

## La genealogia degli istituti tutelari: un problema di metodo<sup>1</sup>

LUCA CASAROTTI

Università di Pavia

1. Il libro d'esordio di M. Herrero Medina riapre un dossier che non ha mai smesso di interessare la romanistica: quello sulle origini della tutela. Certamente, il problema deve almeno una parte del suo fascino alla carenza quasi totale della documentazione, dalla quale però derivano anche le sue aporie. Non sorprende che la storiografia abbia dato risposte tra loro speculari, ad esempio, all'interrogativo se l'apparizione della tutela testamentaria sia anteriore o posteriore a quella della tutela legittima: e ciò pur muovendo dall'assunto, generalmente condiviso, che le Dodici Tavole contemplassero una norma sulla chiamata alla tutela dell'agnato prossimo (XII Tab. 5.6). In un senso si è argomentato che il potere del *paterfamilias* di dare il tutore ai *sui* è una manifestazione della più ampia *potestas* sulle persone a lui sottoposte, e come tale preesiste alla legge delle Dodici Tavole: è questa la tesi difesa, per non fare che un solo nome *honoris causa*, da Michel Humbert.<sup>2</sup> Nel senso opposto, si è sostenuto che la clausola sulla *datio tutoris* avrebbe potuto trovare posto esclusivamente nel testamento librale: e poiché il testamento librale si afferma solo nel IV-III secolo a.C., la tutela legittima (già nota alle Dodici Tavole) precederebbe la testamentaria. È da aggiungere che alcune tesi sui primordi dell'istituto, pur costituendo lo sviluppo coerente di teorie più generali sulla *familia* romana d'epoca arcaica, hanno finito con l'affermarsi anche al di fuori del contesto ideologico che le ha prodotte. Lo testimonia la discussione, ancora viva all'inizio del XXI secolo, attorno all'idea che anticamente il successore subentrasse al *paterfamilias* anche nella *potestas* sugli impuberi: secondo quest'interpretazione, che prende le mosse da

---

1. A proposito di MIGUEL HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la tutela impuberum. Protección procesal a través de la actio rationibus distrahendis y la accusatio suspecti tutoris* (Monografías Jurídicas), Madrid, Marcial Pons, 2019, 462 pp.

2. *La loi*, 183 ss. Guardano al potere del *paterfamilias* da diverse prospettive (storia del diritto, antropologia, storia degli studi, insegnamento retorico e prassi declamatoria) i recenti saggi raccolti in Lamberti, *Anatomie*: vedine la segnalazione di LAMBERTINI, *Tutti i volti*, 156-158.

alcuni contributi del Bonfante, le funzioni del tutore dell'età sarebbero originariamente state svolte dall'erede, e le due figure si sarebbero distinte solo in epoca postdecemvirale.<sup>3</sup>

È in quest'intricato panorama di opinioni che si muove lo studio di M. Herrero Medina. L'ampio volume è suddiviso in quattro capitoli, a cui sono premesse una *Nota preliminar* (p. 11) e una succinta *Introducción* (pp. 13-15). I primi due capitoli (rispettivamente pp. 17-111 e pp. 113-197) costituiscono una sorta di parte generale della ricerca, e sono dedicati l'uno alla configurazione originaria della tutela e l'altro all'evoluzione dell'istituto, alle funzioni e alle responsabilità del tutore. Il terzo (pp. 199-243) e il quarto (pp. 245-385), di taglio più esegetico, prendono in esame i due rimedi sanzionatori contro il tutore infedele di cui, notoriamente, i giuristi facevano risalire l'origine alle Dodici Tavole: l'*actio rationibus distrahendis* e l'*accusatio suspecti tutoris*. L'Autore conduce la sua indagine su un campione considerevole di fonti della letteratura tecnica e artistica (l'indice è alle pp. 439-454), sostenuto dalla padronanza di un'abbondante bibliografia (elencata, con qualche imprecisione, alle pp. 401-437).

I risultati a cui giunge la ricerca, alcuni senz'altro originali, sono molti e opportunamente riassunti nella *Síntesis conclusiva* (pp. 387-399). Qui conviene discutere quelli che meglio consentono di saggiare la tenuta dell'impostazione di metodo a cui lo studio è improntato.

2. Si può cominciare dall'approfondito commento (pp. 52-63) che l'A. dedica nel primo capitolo alla definizione della tutela data da Servio Sulpicio Rufo. La definizione, notissima, si legge nel passo dell'*Ad edictum* di Paolo che i commissari di Giustiniano hanno collocato in apertura del libro XXVI del Digesto, riprendendolo poi nelle Istituzioni:

D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 *ad ed.*) = I. 1.13.1: *Tutela est, ut Servius definit, vis (ius I. 1.13.1) ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

2.1. M. Herrero Medina ha senz'altro ragione a sostenere che la variante '*ius ac potestas*' delle Istituzioni imperiali non dipenda da una scelta intenzionale di alterare la definizione di Servio. Dal seguito del commento di Paolo

3. Sulla ricezione critica di questa teoria fa ora il punto molto bene FINAZZI, *Intestato parente mortuo, passim*. Cfr. anche, dello stesso A., *La tutela*, 298 ss.

risulta che la lezione tenuta presente dal giurista fosse ‘*vis ac potestas*’.<sup>4</sup> E poiché il brano relativo è riportato identico sia nel Digesto sia nelle Istituzioni, è sicuro che non ci sia stata volontà di modificare la definizione. Qualunque ne sia la causa (l’A. crede a un errore nella copia dell’*Ad edictum* da cui trascrivano i compilatori delle Istituzioni), la variante interessa la sola tradizione del testo.

Sotto altro profilo, non persuade l’affermazione (p. 55) che il sintagma ‘*vis ac potestas*’ esprima la «doble función teleológica» della tutela, protettiva da un lato e potestativa dall’altro: ‘*vis*’ alluderebbe alla *faces* protettiva, e ‘*potestas*’ a quella potestativa. L’ipotesi è problematica anzitutto dal punto di vista semantico. Nulla impedisce di ritenere che il sostantivo ‘*potestas*’ esprima un rapporto di potere / soggezione. Ma che ‘*vis*’ significhi ‘protezione’ è implausibile, ed è un assunto che lo studioso si limita a enunciare, senza dimostrarlo. Negli altri passi in cui è attestata la stessa *iunctura*, i due termini formano un’endiadi dal significato molto generico, che designa l’autorità, il potere, ma anche l’efficacia di un istituto.<sup>5</sup> È dunque probabile che anche nella definizione di Servio il lemma abbia un significato analogo, di potere o posizione autoritativa, più che rivelare una doppia funzione della tutela.

A margine, vale la pena di osservare che l’interpretazione di M. Herrero Medina sembra condizionata da una precomprensione storiografica. Egli ha cioè creduto di scorgere nella coppia *vis / potestas* la coesistenza dei due tratti, quello potestativo delle origini e quello assistenziale d’epoca più progredita, che secondo l’opinione pressoché unanime della dottrina caratterizzano l’e-

4. Cfr. D. 26.1.1.1 = I. 1.13.2: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent.*

5. D. 1.3.17 (Cels. 26 dig.): *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem;* D. 9.4.1 (Gai. 2 ad ed. prov.): *Quarum [scil. nossali] actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem;* C. 6.36.7 (Const.): *Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset?;* I. 4. 15.4a: *Quorum [scil. gli interdetti ‘quorum bonorum’ e ‘utrubi’] vis et potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat;* Gai. 1.122: *Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere;* Gai. 4.10: *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant;* Gai. 4.33: *Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere;* Gai. 4.144 = I. 4.15.3: *eiusque [scil. l’interdetto ‘quorum bonorum’] vis et potestas haec est, ut ... restituatur;* Gai. 4.166: *Cuius [scil. la ‘stipulatio fructuaria’] vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat;* Gai. 4.170: *Quorum [scil. i secunda interdicta] vis et potestas haec est, ut ... sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti non faciat.*

voluzione storica dell'istituto. Anche volendo prescindere dal chiedersi se la rappresentazione moderna corrisponda al modo in cui i romani concepivano la tutela, di certo essa non emerge dalle parole di Servio. Stando al tenore della definizione (*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*), la finalità a cui tende la tutela è una sola: *tueri*, cioè proteggere. L'endiadi *'vis ac potestas'* non si riferisce perciò alla funzione della tutela, ma al potere preordinato al suo svolgimento.

