza testuale risulta – oltre a quella, come si vedrà tra breve, relativa al ricorso al termine '*patronus*' – D. 50.16.195.1 (Ulp. 46 *ad ed.*: '*familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis adgnatus proximus familiam habeto. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: ex ea familia, inquit, in eam familiam: et hic de singularibus personis legem loqui constat*'): passo che ha permesso di inferire una previsione – nella ricostruzione mommseniana, '*ex ea familia <qui liberatus erit, eius bona> in eam familiam <revertuntur>*' – dai termini alquanto lati, in cui, a ben vedere, qualsivoglia successione del patrono ovvero dei suoi figli o altresì dei gentili al liberto morto intestato e senza discendenti diretti potrebbe agevolmente venire riferita. Tuttavia, la comune dottrina ha preferito seguire un'altra strada, ritenendo invece duplici le previsioni duodecimitabulari relative al liberto, ed inserendo quale prima previsione una norma, ricavata in particolare da Gai., *inst.* 3.40 e da *ep. Ulp.* 29.1, che avrebbe stabilito innanzitutto che, morendo intestato e senza eredi il liberto, l'eredità sarebbe andata al patrono (nell'*epitome Ulpiani*, '*civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede decesserit*').

Questa soluzione, tuttavia, conduce ad alcune incongruità, implicando che *tab. V.8*, menzionando solo il *patronus*, non considerasse i figli di quest'ultimo, cui la possibilità di succedere al liberto sarebbe stata riconosciuta – si afferma – solo in prosieguo di tempo ed in via interpretativa dalla giurisprudenza, forse in seguito alla introduzione della *manumissio testamento*: mentre, anche da un mero punto di vista di semplice buon senso, sembra strano che si dovessero attendere tale ulteriore tappa per contemplare una ipotesi tanto ovvia quanto in concreto per nulla difficile, ossia che il patrono premorisse al liberto. Ma, ancora di più, il postulare che *tab. V.8* fosse duplice ha portato a ritenere che la seconda parte ('*ex ea familia <qui liberatus erit, eius bona> in eam familiam <revertuntur>*') sia in realtà da riconnettere alla successione dei soli gentili, intendendo cioè '*familia*' nel senso di '*gens*', secondo un'accezione certamente attestata in certo modo dalle fonti (si veda in primo luogo Fest., *verb. sign.*, sv. '*familia*', L. p. 76 s.), ma che in ogni caso non sembra agevole riferire a tale previsione come unico significato normativo che escluda ogni altro suo possibile senso più lato: tantopiù che tale devoluzione ai gentili dell'eredità del liberto in caso di premorienza del patrono – che in effetti tende ad essere posta fortemente in dubbio dalla dottrina più recente – porta a ritenere che una simile alternativa tra il *patronus* ed i gentili sarebbe viceversa stata il frutto di una *interpretatio*, successiva alle XII Tavole, che parificando il *patronus* all'*adgnatus proximus* avrebbe applicato anche a tale fattispecie il principio per cui l'*adgnatus proximus* escludeva quello di grado ulteriore, giustapponendogli quindi i soli gentili; e sarebbe quindi strano che, se il *patronus* non era ancora stato più o meno parificato all'*adgnatus* (cosa che secondo la dottrina comune sarebbe avvenuta soltanto con la successiva

considerazione dei suoi discendenti quali eredi del liberto), le XII Tavole tuttavia prevedessero già la successione in subordine dei soli gentili (più verosimile, anche se sempre un po' forzato, sarebbe semmai da postulare che, una volta poi parificato in via interpretativa il *patronus* all'*adgnatus proximus*, in caso di assenza di quest'ultimo si sia ritenuto automaticamente applicabile il principio posto da *tab. V.5*, con conseguente traslazione dell'eredità ai gentili). E d'altra parte l'*interpretatio* sarebbe poi arrivata ad una soluzione alquanto diversa rispetto ad una semplice parificazione del *patronus* all'*adgnatus proximus*, dato che, premorto il *patronus*, lo *ius patronatus* si sarebbe trasmesso tra i suoi agnati esclusivamente ai figli, considerandoli in tal caso i soli assegnatari dell'eredità del liberto morto intestato e senza discendenti diretti, e negando quindi le normali vicende che riguardavano la devoluzione agli agnati dell'eredità: mentre per tal verso risulterebbe ancora più misterioso il diritto all'eredità riconosciuto dalle XII Tavole, in subordine al patrono (ma, in tale visuale, in origine anche ad esclusione dei suoi figli), ai *gentiles*, tantopiù che, in epoca repubblicana più avanzata, sembra che nel novero dei *gentiles* venissero a tale effetto ricompresi altresì gli agnati del patrono, che in ogni caso non avevano un autonomo diritto all'*hereditas liberti* (del resto – se si tenderà in seguito ad escludere l'appartenenza del liberto alla *gens* del patrono, in quanto solo aggregato alla famiglia di questo e non facentene ad ogni effetto parte – i figli del patrono, com'è noto, anche se diseredati erediteranno almeno in parte i diritti di patronato, che non si trasmetteranno invece agli eredi estranei).

In tale problematico contesto, le testimonianze di Gai., *inst.* 3.40 e di *ep. Ulp.* 29.1 non sembrano del resto conclusive nel senso di un'esclusione dei figli del patrono, oltre che dal dettato della norma, dalla sua immediata lettura e quindi dalla eredità stessa: infatti anche *Vat. fr.* 308 (Paul 71 *ad ed.*: '... in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi continentur ...'), pur confermando in certo modo che i decemviri ricorsero esclusivamente al termine '*patronus*', parla di un'ovvia interpretazione estensiva che di per sé – data la facilità con cui il problema della sua premorienza al liberto poteva in pratica manifestarsi – potrebbe altresì essere stata pressoché coeva alla stessa redazione del testo duodecimtabulare, quasi che il termine '*patronus*' potesse essere subito considerato di per sé comprensivo dei figli ed anzi implicitamente usato anche in riferimento ad essi (se i Vaticana fragmenta recano infatti '*in XII tabulis patroni appellatione*', implicando che il risultato '*etiam liberi continentur*' fosse intrinseco a tale dizione, anche Gaio, diversamente da quanto fa a proposito della tutela *impuberum* patroneale, non parla di un procedimento *per interpretationem*, ma si limita a dire – *inst.* 3.45 – '*quae diximus de patrono, eadem intellegimus de filio patroni*').

Per tal verso, se l'uso del termine '*patronus*' (*Vat. fr.* 308) e delle parole '*ex ea familia*' e '*in eam familiam*' (D. 50.16.195.1) sono le uniche testimonianze testuali del dettato di *tab. V.8*, la possibilità di postulare una norma modellata su *tab. V.4* – e quindi del tipo *si libertus intestato moritur nec suus heres ei escit patronus familia habeto* – non sembra dunque implicare che il significato dell'ulteriore previsione, nel caso ricostruibile nei termini '*ex ea familia <qui liberatus erit, eius bona> in eam familiam <revertuntur>*', debba in maniera unica e necessaria venire interpretata, in strettissima analogia con il rapporto che lega *tab. V.4* a *tab. V.5* ('*si adgnatus nec escit, gentiles familiam habeto*'), come una norma posta in subordine alla prima per devolvere l'eredità, in caso di mancanza del patrono, ai gentili (anche in quanto, sembrerebbe di poter osservare, se questo fosse stato il fine unico della norma, non si vedrebbe la ragione della sua diversissima formulazione rispetto a *tab. V.5*, mentre non sarebbe in ipotesi certo stata difficile una sua impostazione più o meno nei termini '*si patronus nec escit gentiles familiam habeto*', e d'altronde, come si è accennato, era forse altresì possibile interpretativamente una diretta applicazione della stessa *tab. V.5*): ed essa potrebbe dunque venire invece vista, in maniera molto più semplice e senza forzature interpretative, come una specificazione della posizione del patrono, stabilendo cioè che, in caso di morte intestata e senza discendenti del liberto, i suoi beni dovessero tornare a quest'ultimo e al suo gruppo parentale e gentilizio in quanto il manomesso era appunto uscito dalla sua famiglia. Una impostazione che, soprattutto, permetterebbe di meglio accordare la norma con la prospettiva immediatamente fattuale della legislazione decemvirale, lasciando alla successiva *interpretatio* giurisprudenziale l'approfondimento e l'armonizzazione delle implicazioni sistematiche della disposizione.

Se in effetti la seconda parte di *tab. V.8* parrebbe travalicare ampiamente la necessità di stabilire una successione dei gentili in subordine a quella del *patronus* quale *adgnatus proximus*, la stessa lata formulazione della norma, che sembra porre un principio generale per cui, se chi proviene da una *familia* donde è stato liberato muore senza eredi ed intestato, i suoi beni dovranno appunto tornare a tale *familia*, risulterebbe acquistare un verosimile senso implicito di regola di fondo, tale da porre altresì, nei casi in cui non vi siano eredi previsti specificamente dall'ordinamento, un diritto a conseguire l'eredità da parte della *familia* da cui un individuo è uscito, ambito in cui quindi poteva essere ricompreso – quando il padre non era stato ancora parificato al *parens manumissor* e così al *patronus* – il figlio uscito dalla potestà paterna in base a *tab. IV.2.b* (ed in effetti, in una prima e parziale approssimazione, si può osservare come la locuzione '*filius a patre liber esto*' di tale previsione appaia di per sé ricorrere, con il termine '*liber*', ad una terminologia che in linea di massima può incontrarsi – al di là della ricostruzione mommseniana della seconda parte di *tab. V.8* – anche in relazione alla manumissione e alla situazione derivantene per lo schiavo).

Per tal verso la successione del *pater* al figlio liberato dalla sua *potestas* in seguito ad una triplice vendita, quando esso premuoria senza eredi ed intestato, in base alla norma sulla successione dei liberti, parrebbe fornire a tale problema una soluzione alquanto agevole: ma sotto altri aspetti una simile prospettiva complicherrebbe alquanto la questione dell'affidamento dei suoi figli impuberi al padre, dato che in tal caso la tutela spetterebbe a quest'ultimo non in quanto parente più stretto in linea maschile dei suoi nipoti, ma in quanto rappresentante della famiglia da cui il figlio liberato in base a *tab. IV.2.b* proviene al pari del liberto manomesso: mentre a sua volta, in ordine all'ipotesi di una sopravvenuta follia di quest'ultimo, ogni congettura sarebbe alquanto ardua, poiché non sarebbe chiaro a quale titolo si sarebbero affidati al padre il figlio *furiosus* nonché i suoi figli impuberi, dato che non solo risultano mancare, anche in relazione all'età classica, testimonianze circa la consegna del liberto *furiosus* al patrono in termini di *cura legitima* (anche se sembrerebbe inverosimile dovere attendere per risolvere tale problema, quasi che non si fosse mai posto prima, l'avvento della curatela dattiva), ma soprattutto risulta, in base alle fonti in materia, che lo stesso affidamento al patrono della tutela dei figli impuberi del liberto morto sia soluzione successiva alla legislazione decemvirale e dedotta interpretativamente dalla giurisprudenza da *tab. V.8* (Gai., *inst.* 1.165: '*ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. quae et ipsa tutela legitima vocatur legitima vocantur, non quia nominatim ex lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta est*'), per cui sarebbe incongruo postulare che, per il figlio liberato dalla potestà paterna in base a *tab. IV.2.b*, si fosse già arrivati ad una simile soluzione analogica, posto che il regime di tale figura si sarebbe evoluto in termini presumibilmente brevi in una *emancipatio* che, al contrario, sarebbe stata all'inverso regolata proprio sulla base della disciplina relativa al liberto (ed è infatti noto come, in età più recenti, la tutela dei figli dell'emancipato verrà veceversa attribuita a titolo fiduciario al *parens manumissor* sull'esempio della tutela relativa ai figli del *libertus*).

