

LO SVILUPPO DELLE “ EXCUSATIONES „  
NELLA TUTELA E NELLA CURA DEI MINORI

14 - C - 203

EMILIO ALBERTARIO

*T dce 91*



*1573/I*

Lo sviluppo delle "excusationes",  
nella tutela e nella cura dei minori



Inv čís: 272

Sign: 183

PAVIA  
MATTEI & C. - EDITORI  
1912

B

---

---

LO SVILUPPO DELLE "EXCUSATIONES",  
NELLA TUTELA E NELLA CURA DEI MINORI

---

I *Frammenti vaticani*, il *Digesto*, le *Istituzioni*, il *Codice* ci presentano il regime delle "excusationes", identicamente attuato nella tutela e nella cura dei minori. In me è nato il dubbio che questa identità di regime sia frutto di quell'epoca, in cui i due istituti, dapprima così distinti, si sono andati man mano assimilando e confondendo: che essa nei *Frammenti vaticani* sia messa dinanzi a noi dal loro post-classico compilatore, nelle opere della compilazione giustiniana sia costantemente delineata e fissata da Giustiniano.

Credo di scorgere tutta l'importanza e tutta la gravità di questa affermazione. È appunto perciò che io mi limito a considerarla in questo momento un'ipotesi ancor vaga, per quanto l'esegesi, che io esporrò intorno al capitolo *de excusationibus* dei *Frammenti vaticani*, l'esegesi, che io farò dei testi giustiniani, e considerazioni d'indole generale, soprattutto, possano renderla sin d'ora abbastanza probabile.

Il punto di partenza devono essere i *Frammenti vaticani*. Partendo da questo punto, comprendo benissimo



che chi ritiene cosa impossibile sospettare la genuinità dei testi giuridici, pervenutici al di fuori della compilazione giustiniana, dovrà senz'altro giudicar falsa la via che io mi accingo a percorrere. Mi lusingo di credere che ora nessun romanista possa ritenere una tal cosa. Non solo le *Sentenze di Paolo*, che furono interpolate per lo stesso scopo per il quale i compilatori interpolarono il *Corpus iuris*, ma tutti i manoscritti delle opere classiche dovettero nell'epoca romano-ellenica essere toccati, alterati, *glossati*. Così le *Istituzioni di Gaio*. Così i *Frammenti vaticani*. Ciò sentì tanto bene e già da tanto tempo il nostro Scialoja, che, recensendo l'opera del Gradenwitz sulle *Interpolationen* <sup>(1)</sup>, avvertiva per questo l'impossibilità di poter certe volte distinguere tra l'interpolazione giustiniana o l'alterazione post-classica dei testi. Naturalmente, nel dichiarare l'alterazione di fonti che noi, per distinguerle dalle fonti giustiniane, siamo soliti chiamar *genuine*, è necessario procedere con cautela grande. Ma quando il sospetto è o può essere fondato, è altrettanto giusto non nasconderselo e renderlo, anzi, anche agli altri palese.

Io spero di addurre alcuni indizi che potranno appunto far pensare alla possibilità che il capitolo *de excusationibus* dei *Frammenti vaticani* presenti chiare alterazioni nel senso e per lo scopo di estendere il classico regime delle *excusationes*, che era in vigore per la tutela, alla cura dei minori. Mi sembra opportuno, riportando vari frammenti di quel

<sup>(1)</sup> *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, I, 1888, p. 148 sgg.

La stessa cosa è rilevata con energia anche dal BONFANTE, *Storia*<sup>2</sup>, 1909, p. 668, nota 1. — Gli studii recenti sono soprattutto diretti a scervere la parte fondamentale genuina delle Istituzioni gaiane (KNIEP). Non mi perito ora di apprezzare il risultato di questi studii: rilevo soltanto il loro *non discutibile* punto di partenza.

capitolo <sup>(1)</sup>, dare risalto al cospicuo numero di volte in cui si parla della tutela rispetto al numero di volte veramente esiguo che si parla *anche* della cura. Cercherò poi di dimostrare come l'intercalazione dell'accenno alla cura, fatto per render noto che il regime delle *excusationes* anche a questo istituto è stato applicato, si presenti come qualche cosa di posticcio, di non proveniente dalla mano del giuriconsulto classico.

124. ULP. Hi quoque, qui sunt ex collegio sex primorum, habent a **tutelis** excusationem....
125. [*Olim varie observabatur circa numerum tutelarum; sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum; nam si quis tres tutelas sive curas habeat, excusatur*].
126. Haec locuti sumus de **tutelis**....
128. [*Hodie itaque, ut quis excusetur, tria onera allegare debet sive tutelarum sive curarum sive etiam curae kalendarii...*].
131. ... Libertus, qui negotia senatoris populi romani gerit, a **tutela** excusatur; a muneribus autem civilibus... non vacat.
135. Qui iam **tutores** [vel **curatores**] sunt, si rei publicae causa absint, ad tempus excusantur.
137. Anabolicarii a **tutelis** [curationibusque] habent vacationem.
138. Ii qui in centuria accensorum velatorum sunt, habent immunitatem a **tutelis** [et curis].
139. De litibus, quas **tutor** cum pupillo habeat, an propterea excusetur?
140. Veterani... in perpetuum a **tutelis** vacant.
141. Primpilaribus... vacatio a **tutelis** a divo Hadriano dari coepit.

<sup>(1)</sup> Il capitolo è, come ognuno sa, molto lacunoso. Io ho riportato quelle integrazioni che furono introdotte nel testo già nella edizione del MOMMSEN. Le edizioni successive riferiscono integrazioni in parte diverse. Apprezzare le varie integrazioni non è compito mio. Rilevo soltanto che, *qualunque integrazione si scelga*, ciò non ha importanza per i frammenti che io riferisco e per quelli che in special modo discute.

Avverto che le parentesi rotonde indicano le parole integrate dall'editore; le parentesi quadre indicano le parole, ritenute interpolate da me.



142. Decuriales quoque... a **tutelis** condecurlialis filii non vacare...  
143. Neque autem primipilariū filii neque veteranorum a **tutelis** excusantur.  
144. Is qui inter vigiles militat... non in perpetuum vacat a **tutelis**...  
146. Qui Romae magistratu funguntur... dari **tutores** non possunt.  
147. Imperatores nostri constituerunt, ne (nisi) intra ducentesimum miliarium senator populi romani cogatur res **pupillares** administrare. itaque in usu ita servatur, ut ad eas res, quae ultra ducentesimum lapidem sunt, equestri ordinis viri dentur **tutores** [sive **curatores**] a praetore; et hoc non tantum in eo senatore servatur, qui decreto **tutor** [vel **curator**] datus est, sed et in eo, qui testamento.  
148. Is qui in portu pro salute imperatoris sacrum facit... a **tutelis** excusatur.  
149. Philosophis quoque et medicis et rhetoribus et gramaticis, quibus per hanc professionem immunitas dari solet, etiam vacatio a **tutelis** datur...  
150. Neque geometrae, neque hi, qui ius civile docent, a **tutelis** excusantur.  
152. (liberti)... a patroni sui liberorum **tutela** non excusantur.  
153. Qui patri **pupilli** promiserint se suscepturos **tutelam**, non excusantur.  
154. ... Liberari **tutela**, quam sponte suscepisti, perperam desideras.  
155. Igitur observandum deinceps erit, ut qui **tutor** datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more... hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem...  
156. Formam autem ex hac constitutione datam hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant quinquaginta dies enumerari, ex quo scierat se **tutorem** [vel **curatorem**]...  
158. ... Promiscua facultas potioris nominandi nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis **pupillos** fortunis suis privabit...  
159. ... **Tutores** ...  
60. Libertus sicut excusare se a **tutelis**, ita (etiam) potiozem nominare potest.

166. ... **tutorem** ...  
172. ... (**tutor**) ...  
173. ... (**pupilli**) ...  
173a. ... **tutelam** ...  
174. ... (a **tutelis**) ...  
175. Collegas eos (accipimus — eandem artem exerceant quam pater f(actitarit) — pro pater **pupillorum** ex —  
177. Veterani (a reliquorum **tutelis** omnibus excusantur, a) veteranorum autem filiorum **tutelis** ita, ut non plus unam suscipere cogantur) ...  
177a. (Missi nisi honesta missione non excusantur... Ab urbicis plane **tutelis** excusabuntur, quia ingredi eis urbem non licet...  
178. Sed primipil(ares etsi a reliquis **tutelis** universis excusantur, tamen ipsi filiis suis recte **tutorem**) primipilarem dabunt...  
182. ... nam minor vigin(ti quinque annis — a **tutela**) excusatur...  
183. (cui data est) a principe negotiorum (fiscalium administratio, quamdiu administrat,) onera **tutelarum** (suscipere non cogitur...)  
183a. (In valetudinem quoque qui inciderit... a **tutela** excusabitur. hi quos va)letudo perpetua excusat — eas quoque) **tutelas**, quas ante (susceperant, deponunt).  
184. (In furorem qui inciderit, item excusa)bitur etiam ab ea quam antea sus(ceperat **tutela**... ).  
186. Tria onera **tutelarum** excusationem tribuunt. tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus **pupillorum** plures **tutelas** faciat, sed patrimoniorum separatio. et ideo qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium habent, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam **tutelam** suscepisse creditur.  
188. In tribus non imputabitur **tutela** [vel **cura**], quae affectata est. affectatam sic accipiemus, si vel appetita videatur vel cum possit quis se excusare, ab ea se non excusavit. [*creditur enim affectasse, qui onus cum posset declinare non recusavit, et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus*].  
189. Si quis inter tres emancipati filii sui **tutelam** administret, an ei haec in numero cedat, scio dubitatum.

190. Tria autem onera in domo esse sufficit, proinde si pater alicuius vel filius vel frater, qui est in eiusdem potestate, tria onera sustineat.... omnibus excusatio a **tutela** competit.
191. Numerus quoque liberorum a **tutela** excusationem tribuit....
192. Ex filia nepotes non prodesse ad **tutela**e liberationem....
197. An bello amissi a **tutela** excusare debeant?....
200. Erit haec etiam excusatio, si quis se dicat **tutela**m alicuius administrasse et ad **curam** eius vocetur: nam invitum non esse compellendum suscipere imperator noster cum patre Polo Terentiano rescripsit; item si quis uxori suae curator datur, nam sicuti senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius **tutor** vel **curator** fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare divus Severus Flavio Severiano rescripsit.
201. Proinde si cui fuerit pupilla a parte desponsa, non debet ei **tutor** dari, ne nuptiae impediatur, et datus excusabitur; et si sponsae suae **curator** fuerit datus, debet excusari.
- 205.... (**tutor**)....
207. (Etsi is, qui) **tutor** datus est et excusare se potest....
211. Ne hi quidem possunt, quos praetor confirmavit testamento designatos, ut imperator noster Dio) doto praetori rescripsit. proinde si a matre fuerint design(ati, an ii potiores) nominare possint, quaeri potest; reputo eos nomin(are posse, nam de iis tantum) rescriptum est, qui a patre erant designati. sed hoc erit serv(andum in filio solo, non in) alio virilis sexus per virilem sexum descenden(te, licet liberti sint **tutela**e [vel-**curae**]) destinati; nam et Papinianus respondit libertum a patrono (nepoti ex filio de)stinatum **tutorem** posse potiore nominare.
220. .... **tutela**m .... **tutor** ....
221. .... **tutela**m .... **tutela**m ....
222. .... **tutor** ....
223. .... **tutor** ....
224. PAP. libro XI questionum respondit verbis orationis fratrum imperatorum libertum, etsi ob aliquod privilegium a **tutelis** vacet, patroni tamen patronaeque liberorum tutor ut deligatur comprehensum. in numero liberorum pronepos patroni sine dubio continetur. sed potest dici non aliis patroni (patronaeve)

- liberis libertum hoc debere, quam qui iure patroni hoc sperare possunt, et ideo neque patronae nepotis **tutela**m administrare compellendum privilegio subnixum neque **pupilli**, qui ex filia patroni venit, quia vacatione praeter liberos patronorum, qui per virilem sexum descendunt, liberti fruuntur.
227. PAUL. .... **tutor** .... **tutor** ....
228. IMP. ANTONINUS.... Ex duobus **tutoribus**....
231. PAUL.... Si qui tres pluresve **tutelas** [vel **curationes** vel **permixto modo cuiuscumque**] separatas administrant, excusari a **tutela** [curatione] solent. Quod si fratrum **tutela**m suscipiant pro una **tutela** reputantur eadem bona.
232. ULP. .... **tutorem** ....
233. Sed qui in collegio pistorum sunt, a **tutelis** excusantur....
235. Urbici pistorum a collegiarum quoque filiorum **tutelis** excusantur....
27. PAUL.... Urbici autem pistorum a collegiarum quoque filiorum **tutelis** excusantur. sed et si qui in foro suario negotiantur, a **tutelis** habent vacationem.
238. ULP. .... Proinde si mutus surdusque quis sit, sine dubio a **tutela** excusabitur. Hii vero quos valetudo vel furor vel morbus perpetuus excusat, etiam eas **tutelas** quas ante susceperant, deponunt.
243. PAUL.... Paupertas quoque solet tribuere excusationem, quod oneri **tutela**e impar esse videatur.
245. .... Quamvis singula, quae litteris tuis complexus es, non praestent tibi iustas causas excusationis, tamen quia multa simul congruerunt, movere nos possunt, ut excusatio tua a **tutela** recipi possit.
246. .... **tutores** ....

Ho riferito tutti i frammenti, in cui s'incontrano le parole "*tutela, cura, tutor, curator* „ dando ad esse particolare risalto, perchè è facile constatare — così — che *generalmente* le *excusationes* si riferiscono alla sola *tutela* ed avvertire il modo strano col quale la menzione della *cura* accanto alla *tutela* viene eseguita.



Se le *excusationes* fossero state davvero nell'epoca classica comuni alla tutela e alla cura, non pare che i giureconsulti — Ulpiano, specialmente, a cui il maggior numero di questi frammenti appartiene — avessero dovuto sempre parlare della cura accanto alla tutela e non alcune *rarissime* volte soltanto? non pare che, non avendo seguito questa via, Ulpiano dovesse per lo meno nel principio del suo libro *de excusationibus* avvertire che esse riguardavano *la tutela e la cura insieme*, e che quando avrebbe detto “*tutela* „ avrebbe inteso indicare anche la *cura*? che, perciò, nessun bisogno v'era poi di intercalare, qualche *strana* volta, la menzione della cura stessa accanto alla tutela?

Sono dubbii che dinanzi alla mia mente hanno un peso piuttosto grave. Il loro peso risalta, se ci accingiamo a considerare un po' da vicino i frammenti, in cui la menzione della cura è fatta. Poichè questi frammenti sembrano conservare l'impronta di una mano, che non è quella del giureconsulto classico. Vediamoli.

Ulpiano nel fr. 124 dice:

“*Hi quoque, qui sunt ex collegio sex primorum, habent a tutelis excusationem* „.