2.2. Eccessiva appare anche la connotazione che l'A. attribuisce al sintagma *'in capite libero'*. La sua lettura muove da una premessa incontestabile, ossia che la semantica di *'caput'* non coincide con quella di *'persona'*, sebbene entrambi i termini possano designare per metonimia l'individuo. A suo avviso, però, il significato di *'caput'* nell'espressione *'in capite libero'* non si esaurisce in quello di *'individuo'*, ma indica che l'istituzione tutelare era concepita come un meccanismo di riattivazione della personalità giuridica del pupillo (p. 57). Al netto di una formulazione poco felice (non è del tutto chiaro che cosa lo studioso intenda per «reactivación de la personalidad jurídica»), che la tutela avesse tra l'altro lo scopo di supplire all'imperfetta capacità d'agire del pupillo è certo; che ciò si possa ricavare dall'uso del termine *'caput'* è dubbio. Un passo come D. 4.5.3.1 (Paul. 11 *ad ed.*), in cui si legge che *servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest*, mostra che con *'caput'* ci si può riferire a un individuo – lo schiavo – per cui la questione della personalità giuridica non si pone nemmeno. Rispetto alla (moderna) personalità giuridica *'caput'* è dunque un termine neutro, potendo riferirsi sia ai liberi sia ai servi: è il contesto a precisarne l'accezione. E nella *definitio* di Servio l'unico attributo riferito a *'caput'* è *'liberum'*. Né si deve necessariamente pensare, come fa l'A. (p. 56), che l'uso di *'caput'* sia il riflesso di una concezione giuridica arcaica: in proposito si può dire soltanto che essa rimonta all'epoca di Servio. Se le parole del giurista tardorepubblicano echeggino una definizione più risalente è una congettura che la nostra documentazione non consente di provare.

2.3. Quanto all'ultimo tratto del passo (*ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa*), la tesi dell'Autore (pp. 57-63) è che la versione accolta nel Digesto e nelle Istituzioni non corrisponda interamente al pensiero di Servio. Nella stesura attuale, il testo si riferisce solo alla tutela dell'età: ma il giurista doveva aver elaborato una definizione che valeva sia per la tutela degli impuberi sia per quella muliebre,

ancora praticata al suo tempo. Una volta abrogata quest'ultima, la definizione sarebbe stata alterata, perché non apparisse anacronistica. La redazione pervenutaci rispecchierebbe dunque la concezione della tutela d'epoca giustiniana, mentre il tenore originale è immaginato dall'A. in questi termini: *tutela est [...] vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum <eamve>, qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa.*

È anzitutto da notare che la tesi di M. Herrero Medina presenta una contraddizione – per così dire – interna. Più del merito, interessa qui il vizio logico che parrebbe inficiarne la plausibilità. Lo studioso sostiene infatti che all'epoca di Servio la tutela degli impuberi fosse divenuta già da tempo (cioè dall'emanazione della *lex Atilia*, di fine III sec. a.C.) un *munus publicum* che aveva per scopo la protezione del pupillo: la tutela muliebre non aveva invece conosciuto quest'evoluzione, ed era rimasta una potestà del tutore, che in quanto potenziale successore aveva interesse alla conservazione del patrimonio della donna. L'A. sembra quindi prospettare due argomenti che si escludono reciprocamente. Se la definizione di Servio si fosse riferita tanto agli impuberi quanto alle donne, allora essa avrebbe finito per attribuire (anche) alla tutela muliebre quella finalità protettiva che egli invece le nega. Simmetricamente, se la tutela muliebre non avesse avuto una finalità protettiva, la definizione di Servio non avrebbe potuto estendersi alle donne, come invece pensa l'Autore.

Il problema più grave della ricostituzione del testo proposta dal romanista spagnolo è però di metodo. Noi conosciamo il passo di Paolo, e il pensiero di Servio che esso riferisce, solo per via indiretta, cioè attraverso il Digesto e le Istituzioni imperiali. La citazione serviana è quindi doppiamente mediata, da Paolo e dalla Compilazione. Testimonianze esterne al *Corpus Iuris* non ci sono note. L'*unus testis* impedisce perciò di accertare le ipotetiche modifiche subite dall'originale. Al sospetto che il passo di Paolo sia stato alterato da un tacito intervento dei Compilatori si può obiettare che il dovere del tutore di *defendere* il pupillo risulta da altri passi del Digesto, e che questi riguardano sempre e solo la tutela dell'età, mai quella muliebre.<sup>6</sup> Chiaramente, nella prospettiva dell'A. si potrebbe replicare che i passi paralleli sono di giuristi

6. Cfr. per es. D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus*; D. 26.7.30 (Marcell. 21 *dig.*): *Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat.*

di II-III sec. d.C., e dunque non provano per l'epoca di Servio, e che i riferimenti alla tutela muliebre, eventualmente presenti negli originali, potrebbero essere stati espunti per coerenza dai Compilatori. Ma l'indecidibilità della questione qui portata *exempli causa* fa capire, una volta di più, qual è il limite delle analisi impostate in questo modo. Quando non è dimostrata da un elemento terzo, la diagnosi d'interpolazione non può essere falsificata. Ciò vale, *a fortiori*, se il sospetto riguarda la soppressione di una parte del testo: nella fonte non si trova ciò che non si vuole trovare, e il silenzio viene interpretato come una conferma dell'ipotesi di ricerca che si vuole sostenere.

3. Conclusa l'esegesi della *definitio* serviana, l'Autore si volge a ricostruire la disciplina decemvirale della tutela. Nella Legge delle Dodici Tavole – questo il quesito affrontato nella seconda parte del primo capitolo (pp. 69-102) – come si coordinava l'ordine di chiamata alla successione a quello di chiamata alla tutela? Per rispondere, M. Herrero Medina prende anzitutto posizione sul problema, dibattutissimo, della ricostituzione dei versetti concernenti la devoluzione dell'eredità, prima testamentaria (XII Tab. 5.3) e poi *ab intestato* (XII Tab. 5.4-5).

3.1. Com'è noto, XII Tab. 5.3 ci è giunto in due versioni.<sup>7</sup>

Una prima, 'sintetica', è attestata da Gai. 2.224 = D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): *Uti legassit suae rei, ita ius esto*.<sup>8</sup> Una seconda versione, 'analitica', è attestata in due varianti. Cic. *inv.* 2.148 = *rhét. Her.* 1.23: *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*; D. 50.16.53 pr. (Paul. 59 *ad ed.*)<sup>9</sup> = Tit. Ulp. 11.14: *Uti legassit super pecuniae tutelaeve suae* (Tit. Ulp.

7. Elenco delle fonti e bibliografia in MANTOVANI, *Declamare*, 601 nn. 14-15; adde BRETONE, *I fondamenti*, 26. Vd. anche l'edizione di HUMBERT, *La loi*, 183 ss. (con approfondita discussione delle restituzioni del versetto proposte dagli editori moderni). Quest'ultimo contributo non è tenuto presente da M. Herrero Medina.

8. Cfr. I. 2.22 pr. (con il corrispondente PT. 2.22); Nov. 22 pr.

9. In vero, il passo (testo *infra*, n. 22) non menziona le Dodici Tavole, ma riconduce gli *ipsissima verba* ai 'veteres': il riferimento potrebbe essere inteso come una prosopopea della legge decemvirale o come un'allusione agli antichi *interpretes*. Nel primo senso MANTOVANI, *Quando i giuristi*, 272-273: «spesso il documento degli usi linguistici dei *veteres* (intesi come antichi Romani) sono le XII Tavole. [...] Così, per spiegare che le congiunzioni possono essere a volte disgiuntive a volte copulative, Paolo esemplifica la lingua dei *veteres* con due versetti decemvirali ben noti [5.3,7]» Nel secondo senso HUMBERT, *La loi*, 186, secondo il quale Paolo, nel riferire il sintagma '*super pecuniae tutelaeve suae*', «ne prétend pas l'avoir trouvé dans la *lex*. Il l'a emprunté aux *veteres*». La posizione di questo A. dipende dalla tesi

11.14: *super pecunia tutelave suae rei*), *ita ius esto*.<sup>10</sup> La versione ‘*uti familia pecuniaque legassit*’ oppure quella ‘*uti legassit suae rei*’ (non la variante che si riferisce anche alla tutela) è parafrasata da *decl. min. 264.1: interest tamen supremae hominis voluntati legem favere, ut quod de bonis suis constituit, in supremis dominus fecerit iure*.<sup>11</sup>

M. Herrero Medina reputa «que la redacción original encajaría con la versión recogida en la obra de Gayo y Pomponio, mientras que la versión retórica habría incorporado algunos elementos adicionales con una cierta finalidad explicativa» (p. 75).<sup>12</sup> Accanto a una serie di considerazioni linguistiche, come quella per cui il soggetto esplicito ‘*paterfamilias*’ e il binomio ‘*familia pecuniaque*’ appaiono sovrabbondanti rispetto all’andamento ellittico della sintassi delle Dodici Tavole, decisiva è per lui l’autorità di Q. Mucio Scevola, al cui commento è consacrata l’opera di Pomponio: potrebbe darsi, sostiene il romanista (pp. 72-73), che Pomponio abbia trovato diretta-

---

di fondo che egli sostiene, ossia che la redazione autentica di XII Tab. 5.3 fosse ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’.

10. Nel testo do conto delle diverse versioni di XII Tab. 5.3 seguendo la terminologia di MANTOVANI, *Declamare*, 600: ‘versione sintetica’ vs ‘versione analitica’. HERRERO MEDINA, 72-73, ripropone invece la tradizionale distinzione tra una ‘versione retorica’ e una ‘giuridica’ (ossia quella riferita da Pomponio e Gaio), nonostante essa sia smentita proprio da *decl. min. 264.1*, che pur essendo una fonte declamatoria può parafrasare (e forse in effetti parafrasa) la versione ‘giuridica’.