Se invece, evitando l'inconclusività costruttiva del parallelo con la situazione del liberto, si vuole ritenere più probabile che, nell'ipotesi del figlio liberato dalla *potestas* del padre in base a *tab. IV.2.b*, in età decemvirale e nel periodo immediatamente successivo non si fosse ancora teorizzato il venir meno in tal caso dei vincoli agnatizi – soluzione in tal caso da attribuire invece ad una interpretazione giurisprudenziale che allora riguarderebbe solo la più tarda *emancipatio*, ove, venendo meno da un lato i rapporti agnatizi del figlio con la famiglia di origine, tuttavia il padre conservava d'altra parte un ruolo di *parens manumissor* –, in tale ipotesi risulterebbero di soluzione alquanto più agevole i problemi connessi alla tutela dei figli impuberi in caso di morte intestata del soggetto *a patre liber* in seguito alla triplice vendita, così come, in caso di sua sopravvenuta follia ed in assenza di discendenti puberi, l'affidamento al nonno quale tutore degli impuberi nonché dello stesso *furiosus* e della sua *pecunia* alla sua *potestas* di suo padre: tuttavia, è da notare, in tale prospettiva si creerebbe un problema forse ancora più complesso, dato che, postulando che il padre, dopo l'applicazione di quanto disposto da *tab. IV.2.b*, conservasse il rapporto agnatizio con il figlio, forse si dovrebbe altresì ritenere che, in base a *tab. V.4*, egli in mancanza di *sui heredes* succedesse al figlio ap-

punto in quanto parente agnatizio più prossimo, in una ipotesi devolutiva dell'eredità all'ascendente che rimarrebbe non solo unica in tale contesto, ma pressoché tale altresì nel diritto successivo, e soprattutto risulterebbe difficilmente coordinabile con la successiva scelta giurisprudenziale di recidere in tal caso i vincoli agnatizi e di far derivare la successione del padre al figlio emancipato – piuttosto che dal loro stesso rapporto parentale, come in tale ipotesi già prima sarebbe avvenuto – dalla qualità di *parens manumissor* che egli avrebbe poi assunto in analogia con il diritto di patronato: una successiva soluzione in questo caso alquanto ardua e difficilmente motivabile nel completo mutamento di direzione rispetto a quanto sarebbe in tale ipotesi sino allora avvenuto. Non solo, ma come appare ovvio, se si postula che i rapporti agnatizi tra il *filius* liberato dalla triplice vendita e il proprio *pater* non si interrompessero, si dovrebbe per converso ritenere che tale permanente nesso parentale potesse altresì funzionare in senso inverso, e che quindi il figlio *liber a patre* dovesse normalmente partecipare alla successione di quest'ultimo insieme ai fratelli rimasti sotto la *potestas* di quest'ultimo, giungendo così a falsarighe ricostruttive alquanto incongrue.

In entrambe le ipotesi ricostruttive, quindi, la posizione del figlio *a patre liber* in base a *tab. IV.2.b*, sia in ordine agli effetti successorii sia in relazione ai connessi affidamenti previsti in caso di incapaci dalle XII Tavole, rimane alquanto problematica, cosicché, nella scarsità delle testimonianze anche indirette recate dalle fonti pervenute, appare alquanto arduo propendere – pur tenendo presente la dimensione non ancora tecnicistica che tali figure dovevano ovviamente assumere nel contesto arcaico – tanto per la sua tendenziale parificazione al *libertus* quanto al contrario per una sua conservazione di massima del rapporto agnatizio con la famiglia di origine: aporia che sembra far propendere, in ultima analisi, per una originaria soluzione di tali problemi secondo falsarighe empiriche, di ordine più contingente che generale e definitivo, né ancora improntate a precise logiche sistematico-giuridiche, secondo prospettive che del resto appaiono per vari versi intrinseche ai nessi costruttivi rintracciabili attraverso una considerazione complessiva della normazione arcaica, e che con ogni probabilità dovettero solo in seguito venire esplicitate e quindi applicate in tutte le loro conseguenze dalla speculazione giurisprudenziale (così come ad esempio il principio per cui se il padre emancipa un impubere ne diviene automaticamente tutore, ricordato nel pur ampiamente riscritto Ulp. 38 *ad Sab.*, D. 26.4.3.10 – ‘*si parens ... impuberes, quos in potestate habeat, emancipet, vicem legitimi tutoris sustinet*’ –, risponde innanzitutto ad una logica fattuale di questo tipo). E infatti si vedrà in seguito la decisiva importanza di tale verosimile soluzione su piani fattuali piuttosto che sistematici, nel contesto arcaico, di non poca parte dei problemi successorii secondari posti, soprattutto in ordine all'affidamento degli incapaci, dall'interazione tra le varie disposizioni in esame.

10. In realtà, i dubbi che avvolgono tali questioni appaiono altresì dovuti ad una discrasia tra il sistema delle norme relative alla successione ed all'affidamento degli incapaci poste in generale dalla legislazione decemvirale e le ulteriori notizie che si hanno in ordine alla tutela patronale sui figli impuberi del liberto: norma, quest'ultima, che – per quanto tale problema non risulti essere stato notato dalla dottrina in materia – non sembra essere del tutto in sintonia neppure con la stessa *tab. V.8*, relativa alla successione del liberto, da cui pur sarebbe derivata in via di *interpretatio*.

Quest'ultima disposizione, infatti, risulta chiamare all'eredità il patrono, come risulta da Gai., *inst.* 3.40, se il liberto risulta ‘*intestatus mortuus ... nullo herede relicto*’, in una perfetta corrispondenza con *tab. V.4*, così come, a sua volta, *tab. V.6* affida l'impubere, se non vi è un tutore testamentario, ad un *adgnatus proximus* che – anche se visto dai decemviri innanzitutto come figlio adulto del comune padre – in ogni caso rispetto al minore è appunto il fratello. Per quanto riguarda invece la tutela del figlio impubere del liberto, Gaio (*inst.* 1.165) afferma che essa spetta in ogni caso al patrono ovvero ai figli di quest'ultimo (‘*ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*’), in una prospettiva spiegata comunemente dalla dottrina, in parallelo con la successione del liberto, nel senso di una parificazione giuridica tra i rapporti agnatizi degli ingenui ed il rapporto di patronato del liberto, che in quanto tale non ha nessi agnatizi e per il quale il patrono viene così ad assumere una posizione di *singularis adgnatus proximus*.

Tuttavia, se tale mancanza di rapporti agnatizi è indubbia per il liberto, in quanto schiavo manomesso, lo stesso non vale per i suoi figli, che – come comunemente si ammette – possono anche nascere in libertà e da normali nozze del liberto: per cui non sembra del tutto chiaro per quale mai motivo, proprio a somiglianza di quanto avviene per l'ingenuo, i fratelli adulti dei figli impuberi del liberto non possano normalmente assumere, una volta orfani, la tutela di questi ultimi.

Se per un verso sarebbe infatti estremamente strano postulare che, quand'anche nati in libertà da un normale matrimonio legittimo, tra i figli del liberto non si creino rapporti agnatizi, la problematicità di una simile impostazione si manifesta in maniera ancora più plateale se si considera che, anche a proposito della tutela dei figli del liberto, le fonti ribadiscono enfatizzandolo il principio, individuato già dalla giurisprudenza arcaica, per cui il tutore è altresì l'erede dell'incapace (si veda altresì Gai., *inst.* 3.43, per la *tutela mulierum*), onde la tutela stessa è vista come strumentale alle sue aspettative ereditarie (D. 26.4.3.pr., Ulp. 38 *ad Sab.*: *'tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt'*), nel senso che queste aspettative non devono essere frustrate da una inadeguata gestione del patrimonio (D. 26.4.1.pr., Ulp. 14 *ad Sab.*: *'legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possunt: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur'*). Dalla lettera di tali fonti, dunque, emergerebbe che la tutela legittima è tutt'uno con la chiamata successoria dei patroni, implicando così nella maniera più chiara che, anche se vi sono fratelli adulti, questi non hanno alcun diritto circa la tutela e l'eredità dei fratelli impuberi, quasi che tra i figli del liberto non si potesse creare alcun normale rapporto di tipo agnatizio.

Per evitare di giungere a tale conclusione, l'unica via sarebbe quella di postulare che, nei passi testé ricordati, Ulpiano come Gaio, affermando che la tutela del patrono sugli orfani impuberi così come sulle figlie del liberto, implicino in modo scontato che non vi siano figli puberi, tenendo cioè presente una sorta di astratta ipotesi paradigmatica di tale situazione e delle sue conseguenze giuridiche: anche se in verità una simile falsariga ricostruttiva, già di per sé difficile, dovrebbe superare un ulteriore problema, dato che se gli impuberi o le femmine sono più di uno, in tal caso la successione del patrono nel caso della morte di uno di questi ultimi implicherebbe altresì che fossero esclusi dalla sua eredità anche fratelli e sorelle sopravvissuti e nel frattempo giunti all'età pubere, così da porre anche su tale ulteriore piano il medesimo problema costruttivo.

Ma la congettura di un'inesattezza dei due giuristi parrebbe in ogni caso da rifiutare. In effetti, una simile soluzione potrebbe a prima vista essere persino suggerita da un confronto tra i due testi gaiani che si occupano della successione del liberto: infatti, in *inst.* 3.40, come si è visto, si afferma che il patrono succede al liberto se questi muore intestato e senza figli (*'nam ita demum lex xii tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto'*), mentre in *inst.* 1.165 tale norma viene richiamata in maniera parziale, dicendo che al patrono spetta l'eredità del liberto se questo muore intestato, per cui – si afferma – nella stessa ipotesi spetta al patrono la tutela sui suoi figli impuberi: *'eo enim ipso quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosque eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et adgnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat'*. Dovendosi per tal verso integrare, in base al confronto testuale tra questo passo ed il § 3.40 delle *institutiones*, il presupposto *'si intestati decessissent'* in *«si intestati decessissent nullo suo herede relicto»*, sembrerebbe conseguirne logicamente che altresì la conclusione *'etiam tutelas ad eos pertinere'* vada subordinata non solo alla mancanza, nel caso, di previsioni testamentarie circa il tutore, ma altresì e soprattutto alla mancanza di un *suus heres* pubere, ossia di un figlio adulto cui affidare la tutela dei minori e delle donne, e che ne sarà quindi altresì nel caso l'erede. Tuttavia, a meno di pensare ad una improbabile preterizione del copista, proprio l'evidente immediatezza di tale rapporto tra le due citazioni rende difficile pensare che Gaio potesse incorrere in una simile sbadata inesattezza, quasi che egli non conoscesse le norme vigenti in tale materia e potesse sbagliarsi a tal punto sulla persona cui andava il patrimonio dell'impubere libertino morto prima di divenire *suae tutelae*.

Se dunque sembra piuttosto difficile pensare che quanto affermato da Gaio ed Ulpiano sia una descrizione affatto parziale ed anzi alla fine erronea di tale fenomeno giuridico nel suo complesso, dato che ignorando una ipotesi nella concreta realtà non certo secondaria essi in realtà finirebbero per dare come assoluta una soluzione che in realtà riguarderebbe solo alcuni casi e non l'istituto nella sua totalità, sembra che questa regola vada in effetti accettata nonostante le difficoltà che essa indubbiamente presenta: tale soluzione, semmai, sembrerebbe verosimilmente da spiegare soprattutto in relazione al fatto che, in origine, il liberto, che del resto continuava rispetto al patrono ad essere denominato 'servus', conservava in ogni caso uno stato di soggezione a quest'ultimo analogo a quello del figlio ed era soggetto ad una piena giurisdizione del manumissore che comprendeva lo stesso *ius vitae ac necis* su di esso: per tal verso, se per il liberto così come per l'emancipato i figli nati o anche solo concepiti prima della liberazione continuavano a rimanere sotto la potestà del *paterfamilias* manumissore, non è strano che anche se nati liberi i figli impuberi del liberto premorto venissero affidati al patrono, al pari di quelli nati prima della manumissione, e che di essi quest'ultimo, nell'assorbente valenza dello *ius patronatus*, fosse quindi anche l'erede. Ed in effetti, anche se tra i figli del liberto nati dopo la manumissione quelli divenuti adulti potrebbero astrattamente essere eredi degli impuberi premorti, d'altra parte è da tenere presente che il liberto poteva di fatto avere figli precedenti alla manumissione, e quindi ancora in servitù, ovvero a loro volta poi manomessi e dunque divenuti ormai a loro volta liberti dello stesso patrono, per cui quella di far succedere il patrono ai figli nati in libertà ma morti in età impubere poteva essere la via più semplice per eliminare ogni diversità di trattamento tra i discendenti del liberto: cosicché la giurisprudenza, magari anche posta di fronte alle ragioni dei fratelli puberi, che pur avrebbero potuto basarsi sul non secondario argomento dell'analogia di quanto avveniva normalmente per gli ingenui, e le pretese del *patronus*, avrebbe preferito accogliere queste ultime, per non creare disomogeneità tra i figli del liberto nati in schiavitù ed eventualmente poi manomessi e quelli poi nati in libertà, dato che mentre i secondi erano giuridicamente nella posizione di figli del liberto, i primi si ritrovavano invece, dal punto di vista del diritto, su un medesimo piano rispetto al padre, essendo al pari di lui liberti del patrono. E per le stesse ragioni, ritornando al problema da cui queste considerazioni hanno preso inizio, sembra che, anche per quanto riguarda il figlio *a patre liber* in base a *tab. IV.2.b*, i figli nati dopo la sua liberazione dovessero verosimilmente venire affidati, in caso fossero ancora impuberi alla morte del genitore, sempre al *paterfamilias* di quest'ultimo, che conservava infatti la *potestas* sui nipoti nati o concepiti prima che il figlio risultasse sciolto dalla sua *potestas* in base a tale norma.

