



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Giuseppina Maria Oliviero Niglio

Hereditas e tutela.
Testimonianze di un legame antico

Numero XII Anno 2019
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

HEREDITASE TUTELA. **TESTIMONIANZE DI UN LEGAME ANTICO**

Il tema della natura dell'antica *hereditas* ha appassionato gli studiosi particolarmente nei primi decenni del secolo scorso¹, tanto che Pietro Bonfante, nel sesto volume del suo *Corso di diritto romano* dedicato alla trattazione delle successioni, poteva affermare con riferimento all'eredità che «nessun istituto del diritto romano

¹ Tra i principali sostenitori della teoria patrimonialistica dell'antica *hereditas*: O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, in *Essays in legal history*, London, 1913, 123 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, poi in *Scritti Centenario Jovene*, Napoli, 1954, 61 ss., ora in *Scritti*, I, Napoli, 1974, 521 ss.; E. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantens*, in *ZSS*, 50, 1930, 305 ss.; R. AMBROSINO, *La 'in iure cessio hereditatis'. Spunti per la valutazione della 'hereditas'*, in *SDHI*, 10, 1944, 80 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, 20, 1949, *passim*; B. BIONDI, *Obbietto dell'antica 'hereditas'*, in *Iura*, 1, 1950, 411 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, 409 ss. In senso contrario, sulla scia di P. BONFANTE (*Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, in *BIDR*, 27, 1914, 97 ss., ora in *Scritti*, I, Torino, 1916, 116 ss.; *ID.*, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1974, *passim*), S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 50 ss.; F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, in *Annuario di diritto comparato*, 16, 1940, 16 ss.; *ID.*, *Storia e diritto privato romano*, in *Mélanges F. De Visser*, III, Bruxelles, 1950, 387 (entrambi ora in *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Roma, 1979, 34 ss., 248 ss.); C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1948, 307 ss.; G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965, *passim*.

rispecchia [...] più luminosamente il carattere organico del diritto»² e, aggiungerei, conferma in maniera più evidente l'assunto secondo il quale gli istituti giuridici costituiscono lo specchio delle condizioni sociali, economiche e politiche del tempo cui sono riconducibili.

Il passaggio dall'economia agro-pastorale dei primi secoli della storia di Roma all'economia mercantile dello scorcio dell'età repubblicana sembra determinare un mutamento radicale della natura della successione ereditaria così che Cicerone potrà dire *'hereditas est pecunia'*³, fotografando il carattere assunto dall'eredità ai suoi tempi, quando Roma, divenuta a seguito delle guerre puniche potenza egemone nel bacino del Mediterraneo, era una società mercantile e laicizzata.

Diversa probabilmente dovette essere la natura della *hereditas* arcaica che, nel contesto di un organismo sociale in cui notevole era il rilievo attribuito ai *sacra* della *gens* e della *familia*, potrebbe aver avuto la funzione di assicurare il passaggio della *potestas* del *pater* sul gruppo familiare al suo successore, implicando il trasferimento all'erede di tutti i poteri e gli obblighi spettanti al *pater* in quanto capo e responsabile della famiglia⁴.

² P. BONFANTE, *Corso*, VI, cit., 101.

³ Cic. *top.* 6.29: *Sic igitur veteres praecipuunt: cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit. Ut haec: Hereditas est pecunia. Commune adhuc; multa enim genera pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio; multis enim modis sine hereditate teneri pecuniae mortuorum possunt. Unum adde verbum: iure; iam a communitate res diiuncta videbitur, ut sit explicata definitio sic: Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis; adde: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta; confectum est. [...]*

⁴ G. FRANCIOSI, *'Usucapio'*, cit., *passim*, part. 31 ss.; ID., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 86, si è espresso per la tesi della natura potestativa, non esclusivamente patrimoniale dell'antica *hereditas*, pur escludendo ogni idea su un presunto carattere politico dei gruppi familiari

A tal riguardo, appare estremamente significativo il notissimo brano in cui Gaio pone a fondamento della costruzione giurisprudenziale della *usucapio pro herede* determinate ragioni di carattere pratico, quali l'assolvimento dell'onere dei *sacra* e la tutela delle ragioni dei creditori ereditari⁵, che sembrano deporre nel senso della configurazione della *hereditas* arcaica come un complesso unitario, comprensivo anche di ‘elementi extrapatrimoniali’⁶, in coerenza con la classificazione operata dallo stesso giurista della *hereditas* tra le *res incorporales*⁷.

1. L’analogia tra i soggetti chiamati dalle disposizioni decemvirali alla successione *ab intestato* e quelli cui spettava la *tutela* (*impuberum* e *mulierum*) in assenza di designazione testamentaria ha

romani (e della successione ereditaria antica), come sostenuto da Pietro Bonfante (P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963, 7 ss.).

⁵ Gai 2.55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

⁶ Com’è noto, l’espressione è utilizzata da P. BONFANTE, *Corso*, VI, cit., 57 ss., 110 ss., 131 ss., per indicare i *sacra*, lo *ius sepulchri*, la *tutela*, gli *iura patronatus*, la *ultio necis* del *de cuius*, che sarebbero spettati in antico all’erede in quanto tale. Per l’inerenza dei *sacra* all’antica *hereditas*, part. G. FRANCIOSI, ‘*Usucapio*’, cit., 53 ss.