Poi nel fr. 125 avvertirebbe:

“*Olim varie observabatur circa numerum tutelarum, sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum: nam si quis tres tutelae sive curas habeat, excusatur.*”

Perchè prima semplicemente “*habent a tutelis excusationem* „; ora invece “*tres tutelae sive curas* „? Il fr. 125 è tutto un glossema. E ne ha tutto l'aspetto. Come tale esso è stato considerato anche dal Beseler (<sup>1</sup>). Io ritengo

(<sup>1</sup>) *Beiträge*, II, 1911.

ancora che il motivo da lui addotto (l'uso di *hodie*) non sia un motivo giusto per far vedere la glossa. Da questo punto di vista io la nego ancora (<sup>1</sup>). Ma mi pare che essa balzi evidente dal contrapposto tra “*olim* „ e “*hodie* „: “*olim* „, cioè il tempo di Ulpiano; “*hodie* „, cioè il tempo del compilatore: dal contrapposto tra “*numerum tutelarum* e “*tres tutelae sive curas* „; Ulpiano parlava solo della *tutela*, e il rispettoso compilatore avverte: “*olim varie observabatur circa numerum tutelarum* „; al tempo del compilatore le *excusationes* sono state estese anche alla cura, ed ecco che egli dice: “*sed hodie... si quis tres tutelae sive curas habeat, excusatur* „.

La riprova del glossema è fornita dal successivo fr. 126, dove il dettato genuino di Ulpiano (che di *cura* non aveva parlato), avverte:

“*Haec locuti sumus de tutelis, finitis non inputandis...* „

Un frammento importantissimo: perchè giova anche a far vedere il ritorno della mano del compilatore, che ribadisce:

“*Hodie itaque, ut quis excusetur, tria onera allegare debet sive tutelarum sive curarum etc.* „.

Andiamo innanzi. Il fr. 147 dice:

“*Imperatores nostri constituerunt, ne nisi intra ducentiesimum miliarium senator populi romani cogatur res pupillares administrare. itaque in usu ita servatur, ut ad eas res, quae ultra ducentiesimum lapidem sunt, equestris ordinis viri dentur tutores sive curatores a praetore; et hoc non tantum in eo senatore servatur, qui decreto tutor vel curator datus est, sed et in eo, qui testamento* „.

La costituzione imperiale aveva un riferimento preciso: *res pupillares* amministrare.

(<sup>1</sup>) *Recensione critica* di BESELER, *Beiträge*, II, 1911, in B. I. D. R.

Pertanto: o l'accenno ai " *curatores* ", al " *curator* ", che è fatto poi, allude al *curatore del pupillo* e nessuna prova abbiamo in questo fr. che le *excusationes* dovessero applicarsi anche alla *cura dei minori*: o allude — come io credo — al *curator adulescentis* ed allora il tenore della costituzione imperiale (*res pupillares*) e la forza dell'*itaque* costringono a ritenere che anche qui quell'accenno sia dovuto al tardo compilatore di questi frammenti.

Un altro passo innanzi. Il fr. 186 si esprime così:

" *Tria onera tutelarum excusationem tribuunt. tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio. et ideo qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium habent, vel quibusdam tutor quibusdam curator, unam tutelam suscepisse creditur* ".

Il fr. corrisponde a D. 27. 1. 3. Qui " *curator* " è evidentemente il " *curator* " del pupillo. Lo dimostra il passaggio " *et ideo* "; lo dimostra l'affermazione " *unam tutelam suscepisse creditur* ".

Questo fr., adunque, non riguarda assolutamente la cura dei minori.

Ma si osservi. Il fr. 188, direttamente richiamantesi a questo, avverte:

" *In tribus (oneribus) non imputabitur tutela vel cura, quae affectata est... creditur enim affectasse, qui onus cum posset declinare non recusavit, et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus* ".

Qui la cura dei minori è chiaramente indicata. Ma indicata — a me sembra — non da Ulpiano, sibbene dal suo compilatore.

Ulpiano aveva detto nel fr. 186:

*Tria onera tutelarum excusationem tribuunt. tria onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat...*

Come può, subito dopo, dire nel fr. 188:

" *In tribus non imputabitur tutela vel cura, quae affectata est* " ?

Doveva anche nel fr. 186 parlare di " *cura* "; anche nel fr. 186 parlare di " *numerus adulescentium* ". Se non l'ha fatto, non c'è altro modo di risolvere la *strana cosa* se non ritenendo che " *vel cura* " sia una glossa del compilatore, alla quale richiamandosi egli poi aggiunge tutto il periodo: " *creditur enim affectasse... curator est nominatus* ", che contiene — tra l'altro — in principio una inutile ripetizione (1).

È agevole scorgere il glossema anche nel fr. 211:

" *Ne hi quidem possunt, quos praetor confirmavit testamentum des(ignatos, ut imperator noster Dio)doro praetori rescripsit. proinde si a matre fuerint design(ati, an ii potiores) nominare possint, quaeri potest; et puto eos nomin(are posse, nam de iis tantum) rescriptum est, qui a patre erant designati. Sed hoc erit serv(andum in filio solo, non in) alio virilis sexus per v rilem sexum descenden(te, licet liberti sint tutelae vel)curae destinati: nam et Papinianus respondit libertum a patro(no nepoti ex filio des)tinatum tutorem posse potiolem nominare* ".

Comincio col rilevare che tutti i frammenti precedenti,

---

(1) Aggiungo anche un'altra considerazione, per la quale questo periodo si deve ritenere post-classico. E' già fatta, in esso, menzione del curatore che può rinunciare alla cura della persona di cui fu già tutore, mentre Ulpiano *questo speciale caso* (che non rientra, come dimostrerò propriamente nel campo delle *excusationes*) *enuncia più tardi* nel fr. 200.



a cui questo direttamente si richiama, accennano solamente alla *tutela*: basta scorrere la serie dei frammenti già riferita.

Del resto l'appartenenza di " *vel curae* „ al compilatore può essere dimostrata anche mediante l'esame di questo fr. stesso. Si badi alla motivazione:

" nam et Pap. respondit libertum a patro(no nepoti ex filio des)tinatum *tutorem* posse potioem nominare „.

Come Ulpiano in tutti i ffr. precedenti, così qui Papiniano, da Ulpiano citato, accenna solamente al *tutor*.

Ma, ciò che più dimostra il glossema, è il confronto di questo fr. col successivo fr. 224 dello stesso Papiniano, a cui il richiamo del fr. 211 si riallaccia.

fr. 211:

... sed hoc erit serv(andum in filio solo, non in) alio virilis sexus per virilem sexum descendente, licet liberti sint tutelae [*vel curae*] destinati; nam et Papinianus respondit libertum a patro(no nepoti ex filio des)tinatum *tutorem* posse potioem nominare.

fr. 224:

Pap. libro XI quaestionum respondit verbis orationis fratrum imperatorum libertum, etsi ob aliquod privilegium a *tutelis* vac(et,) patroni tamen patronaeque liberorum *tutor* ut deligatur comprehensum. in numero liberorum pronepos patroni sine dubio continetur. sed potest dici non aliis patroni(patronaeve) liberis libertum hoc debere, quam qui iure patroni hoc sperare possunt, et ideo neque patronae nepotis *tutela* administrare compell(endum pri)vilegio subnixum neque *pupilli*, qui ex filia patroni venit, quia vacatione pr(ae)ter liberos patronorum, qui per virilem sexum descendunt, liberti fruuntur.

Nel fr. 224 non una volta fa capolino la *cura*.

Possiamo ora considerare il fr. 231:

" Paulus libro singulari de excusationibus. Ii qui tres pluresve tutelae [*vel curationes vel permixto modo cuiuscumque*] separatas administrant, excusari a tutela [*curatione*ve] solent. quod si fratrum *tutelam* suscipiant, pro una *tutela* (reput) antur eadem bona „.

Qui pure è utile il confronto di questo fr. col fr. 186, già visto, appartenente ad Ulpiano.

fr. 186:

Tria onera *tutelarum* excusationem tribuunt. tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus *pupillorum* plures *tutelae* faciat, sed patrimoniorum separatio. et ideo qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium habent, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam *tutelam* suscepisse creditur.

fr. 231:

Ii qui tres pluresve tutelae [*vel curationes vel permixto modo cuiuscumque*] separatas administrant, excusari a tutela [*curatione*ve] solent. quod si fratrum *tutelam* suscipiant, pro una *tutela* (reput) antur eadem bona.

Ho già cercato di rilevare come il fr. ulpiano alla sola tutela abbia *sicuro* riferimento, perchè il *curator*, di cui ivi si parla, non può essere altri che il *curator pupilli*. Il fr. di Paolo, invece, chiaramente allude a qualunque cura: anche alla *cura minorum*. Le espressioni " *curationes*ve „, " *curatione*ve „ non possono lasciar dubitare di ciò. Ma esse sono, a mio avviso, glossemi. Innanzi tutto perchè, se quella *excusatio* derivante dai *tria onera* si riferiva anche alla cura, l'avrebbe detto anche Ulpiano nel fr. 186, il quale invece, col menzionare il solo

*curator pupilli*, ci induce a credere che l'*excusatio* non riguardava il *curator minoris* più che se egli di qualunque *curator* non avesse fatto menzione. In secondo luogo, perchè dopo aver già distinto " *tres pluresve* ", Paolo non doveva fare nuove distinzioni col " *vel* " (*tutelas vel curationes vel permixto modo cuiuscumque*), e perchè anche la forma " *curationeve* " è tanto indicata per un glossatore o per un interpolatore, quanto sfuggita dal giureconsulto. In terzo luogo, perchè — nella seconda parte del fr. — della cura non si fa più parola " *quod si fratrum tutelam suscipiant, pro una tutela (reput) antur eadem bona* ".

In fine, per una ragione anche più forte di tutte le precedenti. Il compilatore riferisce l'intestazione del libro di Paolo così:

Paulus libro singularem de *excusationibus*.

Ora noi sappiamo, con l'aiuto dei compilatori (cfr. fr. 11 D. 27. 1), che il libro di Paolo aveva un altro titolo: precisamente:

Paulus libro singularem de *excusatione tutorum* <sup>(1)</sup>.

Che cosa ha fatto il compilatore? Il compilatore dei

---

(1) Non è verosimile che il titolo sia stato fabbricato, così, dai compilatori. Essi anzi avevano tutto l'interesse a seguire il metodo del compilatore dei frammenti vaticani. Non lo seguirono, perchè — per quanti passi della giurisprudenza classica interpolino — sono rispettosi del titolo delle opere che spogliano. È la considerazione di questo grande rispetto, in loro abituale, che è da taluno (così SECKEL *audivi dicentem*: cfr. anche MANIGK, in *Jur. Berliner Wochenschrift*, 1912, n. 1), elevato il dubbio sulla sicurezza del risultato estremo del FEHR, (*Zur Lehre von dem röm. Pfandr.* etc.), secondo il quale sarebbe fattura giustiniana la rubrica del libro di Gaio (de formula *hypothecaria*) e quella del libro di Marciano (ad formulam *hypothecariam*). I compilatori, è vero, citano nel fr. 15 § 16 D. 27. 1: *Ulpianus libro singularem de excusationibus*, mentre il *fragm. Vat.* 189 riferisce lo stesso passo sotto la rubrica " *Ulpianus l. de officio praetoris tutelarum* ", ma trattasi evidentemente di una svista.

frammenti vaticani che voleva accennare, oltre che alla tutela, anche alla cura, non si contentò di mutare il passo di Paolo: mutò perfino l'intitolazione del suo libro sopprimendo la menzione dei *tutori* e al posto del singolare " *de excusatione* " collocando il plurale " *de excusationibus* ".

Dopo aver considerati un po' attentamente questi frammenti, in cui l'opera del glossatore mi sembra palese, credo non sianvi difficoltà per ammettere che nei ffr. 125, 137, 138, in cui la menzione della *cura* è soggiunta a quella della tutela, l'opera di quel glossatore si affermi nuovamente. Prima del fr. 135, dopo il fr. 138, la *cura* non è ricordata più. Poteva, così a sbalzi, ricordarla il giureconsulto?

Non è possibile. Il giureconsulto — Ulpiano, in questo caso — doveva seguire una delle due vie alle quali io accennai dappprincipio. Così a sbalzi, si eseguono le glosse; così a sbalzi Giustiniano in questo campo come in molti altri eseguisce le sue interpolazioni. A questo mirava il compilatore dei frammenti vaticani, ed a questo mirano solitamente e solamente i compilatori del Corpus iuris: affermare il principio nuovo: poco importa se lo affermano di corsa, se lo mettono innanzi di scorcio <sup>(1)</sup>.

I *Frammenti vaticani*, dai quali risulterebbe applicato il regime delle *excusationes* anche alla *cura dei minori*, sono stati passati tutti in questa breve rassegna. Tutti, giacchè il fr. 201 parla, è vero, di *curator*, ma del *cu-*

---

(1) Dell'inciso " *vel curam* " contenuto nel fr. 247 non m'occupo perchè appartiene ad un piuttosto lungo passo ricostruito dall'editore. Noto però come arbitrariamente la ricostruzione sia stata eseguita, perchè il fr. 191, sulle cui tracce la ricostruzione avvenne e doveva avvenire, accenna soltanto alla *tutela*.



*rator mulieris* — cosa ben diversa dal *curator minoris* e da mettersi insieme al *curator pupilli*; e il fr. 200, che alla *cura dei minori* realmente si riferisce, non si riferisce — come in seguito dimostrerò — propriamente all' *excusatio*.

L'ostacolo più grave, che s' affacciava contro la mia ipotesi, mi parrebbe così eliminato. Occorre adesso prendere in considerazione il titolo del Digesto 27. 1 *de excusationibus*: prima di ogni altro testo, i frammenti di Modestino, ricavati dai suoi libri *excusationum*.

Fr. 1. Modestinus libro primo excusationum Ἐρέννιος Μοδεστίνος Ἐγνατίῳ Δέξιτρον. Συγγράφας σύγγραμμα, ὡς ἔμοι δοκεῖ, χρησιμώτατον, ὅπερ παραίτησιν ἐπιτροπῆς [καὶ κουρατορίας] ὠνόμασα, τοῦτό σοι πέπομφα.

(Herennius Modestinus Egnatio Destro. Scriptum a me commentarium ut mihi quidem videtur utilissimum, cui titulum feci excusationem tutelae [et curae], ad te misi).

Fr. 2 pr. Idem libro secundo excusationum Ἀφίενται ἐπιτροπῆς [καὶ κουρατορίας] καὶ οἱ ἑβδομήκοντα ἔτη πεπληρωκότες.

(Liberantur a tutela [et cura] etiam qui annum septuagesimum expleverunt).

Fr. 2 § 2. Ἀφίησιν ἐπιτροπῆς [καὶ κουρατορίας] καὶ πολυπαιδία.

(Liberat a tutela [et cura] etiam numerus liberorum).

Fr. 2 § 4. Δεῖ δὲ εἶναι τοὺς παῖδας, ὅτε οἱ πατέρες δίδονται ἐπίτροποι....

(Esse autem oportet liberos tum cum patres dantur tutores...).

Fr. 2 § 5. Τοῦτο δὲ δοκεῖ μὲν εἰρησθαι περὶ τοῦ κατὰ διαθήκας δοθέντος ἐπιτρόπου.