11. HUMBERT, *La loi*, 185, ritiene che *decl. min. 264.1* parafrasi la versione ‘*uti legassit suae rei, ita ius esto*’, e distribuisce così i *cola* del versetto: [*interest tamen supremae hominis voluntati legem favere*], *ut* (= *uti*), *quod de bonis suis* (= *suae rei*), *constituit* (= *legassit*), *in supremis dominus fecerit iure* (= *ita ius esto*). Anche se per ipotesi non fosse questa la versione considerata dal declamatore, la ricostruzione dell’insigne studioso sarebbe comunque inesatta in un particolare. La proposizione comparativa ‘*uti legassit*’ di XII Tab. 5.3 è parafrasata dalla relativa ‘*quod ... constituit*’, mentre la principale ‘*ita ius esto*’ è resa con la completiva ‘*ut ... fecerit iure*’, retta dal precedente ‘*favere*’. L’*ut* della parafrasi, che introduce ‘*fecerit*’, non corrisponde perciò all’*uti* decemvirale, che introduce ‘*legassit*’: l’equivalente funzionale (anche se ovviamente non sintattico) di ‘*uti*’ è ‘*quod*’. MANTOVANI, *Declamare*, 602, osserva inoltre che il complemento di tempo ‘*in supremis*’ va riferito propriamente a ‘*constituere*’: «*Constituit in supremis* traspone *legassit*, verbo tecnico (nella forma sigmatica del futuro tipica della morfologia decemvirale) che si riferiva specificamente alle disposizioni *mortis causa*».

12. Prescindendo dal merito di questa conclusione, mi limito a un appunto, anche se ovvio: di “redazione originale” si può parlare solo nel senso, puramente relativo, di redazione più antica attingibile: cioè nel senso in cui – ad altro proposito – BENVENISTE, *Il vocabolario*, 31, impiega l’espressione ‘*signification première*’.

mente in Quinto Mucio la citazione del versetto. Poiché la citazione di D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*) è identica a quella di Gai. 2.224, e poiché anche Gaio è autore di un commentario *ad Q. Mucium* (cfr. Gai. 1.188), il giurista repubblicano potrebbe essere la fonte comune di Pomponio e Gaio.<sup>13</sup>

Ad avviso dell'A., l'oggetto delle disposizioni *mortis causa* (cioè del 'legare') di XII Tab. 5.3 non era il patrimonio familiare, bensì un complesso di beni di cui il *paterfamilias* aveva l'esclusiva gestione. Il sostantivo 'res' denoterebbe cioè «los bienes patrimoniales de carácter privativo del *paterfamilias*», «en contraposición al patrimonio familiar» (p. 74): di conseguenza, la locuzione 'legare suae rei'<sup>14</sup> designerebbe «una facultad que recaía sobre elementos que no estaban directamente asociados con el patrimonio familiar» (p. 79).

Quest'interpretazione è francamente insostenibile. Non si vede come 'res' possa alludere a qualcosa di diverso dal patrimonio nella sua interezza. Se così non fosse, bisognerebbe coerentemente concludere che siano in errore Cic. *inv.* 2.148 e *rhet. Her.* 1.23, che al posto di 'res' hanno 'familia pecuniaque'. Che l'espressione estesa 'familia pecuniaque' designi l'intero patrimonio è dimostrato, a tacer d'altro, dal fatto che lo stesso binomio è ripetuto dalle stesse fonti nel riferire le norme di XII Tab. 5.4-5, che riguardano indubbiamente tutto l'asse ereditario.

3.2. Se lo studioso ipotizza che il tenore originario di XII Tab. 5.3 coincida con una delle versioni tradite, di XII Tab. 5.4-5 propone invece una restituzione 'artificiale', cioè non attestata in nessuna delle fonti disponibili. Anche questo versetto è noto in due redazioni. Una è tradita ancora da Cic. *inv.* 2.148 = *rhet. Her.* 1.23: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto.* L'altra si trova in Coll. 16.4.1-2 (Ulp. *l. s. reg.*): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. [2] ... si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*<sup>15</sup>

M. Herrero Medina opta per questa restituzione. XII Tab. 5.4-5: *Si intestato moritur, agnatus proximus familiam habeto. [5] Si agnatus nec escit, gentiles*

13. Gaio, che è autore anche di un commento alle Dodici Tavole, potrebbe aver consultato, oltre all'opera muciana, una redazione integrale della legge: HUMBERT, *La loi*, 184.

14. Nella quale il sintagma 'suae rei' può avere valore di genitivo di relazione o di genitivo partitivo (da escludere che si tratti di un dativo): opta fondatamente per la prima soluzione, perché «l'acte de *legare* porte sur tout le patrimoine», HUMBERT, *La loi*, 184 (con bibliografia).

15. Cfr. Tit. Ulp. 26.1. Per altre fonti che riportano parti della disposizione vd. HUMBERT, *La loi*, 195 ss.

*familiam habento*. A suo avviso, dunque, la disposizione di XII Tab. 5.4 non menzionava i *sui heredes*. Egli non sembra però essersi chiesto quali norme dovessero venire dalla disposizione che ipotizza. Le soluzioni possibili sono due. La prima è che non si sentisse il bisogno di menzionare i *sui*, perché la preferenza di costoro agli agnati era una realtà sociale che non necessitava di essere riaffermata da una norma positiva.<sup>16</sup> La seconda è che il problema della presenza di un testamento si sarebbe posto solo in mancanza di *sui*: la presenza di *sui heredes* avrebbe cioè impedito al *paterfamilias* di fare testamento. I *sui*, questa la conclusione necessaria, non avrebbero potuto essere diseredati: il che è stato ipotizzato da una parte pur molto autorevole della storiografia, ma parrebbe doversi escludere.<sup>17</sup> La prima soluzione implica che il fatto sociale integri la norma a cui preesiste; la seconda postula l'autosufficienza e l'eshaustività della norma di diritto positivo. Ma la scelta in favore dell'una o dell'altra opzione determina anche la ricostruzione del regime decemvirale di chiamata alla tutela. Se si ritiene che nel sistema delle Dodici Tavole il *paterfamilias* non potesse fare testamento in presenza di *sui*, si deve pensare di conseguenza che in quel sistema la tutela testamentaria non aveva ragione di esistere: alla tutela dei *sui heredes* impuberi o di sesso femminile sarebbe stato chiamato giocoforza l'agnato prossimo, essendo del tutto preclusa al *pater* la facoltà di testare.

4. Dunque, a quando vanno fatte risalire le origini della tutela testamentaria e di quella legittima? Il problema (che non si pone per la tutela dativa, istituita dalla *lex Atilia*) è affrontato nel secondo capitolo della monografia. Le Dodici Tavole sicuramente regolavano la delazione legittima, come risulta ad esempio da Gai. 1.155 e da D. 26.4.5 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*). È però un'inversione logica quella che conduce l'A. (p. 117) a includere D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 *disp.*), passo su cui si tornerà (*infra*, § 5), tra i testi da cui si può indurre che

16. Non a caso, questa spiegazione gode dell'autorità di EHRlich, *I fondamenti*, 41, che da essa induce, portandola a esempio storico, la priorità del diritto sociale (primario) sul diritto dei giuristi e sul diritto statale (entrambi secondari). Su ciò, e in generale sul diverso posto nella formazione dello *ius* assegnato alle Dodici Tavole nella storiografia del XX secolo, secondo due linee di tendenza che vanno rispettivamente dal fondatore della sociologia giuridica (e prima ancora romanista) Ehrlich a Wieacker e Schiavone e da Kaser a Talamanca, vd. MANTOVANI, *Legum multitudo*, 760 ss.

17. Discussione in HUMBERT, *La loi*, 198-199, 207. È difficile pensare che al *paterfamilias*, a cui era consentito uccidere le persone sottoposte al suo potere, fosse impedito di diseredarle. Ricalcando l'*exemplum* di D. 28.2.11 (Paul. 2 *ad Sab.*): *Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat*.

le Dodici Tavole conoscevano e disciplinavano la tutela legittima. Il punto merita un breve excursus.