Certamente, il postulare che il patrono, e non il fratello, succedesse al figlio impubere del liberto premorto se a sua volta decedeva in età minore, appare almeno in certo modo mettere in crisi quell'idea, normale alla *communis opinio*, secondo cui, non avendo il liberto una famiglia agnaticia, gli sarebbe stata fornito sul piano del diritto un rapporto analogo che ne avrebbe tenuto luogo, ossia quello patronale, anche se ovviamente non su di un piano di completa reciprocità: in effetti, l'apparente antinomia dell'affidare la tutela degli orfani impuberi al patrono ed ai suoi figli anziché ai fratelli adulti può essere al limite spiegata per quanto riguarda il patrono stesso, che rispetto al liberto può essere considerato un agnato di primo grado che prevale in tale assegnazione sui suoi stessi figli, ma risulta difficile da giustificare in relazione ai discendenti del patrono, rispetto ai quali, ovviamente, i gradi di parentela aumenterebbero al secondo grado se non oltre, rendendo alquanto strana la preferenza ad essi accordata rispetto ai fratelli stessi degli incapaci, che sarebbero in ogni caso agnati di secondo grado di questi ultimi nonché di primo grado del liberto deceduto. Ma d'altro lato, se qui la parificazione fittizia all'agnazione del patronato, dal quale non può di per sé svilupparsi in tutte le sue conseguenze giuridiche una normale parentela dagli effetti giuridici reciproci, mostra sino in fondo il proprio carattere parziale e le conseguenze per così dire monche che ne derivano, tale parificazione appare in ultima analisi giustificata, specie in vista della prevalenza di fondo dei diritti di patronato sulle normali vicende interne alla famiglia del liberto, appunto in vista della peculiare composizione che può essere propria della famiglia del liberto, di cui possono far parte figli nati in libertà, figli in origine schiavi e poi manomessi nonché, di fatto, figli restati sempre schiavi:

aspetto che, evidentemente, rendeva tollerabile che la discendenza libertina cominciasse a costituire una normale famiglia, corrispondente in linea di massima a quella di stirpe ingenua, a cominciare, sembrerebbe, soltanto dalla seconda generazione, ossia a partire dai figli e dai nipoti del liberto (e, come tra l'altro sottolineava anche Edoardo Volterra nel suo manuale istituzionale, è da notare come in ultima analisi la condizione della stirpe del liberto non risulti certo fino in fondo chiara nelle fonti a disposizioni, tanto che non si sa neppure con esattezza se in origine la condizione di liberto si perpetuasse o meno nei discendenti dello schiavo manomesso e sino a quale generazione: mentre viceversa, è da aggiungere, nel diritto classico il termine '*libertinus*' tende com'è noto a non essere più riferito alla stirpe del liberto, ma soltanto a quest'ultimo).

Se per quanto riguarda il diritto tardorepubblicano e classico appare dunque da accettare la regola per cui il patrono era erede e tutore del figlio impubere del liberto premorto, per quanto riguarda il diritto più arcaico sorgono tuttavia ulteriori difficoltà, relative soprattutto alla posizione sotto tale aspetto del patrono nell'ipotesi in cui i figli e la moglie del liberto, morto quest'ultimo, decidessero di rimanere comunque uniti, così come era in tali tempi normale e come la dottrina ammette senza problema, in un *consortium*: ipotesi in cui la tutela del patrono sull'impubere e sul suo patrimonio ovviamente si complica non poco, non essendo verosimile che tali diritti del patrono potessero escludere che l'impubere rimanesse unito ai fratelli ed alla madre nella comunione familiare, ed essendo per altro verso questa situazione di comproprietà solidale, come si vedrà meglio tra breve, sostanzialmente incompatibile con la normale gestione della tutela quale storicamente conosciuta.

In effetti, un punto che appare per tal verso decisivo è la precedenza della norma sulla successione del liberto, già disciplinata dai decemviri, rispetto alla regola della tutela patronale sugli impuberi, dedotta interpretativamente dai *prudentes* sulla base della prima: un dato che conduce quindi a ritenere che, se il tutore e l'erede dell'impubere devono com'è noto coincidere, secondo una regola generale in seguito esplicitata dalla giurisprudenza (anche se in realtà essa non tiene in generale conto della possibile compresenza di eredi impuberi ovvero di sesso femminile, che tuttavia non possono rivestire la carica di tutore), dovette essere proprio tale circostanza a permettere l'argomentazione analogica in esame, cosicché la successione del patrono rispetto all'impubere sarebbe stata appunto l'elemento a monte in base al quale gli si attribuì anche la tutela di quest'ultimo. Il problema che resta da risolvere, ovviamente, è quello del motivo per cui, mentre in relazione agli ingenui tale risultato era già stato raggiunto dalla legislazione duodecimtabulare, per quanto riguarda i liberti si dovettero invece attendere un certo tempo: e per tal verso la peculiare posizione del fratello adulto del minore, che differenzia la famiglia dell'ingenuo da quella del liberto, appare di per sé fattore che sembra da considerare qui fondamentale.

Infatti, nel contesto dell'età decemvirale, la famiglia come si è ricordato tendeva di norma a rimanere unita in un *consortium* ove l'eredità del *paterfamilias* morto rimaneva indivisa tra i figli, puberi ed impuberi, e la moglie stessa, considerata *loco filiae* rispetto al defunto. In tale più empirica prospettiva, se si ammette, com'è normale in dottrina e del resto conforme alla logica stessa di tale istituto, che anche i figli e la moglie del liberto morto potessero rimanere uniti in un *consortium*, risulterebbe in effetti alquanto strano che, di fronte a tale coesa comunità familiare fondata sulla *fraternitas*, l'amministrazione delle parti o quote del patrimonio indiviso spettanti agli impuberi dovesse venire gestita da un tutore estraneo a tale consorzio, ossia dal patrono, che quand'anche si fosse limitato a prestare la sua *auctoritas* (ipotesi come si vedrà tra breve di per sé assurda) avrebbe comunque potuto in tal modo interferire pesantemente sulla gestione del patrimonio comune, condizionando per tal via decisamente anche le sorti della parte dei beni idealmente appartenente ai soggetti adulti estranei alla tutela patronale: e sarebbe ancora più strano che, in caso morte prematura di un impubere, il patrono potesse reclamare la sua parte di eredità costringendo i restanti membri a dividere la cosa comune o comunque a consegnargli l'equivalente della quota spettante al pupillo; ed anche solo presupporre che egli comunque venisse coinvolto quale erede nel *consortium* stesso creerebbe del pari non lievi problemi, dato che ammettere un estraneo ad una partecipazione per così dire coattiva a quest'ultimo snaturerebbe le stesse finalità intrinseche a tale comunità familiare, su-

bordinandone in ultima analisi il permanere al non verificarsi di un evento specie per quei tempi del tutto naturale come la morte di un impubere (si pensi ancora, in particolare, alla richiesta della divisione della cosa comune avanzata dal *patronus* contro l'eventuale volontà contraria dei fratelli del minore, che del *condominium* sono i membri originari e per così dire naturali).

D'altra parte, altresì per quanto riguarda il caso dell'impubere in vita, la presenza di un tutore estraneo avrebbe reso impossibile la normale gestione del *consortium*, poiché la regola della possibilità di disporre da parte di ogni condomino adulto della intera cosa comune parrebbe di per sé risultare difficilmente coordinabile con l'entrare in tale comunità familiare di un estraneo che non faceva comunque parte della *fraternitas* che ne era a fondamento e su cui si basava la possibilità di ognuno di agire per così dire in nome di tutti. E in effetti una riprova più strettamente giuridica di tale incompatibilità sembra appunto poter essere fornita – anche senza considerare l'ancor più inconfigurabile gestione diretta da parte del tutore del patrimonio dell'*infans* – proprio dallo stesso meccanismo dell'*auctoritas* caratteristico della tutela (tra l'altro già in età decemvirale testimoniato in relazione alle donne da *tab. V.2: Gai., inst. 2.47*), che, se pur definita funzione essenziale ed anzi primordiale del tutore da Pietro Bonfante, appare in effetti difficilmente coordinabile con il principio per cui, nel *consortium erecto non cito*, tutti i condomini potevano agire, in una contitolarità solidale, ognuno come proprietario del tutto, dato che, se il tutore dell'impubere fosse stato un membro del *consortium*, soltanto il compimento dell'atto da parte dello stesso avrebbe potuto venire considerato valido in quanto ricomprensivo dell'*auctoritas* prestata per il minore, mentre se il tutore fosse stato un estraneo la disposizione del singolo condomino si sarebbe scontrata – a meno di non negare al tutore tale irrinunciabile aspetto della sua funzione – con la necessità di ottenere la sua *auctoritas*, per cui per tutti gli atti che la richiedevano sarebbe stato impossibile che il condomino adulto potesse disporre dell'intera cosa comune agendo appunto come proprietario del tutto.

Tale indiscutibile fattore, strettamente giuridico, parrebbe dunque implicare che la tutela patronale sugli orfani impuberi del liberto non potesse intervenire sino a quando il minore rimaneva unito ai fratelli in un *consortium*, dato che tale comunione familiare, ponendosi rispetto all'esterno come un nucleo unitario, impediva verosimilmente di considerare l'impubere quale soggetto a sé e come tale necessitante di un tutore, essendo per tal verso sufficiente ad evitare tale affidamento che il patrimonio risultasse ancora indiviso e quindi che il minore non venisse per tal verso visto come un soggetto titolare di beni propriamente soltanto suoi. Soltanto qualora il *consortium* si fosse sciolto, nell'ipotesi vi fosse un impubere, ormai da considerare come soggetto a sé stante, appare verosimile che sarebbe allora intervenuta la tutela del patrono, che nel caso di sua morte ne sarebbe altresì stato l'erede.

L'incompatibilità tra la prestazione dell'*auctoritas* ed il regime del *consortium* sembra d'altra parte altresì mostrare, com'è di norma ammesso dalla dottrina, che i fratelli non dovessero essere considerati, in tale circostanza, alla stregua di tutori, ma semplicemente dei membri di una medesima comunità che gestivano dall'interno il patrimonio comune e quindi anche la parte idealmente spettante all'impubere, in maniera dunque del tutto diversa da quell'amministrazione esterna di un estraneo in cui si sostanzia la tutela in senso proprio: ed in effetti, anche in *tab. V.6*, relativa all'impubere ingenuo, l'affidamento del minore agli agnati appare, in parallelo all'alternativa tra *suus heres* ed *agnatus proximus* di *tab. V.4*, escludere in quanto tale da tale categoria il fratello dell'impubere.

Fino a che il *consortium* tra gli eredi del *paterfamilias* dovette rappresentare la regola, per gli stessi ingenui la norma sulla tutela doveva essere così riferita solo agli agnati di tipo collaterale, chiamati appunto in assenza di fratelli, senza considerare invece questi ultimi che invece rimanevano di solito a lui uniti in tale comunione e solo in prosieguo di tempo, allo scioglimento di questa, scissa la *familia* in vari nuovi nuclei, potranno essere chiamati ormai quali agnati alla tutela legittima se vi erano ancora fratelli minori: mentre, per quanto riguarda l'impubere libertino, si spiega del pari l'assenza in origine di una norma sulla tutela, dato che finché questi rimaneva nel *consortium* il patrono non doveva avere diritti sulla sua eredità, mentre, nel raro caso che morisse dopo esserne uscito e prima di divenire maggiorenne, doveva apparire sufficiente la spettanza di quest'ultima al patrono stesso: solo quando l'uso degli eredi di rimanere uniti in un *consortium* iniziò a tramontare (peraltro esso so-

pravvisse com'è noto, sia pure in maniera sempre più sporadica, anche in età imperiale: cfr. Plin., *epist.* 8.18.1. ss.), si dovette porre il problema della tutela dei libertini impuberi non più uniti in una comunione ai fratelli adulti, ed interpretativamente i *prudentes*, come si vedrà meglio tra breve, non poterono che ovviamente affidarli al patrono, che ne era altresì l'erede; parallelamente, per quanto riguarda l'impubere ingenuo, il venir meno del normale ricorso al *consortium* dovette condurre a considerare in generale il fratello maggiorenne non più come *suus heres* del padre e membro della stessa comunità familiare in cui permaneva con l'impubere, ma come parente collaterale di secondo grado dell'impubere stesso, con conseguente piano affidamento a lui della tutela su quest'ultimo, rendendo normale tale soluzione prima verosimilmente alquanto rara.

Che poi l'originaria posizione del fratello dell'impubere – contrapposta tanto alla tutela dell'*agnatus proximus* quanto a maggior ragione a quella del patrono proprio in quanto di norma egli gestiva un patrimonio comune a lui e al minore – non potesse essere considerata in termini di tutela in senso proprio, appare infine ovvio appunto in vista dell'impossibilità strutturale di una prestazione da parte sua dell'*auctoritas*, elemento invece da considerare strutturale sin dalle origini alla nozione romana di tutela: per cui non sembra per nulla inverosimile pensare che, senza parlare a questo proposito di tutela, tale funzione di affidamento e assistenza dell'incapace dovesse essere considerata dall'ordinamento arcaico in termini alquanto fluidi e fattuali, vedendo in essa una situazione non rigorosamente classificata dal diritto ma in ogni caso tale da escludere la vera e propria tutela agnaticia: non diversamente da come, nella cura del *furius*, la presenza di un *custos* consanguineo evitava la consegna dell'incapace e della sua *pecunia* alla *potestas* degli agnati o dei gentili.