(Videtur autem hoc dictum esse de tutore testamento dato...).

Fr. 2 § 7. Οὐ μόνον δὲ υἱοὶ ἄφρασιν ἐπιτροπῆς διδόασιν καὶ θυγατέρες, ἀλλὰ....

(Non solum autem filii liberationem a tutela dant et filiae, sed...).

Mi voglio fermare a questo punto. Perché i §§ 4, 5, 7 del fr. 2 dimostrano l' interpolazione dell' inciso καὶ κουρατορίας nel fr. 1 pr., nel fr. 2 pr. e § 2. Come poteva Modestino parlare anche della *cura*, se poi nello stesso fr. 2 al § 4 accenna solo agli ἐπίτροποι, al § 5 parla solo dell' ἐπίτροπος, al § 7 ricorda solo l' ἄφρασις ἐπιτροπῆς? Evidentemente, i compilatori han ritenuto sufficienti quelle interpolazioni per far capire che le *excusationes* riguardavano tanto la tutela quanto la cura dei minori; ma, se ciò realmente già al tempo di Modestino fosse avvenuto, questi non l' avrebbe taciuto, con un silenzio che sarebbe stato errore, in tutti questi ultimi paragrafi.

Ma dove la mano dei compilatori lavora in mezzo all' opera del giureconsulto classico con maggiore audacia e con maggiore larghezza è in un paragrafo successivo.

Fr. 2 § 9. Ἔτι μὴν καὶ οἱ τρεῖς ἔχοντες ἐπιτροπὰς [ἢ τρεῖς κουρατίονας ἢ ἀναμειγμένους τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς] καὶ ἔτι μενούσας, τοῦτ' ἔστιν μήπω ἐκβάντων τὴν ἡλικίαν τῶν ἀφηλίκων, οὗτοι ἀφίενται εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν [ἢ κουρατορίαν] καλούμενοι. [ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ἦ μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ μαινομένον, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὐτὴ ὑπολογισθῆσεται ἢ κουρατορία]. ὅπερ οὕτως ἔχειν διδάσκει διδάταιξιν Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου λέγει καὶ ὁ κράτιστος Οὐλπιανὸς περὶ τῶν τριῶν ἐπιτροπῶν ταῦτα.

(Praeterea etiam qui habent tres tutelas [vel tres curas vel permixtas tres tutelas curasve] easque adhuc durantes, id est eorum qui nondum pervenerunt ad suam aetatem, ii liberantur ad quartam tutelam [curamve] vocati. [sed etiam

*si curator quis sit non adulescentis, sed furiosi, in numero curarum et haec cura computatur.*] quod ita se habere ostendit constitutio Severi et Antonini. dicit etiam praestantissimus Ulpianus de tribus *tutelis* haec).

Mi sembra cosa molto agevole vedere qui interpolato l'accento alla cura dei minori. Ci fornisce il mezzo di scoprire l'interpolazione proprio la parte finale dello stesso fr.: και ὁ κράτιστος Οὐλιπιανὸς περὶ τῶν τριῶν ἐπιτροπῶν ταῦτα.

Se *anche* (καί!) Ulpiano parlava soltanto τριῶν ἐπιτροπῶν, vuol dire che altrettanto doveva fare Modestino. E che Ulpiano in realtà accennasse alla tutela, non anche alla cura, ci è attestato dal fr. vat. 186, che già abbiamo veduto. Ulpiano in questo fr. ricorda "tria onera *tutelarum* „. Modestino invece "τρεῖς ἐπιτροπὰς [ἢ] τρεῖς κουρατίνας ἢ ἀναμεμιγμένας τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς „. Il fr. vat. genuino è decisivo per dimostrare l'interpolazione di questo fr. 2 § 9 D. h. t.

A dimostrare vieppiù l'interpolazione giova l'affermazione, che può essere soltanto compilatoria:

ἀλλά μὴν κἄν κουράτωρ τις ἦ μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὐτὴ ὑπολογισθήσεται ἢ κουρατορία.

([*Sed etiam si curator quis sit non adulescentis, sed furiosi, in numero curarum et haec cura computatur*]).

Questa affermazione corrisponde ad un'altra, contenuta poco innanzi nel fr. 3 § 2 D. 26. 7 (Ulp. l. 35° ad ed.):

"[*Non tantum autem adulescentis*] curator [*sed etiam*] furiosi vel prodigi ut suspectus removeri potest „.

Io ho cercato di dimostrare <sup>(1)</sup> che un procedimento

(1) Di alcune innovazioni giustinianee riguardanti la cura minorum, in *Zeitschr. d. S. St. f. Rechtsg.*, 1912.

di pensiero siffatto non può essere classico. Potrebbe essere classico il procedimento inverso.

Il giureconsulto classico avrebbe potuto dire di estendere una regola in vigore per la cura del furioso e del prodigo (di più antica origine) alla recente cura dei minori; ma non poteva assolutamente dire l'opposto. L'opposto lo dice Giustiniano, che alla cura dei minori ha dato una preminenza assoluta su tutte le altre: quel procedimento di pensiero è soltanto suo.

Come Ulpiano nel fr. 3 § 2 D. 26. 7 doveva soltanto dire che anche il *curator furiosi vel prodigi* può essere rimosso come *suspectus*, così qui Modestino nel fr. 2 § 9 doveva dire che, come *ita se habere ostendit constitutio Severi et Antonini*, anche la cura del furioso poteva, agli effetti della *excusatio*, essere computata come una tutela. Ma nè Ulpiano nè Modestino potevano *in quella forma* parlare della cura del minore. I compilatori hanno alterato i due vicini frammenti nell' *identico* modo.

Il fr. 4, che ora passiamo a considerare, mentre ribadisce le interpolazioni sin qui avvertite, ci fornisce il mezzo di scoprire anche quelle che esso contiene.

Modestinus libro secundo excusationum Ἐφαμεν τρεῖς ἔχοντας ἐπιτροπὰς εἰς τετάρτην μὴ καλεῖσθαι....

(Diximus eos qui tres *tutelas* habeant ad quartam non vocari....).

ἐάν τις ἐν δύο ὦν ἐπιτροπαῖς εἶτα εἰς ἐπιτροπὴν τρίτην προβληθεὶς ἐκκαλέσθαι καὶ ἔτι μετεώρου οὔσης τῆς δίκης τῆς ἐπὶ τῇ ἐκκλήτῳ εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν προβληθῆ....

(Si quis duas *tutelas* sustinens, deinde ad tertiam *tutelam* nominatus appellaverit et pendente adhuc iudicio *appellationis* in quartam *tutelam* nominetur....).

Ἐὰν πατὴρ ἐν τρισὶν ἢ φροντίσιν [ἢ] ἐπιτροπῶν [ἢ] κουρατοριῶν], ὁ υἱὸς αὐτοῦ οὐκ ἐνοχληθήσεται....



τοῦτο δὲ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου ἐστίν, ὡς δεῖν τὰς τοῦ υἱοῦ ἐπιτροπὰς ἄνεσιν τῷ πατρὶ διδόναι....

γράφει δὲ καὶ Οὐλπιανὸς ὁ κρᾶτιστος ταῦτα.

(Si pater tria onera sustineat [sive] tutelarum [sive curarum], filius eius non onerabitur....

Id etiam e contrariis valet: scilicet debent filii *tutela*e patri liberationem parare.... scribit etiam praestantissimus Ulpianus haec.

Ecco perchè ho avvertito che questo fr. 4 giova a far ritenere le alterazioni giustiniane, nei precedenti frammenti avvertite. Se veramente fossero di Modestino i precedenti accenni alla cura dei minori, perchè egli dice:

Ἐφαμεν τρεῖς ἔχοντας ἐπιτροπὰς εἰς τετάρτην μὴ καλεῖσθαι? Perchè non dice invece:

τρεῖς ἔχοντας ἢ ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας?

E perchè in tutto il pr. di questo fr. 4 egli parla soltanto di ἐπιτροπή? Mi pare che non si possa ritenere altro, se non che *semper* — anche prima — Modestino doveva parlare soltanto della tutela.

L' interpolazione dell' accenno alla cura fatto nel § 1 è facilmente rilevabile.

Dopo aver detto:

Ἐὰν πατὴρ ἐν τρισὶν ἢ φροντίσιν [ἢ] ἐπιτροπῶν [ἢ] κουρατορίων], ὁ υἱὸς αὐτοῦ οὐκ ἐνοχληθήσεται perchè dice:

τοῦτο δὲ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου ἐστίν, ὡς δεῖν τὰς τοῦ υἱοῦ ἐπιτροπὰς ἄνεσιν τῷ πατρὶ διδόναι?

Perchè prima parlare di tutela e di cura, poi — subito dopo — di tutela soltanto?

Si può pensare che nel primo passo interpolassero la menzione della cura i compilatori ed ommettessero di farlo qui, ma io non posso far risalire l'ommissione a Modestino.

Tanto più che Modestino, in fondo, avverte:

γράφει δὲ καὶ Οὐλπιανὸς ὁ κρᾶτιστος ταῦτα.

Ora noi sappiamo dal fr. 186 dei *Frammenti vaticani* che Ulpiano conosceva soltanto *onera tutelarum*, non anche *onera curarum*.

L' interpolazione del successivo fr. 6 § 1 è possibile constatare col confronto dei *Frammenti vaticani*.

Fr. vat. 149:

Philosophis quoque et medicis et rhetoribus et grammaticis, quibus per hanc professionem immunitas dari solet, etiam vacatio a *tutelis* datur tam divorum principum rescriptis quam imperatorum nostrorum.

Fr. 6 § 1 D. 27. 1:

Γραμματικοί, σοφισταί, ῥήτορες, ἰατροὶ οἱ περιοδεύται καλούμενοι ὡσπερ τῶν λοιπῶν λειτουργιῶν οὕτως δὲ καὶ ἀπὸ ἐπιτροπῆς [καὶ κουρατορίας] ἀνάπανσιν ἔχουσιν.

(Grammatici, sophisti, rhetores, medici qui dicuntur circitores ut a reliquis muneribus, ita etiam *tutela*e [*curaeque*] vacationem habent.

I compilatori interpolarono qui [καὶ κουρατορίας]: non lo fecero in seguito. Perchè Modestino poi nel § 5, come Ulpiano nei *Frammenti vaticani*, dice:

Καὶ φιλοσόφους δὲ ἀπολύεσθαι ἐπιτροπῶν Παῦλος γράφει οὕτως.

(Philosophos quoque a *tutelis* liberari Paulus scribit sic).

L' interpolazione del fr. 7 § 16 D. h. t. si può pure provare col confronto dei non alterati *Frammenti vaticani*.

Fr. vat. 146 :

Qui Romae magistratu funguntur, quamdiu hoc funguntur, dari tutores non possunt.

Fr. 7 § 16 D. h. t. :

Ἀφίενται ἐπιτροπῆς [καὶ κουρατορίας] στρατηγοὶ τῶν πόλεων.

(Excusantur a tutela [vel cura] magistratus municipales).

Il confronto è sufficiente. Non tralascio di notare però che, nei paragrafi precedenti e seguenti, la *cura* non è ricordata mai.

Così è notevole che tutto il lungo fr. 8 non contiene un solo accenno alla *cura*.

Questo accenno ricompare nel fr. 12 § 1 :

Εἰσὶν καὶ ἄλλοι, οἳ, κἂν ἤδη ὧσιν ἐπίτροποι [ἢ κουράτορες], διηνεκῶς λοιπὸν ἀπολύονται τῆς φροντίδος, οἷον οἱ τὴν ἐστίαν ἀλλαγῶ μεταθεῖναι τυχόντες ἐξ ἀντιγραφῆς βασιλέως, εἰδότες μὲν αὐτὸν ἐπιτροπεύειν, τὸ δὲ μετοικῆσαι θητῶς αὐτῷ φιλοτιμουμένου, καὶ τούτων ἐκάτερον δηλοῦντος τοῖς γράμμασιν.

(Sunt alii quoque, qui, cum iam sint tutores [curatoresve], in perpetuum deinceps onere liberantur, verbi gratia qui sedes alio transtulerunt ex rescripto principis, qui sciat eum tutorem esse et domicilii translationem expresse ei largiatur et utrumque litteris significet).

L' interpolazione delle parole [ἢ κουράτορες] è resa — mi sembra — evidente dall'accenno alla sola tutela (εἰδότες μὲν αὐτὸν ἐπιτροπεύειν), che è fatto poi.

Veniamo al fr. 13 pr. :

Mod. libro quarto excusationum Εἰδέναι χρὴ ὅτι οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι οὔτε οἱ κατὰ διαθήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν, ὡς δηλοῖ διάταξις τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντονίνου. [τοῦτο δὲ παραφυλάττειν δεῖ καὶ ἐπι

τῶν χειροτονηθέντων κουρατόρων. ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων].

(Sciendum est neque a magistratu datos tutores neque testamento datos necessitatem habere appellandi, ut declarat constitutio divorum Severi et Antonini. [id observandum est etiam in curatoribus a magistratu datis, nam omnino vix differunt curatores e tutoribus]).

Che tutto il periodo [τοῦτο δέ... ἐπιτρόπων] sia interpolato, mi par chiara cosa. La costituzione di Severo e di Antonino parlava dei soli *tutori*.

Modestino avvertirebbe : bisogna intendere che ciò valga anche per i curatori dativi, perchè non c'è — si può dir — differenza tra curatori e tutori. Ora : poteva Modestino motivare così? La motivazione è propria di Giustiniano, può appartenere soltanto all'epoca in cui i due istituti della tutela e della cura si sono in realtà fusi e confusi insieme ; non all'epoca classica, nella quale erano ancora istituti ben distinti.

Il fr. 13 §§ 1-5, che accenna al tempo entro il quale la *excusatio* deve essere fatta valere e che riferisce l'*excusatio* alla tutela e alla *cura*, è pure, per questo secondo riferimento, in modo visibile alterato.

§ 1 :

Πολλὰ δὲ παραφυλάττειν προσήκει, ἵνα ἐπιτραπῶσιν ἐπίτροποι [ἢ κουράτορες] τὰ δίκαια παρασχέσθαι τῆς ἀφέσεως.

(Sed multa observanda sunt, ut liceat tutoribus [curatoribusve] causas excusationis proferre).

τοῦτο δὲ διαφέρει καὶ τοῖς κατὰ διαθήκας δοθεῖσιν, [ἐὰν τε ἐπίτροποι ὧσιν ἐάν τε κουράτορες, οὓς κουράτορας βεβαιουῦσθαι ἔθος ὑπὸ τοῦ ἡγουμένου].

(hoc pertinet etiam ad testamento datos, [sive tutores



*sint sive curatores, qui curatores confirmari solent a praeside*]).

§ 3:

Παραφυλάξουσιν δὲ ταύτην τὴν προθεσμίαν πάντες οἱ ὁπωσοῦν παραιτούμενοι ἐπιτροπὴν [ἢ κουρατορίαν] ἢ μέρος γε ταύτης.

(Hoc spatium observabunt quicumque a tutela [*curave*] parteve eius se excusant).