⁷ Gai 2.12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoque modo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. [...]*

indotto studiosi del calibro di Pietro Bonfante⁸, Siro Solazzi⁹, Giorgio La Pira¹⁰ a sostenere l’antica identità tra le figure dell’erede e del tutore; questa tesi, che, se dimostrata, deporrebbe per la natura non esclusivamente patrimoniale della *hereditas* arcaica, è stata contestata da Vincenzo Arangio-Ruiz¹¹, ma può conservare, ad un’ulteriore indagine, una sua validità.

Un brano dei *Digesta*, tratto dal *liber singularis* ὄρων di Quinto Mucio¹², esplicitamente testimonia il legame esistente ancora in età storica tra i due istituti:

Q. Muc. *lib. sing.* ὄρων D. 50.17.73 pr.: *Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.*

Il passo, collocato nella rubrica *De diversis regulis iuris antiqui*, consente di enucleare il principio ‘*ubi tutela ibi hereditas*’¹³, con l’unica eccezione in cui la donna sia erede.

⁸ P. BONFANTE, *Corso*, VI, cit., 148.

⁹ S. SOLAZZI, *Diritto*, I, cit., 128.

¹⁰ G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 121 ss., ora in *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, II.2. *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, 589 ss.

¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore*, in *ANA* 53, 1930, 116 ss., poi in *Rariora*, Roma, 1946, (rist. 1970), 151 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 3 ss.

¹² Per le questioni di datazione e di paternità dell’opera, anche in relazione ai *libri iuris civilis*, E. STOLFI, II. *Il ‘liber singularis Horon’. Introduzione*, in *‘Quintus Mucius Scaevola’. Opera [Scriptores Iuris Romani]*, I, a cura di J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, Roma, 2018, 161 ss.

¹³ Cfr. E. STOLFI, II. *‘Liber singularis Horon’*, in *‘Quintus Mucius Scaevola’*, cit., 359 s., il quale osserva, tra l’altro, come il collegamento tra regime della tutela (legittima) e vicende successorie (*ab intestato*) sia stringente. Nel paragrafo successivo (Q. Muc. *lib. sing.* ὄρων D. 50.17.73.1) appare il principio secondo cui la designazione testamentaria del tutore può essere compiuta solo per

Dal momento che la capacità successoria femminile sembra gradualmente affermarsi non prima del III sec. a.C.¹⁴, il principio doveva trovare piena applicazione nell'età precedente, quando l'unico soggetto capace di succedere era il figlio che fosse in potestà alla morte del padre.

Depone nello stesso senso un altro brano dei *Digesta*, tratto dal commentario di Ulpiano *ad Sabinum* e rubricato *De legitimis tutoribus*, che evidenzia come la tutela legittima spettasse *ex lege duodecim tabularum* agli stessi soggetti cui, sempre a norma della stessa legge, spettava l'eredità, e ciò nell'interesse del gruppo familiare, per evitare che i beni venissero dilapidati:

Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1 pr.: *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui*

coloro che al momento della morte dell'avente potestà erano *sui heredes* o che sarebbero stati *in sua potestate* se fosse vissuto (*postumi*): *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset*. Ancora alla materia testamentaria, particolarmente ai criteri interpretativi della *voluntas testantis*, attiene la regola conservata in Q. Muc. *lib. sing.* ὄρων D. 50.17.73.3: *Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent*. Su tale direttiva ermeneutica, messa a punto da Quinto Mucio e destinata ad avere ampio seguito, E. STOLFI, *II. 'Liber singularis Horon'*, cit., 364 ss.

¹⁴ G. FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., 36 ss., il quale osserva che «Le stesse disposizioni della *lex Voconia* del 169 a.C., che stabiliva dei limiti nella successione della donna, più che un'inspiegabile limitazione di una più risalente capacità successoria, vanno interpretate come la regolamentazione di una posizione raggiunta tardi e a fatica in una società in profondo mutamento»; L. MONACO, *'Hereditas' e 'mulieres'. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 49 ss., 185 ss.; E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*^A, Milano, 2006, 89 ss.; F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in *TSDP*, 4, 2011, 32 s. Per quanto attiene al *plebiscitum* rogato da *Quintus Voconius Saxa*, più di recente, A. MCCLINTOCK, *Un'analisi giuridica della 'lex Voconia'*, in *TSDP*, 10, 2017, 7 ss.

ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.

Il seguito del passo, però, sembra contraddire il principio di identità tra i due istituti:

Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1.1: *Interdum alibi est hereditas, alibi tutela, ut puta si sit consanguinea pupillo: nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. Item in libertinis, si sit patrona et patroni filius: nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona optinebit: tantundemque erit et si sit patroni filia et nepos.*

In effetti, il brano contempla un’eccezione rispetto alla regola espressa nel *principium*. Infatti, in primo luogo, si apre con un ‘*interdum*’ ad indicare che ‘talora’ il principio generale subisce deroghe; in secondo luogo, ribadisce ciò che già il passo muciano aveva riferito: se l’*adgnata* è chiamata all’eredità, la tutela è deferita all’*adgnatus*, evidentemente perché la donna non è capace di gestire l’ufficio tutelare. In altri termini, quando cominciò ad affermarsi la capacità successoria femminile, la tutela era devoluta secondo un titolo diverso da quello ereditario, conservando la sua natura di ‘*virile officium*’¹⁵.