Certo, sarebbe erroneo trarre, da tale tentativo di razionalizzazione delle implicite posizioni dei vari soggetti nella normazione più arcaica, l'idea che si sia qui implicato che le XII Tavole debbano essere considerate, in una sorta di giuridizzazione della preistoria, nei termini di un codice moderno ove ogni ipotesi risulta regolata esplicitamente o comunque regolabile in via di applicazione analogica di principii già elaborati in un sistema generale: le vicende normative qui ipotizzate, in effetti, appaiono semmai da situare in un contesto di tipo essenzialmente empirico dove le soluzioni poi sanzionate dalla *interpretatio* giurisprudenziale dovettero imporsi, anche se forse non senza contrasti, in una realtà fattuale che, per l'affidamento degli incapaci così come per l'apprensione dei beni in situazione successorie non chiare, appare aver certo conosciuto innanzitutto scelte dovute semplicemente alle concrete possibilità di trovare chi si prendesse cura dei primi, o a rapporti di forza tali da mettere la comunità di fronte a fatti compiuti e difficilmente contrastabili, percorrendo vie e sottese ragioni poi sanzionate dall'ordinamento consuetudinario e quindi abbandonate con il prevalere di una più meditata regolamentazione giurisprudenziale (si pensi del resto, per quanto riguarda la successione, al ruolo pur non definitivamente chiaro svolto dalla *usucapio pro herede*, ovvero, per quanto riguarda la tutela, al fatto che la previsione astratta della spettanza di tale carica non basti di per sé ad implicare che il chiamato l'accetti effettivamente e si occupi realmente del pupillo, come in effetti sembra mostrare la stessa successiva introduzione della tutela dativa). Tuttavia, pur in tale inevitabili incertezze nella formazione del diritto più risalente, quanto appare relativamente sicuro è la incompatibilità della tutela in senso proprio con l'affidamento del minore ai fratelli nell'ambito del *consortium erecto non cito*, deducibile non solo, argomentativamente, dall'inconciliabilità tra la regolamentazione della prima con i principii che reggono tale comunità familiare, ma altresì dalle positive notizie di cui si dispone in ordine alla legislazione decemvirale, ove in particolare depongono in tal senso, in *tab.* V.6, la chiamata alla tutela degli agnati in una formulazione che in origine non doveva considerare per tal verso i fratelli dell'impubere, così come il fatto che, per il figlio del liberto, le XII Tavole non prevedessero tale istituto, applicato solo in seguito all'impubere libertino dalla *interpretatio* giurisprudenziale: fattori che in effetti non sembrano rimanere privi di conseguenze anche per quanto riguarda, come si vedrà meglio tra breve, la figura su cui principalmente vertono queste note, ossia il *custos* del *furius*.

11. Se si è insistito sul rapporto tra *tab.* IV.2.b e *tab.* V.8, da una parte, e le disposizioni più generali di *tab.* V.4-5, V.6 e V.7 dall'altra, non è stato solo per un astratto tentativo di maggior completezza

nella considerazione dei problemi qui esaminati, ma soprattutto al fine di mostrare sino in fondo come in generale le norme decemvirali sulla successione intestata, sulla tutela degli impuberi e delle donne, sul *furor* nonché sulla prodigalità ed infine sulla successione del liberto presentino tutte un dato comune, che costituisce altresì il nucleo problematico di tali disposizioni, ossia l'alternativa tra due soluzioni, delle quali quella in subordine è rappresentata dall'intervento degli agnati (o del patrono) nonché dei gentili, mentre la prima consiste ovviamente nella devoluzione all'eredità al *suus heres* (sia per l'ingenuo che per il liberto), nell'affidamento del figlio impubere al tutore testamentario (ma anche in assenza di quest'ultimo il minore rimarrebbe comunque affidato al fratello adulto, e solo in sua assenza agli zii paterni o ai parenti ulteriori) nonché, ciò che più interessa a queste note, nella presenza di un *custos* cui consegnare il *furiosus* nonché, come si è visto, verosimilmente anche il *prodigus*. E per tal verso è parsa la dimostrazione migliore della netta alternatività delle due serie di soluzioni appunto il caso del figlio impubere del liberto, pur regolato in via analogica alla tutela degli ingenui in epoca successiva a quella decemvirale, ove l'esclusivo riferimento delle fonti di età classica al *patronus* pone l'intrinseco problema della posizione dei fratelli adulti del minore, che quantomeno per l'epoca più antica sembrerebbe in ogni caso assurdo escludere dall'affidamento di quest'ultimo, che del resto può rimanere di norma unito ai fratelli nel *consortium erecto non cito*.

In ordine alle situazioni successorie ed alle connesse vicende dell'affidamento degli incapaci, dunque, le XII Tavole parrebbero riservare l'eredità così come la custodia degli incapaci e del loro patrimonio innanzitutto ai membri della famiglia, ossia al *suus heres* per la successione patrimoniale, e per il resto al figlio adulto del *pater*, cui (a parte il caso della nomina testamentaria di un tutore) sarà affidato l'orfano di sesso femminile e l'orfano impubere ovvero pubere ma mentalmente incapace così come, in caso di sopravvenuto *furor* o altro difetto mentale quale la prodigalità, lo stesso *paterfamilias*, mentre soltanto se manca tale soggetto appartenente alla *familia proprio iure* ci si rivolgerà agli agnati o ai gentili. E si è visto come, nella diffusione in tale epoca del *consortium erecto non cito*, l'affidamento al fratello in particolare dell'impubere (sia ingenuo che libertino) risulti rimanere in una dimensione fluidamente fattuale, dato che di norma i beni continuano ad appartenere indivisi alla compagine familiare né vi è bisogno di una gestione separata del patrimonio dell'incapace, in cui possa essere necessaria la prestazione di un'*auctoritas* che sarebbe del resto inconfigurabile di fronte alla possibilità, caratteristica di tale *consortium*, di disposizione dell'intero patrimonio, quale proprietario del tutto, da parte di ogni componente adulto (e del resto, a proposito del fatto che le normali situazioni potestative divessero presentarsi in maniera alquanto peculiare nel *consortium*, ed anzi secondo modalità alquanto lontane dalla loro normale configurazione individualistica di età recenziore, si potrebbe ricordare come in relazione a tale comunione familiare sia stata financo avanzata da Mario Bretone una forma di *potestas* sui figli esercitata collettivamente dai *consortes*, che può apparire ipotesi eccessiva se intesa in una prospettiva soverchiamente giuridicizzata, ma che in pratica potrebbe efficacemente riflettere, in maniera empirica ma alquanto verosimile nella sua immediatezza fattuale, una realtà sociale più primitiva in seguito totalmente superata ed anzi dimenticata).

Ed analoghe considerazioni valgono per l'affidamento del *furiosus*, se si ammette che, sia in assenza di figli sia in presenza di figli adulti, si desse immediatamente luogo, in caso di sopravvenuta follia del *paterfamilias*, alla normale successione intestata, rispettivamente a favore degli agnati e dei gentili ovvero dei *sui heredes*, mentre solo nel caso che vi fossero esclusivamente figli impuberi, che quindi non potessero partecipare coi fratelli adulti ad un *consortium*, essi e la loro eredità, al pari del padre *furiosus* e della sua *pecunia*, sarebbero stati affidati agli agnati ovvero ai gentili, che, appropriandosi della *pecunia*, avrebbero invece amministrato i loro beni come patrimonio tendenzialmente separato, in quanto destinato ad essere consegnato ai pupilli una volta raggiunta l'età pubere.

Se quelle che saranno in età storica la tutela e la cura sembrano in età arcaica strutturarsi su falsarighe alquanto diverse, la forma di affidamento più antico degli incapaci appare in effetti testimoniata in maniera purtroppo incompleta già nell'ambito della legislazione decemvirale, dove soltanto il lacerto '*... ast ei custos nec escit ...*' trasmessoci da Festo offre una traccia di quella che doveva essere una forma più primitiva, fattualmente fluida e connessa più che altro ad un controllo di tipo

sociale, dell'affidamento del *furiosus*, che nell'ordinamento più arcaico risultava verosimilmente essere, com'è normale nella natura stessa delle cose, lasciato semplicemente alle cure della moglie e dei figli, che gli subentravano nella guida della famiglia e del suo patrimonio: mentre, per quanto riguarda la tutela degli impuberi e delle donne, tale forma di affidamento, che si potrebbe approssimativamente definire in maniera convenzionale come «custodela», risulta scomparsa dalle fonti a disposizione, e soltanto l'inconciliabilità della regolamentazione della tutela di età storica e dell'*auctoritas* che la caratterizza con il regime del *consortium erecto non cito* risulta fornire a posteriori una pur precisa riprova della precedente esistenza di un alquanto diverso regime in ordine alla sorte di tali soggetti.

Questa incompatibilità strutturale, in effetti, lascia intravedere una situazione arcaica non ancora regolata secondo le coordinate giuridiche che saranno poi proprie di tali istituti di età storica, in cui ci si limitava più semplicemente ad affidare ai consanguinei della *familia proprio iure*, ed in particolare al figlio o al fratello, la custodia degli incapaci, secondo una prospettiva generale non ancora improntata alla scissione della famiglia paterna in tante nuove famiglie quante sono i figli, bensì alla normalità del permanere dei figli uniti con la madre stessa, che è *loco filiae* rispetto al marito, in un *consortium* dove la comunanza di interessi e la *fraternitas* che ne erano alla base permetteva una gestione per così dire indistinta dei beni comuni, in cui ognuno risultava all'esterno un proprietario unico del tutto, e dove continuavano a vivere tanto gli impuberi e le donne quanto il *pater* eventualmente divenuto *furiosus* e dunque ormai in linea di principio escluso dalla compagine dei *cives*, con conseguente subingresso dei figli nel patrimonio in termini di successione intestata: una situazione comunitaria che, verosimilmente, dovette essere alla base delle forme di affidamento degli incapaci in età predecemvirale ed ancora a lungo dopo la stesura delle XII Tavole, improntando a sé, quale figura di riferimento esemplare, e quindi alle proprie strutture informali, le sorti di tali persone anche quando, contrariamente all'*id quod plerumque accidit*, tale *consortium* invece mancasse, e tali persone venissero lasciate con il loro patrimonio alle cure del fratello, se impuberi o donne ovvero puberi ma *furiosi*, oppure del figlio stesso, se si trattava del padre mentalmente ormai incapace; mentre solo se mancavano consanguinei il loro affidamento toccava ai collaterali, ossia al fratello paterno o nel caso all'ancor meno vicino parente in linea maschile che ne fosse l'*adgnatus proximus*, se non addirittura ai *gentiles*.

Né sembra per tal verso strano che – in tale contrapposizione di massima tra consanguinei e collaterali, sanzionata dai decemviri nell'alternativa tra il *suus heres* e la successione di agnati e gentili così come nella precedenza a questi ultimi del *custos* nell'affidamento del *furiosus* e del *prodigus* nonché verosimilmente, come si è visto, dell'impubere e della donna – la differente situazione che separava l'esistenza di una propria famiglia, che continuava di norma a vivere unita in un *consortium*, e il suo venir meno con il conseguente intervento di agnati e gentili, fosse aspetto tale da dover condurre ad una considerazione diversa delle due situazioni, dato che anche in tal caso chiamato in primo luogo alla custodia del *furiosus* rimaneva il figlio così come per gli impuberi e le donne il fratello adulto, e solo in assenza di questi ci si rivolgeva ai collaterali. La relativa indifferenza di fondo dell'ordinamento circa quanto avveniva all'interno della famiglia originaria dovette poi cominciare a venire meno in connessione ai casi in cui gli incapaci ed i loro beni venissero affidati, in assenza di un consanguineo pubere, ad un collaterale che com'è ovvio, essendo altresì erede, non dava altrettanti garanzie di una gestione fidabile del loro patrimonio nonché della loro stessa persona: e per tal verso si è visto infatti come gli istituti della *tutela impuberum* e *mulierum* nonché della *cura furiosi*, quali conosciuti in età storica, trovino verosimilmente le loro prime scaturigini nell'affidamento di tali soggetti all'*adgnatus proximus* quale collaterale della famiglia originaria, mentre le strutture più quotidiane ed informali della «custodela» lasciata ai consanguinei tendano a venire presto obliate e a non lasciare se non scarsissime tracce nelle fonti a disposizione. Ma fortunatamente, in una prospettiva *lato sensu* sistematica, l'incompatibilità strutturale tra la gestione del *consortium erecto non cito* e la regolamentazione della tutela agnatizia rendono possibile postulare, con una relativa sicurezza ricostruttiva, che anche l'affidamento delle donne e degli impuberi, al pari di quello del *furiosus* lasciato innanzitutto alle cure di un *custos*, dovette in origine seguire forme ancora alquanto lontane dal regime

preclassico e poi classico della tutela quale istituto in senso proprio.