§ 5:

Οὕτως δὲ ἐπάναγκές ἐστιν φυλάττειν τὴν προθεσμίαν, ὅτι κἂν δικαιολογησάμενος ἀφεθῆ, μὴ ἐλευθεροῦσθαι αὐτὸν οἱ δεῖοτατοι Σεβῆρος καὶ Ἀντωνῖνος δηλοῦσις, ἐν διατάξει κελεύσαντες μὴ κρατεῖσθαι τὸν εἰς τόπον αὐτοῦ χειροτονηθέντα, ὡς οὐκ ἔξὸν δεδομένον εἰς τόπον ὄντος ἐπιτρόπου.

(Et ita necessarium est spatium servare, ut ne eum quidem liberatum esse, qui causa peracta excusatus sit, divi Severus et Antoninus in constitutione declararint, *tutorem* esse negantes eum, qui in locum eius datus sit, ut pote non licito datum in locum eius qui sit tutor).

Questo § 5, in cui si accenna soltanto al *tutor*, può già per sè dimostrare l'interpolazione dell'accenno al *curator*, fatto due volte nel § 1, una volta nel § 3: i varii paragrafi sono tra loro strettamente connessi e riguardano la stessa cosa. L'interpolazione, del resto, si rende anche palese attraverso il fra. vat. 155, dove Ulpiano tratta la cosa che tratta qui Modestino.

“ Igitur observandum deinceps erit, ut qui *tutor* datus (sit), si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more, (nec) infinitum captiosi silentii temp(us), per qu(od) lis interfrigescat, concessum sibi credant. hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere

aut capessere administrationem, ac nisi id feceri(n)t, in ea causa for(e), in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt periculo suo eos cessare „.

Un'altra volta la menzione della cura è interpolata nel fr. 13 § 12:

Οἱ γὰρ παρανόμως δοθέντες ἐπίτροποι, τοῦτ' ἔστιν ἢ ὑφ' ὧν μὴ ἔχρη, ἢ οὔτοι οὐδ' μὴ ἔχρη, ἢ οἷς μὴ ἔχρη... ἐάν μήτε βεβιωθῶσιν μήτε ἐφάπωνται ταῦ χειρισμοῦ, εἰσὶν ἀνεύθυνοι....

(Nam qui non iure dati sunt *tutores* id est aut a quibus non debuerunt, aut qui non debuerunt, aut quibus non debuerunt... si neque confirmantur neque administrationem attigerunt, liberi sunt...).

Divi Severus et Antoninus Augusti Narcisso. Ab avo materno *tutor* datus necesse non habuisti excusari, cum ipso iure non teneris: si igitur administrationi te non miscuisti, potes esse securus.

ὁμοίως δὲ καὶ ἐὰν τὸν μὴ ὑποκείμενον τῇ δικαιοδοσίᾳ χειροτονήσωσιν οἱ ἄρχοντες ἐπιτρόπον [ἢ κουράτορα]... .

(*Idem* est si iurisdictioni non subiectum magistratus tutorem [*curatoremve*] fecerunt...).

Prima, in questo paragrafo, si accenna soltanto al *tutore*. In fine sopravviene anche l'accenno al *curatore*. Il quale, perciò, è interpolato. Tanto più che il giureconsulto usa il passaggio: ὁμοίως.

Interpolato è l'accenno al *curator* anche nel fr. 14:

Mod. libro quinto excusationum Ἀπελεύθερον ἐν τῷ λόγῳ τῷ περὶ ἀφέσεως ἐπιτρόπων [καὶ κουρατορων] εἰδέναι δεῖ, ὅτι οὐ μόνον τοῦ πατρὸς τοῦ ὀρφανοῦ, ἀλλὰ καὶ μητρὸς νοεῖσθαι χρή.

(Libertum in tractatu de excusatione tutorum [*et curatorum*] scire oportet non solum patris *pupilli* sed matris quoque intellegi).

Giacchè il § 4 di questo stesso fr. avverte:

Ἐὰν πολλοὶ ἀπελευθερώσωσιν ἓνα, πάντων τοῖς τέκνοις ἐπίτροπος δοθήσεται καὶ ἀπὸ τριῶν ἐπιτροπῶν οὐκ ἀπολυθήσεται.

(Si plures eundem manumiserint, omnium liberis is tutor dabitur nec excusabitur propter tres *tutelas*).

Del *curatore* in questo § 4, col precedente strettamente connesso, non è fatta più parola.

Utile, del resto, per ribadire meglio qui l'interpolazione è il richiamo del fr. vat. 160:

“ Libertus sicut excusare se a *tutelis*, ita (etiam) potiore nomine nominare potest „.

Chiaramente interpolato è anche il fr. 15 § 3: Mod. libro sexto excusationum. Εἰ δέ τις ἐπίτροπος [ἢ κουράτωρ] ὧν μὴ συγκλητικὸς ἢ ἄλλως ἀξιωματικοῦ, εἶτα ὕστερον γένηται συγκλητικὸς, διηνεκῶς ἀπολύεται τῆς φροντίδος. εἰ εἰ οἱ ἐπιτροπεύομενοι [ἢ κουρατορευόμενοι] παρ' αὐτοῦ παῖδες ἦσαν συγκλητικοῦ, οὐκ ἀπολύεται τῆς ἐπιτροπῆς.

(Si quis “ non senatorii ordinis, *ins.* „ eius qui neque senatoriae condicionis neque alioquin speciosus est, tutor [*curatorve*] constitutus deinde fiat senator, in perpetuum onere liberatur: sed si quorum tutelam [*curamve*] gerebat liberi erant senatoris, a *tutela* non liberabitur).

Ben visibile è l'interpolazione. Prima: ἐπίτροπος ἢ κουράτωρ — ἐπιτροπεύομενοι ἢ κουρατορευόμενοι. Poi il § si chiude semplicemente così: οὐκ ἀπολύεται τῆς ἐπιτροπῆς — senza alcun accenno alla *cura*. Potevano, così, dimenticare di eseguire l'interpolazione i compilatori: non poteva così scrivere il giureconsulto.

La menzione delle *cura* fa capolino ancora nel § 4:

Ὅμοίως δὲ ὁ καταδεεστέρως τάξεως ὧν οὐ παραιτήσεται ἐπιτροπεύειν [ἢ κουρατορευεῖν] τῶν μειζόνων.

(Similiter qui inferioris ordinis est a superioris qui sunt tutela [*curave*] non excusabitur).

Come un'altra volta abbiamo già potuto constatare, così possiamo anche qui rilevare che il passaggio omoios obbliga a ritenere l'interpolazione dell'accenno alla *cura*. Le parole [ἢ κουρατορευεῖν] sono compilatorie.

Per varii paragrafi, della *cura* non si parla più: essa ritorna le ultime volte nel § 13 e nel § 15.

§ 13:

Ὁ ἀπολυθεὶς ἐπιτροπῆς [ἢ κουρατορίας] οὐ πάντως τοῖς ὑπομνήμασιν πρὸς ἄφεσιν ἑτέρας χειροτονίας χρήσεται, ἐὰν μὴ ὑπάρχη αὐτῷ δίκαια ἀφέσεως.

(Excusatus a tutela [*curave*] non omnino actorum ratione ab alia nominatione liberabitur, nisi habet causas excusationis).

§ 15:

Ἐσθ' ὅτε καὶ ὁ τρεῖς ἔχων ἐπιτροπὰς [ἢ κουρατορίας] οὐκ ἔχει δίκαιον ἀφέσεως, οἷον ἐὰν τις ἐπιτηδεύσῃ ἀναδέξασθαι. ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος ἐπιτηδεῦσαι δοκεῖ.

(Interdum etiam qui tres *tutelas* [*curasve*] habet causam excusandi se non habet, ut si quis eas suscipere affectavit: affectasse autem videtur vel is qui tenuioris *tutor* factus est).

La parte finale di questo § 15 “ ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος ἐπιτηδεῦσαι δοκεῖ „ lascia scorgere come e in questo paragrafo e nel precedente § 13 la menzione della *cura* sia interpolata.

Ho finita, così, l'analisi del lungo passo tolto dai libri *excusationum* di Modestino. I compilatori — ora si può fare il rilievo — hanno adottato, nell'interpolare qua e là il lungo passo di Modestino, il metodo di cui già si era servito il tardo compilatore dei *Frammenti vaticani*.

Nè l'uno nè gli altri osarono *ex novo* pareggiare sicuramente la tutela e la cura dei minori: rendere a prima



vista evidente che le *excusationes* sia nel primo sia nel secondo istituto sono applicate sempre nello stesso modo.

I compilatori alterarono con maggior frequenza, collocarono più volte la cura accanto alla tutela, ma neppur essi andarono più in là, verso quel punto dove era possibile e logico per essi andare. Nè vi andò il compilatore romano-ellenico, nè vi andarono i compilatori giustinianeî, perchè a quello e a questi sembrava che l'andarvi fosse inutile. L'intercalazione della *cura dei minori* fatta qua e là, non metodicamente eseguita, era sufficiente per fare intendere che anche a questo istituto le *excusationes* dovevano essere applicate. Non si cercava altro.

Credo ad ogni modo che l'esegesi, condotta attraverso i *Frammenti vaticani* e questo lungo passo ricavato dai libri *excusationum* di Modestino, riesca già a non far considerare come avventata la mia ipotesi. La quale, anzi, più cammino si compie, più mi sembra possa avere buon fondamento.

Convieni ora passare in rassegna tutti i frammenti contenuti, oltre quelli tolti dai libri *excusationum* di Modestino, in questo titolo del Digesto XXVII. I. Sorprende come la maggior parte di questi frammenti accennino soltanto alla *tutela*. E' bene richiamarli tutti.

Accennano soltanto alla *tutela* i seguenti ffr. :

3. (ULPIANUS, *libro singulari de officio praet. tutelarîs*)
5. (ULPIANUS, *ibidem*)
7. (ULPIANUS, *libro singulari excusationum*)
9. (ULPIANUS, *libro singulari de officio praetoris tutelarîs*)
11. (PAULUS, *libro singulari de excusationum tutorum*)
17. (CALLISTRATUS, *libro quarto de cognitionibus*)
18. (ULPIANUS, *libro vicesimo ad legem Iuliam et Papiam*)
20. (IULIANUS, *libro vicesimo digestorum*)
21. (MARCIANUS, *libro secundo institutionum*)

22. (SCAEVOLA, *libro primo regularum*)
23. (ULPIANUS, *libro secundo responsorum*)
25. (ULPIANUS, *libro secundo de officio proconsulis*)
27. (MARCIANUS, *libro quinto regularum*)
28. (PAPINIANUS, *libro quinto responsorum*)
29. (MARCIANUS, *libro secundo institutionum*)
31. (PAULUS, *libro sexto quaestionum*)
33. (PAULUS, *libro vicesimo tertio quaestionum*)<sup>(1)</sup>
34. (PAULUS, *libro septimo quaestionum*)
35. (PAULUS, *libro vicesimo tertio quaestionum*)
37. (SCAEVOLA, *libro secundo responsorum*)
40. (PAULUS, *libro secundo sententiarum*)
42. (PAULUS, *libro singulari de cognitionibus*)
43. (HERMOGENIANUS, *libro secundo iuris epitomarum*)
45. (TRYPHONINUS, *libro tertio decimo disputationum*)
46. (PAULUS, *libro singulari de cognitionibus*).

Accennano, oltre che alla tutela, anche alla *cura* i seguenti ffr. :

44. (TRYPHONINUS, *libro secundo disputationum*)
41. (HERMOGENIANUS, *libro secundo iuris epitomarum*)
37. (PAULUS, *libro nono responsorum*)
32. (PAULUS, *libro septimo quaestionum*)
30. (PAPINIANUS, *libro quinto responsorum*)
16. (MODESTINUS, *libro secundo responsorum*).

Ritengo questi cinque frammenti interpolati. E per facili indizi. Vediamoli.

Fr. 45 (Tryph.) " Cum ex oratione divi Marci ingenuus libertino *tutor* datus excusari debeat, eandem excusationem competere etiam ei, qui ius anulorum impetrasset, imperator noster cum divo Severo patre suo rescripsit. § 1. Ergo si *pupillo* libertino habenti ius anulorum datus sit tutor [*vel curator*], consequens est, ut excusatio eius ob hanc condi-

<sup>(1)</sup> Il fr. é però tutto alterato (FABRO, KRÜGER).

cionum diversitatem non debeat accipi. § 2. At si antequam pupillus [*vel pubes minor annorum viginti quinque*] ius anulorum acciperet, Lucius Titius ei datus ut ingenuus excusatus fuit, post impetratum beneficium denuo eidem tutor [*curatorve*] dari poterit, exemplo eo, quo placuit et rescriptum est, eum, qui tempore, quod intra annum erat ex quo rei publicae causa abesse desierat, excusatus fuit, praeterito eo ipsum suo loco dari posse. § 3. Et quamvis libertinus, qui senatori patrono procurat, excusationem ab aliorum *tutela* habeat, iste tamen, qui ius anulorum impetravit, qui in ordinem ingenuorum transit, tali excusatione uti non posset „.

Chi non vede come qui le espressioni “ *vel curator — vel pubes minor annorum viginti quinque — curatorve* „ siano interpolate? La loro interpolazione è chiaramente lasciata vedere dal solito vezzo dei compilatori di fare un'alterazione del testo classico, parziale, a sbalzi; non completa, non metodica. Scrivono “ tutor [*vel curator*]; pupillus [*vel pubes minor annorum viginti quinque*]; tutor [*curatorve*] „: scrivono così, e prima riferiscono esattamente il testo classico scrivendo “ *libertino tutor datus; si pupillo libertino habenti ius anulorum datus sit* „, e dopo lasciano pure immutato il testo classico scrivendo ancora “ *excusationem ab aliorum tutela* „.

Per lo stesso evidente motivo è interpolato il precedente fr. 41 (Hermog.):

“ *Administrantes rem principum ex indulgentia eorum, licet citra codicillos, a tutela [itemque cura] tempore administrationis delata excusantur. § 1. Idemque custoditur in his, qui praefecturam annonae vel vigillum gerunt. § 2. Eorum, qui rei publicae causa absunt, comites, qui sunt intra statutum numerum, de tutela, quae absentibus*

*vel profecturis delata est, excusantur: nam susceptam antea non deponunt. § 3. Qui corporis, item collegii iure excusantur, a collegiarum filiorumque eorum tutela non excusantur, exceptis his, quibus hoc specialiter tributum est „.*

L' inciso “ *itemque cura* „ è certamente interpolato, perchè Ermogeniano poi non parla che della *tutela*.

Passiamo ora al fr. 36 § 1 (Paul).

“ *Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut [curatores] accipere debeat: quaero, si idem Titius pater petente eodem filio emancipato curator a praetore detur, an iure publico uti possit et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare. respondi praemium [quidem] patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere. [sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse temptaverit „].*

Il “ *quidem* „ e tutto il periodo finale “ *sed... temptaverit* „ sono già stati riconosciuti interpolati dal Kipp (Krüger). Sicchè a me non resta che di dimostrare l'interpolazione di “ *curatores* „. Ora, a me par chiara l'origine compilatoria di questa parola. Perchè il plurale: *curatores*?