Un passo dell’*Epitome Gai* attesta che tutori legittimi del *pupillus* sono i suoi *adgnati proximi*, che sono chiamati anche ad essere i suoi eredi:

Gai Ep. 1.7.1: *Legitimi sunt, qui pupillo per virilem sexum propinquitate coniunguntur, et qui proximior fuerit de agnatis, ad ipsum*

¹⁵ Per quanto attiene al significato della locuzione *civile/virile officium*, L. PEPPE, ‘*Civis Romana*’. *Forme giuridiche e modelli sociali dell’appartenenza e dell’identità femminili in Roma antica*, Lecce, 2016, 318 ss.

legitima tutela pertinet: quia is, qui proximus fuerit ad tutelam, ipse proximus est et ad hereditatem.

Il brano testimonia che *tutor legitimus* è l'*adgnatus proximus* del *pupillus*, non quello del *de cuius*, e ciò potrebbe implicare che le figure dell'erede del *de cuius* e del tutore dell'impubere non coincidessero.

Tuttavia, il passo probabilmente riporta gli sviluppi dell'*interpretatio* giurisprudenziale di età tardorepubblicana o, più verosimilmente, ‘classica’, quando gli istituti della tutela e dell'eredità, dopo l'istituzione della *tutela Atiliana* ed il contestuale fenomeno della patrimonializzazione dell'*hereditas*, erano ormai nettamente distinti¹⁶.

D'altra parte, è possibile cogliere ancora un'eco dell'antico legame tra i due istituti attraverso la lettura dell'ultima frase dello stesso passo, che sembra proprio voler giustificare il principio

¹⁶ Come è noto, per effetto della *lex Atilia de tutore dando*, databile al 210 a.C. (G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912 [rist. Hildesheim, 1962], 275 s.), la tutela perse gradualmente i suoi originari caratteri potestativi per divenire un ufficio di carattere eminentemente assistenziale. D'altronde, sin da epoca decemvirale, doveva essere consentito al *pater* istituire erede anche chi non appartenesse al gruppo familiare; in tal senso, G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus' e le dodici tavole*, in *Labeo*, 10, 1964, 353 ss., ora in *Opuscoli. Scritti di Gennaro Franciosi*, a cura di L. Monaco e A. Franciosi, I, Napoli, 2012, 172 ss., il quale argomenta come la prima condizione alla quale si apriva la successione legittima (*'si intestato moritur'*) non avrebbe avuto senso se non fosse stato possibile istituire erede un estraneo alla famiglia. Tale circostanza dovette contribuire alla considerazione dell'*hereditas* in termini di patrimonio, in quanto l'erede estraneo era molto probabilmente più attento alla consistenza dell'asse patrimoniale che all'adempimento degli obblighi che gli spettavano in quanto erede, a partire dai *sacra*: G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., 80 ss.; sul tema, particolarmente per quanto attiene all'elaborazione pontificale del principio *'sacra cum pecunia'*, F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*², Napoli, 1994, 44 ss.

stabilito nella prima parte: *tutor legitimus* del *pupillus* è l'*adgnatus proximus* dello stesso poiché egli è anche erede legittimo ed in quanto tale ha ovviamente interesse a conservare integro il patrimonio pupillare. Inoltre, sul piano pratico, è altamente probabile che l'agnato prossimo del pupillo e l'agnato prossimo del *de cuius* non fossero altro che la stessa persona. Infatti, se il *pater* moriva senza aver designato un tutore testamentario al figlio impubere, la tutela legittima doveva spettare all'agnato prossimo di quest'ultimo, cioè al suo fratello pubere, collaterale di secondo grado rispetto al pupillo e discendente di primo grado rispetto al *de cuius*. È evidente, perciò, che in tale ipotesi la tutela legittima spettava a chi era allo stesso tempo agnato prossimo sia dell'impubere sia del *de cuius*¹⁷. Questo doveva costituire il caso tipico. Poteva anche darsi che, sempre in difetto di nomina testamentaria del tutore, il *pater* morisse lasciando un solo figlio, impubere; in tale ipotesi, la tutela spettava all'agnato prossimo di quest'ultimo, cioè allo zio paterno, collaterale di terzo grado rispetto al pupillo e di secondo rispetto al *de cuius*. Si consideri anche il caso di un soggetto morto senza lasciare figli; in tale evenienza, l'eredità era devoluta agli agnati; ponendo che questi ultimi fossero i due fratelli del *de cuius* e che uno dei due fosse impubere, la tutela sarebbe spettata all'altro fratello, collaterale di

¹⁷ A proposito del vincolo parentale intercorrente tra fratelli consanguinei, Gaio così si esprime: 1.156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus [...]*; 3.10: *Vocantur autem adgnati qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint [...]*. Dai passi gaiani può agevolmente dedursi come i *sui* siano al contempo *adgnati* del *de cuius* (sul punto, si veda G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, a cura di L. Monaco e E. Germino, Torino, 2014, 403, il quale osserva come «i *sui* sono pur sempre *adgnati*»).

secondo grado rispetto al pupillo ed allo stesso *de cuius*. Importa rilevare che, stante la pratica coincidenza tra agnato prossimo dell’impubere ed agnato prossimo del *de cuius*, la giurisprudenza ricondusse la prossimità del grado di agnazione al pupillo e non al *de cuius* senza che ciò comportasse modifiche sostanziali nella individuazione della persona del tutore-erede.