L'affidamento degli incapaci appare dunque strutturarsi in maniera alquanto diversa a seconda che tali funzioni parentali siano esercitate da un membro del gruppo familiare cui appartiene l'impubere o la donna ovvero il *furiosus*, oppure siano devolute ai collaterali, di ordine agnatizio o gentilizio non importa: in tale diversità di fondo, la posizione del figlio o fratello adulto, cui tali incombenze vengono in primo luogo assegnate, appare per tal verso in origine, in coincidenza con la diffusione del *consortium* familiare, venire vista come quella di un parente consanguineo, *suus heres* del comune *pater*, mentre solo in seguito egli verrà considerato in un ruolo propriamente agnatizio, ossia quando, essendo la soluzione normale quella della divisione della famiglia alla morte del *pater* in altrettante famiglie quanti sono i figli, egli diverrà ad ogni effetto un collaterale e quindi l'*agnatus proximus* di donne e impuberi (nonché degli orfani puberi ma *furiosi*), mentre per converso, rimanendo ormai i figli sotto la *potestas* del padre quand'anche impazzito, egli perderà la funzione di *custos* di quest'ultimo e verrà affidato insieme ad esso alla curatela agnatizia in primo luogo dello zio paterno: nell'epoca più antica, la cura del *furiosus* così come la tutela degli incapaci rimane dunque di norma nell'ambito della *familia proprio iure* e risulta limitarsi ad una mera rilevanza interna, senza necessità di quelle pur minime precauzioni giuridiche che tenderanno a rendersi indispensabili – secondo un processo storico in parte iniziatosi proprio con la legislazione decemvirale ma che trova il suo sviluppo decisivo in età successive – quando tali funzioni saranno invece esclusivamente svolte da un collaterale appartenente alla *familia communi iure* (o addirittura da un gentile); e questo contribuisce a spiegare l'ambigua posizione del figlio del *paterfamilias* deceduto ovvero impazzito nella legislazione decemvirale, dove com'è noto egli sotto il primo aspetto non risulta essere considerato uno degli *agnati* ma venire ad essi contrapposto quale *suus heres* (né tale prospettiva sembra in effetti smentita dalla considerazione che, in *tab. V.4*, si potrebbe considerare '*cui suus heres nec escit*' come equivalente a «cui nessun *suus* sia *heres*»): mentre del pari in *tab. V.7.a* il riferimento alla *potestas* di *agnati* e *gentiles* sembra comunque escludere ogni riferimento al figlio, sia che si voglia rifiutare ogni possibile affidamento del *furiosus* al suo stesso figlio, come vorrebbe la dottrina dominante, sia che, come qui si è sostenuto, esso fosse invece considerato dalla norma ma quale *custos*, e quindi sempre come soggetto da vedere in contrapposizione agli *agnati*.

Per tal verso, nella ricostruzione qui prospettata, gli istituti che diverranno nel diritto repubblicano e classico la *tutela impuberum* e *mulierum* nonché la *cura furiosi* appaiono in età decemvirale iniziare appena a delinarsi, e trovano i propri incunaboli non tanto nella totalità delle ipotesi presenti nel diritto arcaico in ordine a tali incapacità, ma piuttosto nella sola forma agnatizia di tali istituti, ove parrebbe cominciare a emergere quella necessità di una gestione separata del patrimonio a favore soprattutto dei minori e quindi di una specifica amministrazione dei loro beni in cui i poteri del tutore si sostanziano essenzialmente, almeno nel caso dell'*infantia maior*, in una *auctoritas* che sarà l'aspetto precipuo dell'istituto adulto, ma che come si è visto non è di per sé ipotizzabile quando ad esercitare la tutela siano i fratelli puberi che rimangano uniti in un *consortium* con l'incapace. Alla tutela o curatela agnatizia, esercitata quindi da parenti collaterali appartenenti alla *familia communi iure* e non a quella *proprio iure*, sembra contrapporsi così, nel diritto decemvirale, una «custodela» informale ed interna al gruppo dei consanguinei, ove, specie nell'ipotesi dell'unione consortile tra i figli ed eventualmente la moglie del *paterfamilias* morto ovvero impazzito, perdura normalmente la precedente gestione del patrimonio familiare anche se ormai in assenza del *pater*, ed in cui i figli impuberi e le donne continuano senza problema, al pari del loro stesso *pater* se *furiosus*, a rimanere, mentre i beni di loro spettanza vengono gestiti, senza bisogno di alcuna formalità ed in particolare di *auctoritas*, dalla famiglia stessa o meglio dai suoi membri adulti. Ed in tale prospettiva sembra persino possibile ipotizzare che – a proposito del fratello pubere che, vivendo di norma in un *consortium* con l'incapace, esercitava solo un'amministrazione di fatto della parte spettava a quest'ultimo, senza alcuna gestione separata e soprattutto senza alcuna prestazione di *auctoritas* – il diritto più arcaico non parlasse neppure di '*tutela*' in senso propriamente tecnico, e che forse anche *tab. V.6*, al pari di quanto avviene in *tab. V.7*, la presenza di un fratello pubere che escludesse l'intervento degli agnati venisse sempre indi-

cata con una formula del tipo ‘*ast ei custos nec escit*’, distinguendo cioè la consegna formale al potere gestorio del collaterale dall’affidamento di fatto dell’incapace alla sua stessa comunità familiare.

In tale prospettiva, la posizione giuridica del fratello adulto dell’incapace risulta dunque potersi contrapporre a quella dell’agnato collaterale e non consanguineo, almeno sinché tali funzioni di custodela si collochino in una situazione generale in cui esse siano nella normalità dei casi svolte all’interno della *familia proprio iure* che rimane unita in un *consortium*, mentre il fratello non potrà che essere parificato agli *adgnati* quando, tramontando tale *consortium*, egli svolgerà invece tali funzioni ormai al di fuori di ogni comunione di tale tipo, dato che in questo caso non si guarderà più ad esso come immediato consanguineo dell’incapace e membro della stessa famiglia paterna, vedendolo quindi in tale prospettiva innanzitutto come *suus heres* del comune genitore, ma sarà invece considerato, essendosi sciolta la famiglia paterna in vari gruppi corrispondenti ai figli, appunto nei termini di *adgnatus proximus* del fratello minore o della sorella, poiché ormai i fratelli, usciti dalla famiglia paterna, fanno parte ciascuno di un proprio nucleo familiare, e per tal verso sono uniti soltanto in una *familia communi iure* che li pone tra loro in un vero e proprio vincolo di agnazione. Nel diritto decemvirale, in ogni caso, tale processo non risulta ancora essersi realizzato, cosicché, in particolare, *tab. V.4* può senza problema distinguere il *suus heres* dall’*adgnatus proximus* e *tab. V.7.a* parlare di una *potestas adgnatum gentiliūque* da cui è di per sé escluso, come si è visto, il figlio del *furiosus*.

Una fase del passaggio dalla consuetudinaria custodela arcaica agli istituti storici della *tutela impuberum* e *mulierum* (anche se non ancora necessariamente all’avvento della recenziore *cura furiosi*) appare per tal verso poter essere forse fornito dall’interpretazione analogica che, in epoca successiva, porterà ad attribuire ai figli impuberi del liberto morto intestato il *patronus* quale sorta di *singularis adgnatus proximus*, quasi che la presenza di un parente parificato al padre del liberto, e quindi rispetto a quest’ultimo parente di primo grado, dovesse prevalere nell’assegnazione della *tutela impuberum* e *mulierum* sul fratello adulto dell’incapace, suo *adgnatus* – sembrerebbe – ma solo di secondo grado (prevalendo quindi la linea patronale, ne risulta, su quella propriamente parentale e per così dire effettivamente agnatizia, ossia sui fratelli dell’impubere, anche quando il patrono sia morto e la tutela e l’eredità degli impuberi viene devoluta ai discendenti di quest’ultimo): e può darsi che in effetti una delle principali ragioni della sfasatura tra la sorte dei figli impuberi rispettivamente dell’ingenuo e del liberto possa essere rintracciata nella circostanza che, se i figli del liberto continuavano a vivere con i fratelli adulti in un *consortium*, in tal caso prevaleva il loro affidamento di fatto a questi ultimi nei termini informali della custodela arcaica, mentre se tale comunità familiare in concreto non sussisteva si preferiva invece far prevalere sull’affidamento di fatto al fratello adulto, come invece secondo le strutture dell’ordinamento arcaico doveva avvenire ancora per gli ingenui, la tutela esterna del *patronus*, e questo sia in vista delle aspettative ereditarie di quest’ultimo sia soprattutto in relazione alla peculiare composizione della famiglia del liberto, in cui accanto ai figli nati liberi vi potevano essere, oltre che figli tuttora schiavi, figli nati prima della sua manumissione e poi a loro volta manomessi, che, se di fatto potevano essere visti sempre come discendenti di primo grado del liberto, dal punto di vista del patrono erano giuridicamente in una posizione diversissima rispetto ai primi, essendo suoi liberti al pari del padre. E sotto questo aspetto potrebbe essere verosimile che, in un’epoca in cui per gli ingenui l’affidamento al fratello dell’impubere in termini di custodela familiare piuttosto che in termini di tutela agnatizia era ancora la regola, il fatto che nella struttura della legislazione decemvirale il fratello sia visto in termini di *suus heres* del *pater* venuto meno, piuttosto che come *adgnatus proximus* dell’impubere o della donna, abbia potuto favorire nelle sue origini la soluzione che parificava il *patronus* all’*adgnatus proximus*, dato che l’affidamento alla sua tutela in quanto *patronus* e la regolamentazione di essa (ed in primo luogo la prestazione dell’*auctoritas*) dovevano essere ancora viste in riferimento al solo collaterale, mentre l’affidamento al fratello in quanto tale dell’impubere e della donna dovevano essere ancora considerate in termini appunto di custodela informale ed intrafamiliare, alternativa e contrapposta alla forma giuridicizzata di tale affidamento che spettava agli agnati o ai gentili, dato che il fratello, visto essenzialmente come *suus heres* del comune *pater*, diveniva agnato in senso proprio solo allo scioglimento del *consortium*: sfasatura tra gli impuberi libertini inge-

nui e quelli libertini che, in effetti, sembra rappresentare la migliore riprova della originaria diversità di regime tra l'affidamento dell'incapace al fratello e la sua consegna alla *potestas* agnatizia.

Anche senza volere procedere troppo oltre in tale direzione, e senza pretendere che tale soluzione ricostruttiva, pur alquanto verosimile, debba essere per forza stata quella in effetti concretizzata storicamente, i dati a disposizione, se correttamente correlati in una lettura generale, appaiono quindi suggerire come in ogni caso l'affidamento degli incapaci nel diritto più arcaico si articolasse in una duplicità di figure, una più antica ed informale, svolta nell'ambito dei rapporti di consanguineità propri della *familia proprio iure*, testimoniata dalla incompatibilità tra la tutela agnatizia e la permanenza del minore nel *consortium erecto non cito* nonché dalla citazione dell'inciso '... *ast ei custos nec escit ...*' da parte di Festo, ed una forma invece più compiutamente giuridicizzata nella sua regolamentazione, in cui l'impubere e la donna così come il *furiosus* vengono invece affidati all'*adgnatus proximus*, inteso quale collaterale e nella cui nozione non è ancora di per sé ricompreso il figlio, ossia il fratello dell'incapace, e dalla quale avranno poi origine la *tutela impuberum* e *mulierum* così come la *cura furiosi* di età storica: impostazione ricostruttiva in cui la prima e più antica forma di affidamento degli incapaci, muovendo dal riferimento al '*custos*' relativo al *furiosus*, può in effetti essere indicata, se si vuole dare un nome a tale figura *lato sensu* giuridica, appunto convenzionalmente in termini di «custodela» (né, a proposito del ricorso per così dire stipulativo a tale termine, sembra qui il caso di addentrarsi nel significato che esso assume nella formula, com'è noto, della *mancipatio familiae* di cui in Gai., *inst.* 2,104 – '*in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi empti*' –, atteso in particolare sia, per un verso, come l'endiadi '*mandatela custodelaque*' appaia in essa assumere un mero significato genericamente potestativo in cui i due termini, piuttosto che avere ciascuno un preciso significato definitivo nel linguaggio comune o addirittura in quello giuridico, semmai si completano a vicenda in una accezione empiricamente descrittiva della funzione del *familiae emptor*, sia come d'altra parte le parole '*mandatela*' – che compare soltanto in Gaio ed nelle *institutiones* di Prisciano – e '*custodela*', che compare appena in una dozzina di casi, specie in Plauto e in Apuleio, e che secondo Festo – *verb. sign.*, sv. '*custodelam*' [L. p. 44] – indicava per gli *antiqui* la medesima nozione espressa più recentemente dal lemma '*custodia*', in ogni caso non avevano certo assunto, nel ricorso ad essa da parte di tale adattamento della *nuncupatio* librare, un'accezione definitivamente precisa e tecnica tale da interferire con il generico uso di '*custos*' da parte della norma duodecimtabulare: e, quindi, con un impiego nel caso alquanto generale del termine '*custodela*').