4.1. Il ragionamento di M. Herrero Medina è questo: poiché il passo afferma che il fondamento dell'*actio rationibus distrahendis* è la legge delle Dodici Tavole, e poiché legittimati passivi all'*actio rationibus distrahendis* erano in origine i soli tutori legittimi, allora la legge delle Dodici Tavole disciplinava la tutela legittima. Ma la premessa minore del sillogismo necessita a sua volta di essere dimostrata, e non può essere assunta come *a priori* del ragionamento. La dimostrazione corrente in dottrina poggia su un argomento testuale piuttosto labile, ossia il modo in cui s'esprime D. 27.3.1.19 (Ulp. 36 *ad ed.*): *rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam*. È vero che il passo isola i legittimi dalla generalità dei tutori: ma non ci sono dati di contesto dai quali si può inferire senz'altro che la causa di questa menzione in disparte sia la loro originaria legittimazione passiva.<sup>18</sup> La forza di questa spiegazione, non impossibile ma nemmeno cogente, è l'autorevolezza della tradizione che l'ha imposta più che la persuasività dell'argomento. Essa viene accettata o rifiutata in virtù di considerazioni più generali, che rivelano contrapposte visioni dello sviluppo storico della tutela. Al proposito, è istruttivo leggere in parallelo i due recentissimi commentari alle Dodici Tavole, pubblicati pressoché in contemporanea nel 2018: quello collettaneo a cura di M. F. Cursi, e l'imponente edizione di M. Humbert.<sup>19</sup> Giovanni Finazzi, che nell'opera collettanea è autore del notevole contributo sulla *tutela ab intestato*, segue la spiegazione tradizionale, essenzialmente sulla base del presupposto che «le due forme di tutela [cioè la legittima e la testamentaria], in un primo momento regolate in modo diverso, si avvicinarono [...] a seguito dell'opera

---

18. Non è del tutto chiaro perché la prima proposizione relativa (*qui legitimi fuerunt*) abbia il verbo al perfetto. Posto che dal cambio di tempo verbale non si può inferire nulla circa l'originaria legittimazione passiva, '*fuerunt*' si spiega forse (ma anche questa lettura non è esente da obiezioni) tenendo conto che i tutori legittimi sono tali perché la legge (cioè un fatto che si colloca nel passato) li ha chiamati alla tutela. Per un parallelo cfr. D. 26.4.5 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*): *legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*. Qui lo slittamento nella *consecutio temporum* è simile a quello di D. 27.3.1.19, ma più facilmente spiegabile.

19. Un esercizio di lettura in parallelo dei due lavori è compiuto su un altro campione (XII Tab. 6.2-3) da SIRKS, *rec. a Humbert*, 255-261, che estende il confronto anche all'edizione delle Dodici Tavole nei *Roman Statutes*.

sistematrice della giurisprudenza».<sup>20</sup> Esattamente specular la posizione di Humbert, ad avviso del quale «l'utilité de cette action [*rationibus distrahendis*] reste la même, que l'acte coupable émane d'un tuteur légitime ou du tuteur testamentaire».<sup>21</sup>

4.2. Possiamo ora tornare al problema da cui abbiamo preso le mosse. Dato per certo che la tutela legittima fosse contemplata dalle Dodici Tavole, come stavano le cose per la tutela testamentaria? M. Herrero Medina ritiene che essa sia apparsa in un'epoca posteriore alla legge del 451-450 a.C. La *tutoris datio*, questa l'argomentazione di fondo (pp. 126-127), era una disposizione eventuale del testamento librale. Ma il testamento librale era certamente sconosciuto ai decemviri, e una *tutoris datio* nelle forme del testamento arcaico sarebbe stata improbabile. La tutela testamentaria sarebbe quindi il frutto di una posteriore *interpretatio* di XII Tab. 5.3: dovrebbero perciò ritenersi inattendibili i testi che ne fanno risalire l'origine alle Dodici Tavole, vale a dire Tit. Ulp. 11.14, D. 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*) e D. 26.2.1 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*). La critica a cui l'A. sottopone questi testi merita qualche osservazione.

4.3. Sul passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani* ci si può fermare brevemente:

Tit. Ulp. 11.14: *testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: "uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto": qui "tutores dativi" appellantur.*

Come abbiamo visto (§ 3.1), M. Herrero Medina ritiene che il passo riferisca una versione spuria di XII Tab. 5.3, nella quale sono incorporati «elementos de la redacción original, partes de la versión retórica y ciertas referencias a la interpretación jurisprudencial posterior» (p. 75). Qui è da aggiungere che, sempre ad avviso dell'A. (p. 75 e 125), il termine '*tutela*' nel sintagma '*super pecunia tutelave suae rei*' si deve intendere come un riferimento non all'istituto della tutela, ma alla custodia dei beni paterni a cui sarebbe stato chiamato il destinatario delle disposizioni *mortis causa*. Secondo questa tesi, piuttosto diffusa in dottrina, Tit. Ulp. 11.14 alluderebbe quindi alla formula della c.d. *mancipatio familiae* (cfr. Gai. 2.204).

Tuttavia, non è sicuro che '*suae rei*' sia un complemento di specificazione da collegare a '*tutela*'. Anzitutto, parrebbe controintuitivo che il giurista riferisca una disposizione attributiva dello *ius tutoris dandi*, nella quale però

20. FINAZZI, *La tutela*, 309 n. 107.

21. HUMBERT, *La loi*, 605.

il termine ‘*tutela*’ ha un senso diverso da quello tecnico.<sup>22</sup> In secondo luogo, nel passo di Paolo che rimanda allo stesso versetto decemvirale, la giuntura ‘*pecunia tutelave sua*’ è attestata come un sintagma autonomo, in cui ‘*tutela*’ ha il significato consueto.<sup>23</sup>

4.4. Considerazioni altrettanto brevi possono bastare anche per il brano di Paolo:

D. 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*): *Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is praetor sive consul sit, quia lex duodecim tabularum id confirmat.*

M. Herrero Medina ritiene che il passo testimoni un «evidente anacronismo histórico»: le Dodici Tavole non avrebbero mai potuto riferirsi al pretore, ciò che a suo parere rende sicura l’interpolazione (p. 126). Ma il fraintendimento è palese. Il senso più ovvio del testo è che dalle Dodici Tavole discende il potere del *pater* di nominare chiunque come tutore testamentario. Potendo essere chiunque, aggiunge quindi Paolo, il tutore nominato per testamento può essere anche un console o un pretore: la proposizione causale ‘*quia lex duodecim tabularum id confirmat*’ motiva (non l’incidentale ‘*sive is praetor sive consul sit*’, ma) la principale ‘*testamento quemlibet possumus tutorem dare*’: le parole ‘*sive is praetor sive consul sit*’ non danno alcun problema, perché sono del giurista, non della legge. Ciò detto, non si può negare che il passo, nella sua estrema concisione, ponga più d’una difficoltà, che però non è necessario affrontare qui.

4.5. sul passo di Gaio è invece necessario soffermarsi più a lungo:

D. 26.2.1 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*): *Lege duodecim tabularum permisum est parentibus*

22. Non occorre precisare che il problema è diverso da quello della corrispondenza tra la disposizione riferita e l’originale XII Tab. 5.3.

23. D. 50.16.53 pr. (Paul. 59 *ad ed.*): *Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur apud veteres ‘adgnatorum gentiliumque’, pro separatione accipitur. at cum dicitur ‘super pecuniae tutelave suae’, tutor separatim sine pecunia dari non potest.* Ovviamente, alla storiografia non è sfuggito che Tit. Ulp. 11.14 ha *super* + ablativo (*super pecunia tutelave*), mentre D. 50.16.53 pr. ha *super* + genitivo o – forse meno verosimilmente – dativo (*super pecuniae tutelave suae*). Non mi pare che quest’ultimo costrutto, apparentemente anomalo, sia ancora stato spiegato senza presupporre l’interpolazione giustiniana. Quanto alla giuntura ‘*super pecunia tutelave suae rei*’, HUMBERT, *La loi*, 186, ipotizza che si tratti di una contaminazione, dovuta all’errore di un copista che le aveva presenti entrambe, tra due diverse tradizioni di XII Tab. 5.3: ‘*uti legassit super pecunia tutelave*’ (a suo avviso la lezione autentica del *liber singularis regularum*) e ‘*uti legassit suae rei*’ (da cui, a suo parere, il glossema). « Deux versions du précepte décemviral [...] se sont trouvées fondues en un amalgame impossible : *uti legassit super pecunia tutelave suae rei*, au mépris de la syntaxe et du sens ».

*liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.*

Secondo M. Herrero Medina, la stesura attuale del passo sarebbe dovuta alla volontà dei compilatori bassoimperiali di «confeccionar un ordenamiento jurídico coherente y ordenado» (p. 126). Gaio non può aver scritto che la nomina del tutore testamentario era consentita dalle Dodici Tavole, perché nelle Istituzioni manca qualunque riferimento analogo. Nel manuale, infatti, il giurista introduce la trattazione della tutela testamentaria senza fare riferimenti normativi specifici.<sup>24</sup> All'opposto, l'affermazione a proposito del fondamento decemvirale della tutela legittima è esplicita.<sup>25</sup>

Questo ragionamento porta allo scoperto una serie di pregiudizi. Per prima cosa, va precisato che quella dei commissari di Giustiniano è stata un'opera di delegificazione, al contrario di ciò che sembra pensare lo studioso: salvo vistose eccezioni, dal Digesto sono stati sistematicamente esclusi i passi delle opere dei giuristi che citavano o commentavano in dettaglio le leggi di diritto privato.<sup>26</sup> Il trattamento riservato proprio a un'opera gaiana, il commento *ad Legem duodecim tabularum*, dimostra che sia stato fatto lo stesso con le Dodici Tavole: nessuno dei ventotto frammenti escerpiti conserva menzione espressa della legge, né la impiega come *argumentum ex auctoritate*.<sup>27</sup> Basterebbe questo rilievo a far ritenere poco probabile che il riferimento alla legge decemvirale in Gai. 12 *ad ed. prov.* D. 26.2.1 pr. sia insitico.