2. Costituisce un notevole argomento a sostegno dell’originaria identità delle figure dell’erede e del tutore il ragionamento interpretativo seguito dai ‘*veteres*’ in ordine all’introduzione della *tutela legitima libertorum*.

Gai 1.165: *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.*

Gaio attesta che gli antichi giureconsulti¹⁸ ritennero che con la disposizione decemvirale che attribuiva l’eredità legittima del liberto al patrono ed ai suoi figli¹⁹ la legge avesse voluto attribuire

¹⁸ È probabile che con il termine ‘*veteres*’ il giurista alluda alla giurisprudenza postdecemvirale, analogamente a quanto può ipotizzarsi per Gai 2.55 a proposito della *usucapio pro herede* (sopra, nt. 5); al riguardo, G. FRANCIOSI, *Usucapio*, cit., 16 ss.; O. SACCHI, *L’antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio di identità*, in *SDHI*, 68, 2002, 621 ss.

¹⁹ Tab. 5. 8 (=FIRA, I, 41); M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, London, 1996, 646 ss.

allo stesso modo la tutela, dal momento che aveva stabilito in via generale che gli agnati, chiamati all'eredità, fossero anche tutori²⁰.

Interessante si rivela la lettura del passo parallelo delle Istituzioni giustiniane:

I. 1.17: *Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et adgnatos, quos ad hereditatem vocat, eosdem et tutores esse iussit et quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. Ideo autem diximus “plerumque”,*

²⁰ Tab. 5.6 (= FIRA, I, 39); M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit., 642 s. Anche se Gaio (1.155) ed altre fonti (Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1 pr. e Tit. Ulp. 11.3) riconducono esplicitamente l'origine della tutela legittima ad una norma delle dodici tavole, A. GUARINO, *Notazioni romanistiche. 2. La “lex XII tabularum” e la “tutela”*, in *Studi in onore di S. Solazzi. Nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, 38, ora col titolo *Le «XII tabulae» e la «tutela»*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 153, ha sostenuto che non è assolutamente sicuro che la legislazione decemvirale contenesse una disposizione specifica relativa all'istituto: «solo in età postdecemvirale, riconosciutasi la soggettività giuridica agli *impuberes* e alle *mulieres*, questi acquistarono la capacità di essere *heredes sui* del *paterfamilias*. Per conseguenza si disse che, per la legge delle dodici tavole, la *vis ac potestas* (cioè la tutela) sugli stessi spettasse all'*adgnatus proximus* e subordinatamente ai *gentiles*. E si badi che di *adgnati* si parlò, allora, non nel senso decemvirale di parenti del defunto, ma nel senso di parenti dell'*impuber* e della *mulier*, a cominciare dal *frater eodem patre natus*, che era anch'egli *suius heres*». Diversamente si era espresso, S. SOLAZZI, *Diritto*, I, cit., 127, che aveva proposto la seguente ricostruzione della norma decemvirale sulla tutela legittima: «*Si intestato moritur parens impuberis vel feminae, agnatum gentiliumque in eo cave tutela esto*».

quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius est tutor.

Il brano, nel passaggio *Ex eadem lege ... et tutores esse iussit*, ricalca pedissequamente Gai 1.165, ma si rivela importante soprattutto per le considerazioni che emergono nella sua parte conclusiva (*et quia plerumque ... cum alius est tutor*): innanzitutto vi è chiaramente espresso il principio ‘*ubi hereditas ibi tutela*’; in secondo luogo, vi si riscontra la conferma del fatto che mentre l’*hereditas* costituiva ormai un *emolumentum*, evidentemente già a partire dalla fine della repubblica²¹, al contrario la tutela consisteva in un *onus*, in conseguenza della trasformazione subita dalla stessa sullo scorcio dell’età repubblicana, quando gradualmente cessa di essere una *potestas* esercitata dal tutore nell’interesse del gruppo familiare per divenire un ufficio, cui il tutore non può sottrarsi a suo arbitrio, da espletarsi a favore dell’impubere²²; infine, il brano giustiniano attesta che l’unica eccezione al principio ‘*ubi hereditas ibi tutela*’ è costituita dal caso della manomissione dello schiavo impubere compiuta dalla donna: in quanto *patrona*, essa ha diritto all’eredità, ma non alla tutela del liberto impubere²³. In tal modo si applica alla *tutela legitima libertorum* lo stesso principio vigente in tema di *tutela legitima impuberum*²⁴: dove è l’*hereditas*, lì è anche la tutela, salvo il caso in cui la chiamata all’eredità riguardi una donna, poiché, come si è accennato in precedenza, a partire da una certa epoca essa potè

²¹ Significativo il già richiamato assunto ciceroniano (*hereditas est pecunia*) in Cic. *top.* 6.29.

²² Sul punto, sopra, nt. 16.

²³ Cfr. anche Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.4.3.4: *Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est solos masculos fore tutores.*

²⁴ Cfr. Q. Mucius *lib. sing.* ὄρων D. 50.17.73 pr. e Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1 pr.

essere erede, ma non era capace di gestire l'ufficio tutelare²⁵, tanto è vero che, per svariati secoli, appare comunque sottoposta ad un potere: la *potestas* paterna, la *manus*, la *tutela mulieris*²⁶.