12. In ogni caso, come si è visto, lo schema nel complesso sotteso alle previsioni di *tab.* V.4, 6, 7 e 8 – lasciando ovviamente da parte *tab.* V.5, che dispone semplicemente l'intervento dei gentili ove manchino gli agnati – appare dunque strutturarsi su di un ritmo ternario in cui, posta la fattispecie generale, si distingue la presenza di un membro consanguineo della famiglia (*suus heres* per la successione, figlio pubere o *custos* per l'affidamento degli incapaci, con l'ulteriore ipotesi del tutore testamentario per quanto riguarda impuberi e donne) dalla diversa fattispecie in cui questo manchi ed intervengano quindi gli agnati (ovvero il patrono), secondo uno schema che, senza ovviamente alcuna velleità di qualsiasi precisione testuale, si può così sintetizzare:

si intestato moritur	cui suus heres nec escit	adgnatus proximus familiam habeto
quibus testamento tutor datus non sit	ast eis custos nec escit	agnatus proximus sit tutor
si furiosus (prodigusve) escit	ast ei custos nec escit	adgnatum ... in eo ... potestas esto
si libertus intestatus mortuus sit	nullo suo herede relicto	hereditatem patronus habeto

Per tal verso, le norme confluite nei versetti 4-8 della V tavola nelle usuali ricostruzioni moderne appaiono in effetti costituire un coeso nucleo normativo che regola le sorti della famiglia alla morte (cui risulta parificata la follia) del *pater*, sia per quanto riguarda i beni sia le persone considerate incapaci, e quindi altresì i rapporti tra i consanguinei appartenenti alla *familia proprio iure* di quest'ultimo

ed i parenti collaterali, ossia i membri agnatizi della *familia communi iure*, mentre sullo sfondo, in alternativa a questi ultimi, rimangono i gentili. Ed in effetti, pur nella lacunosità in cui ci sono pervenute e nella conseguente difficoltà, soprattutto, a riportarle ad un unico congruente piano, la complementarità di tali previsioni appare innegabile se si considera come attraverso il loro insieme risultino soddisfacentemente regolate tutte le vicende che possano riguardare la sorte della famiglia quando venga meno – fisicamente o mentalmente – il suo capo, distinguendo cioè la successione intestata da quella testamentaria e considerando l'incapacità delle persone guardando non tanto alla eziologia, quanto piuttosto al carattere preesistente ovvero sopravvenuto di tale incapacità, ossia scindendo semplicemente la situazione degli impuberi e delle donne che alla morte del padre escono dalla sua potestà per sottoporsi a quella di un parente da quella del pubere maschio ormai uscito dalla potestà paterna, ossia del potenziale o effettivo capofamiglia, che risultasse in seguito idoneo per sopravvenuta incapacità mentale a tale ruolo; come infatti riferisce Ulpiano (37 *ad Sab.*) nel ricordato D. 26.1.3.pr., se il *pupillus* o la *pupilla* sono altresì *furiosi*, essi rimangono nondimeno sotto il tutore, prevalendo quest'ultima funzione sulla cura: *'probatum eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, si non habent et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat'* (dove, ancora una volta, la locuzione *'lex duodecim tabularum ita accepta est'* non risulta di per sé attestare una *interpretatio* giurisprudenziale lentamente elaborata attraverso *dissensiones prudentium*, ma una verosimile lettura della norma forse pressoché coeva, data l'immediatezza con cui tale ipotesi poteva subito porsi concretamente, alla stessa legislazione decemvirale, essendo essa del resto implicita nella contrapposizione delle due figure potestative); e per tal verso sembra in effetti nel vero la ricostruzione di Gerhard von Beseler e di Silvio Perozzi, secondo cui, sinché esistette la effettiva tutela muliebre, la donna non poté in quanto tale essere sottoposta alla *cura furiosi*: e risulta del resto alquanto significativa sotto tale aspetto la conforme tendenza, ancora nel diritto classico, a far prevalere sulla *cura furiosi* altresì la *cura minorum* – si veda infatti D. 26.1.3.1 (Ulp. 37 *ad Sab.*), ove è riferito un rescritto imperiale in tal senso –, cosicché, sino a quando l'incapace non abbia ancora venticinque anni e quindi non risulti ancora ad ogni effetto adulto, esso rimarrà sempre sottoposto alla figura potestativa relativa alla sua età, risultando ancora una volta la *cura furiosi* riguardare soltanto persone ad ogni effetto maggiorenni e dunque astrattamente idonee ad essere autonomi *paterfamilias*.

E' soltanto da accennare, infine, come non interessino qui le già ricordate impostazioni che, sulla scia delle idee ricostruttive di Pietro Bonfante, avevano condotto autori come Siro Solazzi e Henry Lévy-Bruhl, spingendosi per taluni versi sino a Giorgio la Pira, a postulare la coincidenza tra *heres* e *tutor testamentarius* nonché, in tale falsariga, l'unicità della norma decemvirale sulla successione intestata e quella sulla tutela, argomentando in particolare da D. 2.6.4.6, Paul 38 *ad ed.*, secondo cui *'intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est'*; prospettive ricostruttive già ampiamente criticate in dottrina, ed in particolare da Vincenzo Arangio-Ruiz, e che d'altra parte soprattutto non sembrano spiegare in maniera sino in fondo soddisfacente la diversa valenza che come si è accennato avrebbe dovuto assumere nei due diversi casi, nell'ipotesi di una simile unicità normativa, la previsione *'adgnatus proximus familiam habeto'*, che nel primo caso avrebbe alluso ad una definitiva successione degli agnati al *paterfamilias* morto senza eredi, nel secondo all'affidamento ai tutori del patrimonio pupillare: e che, d'altra parte, soprattutto non sposterebbero in ogni caso soverchiamente le coordinate di massima degli specifici problemi che in questa sede interessano, specie in quanto, altresì in una pur improbabile sovrapposizione delle norme decemvirali relative alla successione intestata e alla tutela, rimarrebbe comunque inalterata la contrapposizione tra figlio – *suus heres* nonché, se *pubes*, altresì *custos* dei fratelli minori e delle sorelle – e collaterali agnatizi e gentilizi che qui appunto rileva.

Sotto quest'ultimo aspetto – pur non volendosi proprio ora rinunciare a quella linearità istituzionale che si è tentato sin qui di seguire prendendo in considerazione soltanto semplici e più sicuri dati testuali, per passare invece ad aspetti di ordine interpretativo e quindi di tipo meno fidabile ed anzi del tutto congetturale – sarebbe a questo punto semmai interessante ricordare, a proposito

della locuzione ‘*cui suus heres nec escit*’ di *tab. V.4*, come secondo vari studiosi essa non sia da leggere nel senso di «erede che ha la qualità di *suus*», bensì, al contrario, di mancanza di un figlio – appunto un ‘*suus*’ – che assuma la qualità di erede, secondo una prospettiva già seguita da Vittorio Scialoja, attribuendo cioè un valore sostantivizzante alla parola ‘*suus*’, come innanzitutto aveva fatto Otto Karlowa: una linea ricostruttiva condivisa e perfezionata – sia in relazione ad aspetti linguistici come il fatto che nel latino arcaico, diversamente da quello classico, il sostantivo precede l’aggettivo o l’attributo, sia in una prospettiva sostanziale, tanto in vista dell’assenza nelle fonti di una inversa espressione ‘*suus heres*’ quanto in connessione al fenomeno della *exhereditatio* – da studiosi come Alfred Manigk e W.H. Kirk sino ad André Magdelain, e recentemente ripresa in particolare da Ernesto Bianchi: e che soprattutto conduce inevitabilmente alla nota disputa circa il valore nel testo decemvirale dell’espressione ‘*familiam habere*’ di *tab. V.4-5* e la sua corrispondenza o meno al concetto di ‘*heres esse*’ cui nel primo dei due versetti duodecimitabulari è giustapposta, in una netta contrapposizione tra chi ha voluto considerare tali fenomeni come giuridicamente equivalenti, stimando quindi agnati e gentili eredi al pari del *suus* (come hanno fatto in particolare Gehrard von Beseler, Bernardo Albanese, Ugo Coli, Biondo Biondi e Pasquale Voci), e chi invece ha visto tra le due situazioni una netta e profonda differenziazione (così come sostenuto soprattutto da Siro Solazzi, Cesare Sanfilippo e Max Kaser), distinguendo il titolo di erede e le sue compiute conseguenze giuridiche da quello che, come affermava con una certa plausibilità Vincenzo Arangio-Ruiz, non sarebbe stato altro che il riconoscimento al parente prossimo di un diritto privilegiato alla occupazione ed impossessamento del patrimonio privo di eredi, mentre solo in seguito l’*interpretatio* avrebbe appunto parificato al *suus heres*, come *heredes legitimi* (ossia ‘*ex lege*’ *duodecim tabularum*), gli agnati e nel caso i gentili (una questione, anche questa, che qui non si è voluto sollevare sempre al fine di evitare di fondare il discorso non più su elementari ed immediati aspetti testualmente pressoché autoevidenti, bensì su elementi interpretativi e quindi inevitabilmente ipotetici).

Tuttavia, la ormai diffusa convinzione della dottrina che ‘*suus heres*’ indichi come si è accennato, nella formula ‘*cui ... nec escit*’, l’assenza di un figlio (‘*suus*’) che assuma la qualità di *heres*, in primo luogo, sembra anche per tal verso confermare la netta alternatività e subordinazione dei collaterali rispetto al discendente, la cui indicazione con lo stesso lemma corrispondente al possessivo, del resto, almeno in una prima considerazione empirica di tali aspetti appare contrapporre sino a prova contraria il «proprio» erede ad altri soggetti che possono in effetti poi equivalergli nelle conseguenze giuridiche del passaggio ereditario, ma che in ogni caso sono e rimangono entità diversa rispetto al *de cuius*, di cui appunto non costituiscono i «suoi propri» eredi per così dire naturali, come invece sono senz’altro i figli. Procedendo sia pur prudentemente in tale direzione, si può altresì considerare anche sotto tale aspetto la differente posizione giuridica di tali due serie di possibili eredi, ossia da una parte il ‘*suus heres*’ e dall’altra gli agnati e i gentili: infatti non sembra soverchiamente audace osservare che la disputa dottrinale di cui si è testé fatto cenno, nel contrapporre il fattuale ‘*familiam habeto*’ dei collaterali, inteso come impossessamento fattuale dell’eredità, alla compiuta qualità di ‘*heres*’ del *suus*, forse sono state indotte da questa differenziazione ad enfatizzare oltre misura la qualifica di ‘*heres*’, colorandola di tutte quelle implicazioni dogmatiche e sistematiche che com’è noto condurranno Gaio (*inst. 2.229*) a definire la *heredis institutio* quale *caput et fundamentum totius testamenti* (‘... *velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*’): ma nel quadro del diritto duodecimitabulare la nozione di ‘*heres*’, per di più confinata quale condizione negativa in un inciso di *tab. V.4* (‘*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*’), non ha certo ancora acquistato tale importanza giuridico-costruttiva, ed anzi – rimanendo sempre ad un livello di mera lettura immediata, senza entrare in ulteriori e qui fuorvianti questioni interpretative – si può forse notare altresì come, in *tab. V.3* (‘*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*’), il ricorso al verbo ‘*lego*’, in cui si parificano le statuizioni del *de cuius* in ordine alla *pecunia* e alla tutela, non sembra in effetti attribuire alla figura e quindi alla nozione di ‘*heres*’ soverchia centralità, rimanendo per tal verso la normazione decemvirale alquanto lontana dal futuro sviluppo di tale concetto nel quadro del sistema successorio successivo (e questo, ancora una volta, senza volere assoluta-

mente entrare nella questione del tipo di testamento avuto presente dai decemviri). Se quindi ci si limita più banalmente all'immediato dato testuale, la differenza che sembra emergere in *tab. V.4* tra il *suus heres* e l'*adgnatus proximus* non risulta certo situarsi ancora su simili più ardui piani di ordine dogmatico-definitorio, né appare di per sé tale da contrapporre dunque una già compiuta nozione giuridica di 'heres' e così di 'hereditas' ad una statuizione che consentirebbe invece all'agnato, appunto non *heres*, una mera apprensione dell'eredità, ma appare ben diversamente, in maniera alquanto più semplice ed empirica, una ovvia diversità di fatto tra un *suus heres* che, in quanto figlio, si trova già nel possesso dei beni ereditari e rappresenta il naturale continuatore della posizione familiare del defunto ed un agnato che, in ogni caso, è solo eventualmente chiamato a raccogliere la *familia* del parente, che dunque non è la sua, con tutte le conseguenze che nella maniera più immediata ne derivano sul piano della realtà quotidiana e così del diritto che la disciplina.