Così non scriveva Paolo, il quale doveva, anzi che del *curator*, parlare del *tutor*. I compilatori qui, invece di aggiungere, sostituiscono (1).

Testo evidentemente interpolato è il fr. 32, anch'esso di Paolo.

“ *Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Mater filium suum pupillum [vel quivis alius extraneus extraneum aequè pu-*

(1) Forse indotti dal fatto che, per quanto riguardava la *tutela* del figlio emancipato, avevano già riferito un passo ulpiano. — Cfr. il fr. 15 § 16 D. h. t.



*pillum*] scripsit heredem et Titio legatum dedit eumque eidem pupillo *tutorem* adscripsit: Titius confirmatus excusavit se a *tutela*: quaero, an legatum amittat. et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit datusque a praetore tutor excuset se, an aequè repellendus sit a legato? et an aliquid intersit, si a patre [*vel*] emancipato pupillo datus sit [*vel puberi curator*]? respondi: qui non iure datus tutor [*vel curator*] a patre, confirmatus a praetore excusationis beneficio uti maluit, repellendum est a legato: idque et Scaevolae nostro placuit: nam praetor, qui eum confirmat *tutorem*, defuncti sequitur iudicium. idem in matris testamento dicendum est. [*similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit eique et in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri*]. recte ergo placuit eum, qui recusat id quod testator relinquit ab eo quod petit quod idem dedit repelli debere „.

Io ritengo tutto l'inciso [*vel quivis... aequè pupillum*] e conseguentemente tutto il periodo [*similis est... alumni nostri*] derivanti da una interpolazione. La forma stessa, con cui è fatta, la rende palese. Ma il rilievo di questa interpolazione a me qui non importa. A me qui importa rilevare l'interpolazione del *curator* accanto al *tutor*. Ora, questo rilievo è - se non erro - estremamente facile. Anzi tutto, perchè - prima e dopo l'eseguita interpolazione - il discorso del giureconsulto non accenna al *curator*.

Prima avverte: “ eumque eidem *pupillo tutorem* adscripsit - excusavit se a *tutela*; si testamento quidem *tutor* non sit scriptus „.

Dopo avverte: “ pretor, qui eum confirmat *tutorem* „.

All'interpolazione eseguita non badano più neppure i compilatori nel periodo, tutto da loro - secondo me - interpolato, perchè scrivono “ in *tutore dando* „.

Così dicasi di tutto il resto del passo.

In secondo luogo Nesennio Apollinare aveva a Paolo sottoposto un caso determinato, preciso, concreto, nè doveva e tanto meno voleva sbizzarrirsi in ipotesi. Nesennio Apollinare si riferiva solamente al caso del *pupillo* e per questo *caso* faceva al giureconsulto le varie domande.

Consideriamo ora il fr. 30 (Pap.):

“ Iuris peritos, qui *tutelam* gerere coeperunt, in consilium principum adsumptos optimi maximique principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet § 1. Cum oriundus ex provinciis Romae domicilium haberet, eiusdem [*curator*] decreto praesidis ac praetoris constitutus rerum administrationem utrobique susceperat placuit eum duas [*curationes*] administrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur § 2. Qui privilegio subnixus est, fratrum [*curationem*] suscipere non cogitur § 3. Patronus *impuberi* liberto quosdam ex libertis tutores [*aut curatores*] testamento dedit. quamvis eos idoneos esse constet, nihilo minus iure publico poterunt excusari, ne decreto confirmentur „.

Non credo troppo ardito l'affermare che “ *curator* „ sia stato interpolato invece di “ *tutor* „; “ *curatio* „ invece di “ *tutela* „. I compilatori si diportarono nell'interpolare questo fr., come si diportarono nell'interpolare il fr. 36 § 1 di Paolo. Sostituirono, cioè, la menzione di un istituto a quella dell'altro. La sostituzione a me pare molto verosimile, non tanto perchè, prima e dopo, il discorso del giureconsulto ha riferimento alla tutela, quanto perchè il desiderio dei compilatori di dar risalto in questo fr. all'istituto della cura è fatto palese dalla sicura interpolazione, da essi introdotta nel § 3: [*aut curatores*]. Al liberto *impubere* il patrono doveva per testamento dare soltanto *tutores*!

Finalmente alterato è il fr. 16 (Mod). " Gaius testamento Nigidium filio suo tutorem dedit eundemque usque ad vicensimum quintum annum curatorem constituit: quaero [cum liceat Nigidio a curatione etiam citra appellationem se excusare, ex qua die tempora, quae in excusationibus observanda divus Marcus statuit, computanda sunt, utrum ex die aperti testamenti, an ex quo ad negotia gerenda vocatur, id est post quartum decimum annum completum]. Modestinus respondit [excusationem a cura tunc necessariam esse cum decreto praetoris seu praesidis confirmatus curator fuerit].

Ritengo i due lunghi incisi interpolati: ben diversa la risposta di Modestino. Quali indizi formali della interpolazione rilevo: *quaero... utrum... an... computanda sunt* (indic.); *ex qua die* (femm.!) che poi diventa *ex quo* (masch.); *id est*. Ma più che questi varii indizi formali, un gravissimo indizio sostanziale fa scorgere qua l'interpolazione. Basta richiamare un testo genuino: Paul. Sent. II. 27. 2:

" *Ad curam eius, cuius quis tutelam administravit, invitus vocari non potest* „.

Si badi: *invitus!* Il tutore del pupillo, — quando questi sarà divenuto pubere — diventerà suo curatore *soltanto se vorrà*. Niente bisogno di *excusatio*, quindi!

E così doveva decidere Modestino. Dire, cioè, in qual tempo l'*excusatio* dalla tutela doveva essere addotta e soggiungere che per la cura di *excusatio* non c'era bisogno, perchè il tutore non poteva *invitus* essere nominato *curator*.

Per corroborare la presente indagine bisogna passare in rassegna tutti i passi del Digesto, dove si incontrano ancora le parole "*excusatio, excusare, excusatus* „ per

vedere se alcuna volta esse hanno riferimento alla *cura dei minori*, e se, avendolo, non sia possibile scoprire l'interpolazione.

Il maggior numero dei testi si riferisce soltanto alla *tutela*. Sono i seguenti:

- 23. 2. 60 (PAULUS, *l. sing. ad orat. divi Anton. et Comm.*)<sup>(1)</sup>
- 26. 2. 11. 1 (ULPIANUS, *l. trigesimo septimo ad Sabinum*)
- 26. 7. 7. 1 (ULPIANUS, *l. trigesimo quinto ad edictum*)
- 26. 2. 25 (MODESTINUS, *l. quarto pandectarum*)
- 26. 2. 34 (SCAEVOLA, *l. decimo digestorum*)
- 26. 4. 3. 8 (ULPIANUS, *l. trigesimo octavo ad Sabinum*)
- 26. 5. 16 (PAULUS, *l. septuagesimo tertio ad edictum*)
- 26. 5. 26 (SCAEVOLA, *l. secundo responsorum*)
- 26. 5. 27. 1 (HERMOGENIANUS, *l. secundo iuris epitomatorum*)
- 26. 6. 2. 2 (MODESTINUS, *l. primo excusationum*)
- 26. 7. 53 (PAULUS, *l. secundo decretorum*)
- 27. 3. 9 (ULPIANUS, *l. vicensimo quinto ad edictum*)
- 27. 6. 7. 2 (ULPIANUS, *l. duodecimo ad edictum*)
- 30. 111 (MARCIANUS, *l. secundo institutionum*)
- 34. 9. 5. 2 (PAULUS, *l. primo de iure fisci*)
- 36. 1. 76 (74) 1 (PAULUS, *l. secundo decretorum*)
- 37. 14. 3 (MARCIANUS, *l. secundo institutionum*)
- 38. 17. 2. 23, 33, 38, 39 (ULPIANUS, *l. tertio decimo ad Sabinum*)
- 40. 5. 41. 2, 3 (SCAEVOLA, *l. quarto responsorum*)
- 26. 2. 29 (PAPINIANUS, *l. quinto decimo responsorum*)
- 26. 6. 4. 1 (TRYPONINUS, *l. tertio decimo disputationum*)
- 26. 7. 1. 1 (ULPIANUS, *l. trigesimo quinto ad edictum*)
- 34. 9. 5. 16 (PAULUS, *l. primo de iure fisci*)
- 48. 10. 1. 10 (MARCIANUS, *l. quarto decimo institutionum*)
- 48. 10. 18. 1 (PAULUS, *l. tertio sententiarum*)
- 49. 1. 20. pr. (MODESTINUS, *l. singulari de praescriptionibus*)

<sup>(1)</sup> Veramente in questo fr. al § 1 si incontra; " vel fideiusserit quis pro tutore *vel curatore* „: ma è pur chiara l'allusione al *curator* del pupillo. D'altronde è questo un frammento in cui — come dice il FABRO (in DE MEDIO, *I Tribonianismi* ecc. B. I. .D R. (13) 1901, p. 208) — *multa sunt Tribonianum redolentia*.



Oltre questi testi, ve ne sono molti, in cui si discorre della *excusatio* dagli altri *munera publica*, che non siano la *tutela*. Credo conveniente addurre anche questi.

- 50. 2. 11 (CALLISTRATUS, *l. primo cognitionum*)
- 50. 4. 3. 4, 6, 12 (ULPIANUS, *l. secundo opinionum*)
- 50. 4. 4. pr., 1 (ULPIANUS, *l. tertio opinionum*)
- 50. 4. 18. 11, 24 (ARCADIUS CHARISIUS, *l. singulari de muneribus civilibus*)
- 50. 5. 1. pr., 1 (ULPIANUS, *l. secundo opinionum*)
- 50. 5. 2. 3, 4 (ULPIANUS, *l. tertio opinionum*)
- 50. 5. 7 (PAPINIANUS, *l. trigesimo sexto questionum*)
- 50. 5. 9 (PAULUS, *l. primo responsorum*)
- 50. 5. 8. pr., 1 (PAPINIANUS, *l. primo responsorum*)
- 50. 5. 10. 3 (PAULUS, *l. primo sententiarum*)
- 50. 5. 11 (HERMOGENIANUS, *l. primo iuris epitomarum*)
- 50. 5. 13 (ULPIANUS, *l. vicensimo tertio ad edictum*)
- 50. 5. 14 (MODESTINUS, *l. septimo regularum*)
- 50. 6. 6 (5). 2 (CALLISTRATUS, *l. primo de cognitionibus*)
- 50. 7. 8 (7) (PAPINIANUS, *l. primo responsorum*)
- 50. 10. 1. pr. (ULPIANUS, *l. secundo opinionum*).

Mi è sembrato opportuno riferire tutti i testi — oltre quelli contenuti nel titolo *de excusationibus* (D. 27. 1) — in cui si accenna alle *excusationes*, perchè permettono un facile e, nel tempo stesso, importante rilievo. Si tratta di testi che discorrono della *excusatio* o dalla *tutela* o da altri *publica munera*. E si tratta di testi veramente numerosi. Di fronte ad essi, *due testi solamente* contengono accanto alla *tutela* la menzione della *cura dei minori*. Sono due testi, la cui interpolazione è cosa agevole provare. Qui voglio, però, avvertire che l'interpolazione può con verosimiglianza esser già sin d'ora ritenuta.

I compilatori nel titolo *de excusationibus*, nella così detta *sedes materiae*, riferirono esattamente molti testi

classici; ma parecchi testi alterarono, sia aggiungendo la menzione della cura a quella della tutela, sia a questa addirittura sostituendo quella: i frammenti poi tolti dai libri *excusationum* di Modestino — che costituiscono la fonte principale a cui i compilatori attinsero — essi, come abbiamo visto, largamente e frequentemente interpolarono. Ma, eseguite nella *sedes materiae* le interpolazioni già scorte, non si preoccuparono più di alterare i testi con quella frequenza: pareva a loro di aver già fatto abbastanza. Conciliavano così ancora una volta il desiderio di mutare il meno possibile col proposito di mutare ovunque vi fosse il bisogno. Perciò, di *ventinove testi* che accennavano alla *excusatio* dalla *tutela* essi ne interpolarono solamente *due* per estendere l'accenno anche alla *cura dei minori*. Ripeto: la scarsità di questo accenno è anch'esso un indizio della sua origine giustiniana. Esso è contenuto nei seguenti testi.

D. 26. 7. 20. Ulpianus libro quinto de officio proconsulis:

“ Tutor [*vel curator*], cuius iniusta appellatio pronuntiata erit cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit erit obligatus „.

L'interpolazione delle parole “ *vel curator* „ si può scoprire attraverso la Palingenesi. Questo fr. ed il fr. 4 D. 50.6 appartengono allo stesso libro dell'opera di Ulpiano e dovevano precisamente avere nel libro l'ordine seguente:

[50. 6. 4] Maiores septuaginta annis a *tutelis* et muneribus personalibus vacant. sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur maior esse septuaginta annis qui annum agit septuagesimum.

[26. 7. 20] Tutor [*vel curator*] cuius iniusta appellatio

Oltre questi testi, ve ne sono molti, in cui si discorre della *excusatio* dagli altri *munera publica*, che non siano la *tutela*. Credo conveniente addurre anche questi.

- 50. 2. 11 (CALLISTRATUS, l. primo cognitionum)
- 50. 4. 3. 4, 6, 12 (ULPIANUS, l. secundo opinionum)
- 50. 4. 4. pr., 1 (ULPIANUS, l. tertio opinionum)
- 50. 4. 18. 11, 24 (ARCADIUS CHARISIUS, l. singulari de muneribus civilibus)
- 50. 5. 1. pr., 1 (ULPIANUS, l. secundo opinionum)
- 50. 5. 2. 3, 4 (ULPIANUS, l. tertio opinionum)
- 50. 5. 7 (PAPINIANUS, l. trigesimo sexto questionum)
- 50. 5. 9 (PAULUS, l. primo responsorum)
- 50. 5. 8. pr., 1 (PAPINIANUS, l. primo responsorum)
- 50. 5. 10. 3 (PAULUS, l. primo sententiarum)
- 50. 5. 11 (HERMOGENIANUS, l. primo iuris epitomarum)
- 50. 5. 13 (ULPIANUS, l. vicensimo tertio ad edictum)
- 50. 5. 14 (MODESTINUS, l. septimo regularum)
- 50. 6. 6 (5). 2 (CALLISTRATUS, l. primo de cognitionibus)
- 50. 7. 8 (7) (PAPINIANUS, l. primo responsorum)
- 50. 10. 1. pr. (ULPIANUS, l. secundo opinionum).

Mi è sembrato opportuno riferire tutti i testi — oltre quelli contenuti nel titolo *de excusationibus* (D. 27. 1) — in cui si accenna alle *excusationes*, perchè permettono un facile e, nel tempo stesso, importante rilievo. Si tratta di testi che discorrono della *excusatio* o dalla *tutela* o da altri *publica munera*. E si tratta di testi veramente numerosi. Di fronte ad essi, *due testi solamente* contengono accanto alla *tutela* la menzione della *cura dei minori*. Sono due testi, la cui interpolazione è cosa agevole provare. Qui voglio, però, avvertire che l'interpolazione può con verosimiglianza esser già sin d'ora ritenuta.