24. Gai. 1.144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare.*

25. Gai. 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

26. È la conclusione alla quale perviene lo studio di MANTOVANI, *Legum multitudo*, 707-767.

27. HUMBERT, Gaius, 107. Secondo il calcolo sticometrico eseguito dall'A. (ivi, 99 ss.), il commento di Gaio alle Dodici Tavole è tra le opere della giurisprudenza sulle quali i Compilatori hanno svolto la selezione più drastica, al pari dei commentari alle leggi matrimoniali augustee divenuti nel frattempo parzialmente inattuali. Ciò non ha impedito ai commissari guidati da Triboniano di conservare il commento a parti dei versetti decemvirali. È il caso di D. 50.16.233 (Gai. 1 *ad L. XII Tab.*): *'Si calvitur': et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.* L'interesse dei Compilatori, questo è il punto che va sottolineato, non è però né antiquario né erudito. La spiegazione dei *verba legis* è conservata nella misura in cui fornisce un'informazione che ha valore per il presente: così il commento al lemma *'calvitur'* di XII Tab. 1.2 serve a chiarire, per il tramite della (par)etimologia, il significato attuale di *'calumnia'* e *'cavillatio'*; su ciò vd. ancora HUMBERT, *Gaius*, 103.

Ma a smentire l'idea che i compilatori abbiano voluto abusivamente dare alla tutela testamentaria un fondamento nelle Dodici Tavole è un argomento più puntuale. Nel Digesto è infatti accolto il passo del commento di Pomponio *ad Quintum Mucium* che riferisce la versione 'sintetica' di XII Tab. 5.3 (*supra*, § 3). Citata la disposizione, il giurista chiosa: *verbis legis duodecim tabularum his ... latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*. Secondo Pomponio, dunque, la norma attribuiva al paterfamilias lo *ius tutoris dandi*, pur senza menzionarlo espressamente. Ma nel Digesto è accolta anche l'altra tradizione, attestata da D. 50.16.53 pr. (Paul. 59 *ad ed.*), secondo la quale il riferimento alla tutela nel versetto decemvirale era esplicito.<sup>28</sup> I compilatori hanno perciò preso atto di entrambe le versioni, senza scegliere tra le due.

Tornando a Gaio, sappiamo che egli aveva presente XII Tab. 5.3 nella stessa redazione riferita da Pomponio (cfr. Gai. 2.224). Alludendo alle Dodici Tavole, può darsi perciò che il giurista pensasse anche alla stessa spiegazione dell'origine della tutela testamentaria che si legge in D. 50.16.120: ovviamente, non possiamo sapere se nella stesura di D. 26.2.1 sia stata soppressa un'esposizione più distesa. È evidente però che M. Herrero Medina legga il parallelo tra le Istituzioni e il commento all'editto provinciale solo in un senso: infatti, egli spiega il brano del Digesto alla luce di quello delle Istituzioni. E risolve a monte, cioè postulando l'intervento dei compilatori, il problema inverso: perché nel passo del commento all'editto provinciale si trova un'informazione assente nelle Istituzioni? Ma ciò rivela, ancora una volta, la precomprensione implicita in questa lettura, ossia che l'informazione fornita dal Gaio del Digesto (e si potrebbe dire: dal Digesto in generale) è qualitativamente inferiore a quella che proviene dal Gaio del Veronese.

È per altro da notare che sul rigore di Gaio come storico del diritto lo studioso dà un giudizio contraddittorio e, bisogna dirlo onestamente, inaccettabile. La sua tesi sembrerebbe questa: Gaio non è attendibile quando ricostruisce la storia di istituti al suo tempo parzialmente desueti, ma lo è quando riferisce quella di istituti ancora attuali. Così, secondo l'A., nell'illustrare la disciplina della *tutela mulierum* il giurista «recoja explicaciones poco rigurosas desde el punto de vista histórico» (p. 124 nt. 46).<sup>29</sup> Per contro, il testo di

28. Sempre se i '*veteres*' di cui Paolo riferisce i *verba* siano una personificazione della legge decemvirale: *supra*, n. 8.

29. In particolare, lo studioso (p. 124) sostiene che Gaio non conoscesse «los verdaderos motivos» per i quali era consentita l'*in iure cessio* della tutela muliebre, ma non di quella degli

Gai. 12 *ad ed. prov.* D. 26.2.1 pr. rivelerebbe i segni dell'intervento compilatorio perché, «conociendo su rigor histórico, resulta inconcebible que Gayo conociese el origen decenviral de la tutela testamentaria, pero, sin embargo, omitiese esa referencia en su obra principal» (p. 125).

Per inciso, l'idea che le *Institutiones* siano l'opera principale di Gaio è una proiezione moderna sul passato: il fatto che lo siano per noi dipende ovviamente solo dalle vicende della tradizione, cioè dalla circostanza accidentale che le Istituzioni sono l'unica opera della giurisprudenza classica a esserci pervenuta quasi integra. Che lo fossero anche per Gaio non è detto. E soprattutto non si può dire, dato che non sappiamo nulla dell'atteggiamento dell'autore verso le sue opere. Di sicuro, ma questo non è di per sé un segno di maggiore o minore importanza, il giurista ne ha redatte di molto più voluminose.<sup>30</sup>

4.6. Concludendo, l'origine della tutela testamentaria si trova descritta nelle fonti in questo modo: secondo una tradizione che probabilmente rimonta almeno fino a Quinto Mucio, e a cui si rifanno tanto Gaio e Pomponio quanto Cicerone e la *Rhetorica ad Herennium*, il versetto di XII

---

impuberi. Ritiene perciò erronea la spiegazione di Gai. 1.168, ossia che la tutela dell'età *non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur*. Questa conclusione ripropone il problema di metodo già messo in luce dall'esegesi di D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 *ad ed.*): vd. *supra* § 2. Il modo di leggere i due testi può apparire diverso. L'A. ravvisa la soppressione del riferimento alla tutela muliebre nel passo di Paolo, mentre ritiene genuino ma storicamente inaccurato quello di Gaio. In realtà le due tattiche, l'una più vicina dell'altra all'interpolazionismo, hanno di mira lo stesso fine, che è quello di accomodare i dati testuali alla propria ipotesi di ricerca. E l'ipotesi è che la tutela, sia muliebre sia dell'età, aveva anticamente carattere potestativo. Avendo entrambe carattere potestativo, di tutte e due si doveva in origine poter fare *in iure cessio* (cioè trasferirne l'esercizio a un terzo che non aveva la qualifica di tutore). Quando Gaio afferma che la tutela degli impuberi non poteva essere ceduta, suppone HERRERO MEDINA, si deve perciò riferire a un momento storico in cui la tutela degli impuberi si era già trasformata in istituto a carattere assistenziale. Con argomentazione perfettamente circolare, il romanista può così concludere che il vero motivo per cui si poteva fare *in iure cessio* della tutela muliebre, ma non di quella degli impuberi, era che la prima aveva ancora al tempo di Gaio carattere potestativo, mentre la seconda era ormai divenuta assistenziale. Dando invece fiducia al testo, si può supporre che il giurista, definendo 'onerosa' la tutela muliebre a motivo che non sarebbe terminata con il raggiungimento della pubertà, pensasse all'*auctoritatis interpositio*, a cui il tutore avrebbe potuto essere chiamato in ogni momento e fino alla morte della donna, se del caso anche costretto dal pretore.

30. Sulla distorsione prospettica che induce i moderni a isolare in modo quasi inconscio le Istituzioni dal resto della produzione gaiana insiste giustamente BABUSIAUX, *Die Institutiones*, 51 e *passim*.

Tab. 5.3, pur essendo la norma che attribuiva al *paterfamilias* lo *ius tutoris dandi*, non menzionava esplicitamente la tutela. Secondo la diversa tradizione a cui si rifanno alcuni giuristi d'età severiana, la menzione era invece esplicita. Quando indicavano espressamente il fondamento legislativo della tutela testamentaria, però, i *prudentes* si riferivano concordemente alle Dodici Tavole. Se ci sia un divario cronologico tra la legge decemvirale e l'apparizione della tutela testamentaria, come pensa M. Herrero Medina, è un problema che i testi non risolvono: una soluzione, se la si vuole dare, non può essere che congetturale.

5. L'obiettivo penuria di fonti rende difficile rispondere a molti quesiti sull'*actio rationibus distrabendis*, studiata nel terzo capitolo della ricerca. Le incertezze più gravi si addensano su un passo, D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 disp.), a cui l'A. dedica giustamente molta attenzione. Ma più di un dubbio solleva anche il significato stesso del nome dell'*actio*: ci torneremo dopo aver esaminato la *disputatio* di Trifonino.

