UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI PAVIA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO, DIRITTO ROMANO E CULTURA GIURIDICA EUROPEA CICLO XXXIV

Curriculum di Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea

DA MOGLIE A MADRE.
MUTAMENTI NORMATIVI ED IDENTITÀ FEMMINILE A ROMA TRA I E III SEC. D.C.

Relatore:
Chiar.mo Prof. Valerio Marotta

Tesi di dottorato di
Anna Pugliese

INDICE

INTRODUZIONE 5

CAPITOLO I 9

L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE 9

1. PREMESSA 9
2. BENEFICIARI E OBBLIGATI 16
   a. Storiografia 19
   b. Genitori e figli 24
   c. Fratelli e sorelle 33
   d. Coniugi 35
3. AMMONTARE 37
4. GIURISDIZIONE 39
5. DATAZIONE 42
   a. Stato della dottrina 42
   b. Alimenti *ex tutela*, l'ipotesi più risalente 46
   c. Sentenze di Adriano 50
   d. Il sc. Planciano 54
      I. La procedura speciale 54
      II. Osservazioni conclusive 75
6. UNA *RATIO*? QUALE? 86

CAPITOLO II 95

LA DONNA TUTRICE 95

1. LA TUTELA *IMPUBERUM* 95
2. LA TUTELA FEMMINILE 106
3. FONTI GENERALI E STORIOGRAFIA 110
4. DONNE E *NEGOTIORUM GESTIO* 121
5. ESPEDIENTI E SC. VELLEIANO 133
6. UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA 148
7. UN SECONDO MECCANISMO 156

8. L'AFFIDAMENTO DEI FIGLI 159

CONCLUSIONI 169

BIBLIOGRAFIA 181

INDICE DELLE FONTI 207

INTRODUZIONE

Questa ricerca nasce dalla constatazione della oggettiva contraddizione tra costruzione sociale e posizione femminile che si riscontra nella società romana. Da un lato vi era una struttura saldamente ancorata al principio patriarcale, sia nella propria costruzione istituzionale, sia, in conseguenza, in quella normativa. Dall'altro, quasi sorprendentemente, la condizione della donna risulta godere di livelli di libertà e privilegio raramente riscontrabili in altre epoche storiche o in altre società antiche[1]. Risalta, quindi, il fatto che accanto al progressivo processo di emancipazione femminile, non si rileva un corrispondente sviluppo che attenui, almeno in maniera altrettanto visibile, la struttura patriarcale; o, anche solo, insidi il dogma della subalternità femminile.

L'apparente illogicità di tale situazione si aggrava se si considera che, nonostante numerosi tentativi in tal senso, gli studi, giuridici e letterari, non sono riusciti a dimostrare la presenza di una mutazione nelle modalità di rappresentazione femminile. La donna rimane, nel corso dell'intera storia di Roma, ancorata al modello di moglie e madre[2]. Le "figure eccezionali" che tentarono di svincolarsene subiscono, nella storiografia, tutte la stessa sorte, passando alla storia per i loro vizi e per la loro brama di potere, che,

---

[1] Sul riconoscimento del ruolo, anche sociale, della *mater familias:* F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà,* Bologna, 2009; E. CANTARELLA, *Women and Patriarchy in Roman Law,* in P.J. Du Plessis, C. Ando, K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society,* Oxford, 2016, pp. 419-431.

[2] Non concorda G. VETTORI, *Non solo moglie e madre,* in *EuGeSta,* 10, 2020, pp. 30-88; la studiosa prova a dimostrare che, con Augusto, si ebbe una diversa qualificazione femminile, caratterizzata da una nuova capacità economica. Tuttavia, dal punto di vista giuridico, non si riscontra nelle fonti un mutamento in tal senso. Al contrario, gli studi recenti sono abbastanza concordi nel ritenere che la capacità economica femminile sia sempre stata una caratteristica dell'ordinamento romano (F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti,* in *Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica,* Torino, 2014, pp. 17 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare,* Milano, 2008, pp. 83 ss; T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law: Past, present and future,* Michigan, 2012, p. 229 nt. 78; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana,* Milano, 1984, p. 166). La centralità dell'epoca augustea negli studi storico-letterali sul tema è però un dato ricorrente, (vd. F. ROHR VIO, *Children for the family. Children for the State. Attitude towards the Offspring during the triumvirate,* in *The triumviral period: civil war, political crisis and socio-economic transformations*, Zaragoza, 2020, pp.171-192; ID., *Le custodi del potere. Donne e politica alla fine della Repubblica romana,* Roma, 2019; ID., *Le donne della domus principis e la legislazione a tutela della famiglia. Augusto e la rivitalizzazione della tradizione aristocratica,* in *Le costume de Prince. Vivre et se conduire en souverain dans la Rome antique d'Auguste à Constantin,* Roma, 2021, pp.465-485; F. CENERINI, *Dive e donne*, Imola, 2009). La mancata sovrapposizione cronologica che riscontriamo tra fonti letterarie e fonti giuridiche nell'individuare il periodo di *àcme* dell'emancipazione femminile è, tuttavia, inseribile nella regolare dialettica tra diritto e società.

inevitabilmente, le conducono alla "giusta" punizione[3]. Non abbiamo, inoltre, neppure testimonianze di tentativi di ribellione; l'unico, quello che coinvolse Ortensia[4], si contraddistingue per la moderazione con cui le protagoniste perorano la propria causa, nonché per i limitati obiettivi delle loro pretese[5]. Anche dal lato politico, nonostante le numerosissime figure femminili che, nei fatti, esercitarono ruoli di grande influenza, le donne che verranno riproposte quali esempi positivi sono accomunate dalla stessa reticenza, o meglio *pudicitia*, nell'imporsi. Evocativa, in tal senso, la felice formulazione di Francesca Lamberti nel definire la presenza femminile in ambito processuale: le donne quali "presenze silenziose"[6]. È, infatti, innegabile riconoscere che tale perifrasi coglie perfettamente il filo rosso che lega ogni aspetto dell'universo femminile.