I compilatori nel titolo *de excusationibus*, nella così detta *sedes materiae*, riferirono esattamente molti testi

classici; ma parecchi testi alterarono, sia aggiungendo la menzione della cura a quella della tutela, sia a questa addirittura sostituendo quella: i frammenti poi tolti dai libri *excusationum* di Modestino — che costituiscono la fonte principale a cui i compilatori attinsero — essi, come abbiamo visto, largamente e frequentemente interpolarono. Ma, eseguite nella *sedes materiae* le interpolazioni già scorte, non si preoccuparono più di alterare i testi con quella frequenza: pareva a loro di aver già fatto abbastanza. Conciliavano così ancora una volta il desiderio di mutare il meno possibile col proposito di mutare ovunque vi fosse il bisogno. Perciò, di *ventinove testi* che accennavano alla *excusatio* dalla *tutela* essi ne interpolarono solamente *due* per estendere l'accento anche alla *cura dei minori*. Ripeto: la scarsità di questo accenno è anch'esso un indizio della sua origine giustiniana. Esso è contenuto nei seguenti testi.

D. 26. 7. 20. Ulpianus libro quinto de officio proconsulis:

“ Tutor [*vel curator*], cuius iniusta appellatio pronuntiata erit cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit erit obligatus „.

L'interpolazione delle parole “ *vel curator* „ si può scoprire attraverso la Palingenesi. Questo fr. ed il fr. 4 D. 50.6 appartengono allo stesso libro dell'opera di Ulpiano e dovevano precisamente avere nel libro l'ordine seguente:

[50. 6. 4] *Maiores septuaginta annis a tutelis et muneribus personalibus vacant. sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur, quia non videtur maior esse septuaginta annis qui annum agit septuagesimum.*

[26. 7. 20] Tutor [*vel curator*] cuius iniusta appellatio



pronuntiata erit cuiusve excusatio recepta non sit ex quo accedere ad administrationem debuit erit obligatus.

È chiaro che la menzione del *curator* è intrusa e che Ulpiano conosceva soltanto l'*excusatio* dalla *tutela* o dagli altri *publica munera*.

L'altro fr. è:

D. 31. 69. 2. Papinianus libro nono decimo quaestionum.

“ Mater filio *impubere* herede instituto tutorem eidem adscripsit eiusque fidei commisit, ut, si filius suus intra quattuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio. non ideo minus fideicommissum recte datum intellegi debet, quia tutorem dare mater non potuit. nam et si pater non iure facto testamento tutoris fidei commiserit, aequè praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset: sufficit enim ut ab *impubere* datum fideicommissum videatur, ab eo dari, quem is qui dabat tutorem dederat vel etiam tutorem fore arbitratur. idem in curatore *impuberis* [*vel minoris annis*] debet probari. nec interest, tutor recte datus vivo patre moriatur vel aliquo privilegio excusetur vel tutor esse non possit propter aetatem, cui tutor fuerat datus: quibus certe casibus fideicommissum non intercedit, quod a *pupillo* datum videtur „.

Non credo di dover molto insistere nel rilevare l'interpolazione dell'inciso “ *vel minoris annis* „. Prima e dopo questo inciso, sicuramente interpolato, il discorso del giureconsulto riguarda unicamente l'*impubere* (1).

(1) Vi sarebbe, veramente, anche il fr. 11 § 2 D. 4. 4 (Ulp. l. und. ad ed.): fr. in parte alterato, come mi consta aver rilevato lo SCIALOJA, ma non in tanto da poter concludere che il giureconsulto non riferiva la parola “ *excusatio* „ alla *cura*. L'esegesi, più agevole, degli altri testi può portar luce anche su questo, dove la dimostrazione dell'interpolazione sembra sfuggire.

Del resto il testo dice cosa che con la mia tesi non contrasta. È

Ecco, così, mediante questo spoglio delle fonti rafforzata l'esegesi che io ho tentato di fare del capitolo *de excusationibus*, riferito nei *Frammenti vaticani* e del titolo *de excusationibus* formante parte del Digesto. Tra i frammenti disseminati qua e là nel Digesto non se ne trova uno che accenni alla *excusatio* dalla *cura dei minori*, giacchè i due frammenti, che sembrano accennarvi, non possono esser ritenuti genuini.

Ma a me pare di poter e rafforzare quell'esegesi già fatta e illuminare il risultato, or ora raggiunto, per una via, che si può considerare interessante veramente. Vi sono nel Digesto parecchi testi che parlano nello stesso tempo di *excusatio* dalla *tutela* e, in generale, da tutti i *munera*: che — insomma — dimostrano di accennare a tutti i casi, nei quali — secondo il diritto romano classico — l'*excusatio* poteva aver luogo. Orbene: i giuristi riferiscono l'*excusatio* e alla *tutela* e ai *munera*: non una volta in questi testi è ricordata anche la *cura*. Non saprei trovare un più eloquente silenzio.

Se c'era volta, in cui anche la *cura* doveva essere ricordata, era precisamente questa. Se essa non è ricordata

---

probabile che nella *prassi* siasi introdotto il principio che anche il *curatore* del minore potesse far valere le *excusationes* (stabilite per il *tutore*) dopo avvenuta la *accettazione* da parte sua, dopo avvenuta la nomina da parte del magistrato. Come dimostrerò, nell'epoca classica il *curatore* non aveva bisogno di *excusatio* per rifiutare l'amministrazione di una *cura*: bastava che non volesse, che egli fosse *invitus*. Ma *accettata la cura*, si riconobbe che egli potesse esonerarsene mediante una di quelle *excusationes* stabilite per la *tutela*. A questo stato di cose mi sembra alludere la motivazione: “ *cum enim susceptam TUTELAM non alii soleant deponere* etc. „. Perchè non “ *curam* „?

Sarebbe, ad ogni modo, il primo passo verso quella identità di regime tra i due istituti, che è un prodotto dell'epoca successiva.



accanto a *tutti gli altri casi*, vuol dire che l'*excusatio* non aveva riferimento ad essa.

I testi sono i seguenti.

D. 49. 4. 1. §§ 1-2 Ulpianus libro primo de appellationibus:

“ Si quis *tutor* datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui ius dandi habet, non oportet eum provocare (hoc enim divus Marcus effecit), sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet et, si fuerit repulsa, tunc demum appellare debet: ceterum ante frustra appellatur. Alia causa est eorum, qui ad aliquod *munus vel honorem* vocantur, cum dicant se habere excusationem: nam non aliter allegare possunt causas immunitatis suae, quam si appellationem interposuerint „

49. 8. 1. 2 Macer libro secundo de appellationibus:

“ contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat. nam si iudex volenti se ex cura *muneris* vel *tutela* beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit, neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad *muneris* vel *tutela* excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur... „

50. 1. 17. pr., § 1 Papinianus libro primo responsorum:

“ Libertus propter patronum a *civilibus muneribus* non excusatur, nec ad rem pertinet, an operas patrono vel ministerium capto luminibus exhibeat. Liberti vero senatorum, qui negotia patronorum gerunt, a *tutela* decreto patrum excusantur „

50. 5. 8. 1 Papinianus libro primo responsorum.

“ Non alios fisci vectigalium redemptores a *muneribus civilibus* ac *tutelis* excusari placuit, quam eos, qui praesentes negotium exercerent „

50. 5. 8. 4:

“ Philosophis, qui se frequentes atque utiles per eandem studiorum sectam contententibus praebent, *tutelas*, item *munera* sordida corporalia remitti placuit, non ea, quae sumptibus expediuntur „

50. 6. 4 (3). Ulpianus libro quinto opinionum.

“ Maiores septuaginta annis a *tutelis* et *muneribus personalibus* vacant „

Mai una volta, adunque, in questi testi, che sono *fondamentali* per il regime e l'applicabilità delle *excusationes*, viene ricordata la *cura*. Questi testi, almeno indirettamente, dimostrano che vi ha *excusatio* tutte le volte che vi ha un *munus*. La *tutela* era considerata come un *munus*; la *cura dei minori*, no. Per la *tutela*, infatti, oltre questo *avvicinamento costante* agli altri *munera* (ora detti *publica*, ora *civilia*), abbiamo l'attestazione esplicita delle fonti; ad es., del fr. 6 § 15 D. 27. 1 Modestinus libro secundo excusationum:

“ *Tutela... est... munus... civile: nec provinciale videtur tutelam administrare... „*

La *cura dei minori* non una volta è avvicinata ai *munera*, quando i giureconsulti trattano il punto delle *excusationes*.

Ciò è importante rilevare, perchè conduce a scoprire l'interpolazione introdotta dai compilatori molto abilmente in due frammenti.

D. 50. 4. 1. 4 Hermogenianus libro primo epitomarum:

“ Aequae personale *munus* est tutela, cura [*adulti*] furiosi[ve], item prodigi, muti, [*etiam ventris*]... „

Dimostrerò largamente poi perchè l'accenno alla *cura dei minori* e alla *cura ventris* si debba ritenere sicuramente interpolato: qui mi pare che i rilievi, già fatti, rendano l'interpolazione molto probabile.

D. 50. 4. 18. 1 Arcadius Charisius libro singulari de muneribus civilibus:

“ Personalia (*munera*) sunt, quae animi provisione et corporalis laboris intentione sine aliquo gerentis detrimento perpetrantur, veluti tutela [*vel cura*], kalendarii quoque curatio „.

Qui le parole “ *vel cura* „ appaiono proprio posticcie, perchè segue “ *kalendarii quoque curatio* „. E' solo Giustiniano, del resto, che può così genericamente usare la parola “ *cura* „. Con essa egli vuole indicare — lo si può dire — esclusivamente la cura dei minori.

Così tutti i frammenti del Digesto sono stati passati anch'essi in una rapida, è vero, ma completa rassegna. Ci restano da vedere le Istituzioni e il Codice.

In queste due parti della sua compilazione, nelle Istituzioni specialmente, com'era ben naturale, Giustiniano alterò di più. In ciò, anzi, è da trovare una nuova dimostrazione delle interpolazioni già rilevate.

Nel vedere, cioè, che mentre nei *Frammenti vaticani* l'intrusione della cura è molto rara e molto cauta, e nei testi del Digesto, in quelli stessi tolti da Modestino, per quanto più frequente, è pur sempre irregolare, non precisa, non metodica insomma, nel titolo *de excusationibus* delle Istituzioni i compilatori, lavorando con maggior precisione e con più sicuro metodo, trattano proprio nell'identico modo la *tutela* e la *cura dei minori*. Qui essi non avevano la preoccupazione di introdurre il principio nuovo cercando nel tempo stesso d'alterare il meno possibile: liberati da questa preoccupazione sempre operante, espongono con maggior sincerità e danno un più armonico assetto al nuovo stato di cose, che li aveva indotti ad alterare qua e là i frammenti del Digesto.

Nel titolo delle Istituzioni (I. 25) essi — ho detto — fondono insieme *tutela e cura*, perchè una sol cosa sono oramai in quest'epoca i due istituti. Dovremmo ritenere l'accostamento più volte ripetuto nel lungo titolo “ *tutela et cura* „, “ *tutela vel cura* „ senz'altro compilatorio, perchè così costante — malgrado le alterazioni subite — noi non siamo in grado di trovarlo nè nei *Frammenti vaticani* nè nel Digesto.

Ma vi sono anche qui speciali indizi che questo accostamento, ripetutamente interpolato, rilevano. L'interpolazione della menzione della *cura* in qualche paragrafo, una volta rilevata, farà ritenere che analogamente siano stati interpolati anche tutti gli altri paragrafi, in questo titolo compresi. La conseguenza è inevitabile. Ora, vediamo alcuni chiari esempi di interpolazioni che il titolo *de excusationibus* delle Istituzioni contiene.

I. 25. pr. “ Excusantur autem tutores [*vel curatores*] variis ex causis: plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. Si enim tres liberos quis superstites Romae habeat vel in Italia quattuor vel in provinciis quinque, a tutela [*vel cura*] possunt excusari *exemplo alterorum munerum*: nam et tutelam [*et curam*] placuit publicum munus esse „.

L'interpolazione sgorga da parecchi indizi. Innanzitutto dal fr. vat. 191, che, riferendo questo motivo per la *excusatio*, accenna soltanto alla tutela, non anche alla cura. Poi, perchè — lo abbiamo visto — la cura dei minori è soltanto in due testi interpolati chiamata un *munus*, un *publicum munus*. I testi classici considerano un *munus*, un *civile munus*, un *publicum munus* la tutela: non la cura dei minori. In terzo luogo perchè l'interpolazione è anche formalmente avvertibile: i compilatori,



dopo avere nel periodo finale intruso " *et curam* ", dovevano correttamente dire :

" nam et tutelam [*et curam*] placuit public[a] mun[era] esse ", non lasciare quel singolare " *publicum munus* ", che aveva riferimento alla sola tutela.

I. 25. § 1 " Item divus Marcus in semestribus rescripsit eum, qui res fisci administrat. a tutela [*vel cura*] quamdiu administrat, liberari posse ",

L' interpolazione qui è rilevabile confrontando questo paragrafo col fr. vat. 193 dove gli amministratori *negotiorum fiscalium* sono esonerati dagli *onera tutelarum* (non si parla, in quel fr., della *cura*!).

I. 25 § 2 " Item, qui rei publicae causa absunt, a tutela [*et cura*] excusantur. sed et si fuerunt tutores [*vel curatores*], deinde rei publicae causa abesse coeperunt, a tutela [*et cura*] excusantur, quatenus rei publicae causa absunt, et interea curator loco eorum datur ",

Se si parla di dare un *curator* in luogo di *essi*, vuol dire che il discorso non poteva riferirsi che ai tutori!

L' interpolazione del § 4 successivo è direttamente rilevabile col confronto del passo parallelo del Digesto (1).

Ist. I. 25. 4

Item propter litem, quam cum pupillo [*vel adulto tutor vel curator habet, excusare se nemo*] potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

D. 27. 1. 21. pr.

Propter litem, quam quis cum pupillo habet, excusare se a tutela non potest, nisi forte de omnibus bonis aut plurima parte eorum controversia sit.

(1) La rileva anche il KRÜGER (P.) nelle sue edizioni XI e XII (1908 e 1911).

L' interpolazione intrusa nel § 5 è stata tale da sconvolgerlo :

" Item tria onera tutelae non affectatae [*vel curae*] praestant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela [*vel cura eorundem bonorum*], veluti fratrum, pro una computetur ",

Il § è stravolto ed il Ferrini (1) propone di correggerlo così :

" ut tamen plurium pupillorum, veluti fratrum, tutela vel cura eorundem bonorum pro una computetur ",

Proposta inutile. La scorrettezza del paragrafo è indice della sua interpolazione. Sceverato dalla parte, che io ritengo interpolata, il § corre benissimo:

" Item tria onera tutelae non affectatae praestant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, veluti fatrum, pro una computetur ",

Facilmente rilevabile è anche l' interpolazione del § 11:

" Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum [*vel adultorum*] exercuit, si capitales fuerunt nec reconciliatio intervenit, a tutela solent excusare ",

L' interpolazione è così chiara, che la avvertì già il Ferrini anche senza proseguire l' indagine che io vado facendo. I compilatori si sono dimenticati di interpolare " *vel cura* "; hanno solo riferito il testo classico " a tutela solent excusare ",

Pure agevole è scorgere l' interpolazione del § 15:

" Item Romae grammatici rhetores et medici et qui in patria sua id exercent et intra numerum sunt, a tutela [*vel cura*] habent vacationem.