5.1. Al testo si è già fatto cenno (§ 4.1); ora conviene leggerlo per intero.

D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 disp.): *sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contractare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.*<sup>31</sup>

L'azione a cui il giurista allude con la perifrasi '*quae proponitur ex lege duo-*

---

31. Per una versione in italiano, SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta, ad h.l.*, propone: «Se però quegli stessi tutori rubarono una cosa del pupillo, vediamo se ciascuno sia tenuto per l'intero con l'azione che nella Legge delle Dodici Tavole si propone contro il tutore per il doppio, e se, sebbene uno abbia pagato il doppio, anche gli altri siano nondimeno tenuti: infatti, quando si tratta di una pluralità di altri ladri di una stessa cosa, non si risparmia ad essi la pena per la ragione che questa ormai è stata riscossa da uno di loro. Ma i tutori, per il fatto che sono immessi nell'amministrazione, non si considerano tanto sottrarre quella cosa contro la volontà del proprietario, quanto operare in violazione dell'affidamento. Nessuno, infine, dirà che il tutore unico sia paga il doppio in seguito a quest'azione <in base alla Legge delle Dodici Tavole>, sia restituisce la cosa stessa o ne corrisponde il valore come se <fosse nei suoi confronti esperibile anche un'azione> della specie dell'azione <di ripetizione> per intimazione».

*decim tabularum adversus tutorem in duplum* è da identificare nell'*actio rationibus distrahendis*: l'argomento decisivo è fornito da D. 27.3.1.20 (Ulp. 36 *ad ed.*) e da D. 27.3.2 (Paul. 8 *ad Sab.*), dove si afferma espressamente che l'*actio rationibus distrahendis* è *in duplum*. Perciò dal passo si ricava anzitutto che l'azione aveva fondamento nelle Dodici Tavole.

Meno agevole, invece, è capire quale rapporto il testo istituisca tra la fattispecie punita con quest'azione e il furto. Lo studioso spagnolo è dell'opinione che il passo non riguardi affatto questo delitto. Vale la pena riportare per esteso il suo pensiero (p. 205):

Nos inclinamos a pensar que el jurista emplea una terminología poco rigurosa a la hora de referirse a los tutores como ladrones que «*rem pupilli furati*», pues posiblemente con estas palabras no pretendía señalar que los tutores perseguidos con la *actio rationibus distrahendis* hubieran cometido propiamente un delito de hurto, sino que esta acción se ejercitaba para sancionar comportamientos que consistían en sustracciones fraudulentas o pequeños hurtos en el patrimonio pupilar.

La tesi è ribadita più avanti (p. 230-231), quando l'A. conclude che Trifonino, dopo aver dato ai tutori la qualifica atecnica di ladri, ha precisato subito il suo linguaggio, scrivendo che i tutori non dovessero essere ritenuti ladri, ma persone infedeli.

Già a prima vista, il ragionamento avrebbe in sé la sua confutazione. Il romanista non spiega in che senso i «*pequeños hurtos*» non siano furti: significherebbe dire che il *furtum* aveva una soglia di rilevanza. Ma al netto di quella che forse è soltanto una leggerezza nella scrittura, il problema più grave dell'interpretazione proposta da M. Herrero Medina è che fa carico a Trifonino di un uso poco rigoroso della lingua giuridica, dando ancora una volta scarso credito alla fonte antica. Per mostrare che l'addebito d'imprecisione è infondato, va messa meglio a fuoco la questione risolta dal giurista, con il che si può forse fare anche qualche progresso nell'interpretazione del difficile testo.

Quando i tutori abbiano rubato una cosa del pupillo, bisogna vedere se nell'*actio rationibus distrahendis* ciascun tutore sia tenuto per l'intero, e se ognuno rimanga inoltre obbligato per la *poena dupli* nonostante il pagamento del contutore. In favore del cumulo Trifonino avanza un argomento per analogia: quando più persone concorrono nel furto della stessa cosa, il pagamento di uno non libera gli altri. A quest'argomento seguono però due obiezioni, coerentemente introdotte nel testo da un '*sed*' con valore avversativo. In primo luogo, le fattispecie sono diverse: nell'*actio furti* si agisce perché il

ladro ha sottratto la cosa contro la volontà del proprietario; nell'*actio rationibus distrahendis* si agisce perché il tutore si è comportato 'perfide', cioè ha infranto il legame fiduciario con il pupillo: in quest'ultimo caso non rileva che l'ammanto si sia verificato contro la volontà del proprietario; rileva che si sia reso possibile proprio a causa del fatto che al tutore è stata affidata la gestione del patrimonio pupillare (*propter admissam administrationem*). In secondo luogo, nessuno direbbe che il tutore condannato nell'*actio rationibus distrahendis* debba pagare la *poena*, e in più dare la cosa o l'equivalente, come in una sorta di *condictio*.<sup>32</sup> La differenza, evidentemente, è di nuovo con il furto, da cui sorgono l'*actio furti* penale e la *condictio ex furtiva causa reipersecutoria*, che in linea di principio si cumulano.

Il senso del passo non si può cogliere se si perde di vista che la *disputatio* riguarda il regime della solidarietà nell'*actio rationibus distrahendis*, non la qualificazione giuridica della condotta dei tutori. Il problema della qualificazione del fatto è già risolto in partenza; i tutori hanno commesso furto: *tutores rem pupilli furati sunt*.<sup>33</sup> La questione se i tutori possano o meno essere convenuti per furto non è in discussione. Errata è perciò l'interpretazione alternativa che l'A. – pur scegliendo di non seguirla – ritiene possibile (p. 230), ossia che il passo prospetti un caso di *ius controversum*: secondo questa lettura, Trifonino

32. Non direi che l'ultimo scorcio del testo riguardi la responsabilità del tutore unico, come sembrerebbe suggerire la traduzione di SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta*, riportata alla nota precedente. Nello stesso senso HUBERT, *La loi*, 596: « Et si le tuteur était unique, personne ne penserait qu'il devrait non seulement payer la peine du double par cette action (des XII T.), mais qu'il devrait en plus restituer la chose elle-même ou en payer la valeur par une sorte de *condictio* ». L'argomento portato da Trifonino nella parte finale del passo, che *nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem*, risponde sempre alla questione se il regime dell'*actio rationibus distrahendis* sia o meno quello della solidarietà cumulativa. Renderei perciò 'unum tutorem' (non con 'il tutore unico', ma) con 'un solo tutore'; 'unum' assume qui lo stesso valore che ha nella precedente concessiva 'quamvis unus duplum praestiterit'.

33. Su ciò non mi sento dunque di condividere l'esegesi per altri versi esemplare di VOCI, *Actio*, 657, la cui posizione non è troppo dissimile da quella di HERRERO MEDINA: «Sebbene Trifonino chiami apertamente ladri i tutori, tuttavia, quando viene alla precisa qualificazione giuridica della specie, cambia linguaggio: non il fatto conta, ma la qualifica data dal diritto; perciò i tutori, per l'amministrazione che hanno del patrimonio del pupillo, non possono essere detti ladri, ma cattivi gestori (il prevalere della qualifica sul fatto risulta dal verbo adoperato: *videntur*)». Anche il verbo 'furari' indica una qualificazione giuridica: il punto però è che questa qualificazione è irrilevante nella soluzione del problema affrontato da Trifonino.

negherebbe che la condotta sottrattiva del tutore possa integrare il delitto di furto, opponendosi all'opinione contraria di Ulpiano e di Paolo.<sup>34</sup>

È appena il caso di notare che quest'interpretazione ha il suo referente ideologico nella teoria sullo sviluppo storico della tutela da istituto potestativo a istituto protettivo. Il tutore non avrebbe potuto in origine commettere furto a danno del pupillo, si sostiene, poiché era considerato alla stregua di un proprietario dei suoi beni. Come afferma anche M. Herrero Medina (pp. 55 e 206), si dovrebbe intendere così l'espressione '*tutor domini loco habetur*' che si legge in alcuni testi. Il significato della locuzione però non è questo; lo chiarisce nel modo più esplicito D. 41.4.7.3 (Iul. 44 dig.): *si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat*. Si potrebbe obiettare che l'opinione di Giuliano testimonia una fase matura della riflessione sui limiti della gestione tutelare, e che le cose non siano sempre state a quel modo. Ma resta il fatto che la locuzione in sé non costituisce un appiglio lessicale per questa teoria.

Proviamo quindi a ricapitolare il senso complessivo del passo di Trifonino. Posto che il furto dei tutori può essere perseguito sia con l'*actio furti* sia con l'*actio rationibus distrahendis*, i due rimedi penali (che per altro si cumulano, secondo quanto risulta dai già citati D. 27.3.1.22 e D. 27.3.2.1) non sono tuttavia equivalenti. Il regime dell'*actio furti* è quello della solidarietà cumulativa passiva: ciascun contutore è tenuto per l'intero, e l'adempimento di uno non libera gli altri. Il regime dell'*actio rationibus distrahendis* è quello della solidarietà elettiva. Il passo, almeno nella sua recezione compilatoria, non lo afferma apertamente, ma lo lascia intendere: l'unico argomento in favore della solidarietà cumulativa, vale a dire che tale è il regime dell'*actio furti*, viene infatti rigettato. Il medesimo fatto, questo il fulcro del ragionamento, può essere riguardato in due modi diversi: come sottrazione di un bene del pupillo contro la sua volontà, punita dall'*actio furti*, e come rottura della *fides* in base alla quale il tutore amministra il suo patrimonio, punita dall'*actio rationibus distrahendis*. Poiché infrange questo vincolo fiduciario, il furto commesso dai contutori può formare oggetto dell'*actio rationibus distrahendis*. Se sceglie di

34. Rispettivamente D. 27.3.1.22 (Ulp. 36 *ad ed.*), in cui è citato l'orientamento conforme di Papiniano, e D. 27.3.2.1 (Paul. 8 *ad Sab.*). cfr. anche D. 47.2.33 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Esattamente VOCI, *Actio*, 658: «Già Sabino ammetteva il furto del tutore, ed è improbabile che Trifonino lo negasse».

convenire i contutori in quest'ultimo *iudicium*, l'attore (che di regola è l'ex pupillo) deve però sapere che non può contare sulla solidarietà cumulativa passiva che il regime dell'*actio furti* invece gli garantirebbe.