3. Un altro indizio dell'originaria identità strutturale degli istituti della tutela e dell'eredità è costituito dal principio ‘*in legitimis non est successio*’ che trova applicazione sia nell'ordinamento successorio che in quello tutelare.

Nella successione ereditaria intestata disciplinata dalle dodici tavole, non esisteva la *successio graduum*, cioè se l'agnato di grado

²⁵ L'ammissione delle donne alla tutela è generalmente ritenuta un'innovazione ‘postclassica’, sebbene sembri che già in epoca precedente potesse essere conferito a titolo di fedecommesso alla madre dell'impubere il compito di amministrare i beni del pupillo (Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.17.2.46; Paul. 2 *decr.* D. 36.1.76.1). Sulla *tutela* della madre vedova, che doveva impegnarsi a non contrarre nuove nozze, nel qual caso avrebbe perso l'ufficio tutelare (CTh. 3.17.4 [= C. 5.35.2]), G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR*, 67, 1964, 87 ss.; ID., *Ancora sulla donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR*, 68, 1965, 337 ss.; T. CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter*, in *ZSS*, 111, 1994, 155 ss. Il principio della preclusione della tutela alle donne si legge in Ner. 3 *reg.* D. 26.1.18: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est ‘nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent’*, la cui ultima proposizione è stata fortemente sospettata di interpolazione giustiniana; sul tema, di recente, F. MERCOGLIANO, *La condizione*, cit., 20 s., 27.

²⁶ La *tutela legitima* delle *ingenuae* fu abolita da Claudio (Gai 1.171), ma la *tutela mulierum* risulta ancora da fonti di età diocleziana (Vat. Fragm. 325 ss.). Al riguardo, J. EVANS GRUBBS, *Women and Law in The Roman Empire. A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London-New York, 2012, 43 ss., osserva come la *tutela mulierum* scompaia dalle fonti giuridiche romane agli inizi del quarto secolo.

prossimo non accettava l’eredità, questa non passava agli agnati di grado remoto, ma era devoluta direttamente ai *gentiles*²⁷.

Emerge con sufficiente chiarezza dai testi di seguito indicati come il principio rimanga fermo nel corso dei secoli fino all’epoca giustiniana:

Gai 3.12: *Nec in eo iure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Tit. Ulp. 26.5: *Si plures eodem gradu sint agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere voluerint, vel antequam adierint decesserint, earum pars ad crescit his qui adierunt. Quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.*

Paul. Sent. 4.8.21(23): *In hereditate legitima successioni locus non est.*
[...]

I. 3.2.7: *Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est ut quamvis proximus, qui secundum ea quae diximus vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittuntur.* [...]

²⁷ A favore dell’esistenza della cosiddetta *successio ordinum* ovvero della possibilità che, in caso di mancata accettazione da parte dell’agnato, il patrimonio ereditario non restasse vacante ma fosse devoluto ai membri della *gens*, mi sono espressa in una breve nota G.M. OLIVIERO NIGLIO, *A proposito di successio ordinum nell’eredità intestata delle dodici tavole*, in *SDHI*, 68, 2002, 625 ss.; *contra*, R. LAMBERTINI, *Legge delle XII tavole e cosiddetta ‘successio ordinum’*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 295 ss.

Analogo principio trova applicazione anche nelle vocazioni tutelari, come testimoniano i seguenti passi tratti dal commentario ulpianoo *ad Sabinum*:

Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1.2: *Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur: nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur: sed interim a praetore datur.*

Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.4.3.5-6: *Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt, simili modo et si in servitutum redactus sit, apparet ceteros esse tutores. Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere.*

Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.4.3.8: *Quaeri potest, si patroni filius sit remotus vel excusatus, an nepoti tutela deferatur. Et Marcellus in ea sententia est, ut succedi non posse scribat: idcirco enim abierunt tutela, ut alii in locum eorum dentur, non ut successio admittatur.*

L'ultimo brano è particolarmente interessante in quanto costituisce un significativo esempio della soluzione ‘classica’ data al problema dell’ammissibilità di delazioni tutelari successive. L’ipotesi contemplata è la seguente: il figlio del patrono che ha la tutela (sul liberto impubere o sulla liberta) è stato rimosso o esonerato dall’incarico, ci si chiede se la tutela possa essere deferita al nipote, cioè al figlio del figlio del patrono; la risposta fornita da Ulpio Marcello è negativa, in quanto lo *status tutoris* è intrasmissibile. Infatti, il figlio del patrono, pur se rimosso o esonerato, rimane tutore e, sebbene possa essere sostituito magari da un tutore atiliano, non può procedersi ad un’ulteriore delazione della tutela legittima. Solo la morte o la *capitis deminutio* del tutore

legittimo comportano l'estinzione della tutela e la conseguente possibilità della delazione tutelare.

Tuttavia, lo stralcio di una costituzione giustiniana, richiamata anche nelle Istituzioni²⁸, sembra testimoniare l'antica vigenza della *successio graduum* ‘in tutela’:

C. 6.4.4.20a Ὁ αὐτὸς βασιλεύς²⁹. [...] καὶ τὸ παλαιόν, ὅτε ἐπὶ κληρονομίας οὐκ ἦν ὑπεισέλευσις τῶν μετὰ ταῦτα, ἐπὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἐφυλάττετο, καὶ τοῦ πρώτου τυχὸν καλουμένου ἐξουσατεύοντος ἑαυτὸν ὁ μετὰ ταῦτα ἐκαλεῖτο. *PP. k. Dec. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* [a. 531].