Sotto il primo aspetto, infatti, si è già avuto occasione di richiamare l'affermazione gaiana (*inst.* 2.157) secondo cui '*sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*', cui fa eco Paolo in D. 28.2.11 affermando che '*in suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*', per cui '*post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*' ed anzi '*hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt*': impostazione di cui il lemma festino '*heres apud antiquos pro domino ponebatur*' e le ricordate corrispondenze plautine, per quanto non di per sé definitive, attestano l'estrema risalenza nella mentalità romana (altra questione, ovviamente, è l'assenza di ogni valore etimologico in tale definizione, come sottolineano Alfred Ernout ed Antoine Meillet: ma non interessa qui un simile ulteriore aspetto, così come si è evitato di richiamare il nesso linguistico tra «erede» ed «orfano» prospettata da Emile Benveniste, senza dubbio alquanto affascinante anche se pur non così semplice, dato che quanto qui importa ed è soprattutto sufficiente appare semplicemente il fatto che, *ab antiquo*, i romani considerassero i figli come intrinseci continuatori della posizione socio-giuridica del padre appunto in quanto già da prima della sua morte in qualche modo partecipi della titolarità del patrimonio familiare: una distinzione tanto ovvia e spontanea per i Romani che Tacito – *Germ.* 20.5 – può ad esempio proiettarla senza problema sugli analoghi costumi di Germani per spiegare il loro sistema successorio: '*heredes ... successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru, avunculi*').

Sotto il secondo aspetto, la successione dell'agnato sembra differenziarsi da quella del figlio non tanto per il ricorso da parte dei decemviri alla locuzione '*familia habeto*', che potrebbe avere un mero valore concessivo ed indicare un semplice diritto di impossessamento ma che di per sé potrebbe al limite indicare anche una normale attribuzione dell'eredità, al pari, secondo alcuni, di quanto avviene nella locuzione '*Titius rem sibi habeto*' del legato *per vindicationem*: quello che infatti intrinsecamente appare differenziare in maniera alquanto netta le due posizioni, semmai, è l'ovvia considerazione che il figlio è in quanto tale, e senza sua alcuna volontà specifica, il continuatore necessario della famiglia avita, così come lo era stato prima il padre e lo saranno poi i suoi stessi discendenti, mentre l'agnato ed il gentile è un continuatore eventuale che deve innanzitutto volere apprendere l'eredità del parente morto senza eredi diretti, e di cui del resto può essere altresì incerta l'identità, dato che com'è inevitabile potevano sorgere discussioni e liti su chi fosse l'*adgnatus* appunto *proximus*, ossia il parente più vicino al defunto; questa naturale contrapposizione, del resto, appare proiettarsi senza soluzione di continuità nella differenziazione di età storica tra *heredes necessarii* ed *heredes voluntarii*, dove è pressoché luogo comune della dottrina istituzionale spiegare appunto, come faceva ad esempio Vincenzo Arangio-Ruiz, che «la derivazione dell'eredità del vincolo di sangue che passa fra padre e figlio, e che quasi li identifica in una sola persona, trova la espressione più perfetta nella diversità della posizione giuridica in cui si trovano, alla morte dell'ereditando, da una parte i *sui heredes*, dall'altra i non *sui* chiamati alla successione dalla legge o dal testamento», poiché infatti «il *suus* acquista l'eredità immediatamente, per effetto della morte dell'avente potestà, senza che a ciò sia necessaria una sua dichiarazione di volontà; mentre a favore di ogni altro chiamato ha

luogo semplicemente una delazione (od offerta) dell'eredità, che produce effetto solamente in caso di accettazione: «insomma il *suus heres* è erede (salvo il caso della diseredazione) per il solo fatto di essersi trovato con l'ereditando in quella relazione di soggezione a potestà ...; l'estraneo è erede se ed in quanto accetta l'eredità deferitagli, e fino all'accettazione questa non è sua ma di nessuno, *res nullius*». Una differenza intrinseca alla realtà stessa delle cose i cui incunabuli venivano appunto ritrovati in *tab. V.4*, ritenendo quindi che – secondo una differenziazione dogmatica e cosciente forse eccessiva, come si è visto, in relazione a tale risalente età – questa diversità si riflettesse appunto nella contrapposizione tra il semplice '*familiam habeto*' («prenda il patrimonio») dell'*agnatus proximus* e il «nome» di '*heres*' ben diversamente attribuito al *suus* in quanto detentore di un «titolo» di per sé già radicato in lui: prospettiva che, al di là di tale forse soverchia enfaticizzazione concettuale, risulta corrispondere perfettamente alla effettiva situazione di fatto disciplinata dal diritto (beninteso, è anche vero che in dottrina vi è chi ha tentato di negare tale differenziazione, sostenendo, come in particolare Pasquale Voci, che il regime arcaico dell'eredità agnaticia non fosse affatto diverso da quello dell'eredità dei *sui* e che l'*agnatus proximus* acquistasse necessariamente l'eredità senza poterla rifiutare, secondo argomentazioni che non è qui il caso di esaminare e confutare, e che in ogni caso non appaiono per nulla conclusive ed anzi contrastano non solo con il naturale sviluppo storico che contrappone *heredes necessarii* ed *heredes voluntarii*, ma altresì, soprattutto, risultano urtare l'intrinseco buon senso della vita di tutti i giorni, pretendendosi, in tale linea ricostruttiva, di attribuire a forza un'eredità nel caso passiva con i relativi debiti ad un povero consobrinio che magari si ricorda a malapena della lontana parentela con il morto insolvente, ma che in tale curiosa ipotesi si ritroverà costretto a rimetterci magari anche il proprio patrimonio per fronteggiare passività con cui non c'entra assolutamente nulla; ed emerge qui, in tale forse solo apparentemente semplicistica *reductio ad absurdum* del problema, un ulteriore aspetto che qui non può certo essere approfondito, ma che in ogni caso appare di per sé può darsi alquanto rilevante e comunque da non trascurare, ossia il fatto che mentre l'erede agnaticio ha già un suo patrimonio, il *suus heres* invece non ne ha uno proprio, se non quello che appunto eredita dal padre defunto; una differenza, questa, che non solo rende di per sé difficile ogni parificazione tra i due tipi di erede agli effetti dei debiti del *de cuius*, ma che più in generale appare riverberarsi sulla complessiva posizione di essi, specie agli effetti della effettiva continuità della famiglia in quanto tale o della sua confluenza in un'altra, poiché è innegabile che la successione del *suus heres* rappresenta un'ipotesi di normale perdurare della *familia* del *de cuius*, mentre la devoluzione di questa all'agnato appare costituire semmai un caso per così dire di estinzione di tale compagine, che confluisce in un'altra, con tutte le implicazioni che ne derivano sul piano della realtà sociale e del diritto privato, e che come tali dovevano in effetti essere immediatamente percepite dalla mentalità arcaica quale fenomeno affatto diverso dalla normale successione di padre in figlio: così da evidenziare anche sotto questo aspetto, nel complessivo quadro del sistema successorio arcaico, la decisiva centralità della contrapposizione tra consanguinei e collaterali).

In ogni caso, tornando alla sequenza di *tab. V.4-8*, se non sembra dunque contestabile il criterio che ha costantemente condotto gli editori moderni a riunire tali disposizioni di seguito in una stessa tavola, anche se muovendo più che altro, sembrerebbe, dal solo elemento parziale rappresentato dall'alternativa tra agnati e gentili, non appare tuttavia arduo, allo stato delle fonti, andare oltre a tale dato di per sé evidente, procedendo su tali specifiche basi ad uno studio propriamente di tipo *lato sensu* palinogenetico sull'esatta posizione delle singole norme all'interno del codice decemvirale che si imperni sulla necessità di chiarire le verosimili ulteriori ragioni di tale accostamento *lato sensu* sistematico.

Ed in effetti, come recentemente è stato mostrato da Ulrico Agnati, il tentativo di procedere in tale direzione per altre e diverse vie non risulta idoneo a condurre a risultati soddisfacenti, come in particolare avviene muovendo dall'ordine in cui talune di queste disposizioni vengono riportate nei testi tardorepubblicani a disposizione.

Com'è noto, infatti, le norme contenute in *tab. V. 3, 4-5 e 7* sono testimoniate in due passi paralleli di Cicerone e dell'*auctor ad Herennium* relativi al caso del matricida Publicio Malleolo, a propo-

sito del quale tali disposizioni vengono richiamate per risolvere *ex ratiocinatione* il problema della capacità giuridica di redigere testamento del parricida (Cic., *inv.* 2.50 [148-149]: ‘*ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: lex: si furiosus est, agnatum gentiliūque 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 gentiliūque esto*’). Tali disposizioni vengono quindi richiamate in un ordine diverso (V.7, 3, 4-5) rispetto a quello seguito dagli editori, e quindi appaiono in tale elencazione, a chi le guardi indipendentemente dal peculiare contesto in cui vengono citate, potenzialmente alquanto interessanti per stabilirne l’esatta sequenza nel codice decemvirale: cosicché ci si può chiedere se anche al *de inventione* di Cicerone possa essere applicata la cosiddetta «legge di Lindsay», ossia l’osservazione del filologo e paleologo britannico secondo cui Nonio Marcello avrebbe consultato una serie di opere attingendo da ciascuna sempre in base ad un ordine costante, che rimane per tal via rintracciabile nel *de compendiosa doctrina*, secondo un sistema poi usato da Wallace Martin Lindsay anche in ordine ad altre opere letterarie pervenuteci per tradizione indiretta. Tuttavia, come nota lo stesso Ulrico Agnati, appare alquanto arduo applicare a tale opera retorica, ove nell’ordine di citazione delle fonti prevalgono fini di tipo soprattutto argomentativo, un metodo elaborato a proposito di una compilazione glossatoria, ossia a proposito di quello che oggi si definirebbe una sorta di dizionario, così come appare del resto improbabile presupporre che Cicerone, per citare le tre norme in questione, dovesse compulsare le XII Tavole e quasi sfogliarne il testo, atteso che egli stesso definiva tale codice un *carmen necessarium* ancora nella sua generazione imparato a memoria da bambini (*leg.* 2.59) e non doveva dunque avere alcuna necessità di consultare un testo che già ricordava benissimo per citare tre fondamentali norme che del resto ancora oggi qualsiasi romanista sa più o meno sempre a memoria. Nella stessa direzione, d’altra parte, depone anche il fatto che il testo parallelo del cosiddetto *auctor ad Herennium* (1.13.23: ‘*Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. ea est huiusmodi: lex: si furiosus existet, agnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas esto. et lex: qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio debeatur in profluentem. et lex: paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. et lex: si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliū esto*’), pur citando sempre *tab.* V.7, 3, 4-5, inserisce tuttavia dopo la prima un’apocrifia *lex cullei* che tenta di imitare il linguaggio decemvirale (‘*et lex: qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio debeatur in profluentem*’), dimostrando così nella maniera più chiara e definitiva la scarsa se non inesistente utilità che queste fonti possono avere per la ricostruzione dell’ordine duodecimtabulare delle norme in questione. Inoltre si deve poi considerare il fatto, ancor più decisivo, che i due retori non sembrano recare fedelmente il testo decemvirale, ed anzi *tab.* V.4, oltre a venire unita a *tab.* V.5, è da entrambi citata brutalmente come ‘*si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliūque esto*’, dimenticando il fondamentale inciso ‘*cui heres nec escit*’: una preterizione che, già di per sé, dimostra senza alcun bisogno di ulteriori considerazioni che i due autori richiamino le norme guardando esclusivamente al caso esaminato, dato che Publicio Malleolo non aveva *heredes sui*, ma solo un fratello, da lui escluso dalla successione anche in quanto suo accusatore, il quale, sostenendo appunto l’invalidità del testamento poiché redatto da un parricida, reclamava ora l’eredità *ab intestato*, per cui l’aspetto della norma che interessava era solo quello relativo alla successione agnatzia (allo stesso modo in cui, si potrebbe aggiungere, non era necessario riportare l’ormai del resto obsoleto riferimento di *tab.* V.7 al *custos*, dato che di tale norma importava solo la possibile analogia tra la posizione del *furiosus* e quella del parricida).