5.2. A corollario dell'analisi condotta su D. 26.7.55.1, si può ora svolgere qualche considerazione a proposito del nome della nostra azione, sul cui significato la storiografia si è lungamente interrogata. M. Herrero Medina (p. 203) propone queste due spiegazioni, per parte sua lasciando aperto il problema. '*Rationes distrahere*' potrebbe voler dire «quitar (*distrahere*) los libros de cuentas (*rationes*) al tutor para separar sus cuentas de aquellas correspondientes al patrimonio pupilar con el fin de evaluar si efectivamente se había producido alguna malversación durante el tiempo que duró la tutela». È però anche possibile che la denominazione «hiciera alusión a la obligación que tenían los tutores de presentar las cuentas de su administración al pupilo cuando finalizaban sus funciones en el cargo».

Entrando nel merito del problema, va detto anzitutto che esiste indubbiamente uno iato tra la denominazione dell'azione e le condotte che le poche fonti disponibili indicano come punibili per suo tramite. Quando l'indicazione è specifica, si parla di '*pecuniam pupillarem interciperé*', come in D. 27.3.1.22 (Ulp. 36 *ad ed.*); oppure di '*rem ex bonis pupilli abstulere*', come in D. 27.3.2 pr. (Paul. 8 *ad Sab.*). Quando l'indicazione è generica, si usano espressioni come '*perfide agere*', in D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 *disp.*); oppure '*fraudare velle*', in PS. 2.30. Contestualizzando queste ultime, però, si è sempre riportati allo sfondo di un tutore che sottragga beni del pupillo.<sup>35</sup>

La condotta punita si direbbe dunque irrelata alla denominazione '*actio rationibus distrahendis*'. Il nome è di quelli che esprimono lo scopo dell'azione con il gerundivo declinato al dativo, come '*actio communi dividundo*' e '*actio familiae erciscundae*'. Ma qual è il senso del sintagma '*rationes distrahere*'? Una spia, che aiuti ad andare oltre l'apparente significato letterale (ossia 'separare i conti'), viene dai Basilici, ove la *rubrica* del titolo D. 27.3 '*De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione*' è resa con '*Peri tes katepitropon kai curatoron agoghes kai tu paratitetai autus tus loghismus*'. I traduttori greci intendono dunque l'espressione '*rationes distrahere*' come 'presentare i

35. Rispetto al passo di Trifonino, si è già visto che l'espressione '*perfide agere*' allude a una condotta molto precisa, cioè il furto dei tutori. Sempre ammesso che ci si riferisca all'*actio rationibus distrahendis*, anche in PS. 2.30 (*Dolo tutoris curatorisve detecto in duplum eius pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerunt*) il verbo *fraudare* sembra comunque venire nel senso di 'spogliare' (il pupillo del suo denaro).

conti? L'*actio rationibus distrabendis* non era però una vera e propria azione di rendiconto, a differenza dell'*actio tutelae*, nel senso che – come s'è visto – non sanzionava la cattiva gestione in sé, ma gli ammanchi nel patrimonio del pupillo dovuti a condotte dolose del tutore. Tuttavia, per constatare le sottrazioni, e dunque giungere eventualmente alla condanna, occorreva esaminare i conti: e per farlo bisognava costringere il tutore a presentarli. Sembra che questo lo scopo dell'azione, espresso da una denominazione latina poco perispicua agli occhi del lettore moderno.<sup>36</sup>

Va da sé che la presentazione dei conti sarebbe avvenuta a tutela finita poiché, come dice bene M. Herrero Medina (p. 234), fino al termine della gestione il tutore avrebbe potuto in ogni momento restituire le *res* che avesse in precedenza sottratto. Giusta è dunque l'obiezione che l'A. muove alla parte della critica interpolazionista secondo cui l'*actio rationibus distrabendis* d'epoca classica sarebbe stata esperibile a tutela ancora in corso, e sarebbe di conseguenza alterato il tenore di D. 27.3.1.24 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Haec actio tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela.*

6. Per concludere la rassegna di questioni metodologiche svolta in queste pagine, ci si può soffermare ancora brevemente su due aspetti del quarto capitolo della monografia, dedicato all'*accusatio suspecti tutoris*. Il primo aspetto riguarda la legittimazione passiva all'azione; il secondo gli effetti del provvedimento che ordinava la rimozione del tutore sospetto.<sup>37</sup> Per chiarezza, va detto sin d'ora che qui ci si limiterà a segnalare i problemi messi in luce dalla posizione di M. Herrero Medina. Le possibili soluzioni richiedono di dare conto in dettaglio di un supplemento d'indagine.

6.1. L'*accusatio suspecti tutoris* era un rimedio volto ad allontanare dall'amministrazione del patrimonio pupillare il tutore che rischiasse con i suoi comportamenti di pregiudicare l'integrità. Essendo questo il fine, l'*accusatio* presupponeva che una gestione fosse in corso. Ma era possibile allontanare il tutore infedele anche in via preventiva, cioè prima che questi assumesse l'*administratio*?

Il romanista spagnolo (pp. 318-321) ritiene che i giuristi non fossero concordi al riguardo. Giuliano sarebbe stato sostenitore di un orientamento ri-

36. In questo senso già VOCI, *Actio*, 652 s. con n. 14, che richiama il *VIR* II, 281.

37. Per una discussione di altri aspetti di quest'istituto mi sia consentito rimandare a CASAROTTI, *rec. a Spina*, 687-696.

formista, in base al quale il *suspectus* poteva senz'altro essere preventivamente allontanato. Lo attesterebbe un passo delle Istituzioni di Giustiniano che riporta il suo pensiero, avallato anche da costituzioni imperiali:

I. 1.26.5: *Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Iulianus quoque scripsit. sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Iulianus scripsit et secundum eum constitutum est.*

All'opinione tradizionale, che negava la possibilità di *accusare* il tutore non gerente, si sarebbe invece rifatto ancora Ulpiano, disposto a derogare al principio solo in rare ipotesi, circondate oltretutto da rigorose cautele procedurali. Lo attesterebbero, questa volta, due passi del primo libro *De omnibus tribunalibus*:

D. 26.10.4.4: *Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.*

D. 26.10.7.3: *Si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit. quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est.*

Ponendo fine alla controversia, la cancelleria di Severo Alessandro avrebbe poi accolto l'opinione di Giuliano, favorevole ad ammettere la *postulatio* contro il tutore non gerente.

C. 5.43.3, Alex (a. 229): *Praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis.*

I passi appena richiamati non sembrano in vero testimoniare alcuna *dissensio* tra Giuliano e Ulpiano. In D. 26.10.4.4, Ulpiano scrive che i tutori non gerenti possono essere rimossi, purché l'omessa gestione sia almeno colposa: *qui nihil gesserunt [...] ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri*. Per contro, l'affermazione delle Istituzioni è generica: *et ante quam incipiat gerere tutelam tutor posse eum quasi suspectum removeri idem Iulianus scripsit*. Non possiamo sapere a quali condizioni Giuliano ammetteva la *remotio* del tutore non gerente. Il passo di Ulpiano, e in ciò sta la differenza tra i due testi, mette l'accento su un aspetto dell'*agere* di cui il brano delle Istituzioni tace, ossia che contro il tutore non gerente non poteva essere intentata la *suspecti postulatio*. Il '*posse ... removeri*' di I. 1.26.5 ha il suo perfetto corrispondente nel '*possunt removeri*' di D. 26.10.4.4. Affermando che Giuliano ammetteva la rimozione

del non gerente sospetto, e che Ulpiano al contrario la negava, l'A. sembra invece mettere in relazione il *'posse ... removeri'* dell'uno con il *'non possunt ... postulari'* dell'altro.