Le affermazioni di Giustiniano sono nettamente contrastanti con tutte le altre testimonianze relative al regime della tutela legittima. Infatti, la qualità di tutore legittimo inerisce alla posizione familiare ed in quanto tale non può in alcun modo essere rimossa. Proprio per questo motivo, quando il *tutor legitimus* della *mulier*,

²⁸ I. 3.2.7: [...] *Quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes non in totum sine adminiculo relinquabant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis iure eis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo iuri cupientes, nostra constitutione sanximus, quam de iure patronatus humanitate suggerente protulimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit et, quod in onere optinebat, non erat in lucro permissum.*

²⁹ La *inscriptio* è ricostruita da P. Krüger in base alla precedente costituzione (6.4.3); l'editore ritiene probabile che il testo normativo, forse in forma di editto indirizzato al senato ed a tutti i popoli o al popolo di Costantinopoli ed a tutti i provinciali, debba identificarsi con la *constitutio* menzionata nelle Istituzioni (3.7.3), ove si legge: *Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Graeca lingua compendioso tractatu habito composuimus, [...]*

atteso che il *tutor impuberis* non poteva farlo³⁰, si liberava con la *in iure cessio* della gestione tutelare, egli rimaneva comunque titolare dell’incarico e la posizione giuridica del cessionario era sempre subordinata a quella del cedente³¹. Finché il tutore legittimo era vivo e capace, la tutela necessariamente gli competeva ed era inammissibile procedere ad una delazione successiva. Infatti, quest’ultima avrebbe presupposto una rinuncia da parte del primo chiamato, che era tuttavia impossibile in tale ipotesi, in quanto avrebbe comportato una rinuncia allo stesso *status* familiare. In altri termini, era lecito rinunciare a gestire l’ufficio tutelare, ma era inconcepibile rinunciare alla titolarità della tutela.

Tali considerazioni, suffragate dalla lettura dei citati passi dei *Digesta*, inducono ad escludere l’ammissibilità di vocazioni tutelari successive e quindi l’esistenza della *successio graduum* nell’ordinamento tutelare.

È dunque ipotizzabile che i commissari giustiniani abbiano erroneamente interpretato il funzionamento dell’ordinamento tutelare, rinvenendo una differenziazione con l’ordinamento ereditario, relativamente all’esistenza della *successio graduum*, che originariamente non doveva esservi³².

³⁰ Gai 1.168: *Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*

³¹ Gai 1.169: *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur. 170. Quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque qui cessit si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum qui cesserat secundum gradum in ea tutela habuerit.*

³² In tal senso, G. LA PIRA, *La successione*, cit., 133 ss., ora in *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, II.2. *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, cit., 609 ss., il quale rileva come i commissari giustiniani abbiano equivocato tra delazione nuova (*ex nunc*) e delazione successiva (*ex tunc*) ritenendo che, cessata la prima tutela (per morte o *capitis deminutio* del *tutor legitimus* cui l’ufficio era stato *ipso iure* deferito), si passasse ad una delazione

In ogni caso, non si può ragionevolmente escludere che ad opera dell'*interpretatio* giurisprudenziale, una volta compiuto il processo di separazione tra l'eredità e la tutela, si sia giunti gradualmente ad ammettere la possibilità di delazioni successive nell'ordinamento tutelare³³.

Se ciò fosse vero, si potrebbe spiegare in qualche modo l'affermazione contenuta nella costituzione giustiniana: l'avverbio *παλαιόν* non andrebbe interpretato in senso assoluto; è probabile, cioè, che l'imperatore abbia inteso riferirsi alla tarda repubblica. Infatti, si tratta di un'epoca molto risalente rispetto ai tempi di Giustiniano, che tra l'altro coincide con il periodo durante il quale lentamente si compiva il distacco dell'istituto tutelare dall'eredità.

4. Ulteriore argomento a sostegno dell'antica identità delle figure dell'erede e del tutore è costituito dal parallelismo quanto agli effetti degli istituti della *in iure cessio hereditatis* e della *in iure cessio tutelae*³⁴.

Come quest'ultima non ha efficacia se compiuta dal tutore testamentario³⁵, così l'*in iure cessio hereditatis* «*nihil agit*» se compiuta dall'erede testamentario (*ante aditionem*)³⁶.

successiva (e non ad una nuova delazione), diversamente da quello che avveniva per l'eredità.

³³ Ammette tale possibilità G. FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., 87.

³⁴ Sul punto, G. FRANCIOSI, *Famiglia*, cit., 87.

³⁵ Tit. Ulp. 11.17: [...] *In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.* Cfr. Gai 1.168 (sopra, nt. 30).

³⁶ Gai 2.36: *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat.* 3.86: *Idem iuris est, si testamento scriptus heres, posteaquam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem: ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit.*

Inoltre, come l’erede legittimo che avesse già compiuto l’*aditio*, cedendo *in iure* il complesso ereditario, conservava la responsabilità dei debiti e dei *sacra*³⁷, così il *tutor legitimus* (della *mulier*), nonostante la *in iure cessio tutelae*, rimaneva titolare dell’ufficio tutelare, limitandosi a cederne il solo esercizio³⁸.