Se dunque tentativi di affrontare il problema della sequenza decemvirale di *tab.* V.3, 4-5 e 7 sulla base di simili riscontri testuali non risultano soverchiamente proficui per l’approfondimento del sistema successorio recato da tale tavola, è per tutt’altra via, come si è visto, che sembra possibile, sia pur con modalità alquanto congetturali, esaminare i concreti fondamenti della falsariga logico-ricostruttiva secondo cui gli editori moderni uniscono le disposizioni collocate in *tab.* V.3-8, che si fonda sulla loro relativa coesione nel disciplinare le vicende della successione e delle connesse ipotesi di incapacità di agire che modificano e complicano, per così dire, la linearità dell’alternativa,

recata da *tab.* V.3 e 4-5, tra successione testamentaria ed intestata. E la coerenza della sequenza così delineata trova una non lieve conferma, come si è accennato, nel diretto interesse che circa tale regolamentazione della composizione della famiglia e degli avvicendamenti generazionali ad essa relativi doveva avere non solo il diritto civile, ma altresì già il diritto pontificale, che conduce così a rinvenire una riprova dell'apparentamento di tale norme da un duplice punto di vista, di diritto umano e di *ius sacrum*, e quindi in relazione a due sistemi normativi che non sempre seguono necessariamente visuali sistematiche eguali, ma che a proposito di tali specifiche norme dovevano in ogni caso avere prospettive assai simili se non del tutto coincidenti.

Infatti, anche se i criteri seguiti dai decemviri possono essere com'è ovvio alquanto lontani dalle logiche giuridiche seguite dalla dottrina moderna, sembrerebbe che in effetti l'argomento successorio che unisce tali disposizioni appaia, ad una considerazione di massima, un nesso empirico ma sufficientemente verisimile per giustificare nella fattualità della normazione duodecimtabulare tale raggruppamento, quantomeno rispetto allo stato attuale degli studi in materia e soprattutto delle fonti disponibili, pur non potendosi ovviamente escludere che gli studi sulla palingenesi delle XII Tavole, recentemente intrapresi, possano riservare in futuro non lievi mutamenti di prospettiva (del resto, che le successioni intestate già nella legislazione decemvirale seguissero la trattazione del testamento risulta confermato da Ulp. 44 *ad ed.*, D. 38.6.1.pr.: *'Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui'*). Più in generale, è ovvio che le norme poste dagli editori nella V tavola riuniscono pressoché tutte le disposizioni relative a tali tematiche successorie, muovendo da *tab.* V.3 (*'uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto'*) per farvi seguire i versetti 4-8, sinora considerati: a tale sequenza si giustappongono poi le successive regole circa la divisione dei debiti ereditari (V.9) e l'*actio familiae erciscundae* (V.10), nonché – anche se sarebbero da approfondire i motivi per cui esse vengono poste all'inizio della V tavola – le previsioni sulla tutela muliebre (V.1) e la inusucabilità delle *res mancipi* alienate dalle donne senza l'*auctoritas* tutoria (V.2); una norma, quest'ultima, che in effetti non rientrerebbe a rigore nella generale tematica successoria di tale tavola (mentre per converso potrebbero al limite sorgere dei dubbi per l'esclusione da tale tavola della previsione – *'si pater filius ter venum duit, filius a patre liber esto'* – posta in *tab.* IV.2.b, la quale, pur se attribuita da Dion., *ant. Rom.* 2.27.3, alla quarta tavola, come si è visto crea tuttavia intrinseci problemi, sia successorii sia in ordine alle connesse situazioni di incapacità, di tipo non diverso da quelli trattati nella V tavola). Resta altresì, ovviamente, il problema – in cui non è intenzione di queste note addentrarsi – dell'eventuale valore generale di *tab.* V.5 (*'si agnatus nec escit, gentiles familiam [habeto]'*), che nella versione comunemente accettata si coordina esclusivamente con *tab.* V.4, che parla solo della successione agnaticia e viene infatti di solito unita al successivo versetto quasi che si trattasse di una sola disposizione, ma che, si potrebbe sospettare, avrebbe magari potuto acquistare una valenza più generale prevedendo unitariamente la chiamata dei gentili in assenza di agnati anche in relazione a *tab.* V.6-7 nonché, forse, anche se come si è visto con alquanto minore grado di probabilità, altresì per *tab.* V.8. Ma si tratta ovviamente, più che di vere e proprie congetture ricostruttive, di semplici sospetti intrinseci alla logica stessa di tali disposizioni.

Sotto quest'ultimo aspetto, le disposizioni di *tab.* V.4-8 come si è visto risultano altresì corrispondere anche ad una piana alternatività tra la chiamata dei parenti consanguinei e quella dei collaterali, regolando i casi in cui gli agnati (ed eventualmente in loro assenza i gentili) possono avere pretese sul patrimonio del *paterfamilias* morto intestato e senza eredi, sulla tutela degli impuberi e delle donne, sul *paterfamilias* divenuto *furiosus* o prodigo e sull'eredità del liberto. In una sottesa dialettica tra l'incapace abbandonato e senza famiglia propria e quello invece che dispone ancora di stretti consanguinei, che d'altra parte appare agevolmente accordarsi con l'interesse pontificale a mantenere per quanto possibile intatte le linee familiari e le diverse discendenze, ai collaterali viene dunque anteposto un membro della stessa familia del soggetto in questione, ossia il *suus heres* nel caso del *paterfamilias* o del liberto morto intestato, il fratello adulto (visto però come *suus heres* del comune padre) dell'impubere e della donna nonché lo stesso figlio del padre considerato mentalmente non più capa-

ce; e si è visto come tale figura di consanguineo, membro della *familia proprio iure* e come tale contrapposto al collaterale agnatizio della *familia communi iure*, mentre nelle ipotesi successorie diviene *tout court* il *suus heres*, fosse per quanto riguarda l'affidamento degli incapaci il *suus heres pubes*, indicato con ogni verosimiglianza da *tab. V.7* appunto come 'custos', secondo una terminologia poi scomparsa alla quale, come si è accennato, non si può escludere che si ricorresse anche in *tab. V.6* a proposito dell'affidatario di impuberi e donne: infatti – se la tutela e la curatela di età successiva sembrano trovare i loro incunaboli nella consegna del soggetto all'agnato nell'ambito di una specifica carica rivestita per tal verso da un collaterale estraneo alla famiglia in senso stretto – si è visto che nel contesto più arcaico l'affidamento dell'impubere e della donna così come del padre incapace al fratello e figlio adulto seguissero prospettive alquanto diverse, in una custodela interna alla *familia proprio iure* che non sembrerebbe ancora del tutto «giuridicizzata» in una definitiva regolamentazione da parte del diritto, tanto che la stessa prestazione dell'*auctoritas*, caratteristica specifica della *tutela* in particolare agnatizia, non sembra neppure configurabile quando il minore o la donna sono affidati al fratello adulto con cui rimangono uniti in una consorzio indiviso: mentre – se è già difficile ipotizzare la stessa *actio rationibus distrabendis* tra fratello affidatario e minore una volta che quest'ultimo sia divenuto adulto, dato che verrebbe in ogni caso a mancare una differenziazione tra la gestione del proprio patrimonio e di quello pupillare né si potrebbe pensare ad alcuna sottrazione in senso proprio nella comunione indivisa dei beni familiari – anche per quanto riguarda il *furiosus* nonché il *prodigus* (per i quali è significativo che poi si applichi verosimilmente l'*actio negotiorum gestorum*, mancando forse non a caso una specifica azione posta dal diritto più arcaico) risulta addirittura inconfigurabile una controversia nel caso che essi vengano in origine affidati al proprio figlio quale *custos*, coincidendo qui, ovviamente, l'autore e la vittima, in quanto erede dell'incapace, di una eventuale malversazione.

Che tale figura scompaia nel diritto successivo non appare poi per nulla inspiegabile, specie in vista del suo decisivo legame con la specifica situazione della famiglia nell'età più arcaica, a lungo imperniata sul permanere della comunione tra i figli e la moglie del *paterfamilias* morto e quindi su di una prospettazione dei rapporti tra fratelli del tutto diversa da quella che poi diverrà normale: ed infatti, se il fratello non risulta essere considerato dai decemviri un agnato agli effetti di *tab. V.6*, la successiva normalità dello scioglimento della famiglia del *de cuius* in varie famiglie corrispondenti ai figli divenuti *sui iuris* comporterà che anche l'affidamento del minore e della donna al fratello adulto venga parificato alla tutela agnatizia, essendo anche quest'ultimo divenuto un estraneo al nucleo familiare nonché patrimoniale di tali soggetti incapaci e loro collaterale agnatizio appartenente alla *familia communi iure*; per quanto riguarda il *furiosus* ed il *prodigus*, poi, la primigenia concezione del *paterfamilias* incapace di adempiere al suo compito strutturale – percepito come un soggetto attratto nell'ambito numinoso di una punizione divina che si manifestava nella sua follia, e quindi escluso dalla compagine dei *cives* – doveva in seguito mutarsi in una più pragmatica visione della malattia mentale che non si traduceva più in alcuna «morte civile» di matrice sacrale, bensì, nell'alveo della ormai più chiara distinzione tra mancanza di soggettività giuridica ed incapacità di agire, ormai in una mera forma di inidoneità mentale di tale individuo a gestire la propria famiglia ed il relativo patrimonio, con il suo conseguente affidamento all'*adgnatus proximus* senza che si desse luogo a quella sorta di successione intestata, conforme alla struttura più antica della *familia*, che si può congetturare come soluzione originaria, e senza che quindi i figli uscissero più dalla sua potestà. Scomparsa così la figura del 'custos', non è strano che di essa non rimanga traccia nelle fonti di età più recenti relative alla *cura furiosi* di epoca storica, cui essa è di per sé estranea, così come, nel caso, in quelle relative alla *tutela* di donne ed impuberi: istituti che d'altra parte, come si è visto, appaiono derivare esclusivamente dall'evoluzione dell'affidamento dell'incapace agli agnati, e che, al contrario della custodela familiare, dovettero conoscere una precoce regolamentazione giuridica, secondo una contrapposizione di fondo tra *tutela* e *cura* incardinata sulla differenza tra una tutela relativa alle persone incapaci che, al momento della morte o della follia del *paterfamilias*, sono intrinsecamente destinate a passare dalla sua potestà a quella di un altro, cioè gli impuberi e le donne, ed una curatela invece connessa alle persone che, in quanto maschi puberi, sono astrattamente idonee ad essere *paterfamilias*, ma che

per incapacità mentale non possono diventarlo o, se già lo erano, cessano di esserlo.

In ogni caso, al di là dei risultati qui raggiunti, e che del resto vengono proposti più che altro come ipotesi ricostruttiva relativamente congruente rispetto ai dati a disposizione, quello che soprattutto sembra da sottolineare è l'intrinseca possibilità, offerta dalle previsioni della V tavola, di giungere ad un più ampio ed approfondito grado di congetture ricostruttive attraverso una più serrata considerazione globale dei problemi in materia: una strada che, nel caso specifico, non appare soggetta a quel rischio di dogmatizzazione della preistoria cui il più delle volte va incontro chi prenda di rintracciare, in una normazione eminentemente fattuale ed episodica quale quella decemvirale, una precisa disciplina di tipo tendenzialmente codicistico e moderno per ogni fattispecie astrattamente configurabile, dato che qui si tratta di disposizioni che regolavano un fenomeno primario e basilare, tale da imporsi analiticamente all'attenzione anche di un ordinamento relativamente primitivo, ossia quello della regolamentazione delle sorti della famiglia quando – fisicamente o mentalmente – venisse meno il suo capo, e delle conseguenze omogenee che dovevano verificarsi in tale circostanza in ordine alle sorti del gruppo da lui guidato. Per tal verso, una compiuta considerazione del reticolo logico che univa tale ipotesi, anche se non si trattava ancora di una vera e propria visione sistematico-giuridica di tali aspetti, doveva in effetti essere intrinseca, prima ancora che alla normazione arcaica sacrale e civile, allo stesso ordine delle cose spontaneamente formatosi in tal senso nella società romana, e quindi non solo alle risposte giuridiche che a tali questioni potevano essere date, ma innanzitutto all'immediato conformarsi dei problemi stessi che la realtà quotidiana poneva.

Se quindi appare naturale che già i pontefici, muovendo i primi passi verso quella che sarebbe stata la giurisprudenza romana, dovessero avere in ordine a tali problematiche familiari e successive una visione relativamente compiuta e globale, sembra quindi possibile, in un maggiore e più puntuale approfondimento, proseguire sulla strada qui sommariamente tracciata, tentando ricostruzioni che, finalmente, si fondino su di una considerazione appunto generale di tali problemi tra loro interconnessi, rintracciando l'intrinseca logica ad essi sottesa nella normazione arcaica e riuscendo per tal via, può darsi, a pervenire a una più attendibile ricomposizione di un quadro generale ove anche gli aspetti non attestatici in maniera diretta dalle fonti a disposizione possano trovare una ricostruzione congetturale ma fidabilmente verisimile.