L' interpolazione è dimostrabile col diretto confronto del fr. vat. 149 :

(1) *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in B. I. D. R.



“ Philosophis quoque et medicis et rhetoribus et gramicis, quibus per hanc professionem immunitas dari solet, etiam vacatio a *tutelis* datur ”.

La *cura dei minori* non è ricordata affatto.

Dimostrata l'interpolazione anche dei passi delle Istituzioni, in cui si vuole estendere il regime delle *excusationes* alla *cura dei minori*, non ci resta ora che da esaminare i testi riferiti nel Codice. In essi l'interpolazione è stata piuttosto largamente eseguita; si deve dire più che nel Digesto: anche qui però è cosa facile lo scoprirla.

Passo rapidamente in rassegna tutti i testi, che accennano alla *excusatio* anche dalla cura, e che sono perciò — secondo me — da ritenersi interpolati.

C. 5. 6 2. 5 Imp. Alexander A. Bassiae. Libertos a tutela [*vel cura*] liberorum patroni seu patronae nullam excusationem impetrare amplissimus ordo auctore divo Marco censuit. [*et ideo nec illud prodesse eis debet, quominus curatores etiam inviti patroni seu patronae liberis dentur, quod eorundem tutelam administraverunt*].

L'interpolazione delle parole “ *vel cura* ” e conseguentemente di tutto il secondo periodo mi sembra dimostrata chiaramente dal fr. vat. 224 (Papiniano), in cui si trova soltanto: “ vacare a *tutelis*, *tutelam* administrare, *pupillus* ”.

C. 5. 62. 6 Idem A. Maximo. Quinquaginta dies, qui praefiniti sunt ad professionem excusationis his qui tutores [*seu curatores*] dati sunt, ex eo die cedere, ex quo decretum praetoris aut testamentum parentis notum factum erit ei qui ad *munus* vocatus fuerit, ipsa constitutio quae hoc induxit sanxit.

Anche qui l'interpolazione si può dimostrare, anzitutto, col confronto del fr. vat. 155: “ Igitur observandum de-

inceps erit, ut qui *tutor* datus (sit), si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more etc ”.

D'altronde si incontra in questo testo la parola *munus*, che è tanto indicata per la tutela, quanto non lo è per la *cura minorum*.

C. 5. 62. 7 Idem A. Antonino [*Neque*] a tutela [*neque a cura*] ideo quis “ non ” excusatur, quod creditor sive debitor [*eius*] “ *pupilli* ” est, [*cui tutor sive curator datus est*], sed participem in *munere* habere debet, ut (si res exegerit) [*is qui alieno auxilio eget*] “ *pupillus* ” defendatur.

L'interpolazione qui è rivelata da varii indizi. L'imperatore aveva dinanzi un caso concreto: il tutore debitore o creditore del pupillo. Non doveva quindi fabbricare due diverse ipotesi, parlare genericamente dell'*is qui alieno auxilio eget* <sup>(1)</sup>. In secondo luogo: *munus* è parola tecnica per la tutela. In terzo luogo: la cacofonia “ quod creditor sive debitor eius est, cui tutor sive curator datus est ” per il ripetersi di “ *est* ” e per l'incalzarsi di “ *sive* ”.

C. 5. 62. 9 Idem A. Romano Frater tuus non ideo a tutela [*vel cura*] excusari debet, quod oculus amisit. proinde intellegis *munus* susceptum eum deserere non posse.

Qui l'interpolazione delle parole “ *vel cura* ” è certissima, perchè il *frater* era o tutore o curatore. Non poteva esservi dubbio sulla sua qualità. Gli è che “ *vel cura* ” è aggiunta compilatoria. Anche qui concorre a dimostrare l'interpolazione l'espressione in seguito usata: *munus*.

C. 5. 62. 13 Idem A. Apollonari Nec senatorum quidem liberti, necdum ceterorum, propterea, quia patronorum negotia gerunt, a *muneribus civilibus* habent immunitatem.

(1) Noto che questa precisa espressione è interpolata nelle Istituzioni (§ 13 I. 1. 25).

tantummodo etenim unus senatoris libertus, qui patroni negotia gerit, habet a tutela [*sive cura*] vacationem.

L' interpolazione, anche qui, è dimostrata col confronto del fr. vat. 131.

“ Verba rescripti: Libertus, qui negotia senatoris populi romani gerit, a tutela excusatur; a muneribus autem civilibus non vacat „.

Del resto anche qui si direbbe che la *cura dei minori* è un *civile munus* mentre *civile munus* lo stesso imperatore nella c. 8 precedente considera, come tutti — giuristi e imperatori — fanno, la sola *tutela* (hoc nomine excusationem a muneribus civilibus non habent *ideoque* iniunctae tutelae munere fungi debent).

C. 5. 63. 1 Imp. Alexander A. Lysimacho et Diotimo. Si absentitus necessariis personis vel his, qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus allegationibus, qui vobis tutores [*aut curatores*] dati erant, liberati esse a *munere* visi sunt, ne eis circumvenisse iudicis religionem prosit, paeses provinciae audiet vos et, si iniustum decretum extorsisse eos apparuerit, exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronuntiabit, ex quo dati sunt.

“ *Aut curatores* „ è indubbiamente interpolato: l'imperatore doveva precisamente sapere se si trattava di tutori o di curatori. E, in realtà, si trattava dei primi. Rilevo, poi, ancora una volta l'uso della parola “ *munus* „.

C. 5. 63. 3 Imp. Philippus A. et C. Otani. Si, ut proponis, pars diversa administratione tutelae [*seu curae*] tuae itemque fratris tui ambitione potius quam iuris ratione se excusavit, periculo iniuncti *muneris* minime liberatus est.

Per scoprire l' interpolazione di “ *seu curae* „ soccorrono gli stessi precisi indizi che hanno rivelato l' interpo-

lazione della legge precedente. Come poteva essere incerto l'imperatore se trattavasi di tutela o di cura? È mai possibile che, dopo espostogli il caso concreto, rispondesse con la frase “ *administratione tutelae seu curae tuae itemque fratris tui?* „ Anche qui, inoltre, *munus!* (periculo iniuncti muneris).

C. 5. 64. 1 Imp. Gordianus A. Guttio. Qui tutores [*vel curatores*] dati rei publicae causa a futuri sunt, ad tempus se excusare debent a tutela, ne etiam medii temporis periculo obstringantur.

Prima “ *tutores vel curatores* „; poi semplicemente “ *a tutela* „. Come non ritenere “ *vel curatores* „ interpolato?

C. 5. 65. 2 Imp. Gordianus A. Celeri veterano. Quod placuit. veteranos tantummodo conveterani filiorum seu militum, et quidem unam tutelam [*seu curam*] eodem tempore administrare compelli, eo pertinet, ut, si aliis dati fuerint, intra solemnia tempora causas excusationis apud competentem iudicem deferant.

Basta richiamare il fr. vat. 140 che avverte:

“ Veterani quoque post emerita stipendia missi honesta missione in perpetuum a *tutelis* vacant „.

Ed il fr. 177:

“ Veterani (a reliquorum *tutelis* omnibus excusantur, a) veteranorum autem filiorum, ita ut non plus unam suscipere cogantur.) sed utrum simul non plus (*unam* eiusmodi *tutelam* suscipere debeant an sufficiat semel suscepisse) unam, tractari potest. put(o tamen *gestam tutelam* eis non profuturam et ita) inveni rescriptum „.

C. 5. 66. 1. Imp. Severus et Antoninus AA. Claudio Herodiano. Qui ad tutelam [*vel curam*] vocantur, Romae quidem trium liberorum incolumium numero, quorum etiam



status non ambigitur, in Italia vero quattuor, in provinciis autem quinque, habent excusationem „.

L'interpolazione stavolta si può provare in una maniera molto caratteristica. Questo rescritto è richiamato nel fr. vat. 191: orbene, il fr. vat. non accenna punto alla *cura*. Eccolo:

“ Numerus quoque liberorum a *tutela* excusationem tribuit civibus quidem Romanis earum *tutelarum*, quae Romae sunt iniunctae, a triu[m], earum vero, quae in municipiis Italicis iniunguntur, (a) quattuor numero liberorum, idque imperator noster et divus Severus Claudio Herodiano rescripserunt „.

C. 5. 67(68). 1. Imp. Philippus A. et Philippus C. Severo. Pater tuus si maior est annis septuaginta, ad tutelam [seu curam] devocatus excusare se solemniter potest.

Qui “ *seu curam* „ è interpolato, perchè il figliolo interrogato doveva aver detto all'imperatore a quale ufficio il padre suo era stato chiamato e doveva aver detto, ben s'intende: la *tutela*. Del resto qui soccorre il confronto col non alterato fr. 4 (3) D. 50. 6:

“ Maiores septuaginta annis a *tutelis* et muneribus personalibus vacant „.

Non, adunque, *excusatio* dalla *cura minorum*!

C. 5. 68 (67). 1 Imp. Severus et Antoninus AA. Sabino. Luminibus captus aut surdus aut mutus aut furiosus aut perpetua valetudine tentus tutelae [seu curationis] excusationem habent.

L'interpolazione delle parole “ *seu curationis* „ è dimostrata dal fr. vat. 183 e soprattutto dai fr. vat. 238 e 239 che è opportuno riferire.

238 Ulp. de off. praet. tut. libro singulari.

Proinde si mutus surdusque quis sit, sine dubio a tu-

*tela* excusabitur. Il vero quos valetudo vel furor vel morbus perpetuus excusat, etiam eas *tutelas* quas ante susceperant deponunt. alia causa aetatis est. luminibus etiam captum Porc(atio) Faustino rescripsit imperator noster cum patre.

239 Item Furio Epaphrae, cum allegasset se unum oculum amisisse (e)t in alio periclitari, rescripsit an propter adversam valetudinem oculorum excusari deberet, praetorem aestimaturum. hi etiam a susceptis excusabuntur.

L'accenno alla cura si trova ancora in C. 5. 62. 24 (*sive curae*) e in C. 5. 62. 25 (*et curationibus*). Qui mal si sa dire se i testi siano interpolati o no. Forse lo sono, ma è, ad ogni modo, superfluo l'indagare la loro interpolazione, perchè l'uno appartiene all'a. 400, l'altro all'a. 499: al pieno fiore, insomma, dell'epoca romano-ellenica.

Prima di passare all'esame della c. 1 C. 5. 69 — una costituzione per verità la cui interpolazione è molto interessante — non voglio omettere una considerazione che non mi sembra indifferente, ma che mi sembra avere anzi un certo peso per indurre a ritenere con tranquillità le alterazioni dei testi del Codice rilevate sin qui.

La *excusatio* dalla *cura* figura sempre vicina alla *excusatio* dalla *tutela* e seguente sempre regolarmente dopo questa: non possediamo una costituzione in cui si trovi un caso di *excusatio* soltanto dalla *cura*, mentre ne abbiamo parecchie, in cui si trovano casi di *excusatio* (sono quelli che Giustiniano per dimenticanza o per proposito non interpolò) dalla sola *tutela*. (Cfr. C. 5. 62. 3; 5. 62. 8; 5. 62. 10; 5. 62. 11; 5. 62. 14; 5. 62. 15; 5. 62. 16; 5. 62. 18; 5. 62. 19; 5. 62. 21; 5. 62. 22; 5. 62. 23; 5. 63. 2; 5. 64. 2).

Ciò che cosa vuol dire? che l'*excusatio* dalla *cura minorum* non esisteva. Tutti i dubbi, tutte le questioni in-



torno ai vari motivi, che danno luogo alle *excusationes*, sorgono per casi di *tutela*! È Giustiniano, che, in molti di questi casi, si permette accanto alla tutela di collocare la cura.

Ci resta da considerare il testo più importante di tutti quelli che il Codice giustiniano presenta.

C. 5. 69. 1 Impp. Severus et Antoninus A. A. Pompeiano. Si tres tutelas [vel curas] eodem tempore non defunctorie susceptas administras, onere quartae tutelae [vel curationis pupillorum seu adolescentium] non gravaberis. § 1. Finito autem officio pubertate pupillorum [vel aetate adolescentium] aliae substitui possunt, licet nondum ratio tutelae [sive curae] administratae reddita sit. § 2. Sed imperfectae diversae species vacationis, licet permixtae, ad excusationem non proficiunt. scire igitur debes eum, qui duos filios habet et duas *tutelas* administrat excusationem non mereri.

Ritengo inutile richiamare anche qui il fr. vat. 186 per dimostrare che il testo è stato alterato. Dopo i rilievi, già fatti intorno ad altri testi, la cosa mi sembra addirittura evidente. Del resto l'evidenza dell'interpolazione è fornita da questo stesso testo. E tanto vero che esso originariamente si riferiva soltanto alla *tutela*, che in fine avverte

“ scire igitur debes eum, qui duos filios habet et duas *tutelas* administrat, excusationem non mereri ”.

Perchè non anche “ *sive curas* ”, se non perchè della cura il testo non parlava? Una dimenticanza dei compilatori anche qui li ha traditi.

Del resto, ancora, avrebbero scritto gli imperatori Severo ed Antonino “ *onere quartae tutelae vel curationis pupillorum seu adolescentium?* ”. Avrebbero semplicemente scritto “ *onere quartae tutelae vel curationis* ”.

Vediamo piuttosto il motivo, per il quale io dico che il testo è altamente interessante. Dapprincipio in questo testo i Giustinianeî interpolano “ *sive curas* ”, ma poi nel seguito interpolano in modo da far capire che vogliono estendere quel che il diritto classico stabiliva per la tutela non a tutte le cure, ma ad una determinata categoria di esse: la *cura dei minori*.

Perciò al *pupillus* contrappongono l'*adulescens* (tutela pupillorum — curatio adolescentium; pubertas pupillorum — aetas adolescentium).

Essi interpolano qui, come interpolano alcuni paragrafi delle Istituzioni, come interpolano alcuni frammenti del Digesto. L'interpolazione, quando così viene eseguita, è chiara. Ma importa constatarlo e fissarlo bene, perchè questo conduce a ritenere che tutte le volte che essi interpolano la *cura* accanto alla *tutela*, il *curator* accanto al *tutor*, non pensano anche a quelle due specie di cura che erano le *più vive* — per dir così — nel diritto classico: alla cura del prodigo e del furioso. Essi interpolano “ *cura* ” e intendono “ *cura adolescentis* ”; interpolano “ *curator* ” e intendono “ *curator adolescentis* ”. La cura dei minori, un istituto che nel diritto classico cominciò a gettare le sue radici, e che per tutto il diritto classico non somigliava nè alla tutela nè alle altre specie di cura, nell'epoca romano-ellenica, e nell'epoca giustiniana soprattutto, si va avvicinando e assimilando alla tutela, sovrastando sulle altre specie di cura, usurpando per sé il nome di queste.