Il caso affrontato nel secondo escerto di Ulpiano riportato poco sopra, D. 26.10.7.3, è almeno in parte diverso: qui la *remotio* non dipende tanto dall'omessa gestione, che infatti il passo non menziona, quanto dalla contumacia del tutore, che non risponde alla convocazione del magistrato (*ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit*).<sup>38</sup>

Intanto, la conclusione da tenere ferma è che, data la vaghezza di I. 1.26.5, non si può sapere se Giuliano e Ulpiano dissentissero sui limiti entro i quali era ammissibile la *remotio* del tutore non gerente: entrambi certamente l'ammettevano. I problemi sono piuttosto altri. Innanzitutto, come si concilia la tensione tra D. 26.10.4.4, da cui risulta che la *postulatio suspecti* contro il tutore non gerente è preclusa, e C. 5.43.3, che invece ammette la madre alla *postulatio* nel caso in cui i tutori dei suoi figli non geriscano? E in secondo luogo, dato che D. 26.10.4.4 distingue tra *'postulari'* e *'removeri'*, come si può giungere alla *remotio* in assenza di *postulatio*? Sono questioni su cui mi propongo di tornare in un intervento più approfondito. Qui preme però sottolineare l'implicazione di metodo: appellarsi allo *ius controversum* per risolvere le difficoltà delle fonti rischia di essere una scorciatoia non dissimile dall'interpolazionismo; i mezzi sono ovviamente diversi, ma non lo sono gli scopi.

6.2. È dibattuta, in dottrina, la questione se il decreto di rimozione del tutore sospetto avesse per effetto l'interdizione dalla gestione oppure – più radicalmente – la cessazione dall'ufficio tutelare. La soluzione del quesito è ostica, dal momento che sembra esserci una contraddizione tra quanto afferma Ulpiano in un passaggio dell'*Ad Sabinum* e quanto scrive Gaio in un brano delle Istituzioni. Queste le fonti:

D. 26.1.14.4 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor.*

Gai. 1.182: *Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillae suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur. quo facto prior tutor amittit tutelam.*

38. L'osservazione di ALBANESE, *Le persone*, 499 n. 361, che «il caso a cui pensava Giuliano [in I. 1.26.5] era, probabilmente, quello accennato da Ulpiano in D. 26.10.7.3» è corretta, ma merita una puntualizzazione: il tutore poteva rendersi irreperibile e non comparire davanti al magistrato non solo prima di assumere l'*administratio*, ma anche quando l'avesse assunta e successivamente abbandonata. cfr. D. 26.7.5.2 (Ulp. 35 *ad ed.*).

Rispetto all'affermazione recisa di Ulpiano, Gaio disegna uno scenario più complesso: sorprende soprattutto la precisazione finale, da cui parrebbe che il *suspectus* perdesse la qualifica di tutore in un momento successivo alla *remotio*. La testimonianza delle Istituzioni è stata letta in questo senso: se il tutore '*amittit tutelam*' (cioè perde l'incarico) *quo facto* (cioè solo una volta che sia stato nominato il suo sostituto), allora il decreto di rimozione non determina di per sé la cessazione dall'ufficio, ma proibisce soltanto la gestione.

M. Herrero Medina, che ha il merito di riservare ampio spazio alla discussione del problema (pp. 251-263), giunge però a una conclusione diversa. Recuperando una tesi di S. Solazzi,<sup>39</sup> l'Autore ritiene che proprio la pericope '*quo facto prior tutor amittit tutelam*' sia in realtà un glossema finito a testo, per di più in posizione errata. L'appunto con cui si chiude il passo sarebbe estraneo al pensiero di Gaio, e a dimostrazione di ciò lo studioso invoca il parallelo dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, dove un appunto analogo manca:

Tit. Ulp. 11.23: *hoc amplius senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela submotus fuerit vel etiam iusta de causa excusatus, in locum eius tutor alius detur.*

Gaio, come l'autore del *liber singularis regularum* attribuito a Ulpiano, si sarebbe limitato a dire che in forza di un senatoconsulto l'autorità competente doveva provvedere a dare al pupillo un tutore in sostituzione di quello rimosso. Il senatoconsulto avrebbe cioè invertito l'ordine legale di chiamata alla tutela, disponendo che al tutore testamentario rimosso o scusato non subentrasse quello legittimo (come di regola, quando mancasse o venisse a mancare il testamentario), bensì un tutore dativo. Il glossema avrebbe dovuto precedere la frase '*in locum eius alius tutor detur*', commentando perciò la protasi '*si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus (quo facto prior tutor amittit tutelam)*'. Anche prima dell'emanazione di questo senatoconsulto, è la conclusione del romanista, il decreto di *remotio* produceva la cessazione dall'ufficio.

A proposito di questa tesi si possono fare due osservazioni. La prima è ancora di metodo: il glossema in Gai. 1.182 non può essere indotto dall'assenza del tratto corrispondente in Tit. Ulp. 11.23. La derivazione diretta del *liber singularis regularum* dalle *Institutiones* è infatti discussa.<sup>40</sup> Inoltre, quale che

39. *Il momento finale*, 149-153.

40. Per lo *status quaestionis*, vd. JOHNSTON, *Gaius*, 303-318: l'A. (ivi, 308) ritiene che proprio il parallelo tra Gai. 1.182 e Tit. Ulp. 11.23, nonostante le innegabili somiglianze tra i due passi, non possa dimostrare la dipendenza dell'opera (pseudo)ulpianea dalle Istituzioni,

sia il rapporto tra le due opere, il confronto non sarebbe comunque risolutivo, perché le *regulae* (pseudo)ulpianee sono programmaticamente più sintetiche delle Istituzioni; sicché un'informazione presente in Gaio potrebbe anche essere stata omessa nel luogo parallelo del *liber singularis*. Per poter sostenere con coerenza la tesi del glossema, occorrerebbe per altro prendere posizione su questioni testuali che l'Autore invece non affronta. Ad esempio, andrebbe per lo meno chiarito se si reputa glossematico anche lo stilema, simile a quello sospetto di Gai. 1.182, che s'incontra in un passo di poco precedente.<sup>41</sup>

La seconda osservazione è di merito, e riguarda un problema che M. Herro Medina elude del tutto. Sappiamo da Servio che la tutela era una *potestas* di *ius civile*: perché il decreto di rimozione comportasse la perdita della qualifica di tutore, bisogna quindi ipotizzare che il potere di emanarlo avesse fondamento in una fonte di *ius civile*. Lo studioso nega che sia il senatoconsulto di Gai. 1.182, ma non fa nessuna ipotesi su quale questa fonte potesse essere: in uno studio orientato alla ricostruzione genealogica degli istituti tutelari, la mancanza non è di poco conto.

Così, il problema degli effetti del decreto di rimozione resta aperto. Anche su questo si dovrà tornare.

#### BIBLIOGRAFIA

ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.

BABUSIAUX U., *Die Institutiones im Rahmen der gaianischen Werke*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux, D. Mantovani, Pavia 2020, 51-95.

BENVENISTE E., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, Torino 1976 (trad. it. di *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, Paris 1969).

BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998.

CASAROTTI L., *rec. a 'Spina A., I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Roma 2018', «Athenaeum» 107/2 (2019), 687-696.

EHRlich E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano 1975 (trad. it. di *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin 1913).

---

«since they are both summarizing the effect of a senatusconsultum and may to some extent be paraphrasing its language.» *Contra SOLAZZI, Il momento finale*, 150.

41. Gai. 1.173: *Praeterea senatus consulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere. quo petito prior desinit; nec interest, quam longe aberit is tutor.*

- FINAZZI G., *Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela: sul principio d'identità tra eredità e tutela*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, III, a cura di I. Piro, Tricase 2016, 63-86.
- FINAZZI G., *La tutela ab intestato*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, Napoli 2018, 296-340.
- HUMBERT M., *La loi des XII tables: édition et commentaire*, Rome 2018.
- HUMBERT M., *Gaius et les XII Tables*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux, D. Mantovani, Pavia 2020, 97-133.
- Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. Testo e traduzione, a cura di S. Schipani, *online su* [www.cnr.it](http://www.cnr.it).
- JOHNSTON D., *Gaius and the Liber singularis regularum Attributed to Ulpian*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, a cura di U. Babusiaux, D. Mantovani, Pavia 2020, 303-318.
- LAMBERTI F. (A CURA DI), *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce 2019.
- LAMBERTINI R., *Tutti i volti del pater*, «*Tesserae Iuris*» 1/2 (2020), 156-158.
- MANTOVANI D., *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana. Collegio di diritto romano 2010*, a cura di J.L. Ferrary, Pavia 2012, 707-767 (ora edito in volume nella trad. tedesca di U. Babusiaux, *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, Nachwort: J.F. Stagl, Berlin 2018).
- MANTOVANI D., *Declamare le Dodici Tavole. Una parafrasi di XII Tab. V, 3 nella Declamatio minor 264*, «*Fundamina*» 20 (2014) 597-603.
- MANTOVANI D., *Quando i giuristi diventarono veteres. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Atti del convegno «Augusto. La costruzione del principato» (Roma, 4-5 dicembre 2014)*, Roma 2017, 249-317.
- SIRKS A.J.B., *rec. a 'Humbert M., La loi des XII tables: édition et commentaire, Rome 2018'*, «*TR*» 88 (2020) 255-261.
- Solazzi S., *Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di Gai. 1.182*, «*Archivio giuridico*» 137/2 (1949), 3-8 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1972, 149-153).
- VOCI P., *Actio rationibus distrabendis*, in *Studi di diritto romano*, Padova 1985, 649-664.