Vi sono infine altri due principi che trovano attuazione tanto nella tutela quanto nell’eredità: a) l’invalidità della designazione testamentaria del tutore solo per specifici beni o con esclusione di specifici beni e l’invalidità dell’*heredis institutio ex certa re* o *excepta re*; b) l’effetto estintivo della *capitis deminutio* tanto rispetto alle vocazioni tutelari intestate quanto rispetto a quelle ereditarie.

Il principio dell’inammissibilità di una designazione testamentaria del tutore *ex certa re* ed *excepta re* è chiaramente espresso da un passo di Ulpiano e da due brani delle Istituzioni giustiniane:

Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.2.12: *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus.*

I. 1.14.4: *Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur.*

³⁷ Gai 2.35: *Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.* 3.85: *Item si legitimam hereditatem heres antequam cernat aut pro herede gerat alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur. Quodsi postea quam heres extiterit cesserit, adhuc heres manet, et ob id a creditoribus ipse tenebitur, sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cecisset, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt.*

³⁸ Gai 1.170 (sopra, nt. 31).

I. 1.25.17: *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

La regola trova corrispondenza nel regime della *heredis institutio*:

Lic. Ruf. 2 reg. D. 28.5.75: *Si ita quis heres institutus fuerit: “excepto fundo, excepto usu fructu heres esto”, perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.*

Ulp. 1 ad Sab. D. 28.5.1.4: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.*

L'impossibilità, per l'eredità come per la tutela, di un'istituzione *ex certa re* è probabilmente da ricondursi all'originaria natura potestativa di entrambi gli istituti.

In considerazione, però, della diversa funzione degli stessi, la menzione della *certa res* nella *heredis institutio* si atteggiò in maniera particolare: sulla scia dell'opinione dell'autorevole maestro di Servio Sulpicio Rufo, Aquilio Gallo³⁹, il principio del *favor testamenti* determinò la graduale ammissione della validità della *institutio ‘detracta rei mentione’*, come attesta il brano tratto dal commentario ulpiano *ad Sabinum*. È probabile che la giurisprudenza sia giunta a considerare la menzione della *res* quale prelegato a favore dei singoli cui erano state assegnate le *certae res* e, pertanto, abbia

³⁹ Per il particolare prestigio (*‘maxima auctoritas’*) assunto da Aquilio Gallo presso il popolo, F. D'IPPOLITO, *I giuristi*, cit., 14 ss. Sul maestro di Servio, più di recente, A. TRIGGIANO, «*Conlega et familiaris meus*»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in *Index*, 38, 2010, 373 ss.

ritenuto valida la *heredis institutio ex certa re* demandandone l'attribuzione all'*officium* dello *index familiae erciscundae*⁴⁰.

Nella tutela, che probabilmente conservò più a lungo il suo originario carattere potestativo, si fece strada, con maggiore gradualità e non senza contrasti, la tendenza a ritenere valida la nomina di un *tutor certarum rerum vel causarum*:

Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.2.12: *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus.*

Pomp. 17 *ad Sab.* D. 26.2.13: *et si datus fuerit, tota datio nihil valebit.*

Marc. 2 *inst.* D. 26.2.14: *quia personae, non rei vel causae datur.*

Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.2.15: *Si tamen tutor detur rei Africanae vel rei Syriaticae, utilis datio est: hoc enim iure utimur.*

Per quanto attiene agli effetti della *capitis deminutio*, particolarmente significativo è un brano paolino, secondo il quale la *capitis deminutio (minima)*, in quanto determina una *mutatio familiae*, produce necessariamente l'esclusione del *capite minutus* dalle vocazioni tutelari legittime e da quelle ereditarie, proprio perché queste ultime sono fondate sullo *ius adgnationis* che lega i membri di uno stesso gruppo familiare:

⁴⁰ M. D'ORTA, *Il «legatum per praeceptionem»*. Dal dibattito dei giuristi classici alla riforma giustiniana, Torino, 2004, 26 s., osserva come nell'arco temporale compreso tra la fine della repubblica (Aquilio Gallo) ed il primo secolo del principato (Masurio Sabino) si sia affermato il rimedio di considerare non apposta la *certa res*.

Paul. 11 *ad ed. D. 4.5.7 pr.*: [...] *sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati.* [...]

È possibile infine individuare ancora un’affinità tra *hereditas* e *tutela*: il principio ‘*semel heres semper heres*’⁴¹, che costituisce un significativo indizio del carattere potestativo, non esclusivamente patrimoniale dell’antica *hereditas*, trova corrispondenza nella regola secondo cui il tutore legittimo rimane sempre tale, anche dopo aver compiuto la *in iure cessio tutelae*⁴², peraltro consentita al solo *tutor mulieris*.

A tal proposito, è stato osservato da Arangio-Ruiz che l’affermazione costituirebbe null’altro che «un equivoco alquanto ingenuo tra l’uso del *semper* nel significato temporale e quello del *sempre* nel senso di tuttavia»⁴³.

Ma anche se al ‘sempre’, riferito alle conseguenze della cessione giudiziaria della tutela, fosse stato attribuito il senso di ‘tuttavia’ e non quello temporale, il risultato sul piano pratico non sarebbe mutato: analogamente a quanto accadeva per l’erede che, in quanto titolare di una *potestas*, rimaneva sempre tale, il tutore, malgrado la *in iure cessio*, conservava la titolarità dell’ufficio, limitandosi a trasferirne l’esercizio.