I giureconsulti classici dicono (fr. 4 § 8 D. § 46. 6): “ *Pertinet autem haec stipulatio ad omnes curatores sive prodigis vel furiosis vel quibusdam aliis (ut fieri adsolet) dati sint* ”, e specificano il prodigo, il furioso; lasciano invece nell'ombra, rappresentata dalla vaga espressione “ *quibusdam aliis* ” precisamente i minori.

Ai Giustinianeî questo oscuro accenno non piace e, mettendo innanzi i minori a tutti gli altri, interpolano:

“ Pertinet autem haec stipulatio ad omnes curatores [sive puberibus sive impuberibus datos propter aetatis infirmitatem] sive prodigis vel furiosis vel quibusdam aliis (ut fieri adsolet) dati sint „.

Si rende ora inutile, o quasi, il “ *quibusdam aliis* „. Ai Giustinianeî poco importano le ripetizioni e le irregolarità.

I giureconsulti classici dicono (fr. 3 § 6 D. 46. 7): “ Sed et curatorem accipiemus furiosi furiosae, item pupilli pupillae; vel si alterius cuius curator sit, committi puto stipulationem „.

Qui pure nella vaga espressione “ vel si alterius cuius curator sit „ essi indicavano il *curator* del minore. E i Giustinianeî, che vogliono il *curator* del minore davanti a quello di tutti gli altri, interpolano:

“ Sed et curatorem accipiemus furiosi furiosae, item pupilli pupillae, [ceterorum quoque curatores, puta adolescentis]: vel si alterius cuius curator sit, committi puto stipulationem „.

I giureconsulti classici dicono (fr. 3 § 2 D. 26. 10): “ Curator furiosi vel prodigi ut suspectus removeri potest „: il *crimen suspecti e lege duodecim tabularum descendit*: riguardava perciò gli istituti in quel codice contemplati: *tutela, cura del furioso, cura del prodigo*. I Giustinianeî hanno il coraggio di interpolare:

“ [Non tantum autem adolescentis] curator [sed etiam] furiosi vel prodigi ut suspectus removeri potest (1) „.

---

(1) Rimando per queste interpolazioni al mio scritto “ *Di alcune innovazioni giustinianeî riguardanti la cura minorum* „, in *Zeitschr. d. S. S. f. Rechtsg.*, 1912, p. 240 sgg.

Così essi operano nel campo delle *excusationes*.

I giureconsulti classici dicono (fr. 2 § 9 D. 27. 1):

“ ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ἦ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν καὶ αὐτὴ ὑπολογισθήσεται ἢ κουρατορία „.

I Giustinianeî, nello stesso preciso modo col quale hanno interpolato il fr. 3 § 2 D. 26.10, interpolano:

“ ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ἦ [μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ] μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν [τῶν κουρατοριῶν] καὶ αὐτὴ ὑπολογισθήσεται ἢ κουρατορία „.

L'assetto della minore età è completamente diverso nella nuova epoca da quello che era nell'epoca classica. In quest'epoca il minore di venticinque anni poteva essere tutore: soltanto trovava nella minore età un valido motivo di *excusatio* (fr. vat. 182). I Giustinianeî ne sono scandalizzati ed ecco che cosa avvertono nel § 13 I. 1. 25:

“ [minores autem viginti et quinque annis olim quidem excusabantur: a nostra autem constitutione *prohibentur* ad tutelam *vel curam* (!) adspirare, adeo ut nec excusatione opus fiat. qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur nec adultus: cum erat incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam *vel curam* (!) subire] „.

Ho riferito questo testo ed ho citato il fr. vat., a cui il testo ha riferimento, perchè ciò mi sembra veramente essenziale per poter avviarci a scoprire la ragione per cui — secondo quanto io ritengo — il regime delle *excusationes* non era applicato nel diritto classico alla cura dei minori ed è invece applicato nella nuova epoca, romano-ellenica e giustiniana.

Ricerca quella ragione è il compito che ora mi spetta: se no, il rilievo delle numerosissime interpolazioni fatto



sin qui, per quanto possa parere convincente e soddisfacente, rimane quasi senza colore e non acquista, anche, molto valore.

La ragione è da ricercare nella relativamente tarda origine della *cura minorum* e nel suo particolare modo di svolgimento. Il curatore del minore non doveva dapprincipio fornire che una garanzia morale, di fatto, col suo intervento agli atti del minore e interveniva per singoli affari. Il *curator ad certam causam* è un istituto normale e suscita la nota antitesi col *tutor*. La riforma della cura, operata da Marco Aurelio, pare abbia consistito nell'istituire per i minori un curatore stabile, non *ad singulas causas*. Ma ciò che è essenziale rilevare è che, nonostante questa riforma, la cura dei minori è pur sempre *volontaria* e costituita *desiderantibus minoribus* <sup>(1)</sup>, nè è generale per tutti i minori, bensì costituita per coloro che male amministrano da soli <sup>(2)</sup>. L'unica differenza dallo stato precedente è che essa è generale quanto alla gestione, non più speciale per singoli atti.

Ora, ecco dove io scorgo il motivo, per il quale il regime delle *excusationes* doveva secondo me nel diritto classico essere estraneo alla cura dei minori: nel fatto che questa cura era *volontaria*, che non poteva quindi assurgere a costituire — come la tutela — un *munus*. Io ho elencata una serie di testi dai quali risulta che la *tutela* è considerata *munus*, *munus civile*, *munus publicum*: la *cura dei minori* non è mai considerata *munus*, se non in

(1) CAPITOL., *Vita Marci*, 10.

(2) Fr. 13 § 2 D. 26. 5. Mette in chiara evidenza questo profondo distacco tra la *cura minorum* e la tutela il BONFANTE, Corso di lezioni, Pavia 1911. Il solo però che separi, nella trattazione, i due istituti è — per quanto io so — il PEROZZI, *Ist.*

due soli testi delle Pandette, la cui interpolazione è di facile rilievo. I testi del Codice, in cui *munus* si riferisce anche alla *cura*, sono testi interpolati; anzi, in questo riferimento del *munus* alla cura io ho man mano rilevato un indizio della loro interpolazione.

Ora è chiaro: “*munus*” vuol dire “*obbligo*” e di fronte ad un “*obbligo*” si comprende che sia addotta una “*excusatio*”. Ma “*munus*” e “*officio non obbligatorio*”, quale è nel diritto classico la *cura dei minori*, sono termini che si contraddicono. Di fronte ad un “*officio non obbligatorio*” per esimersene basta che non vi sia il consenso del chiamato all'ufficio; basta, in una parola, che il chiamato sia *invitus*. Alla massima (riprodotta ancora nelle Istituzioni!): “*inviti adulescentes curatores non accipiunt*”, deve corrispondere l'altra massima che *il curatore non può essere nominato invitus*.

Il fr. 13 § 2 D. 50. 5 avverte:

“*Qui autem non habet excusationem, etiam invitus... cogitur*”.

Ragionando *a contrario*, chi può *invitus* astenersi da un ufficio, non ha bisogno di ricorrere ad una *excusatio*.

Questa conclusione, perfettamente logica, è conforme al chiaro linguaggio delle fonti. Un prezioso testo genuino di Paolo (Sent. 2. 27. 1) dice:

“*Ad curam eius, cuius quis tutelam administravit, invitus vocari non potest*”.

Il fr. vat. 200, pur impropriamente adoperando la parola “*excusatio*” rileva:

“*Erit haec etiam excusatio, si quis se dicat tutelam alicuius administrasse et ad curam eius vocetur: nam invitum non esse compellendum suscipere imperator noster cum patre Polo Terentiano rescripsit*”.

Impropriamente — ripeto — si dice che l'essere *invitus* è un motivo di *excusatio*: in realtà l'essere *invitus* esclude il bisogno di *excusatio* e Paolo, più preciso, evita infatti l'uso di questa parola, che è qui equivoco.

Diocleziano pure risponde (C. 5. 62. 20):

“ *Curator adultis nominatus, quorum tutor antea fueris, invitus in administratione teneri non potes* „.

Il rescritto, seguita, è vero, osservando:

“ [Proinde si dies *excusationibus* praefinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes] „.

Ma questa chiusa è evidentemente interpolata, come la vaga espressione *dies excusationibus praefinitus* „ e la espressione abusata dai Giustiniani *competens defensio* „ dimostrano.

Non vorrei credere che, alludendosi sempre nei testi ora citati ad un solo caso, si ritenesse da alcuno che *in questo solo* il curatore durante l'epoca classica non potesse essere chiamato *invitus*. Era l'esempio più frequente, l'esempio che cadeva più in acconcio quando i giuristi trattavano delle *excusationes* dalla tutela, e questo esempio perciò troviamo più volte ripetuto. Ma questo esempio, anzichè escludere che negli altri casi ciò avvenisse, in modo implicito lo riconosce.

Diversamente vanno le cose per Giustiniano o, a voler esser più esatti, per i romano-ellenici. Essi estesero il regime delle *excusationes* anche alla cura dei minori: esteso questo regime, per essi chi rifiuta di amministrare la cura di quella persona, di cui fu già tutore, può rifiutarla non tanto *perchè non voglia*, quanto *perchè il suo non volere* è fondato sul fatto di aver già prima gerito la tutela. Questo fatto — la gestione della tutela anteriore — è una nuova *excusatio* che creano i romano-ellenici (perciò la parola

“ *excusatio* „ Giustiniano interpola in C. 5. 62. 20). Quello che per i classici era soltanto uno dei casi concreti, in cui il principio generale (*invitus curator vocari non potest*) si attuava, per Giustiniano diventa un motivo di *excusatio* che, come tale, distrugge quel principio.

Il punto di vista giustiniano, così diverso dal classico, non deve recare sorpresa. Abbiamo per fortuna altri istituti, che illuminano di bella luce il risultato di questo studio e che — se non erro — giovano a render chiare anche quelle parti che alcuno potrebbe ritenere ancora un poco nell'ombra. È stata, anzi, l'analisi di quegli istituti che ha determinato in me, per irresistibile forza di analogia, la presente indagine.

Alludo alla “ *cura ventris* „ e alla “ *cura bonorum* „.

Com'è risaputo, questi due officii sono *voluntarii*: una conseguenza principale di questa loro natura, rilevata anche da qualche scrittore<sup>(1)</sup>, si è che per essi non è necessaria alcuna procedura per *excusatio*. Su questo punto si può richiamare un testo fondamentale, il fr. 2 § 3 D. 42. 7 (Ulpianus libro sexagensimo quinto ad edictum):

“ *Quaeritur an invitus curator fieri potest. et Cassius scribit neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est. voluntarius itaque quaerendus est...* „

Il fr. 45 § 2 D. 27. 1 (Tryphoninus libro tertio decimo disputationum) afferma, è vero:

“ *Si a praetore detur curator mente capto aut muto [sive ventri] excusatur iure liberorum* „.

Ma chi non vede — lasciando da parte altre considerazioni ed altri testi — l'intrusione delle parole “ *sive ventri* „? Perchè “ *sive* „ dopo “ *aut* „?

(1) Cfr. FERRINI, *Pandette*, p. 966.



L'*excusatio* è quindi una parola che nel testo genuino alla *cura ventris* non si riferiva.

Il fr. 1 § 4 D. 50. 4 (Hermogenianus libro primo epitomarum) dice, è vero:

“ Aequae personale *munus* est tutela, cura [adulti] furiosi[ve], item prodigi, muti, [etiam ventris], etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia „. Ma chi non vede l'intrusione delle parole “ *etiam ventris* „ dopo “ *item* „, prima di un altro “ *etiam* „?

La *cura ventris* è un officio *volontario*: non, quindi, procedura per *excusatio*; non anche, possibilità di considerarla un “ *munus* „.

Quello, che nel diritto classico avveniva nell'ambito della *cura ventris* e della *cura bonorum*, doveva anche avvenire nell'ambito della *cura minorum*: tre officii *volontari*, la cui volontarietà doveva determinare le stesse conseguenze in tutti.

Si capisce perchè, mentre i compilatori almeno per il *curator bonorum* dicono ancora ch'egli non può essere dato *invitus*, altrettanto non dicano (e altrettanto già non diceva il compilatore dei *Frammenti vaticani*) per la *cura minorum*. Nella nuova epoca la cura dei minori s'era andata accostando e confondendo con la tutela anche per il fatto che era, come la *tutela*, divenuta *obbligatoria*. I compilatori, come già vide il Ferrini<sup>(1)</sup>, interpolano nel fr. 1 § 3 D. 4. 1 (Ulp. l. undecimo ad ed.): “ [Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus] „.

Le Istituzioni giustiniane riproducono ancora l'antica fonte che dice: “ *inviti adulescentes curatores non acci-*

<sup>(1)</sup> *Pandette*, p. 962.

*piunt* „, ma ciò deve intendersi nel senso che è il minore o chi per lui, che deve chiedere il curatore e consentire alla sua nomina<sup>(1)</sup>.

Divenuta la *cura dei minori* nell'epoca romano-ellenica *obbligatoria*, nè più nè meno come la *tutela*, avvicinati e fusi anche sotto questo aspetto i due già così diversi istituti, è ben naturale che il regime delle *excusationes* alla *cura dei minori* venisse pienamente esteso.

Ecco, pertanto, che le aggiunte post-classiche rilevate nei Frammenti vaticani, le numerose interpolazioni rilevate attraverso il Digesto, le Istituzioni, il Codice, trovano nello svolgimento — che fu trasformazione — della *cura dei minori* la loro spiegazione assai semplice. Finchè la cura dei minori fu officio *volontario* — cioè, sicuramente per tutto il periodo classico, la procedura per *excusatio* non la poteva riguardare: quando divenne officio *obbligatoria* — cioè, a partire dall'epoca romano-ellenica (perchè Giustiniano nel fr. 1 § 3 D. 4. 4 non fa che richiamare una norma già esistente) — le *excusationes* si estendono anche alla cura<sup>(2)</sup>.

Berlin, agosto 1912.

<sup>(1)</sup> Così FERRINI, *loc. cit.*

<sup>(2)</sup> Già il diritto classico le estendeva alla cura del furioso e del prodigo (cfr. il fr. 2 § 9 D. 27. 1, sceverato dalla scortavi interpolazione), appunto perchè queste cure erano anch'esse obbligatorie, anch'esse un *munus* (cfr. fr. 1 § 4 D. 50. 4, pure sceverato dalla interpolazione in esso contenuta). Se i testi genuini non le ricordano accanto alla tutela, ciò dipende dal fatto che, rispetto a quella, sono istituti di molto rara applicazione e dal fatto che in essi per tutto il diritto classico ha una vera preminenza la cura legittima. A questo proposito noto che io non mi sono indugiato a vedere se le *excusationes* presuppongano la *datio tutoris* (così pensa il CUIACIO, *Recit. in Dig.* ad l. 13 pr. D. 27. 1) o possano farsi valere anche dai tutori legittimi. La questione era estranea alla mia indagine, ma è certo interessante. Cfr. FERRINI, *Pandette*, p. 933 n. 2.