⁴¹ Com’è noto, la massima, probabilmente di conio medievale, è desunta da Gai. *lib. sing. de casibus D. 28.5.89(88)*: *Ei qui solvendo non est aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat et praeterea alius heres adiciatur; veluti si servo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: “si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto”; nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest, cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse.*

⁴² G. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 318, ora in *Edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira*, II.1. *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, 75.

⁴³ V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore*, in *Scritti*, II, cit., 5 s.

5. Posto che, come la prevalente dottrina oggi sostiene, la successione legittima è preesistita a quella testamentaria⁴⁴, ne discende che la tutela doveva spettare per l'età più antica innanzitutto al *suus heres* che, subentrando nel complesso ereditario, acquistava i *sacra*, i debiti e la *potestas* sugli impuberi e sulle donne che non fossero *in manu*; in assenza di *suus heres*, l'eredità era devoluta agli *adgnati* ed in subordine ai *gentiles* in base ad una norma non scritta, poi cristallizzata probabilmente dalle dodici tavole.

Ammessa in età comunque risalente la successione per testamento, l'erede istituito, che era, fino alle soglie dell'età decemvirale, ancora rigorosamente il figlio⁴⁵, doveva essere anche tutore degli impuberi e delle donne.

Da quando fu possibile istituire erede un estraneo alla cerchia familiare⁴⁶, cominciò gradualmente a compiersi il distacco tra *hereditas* e *tutela*, in un quadro sociale che andava profondamente

⁴⁴ Sul tema, O. DILIBERTO, voce *Successione legittima (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 43, Milano, 1990, 1297 ss.

⁴⁵ La maggioranza degli studiosi è orientata nel senso del carattere esclusivamente familiare dell'antica successione ereditaria: O. LENEL, *Zur Geschichte*, cit., 120 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 11 ss.; P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, cit., 116, 245, 475 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 452 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto*, I, cit., 48, 67, 100; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della 'hereditas'*, Napoli, 1946, 36 s.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, 40; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 10, 31.

⁴⁶ G. FRANCIOSI, *L'heres'*, cit., 172 ss., ha sostenuto che sin da epoca decemvirale doveva essere consentito al *pater* istituire erede anche chi non appartenesse al gruppo familiare (cfr. sopra, nt. 16); diversamente si era espresso S. SOLAZZI, *Diritto*, I, cit., 40, 67, 100, essenzialmente sulla base della distinzione terminologica tra *heres esse*, con riferimento al *suus*, e *familiam habere*, con riguardo all'*adgnatus proximus*, al quale non è attribuita la qualifica di *heres*, che sarebbe dunque a maggior ragione da escludersi per l'estraneo.

trasformandosi e nel quale apparve, a cavallo tra il III ed il II sec. a.C., un nuovo istituto, che consisteva in un ufficio di carattere pubblico preposto alla salvaguardia degli interessi dell’impubere (e della donna): il *tutor Atilianus*, nominato con *decretum* del magistrato, non apparteneva necessariamente alla famiglia del *pupillus* (e della *mulier*) e non poteva sottrarsi all’incarico se non in base al regime delle *excusationes* o attraverso la *potioris nominatio*⁴⁷.

Si tratta evidentemente di una tipologia di tutela che non ha alcun rapporto con l’eredità ed è notevolmente mutata quanto alla funzione: non più una *potestas* esercitata nell’interesse del gruppo familiare, ma un *onus* di carattere assistenziale cui adempiere a favore dell’incapace.

È allora probabile che, proprio tra il III ed il II sec. a.C., la *tutela* si sia disgiunta dall’*hereditas*, che, nel contesto di una società mercantile e laicizzata, era ormai assimilata alla ‘*pecunia*’, secondo la chiara testimonianza dei *Topica* ciceroniani⁴⁸.

Tuttavia, come traspare dai testi esaminati, le fonti giuridiche, fino all’epoca di Giustiniano, recano ancora consistenti tracce dell’antica identità tra le figure dell’erede e del tutore.

ABSTRACT

Il saggio riesamina le testimonianze relative all’antica identità tra erede e tutore, della quale le fonti giuridiche, fino all’epoca di Giustiniano, recano ancora consistenti tracce.

⁴⁷ Sulla *excusatio tutoris*, A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, 127 ss., il quale dedica al tema un’ampia seconda parte della sua monografia; per quanto attiene alla *potioris nominatio*, ID., *Dos estudios*, cit., 220 ss. Sul rapporto intercorrente tra i due istituti, specialmente nel loro sviluppo storico, si veda, in particolare, M. PENTA, *Potioris nominatio ed excusatio tra consuetudine e legislazione imperiale*, in *Index*, 18, 1990, 295 ss.

⁴⁸ Cic. *top.* 6.29, il cui testo è riprodotto sopra, nt. 3.

The essay reviews the testimonies relating to the ancient identity between heir and guardian, whose the juridical sources, until the time of Justinian, still retain substantial traces.

GIUSEPPINA MARIA OLIVIERO NIGLIO

Ricercatore di Diritto romano

Università degli Studi della Campania ‘Luigi Vanvitelli’

E-mail: giuseppinamaria.olivieroniglio@unicampania.it