All'interno dello stesso processo di emancipazione dal punto di vista normativo, l'evoluzione "accade", non è ottenuta[7]. La *tutoris optio,* probabilmente la prima delle innovazioni che maggiormente permetteranno il miglioramento della condizione femminile, è concessa al *pater,* in favore della moglie. La stessa *trinoctii usurpatio*, secondo un recente studio[8], avrebbe avuto lo scopo di permettere al padre la *abductio* della figlia[9]. Sono, quindi, conquiste, per così dire, "maschili". Inoltre, di molti dei passaggi fondamentali non siamo neppure capaci di fornire una datazione. Quando si ebbe piena capacità testamentaria? Quando fu abrogata la tutela femminile?[10]

Di contro, come si è detto, la struttura della *patria potestas* permane per l'intera storia di Roma. Benché si constatino significative attenuazioni al suo contenuto, che, poco a poco,

---

[3] A mero titolo esemplificativo, si veda F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale. Dal "domum servare" e "lanam facere" al "meretricio more vivere",* in *Quaderni Lupiensi,* 4, 2014, pp. 61-84

[4] Ci riportano l'episodio: App. *Guerre civili* 4.32-34; Val. Max. *Fact. et dict. Mem.* 9.8.3.3. Sul punto si vedano le conclusioni dell'elaborato.

[5] Altro esempio in tal senso è la vicenda che coinvolse Pudentilla, moglie di Apuleio, la quale giocò un ruolo essenziale nel processo allo scrittore (il ruolo che la donna svolse ci è pervenuto in *Apol.* 67-74). Tuttavia, ella non sarà mai presente in aula, comunicherà tramite lettere e messaggi. L'aporia risulta maggiore, se si considera che la donna viene descritta come perfettamente autonoma nel gestire il proprio patrimonio e affari. Sul punto F. LAMBERTI, *"Mulieres" e vicende processuali,* cit., pp. 252 ss.

[6] F. LAMBERTI, *"Mulieres" e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attive e "presenze silezione",* in *Index,* 40, 2012, pp. 244-256. Lo stesso concetto, la "silente" posizione femminile, era già alla base anche delle ricerche di E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia* ,Milano, 1996; ID, *Tacita Muta. La donna nella città antica,* Roma, 1985. Rileva, inoltre, la stessa studiosa, che questa caratteristica non impedì alle donne romane di essere considerate come "qualcosa di più di una semplice partoriente". Situazione che invece contraddistingueva la posizione in Grecia.

[7] Non è, cioè, il risultato di una rivendicazione, come invece avvenne per le conquiste femminili dell'epoca contemporanea.

[8] P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma Antica,* Milano, 2010, p. 285 nt. 98.

[9] Sul punto M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere,* in *AUPA,* 55, 2012, pp.321-384.

[10] E queste sono domande che riferiscono di cambiamenti sicuramente avvenuti nel corso dell'impero; ancora maggiori sono i dubbi irrisolti relativamente alle "conquiste" di età repubblicana.

ne determineranno un ridimensionamento, il concetto giuridico sopravvive fin oltre il tardo antico. Invero, la relativamente privilegiata situazione femminile emerge lampante, allo stesso modo in cui è innegabile un processo di miglioramento.

Alla luce di queste considerazioni, si è deciso di affrontare il tema dal punto di vista di uno dei due ruoli (o forse funzioni) che le donne dovevano rivestire: quello di madre. La scelta è data dalla maggiore facilità di trasposizione in termini normativi degli obblighi morali e culturali che investono il lemma "madre". La genitrice, cioè, è tale in ragione del parto, cui si fanno discendere doveri di cura ed educazione nei confronti della prole. Esulando, per ovvie ragioni strutturali, la componente affettiva dall'organizzazione normativa, risulta relativamente agile individuare negli istituti degli alimenti e della tutela il contenitore giuridico di tali funzioni. La stessa operazione risulta più complessa se ci si rivolge alla "moglie". È necessario aggiungere, inoltre, che tale seconda posizione assumeva, in determinate circostanze, qualificazione giuridica fin dall'età arcaica, sebbene sotto il termine fuorviante di *materfamilias*. Altrettanto non è riscontrabile per la "madre", la cui figura si vedrà attribuire conseguenze legali solo tardivamente[11].

Tale ultima considerazione ha anche imposto i limiti temporali della ricerca: constatata l'irrilevanza femminile nel costruire la famiglia incardinata sui rapporti di *agnatio*[12], risulta obbligatorio dedicarsi al periodo in cui va formandosi ed affermandosi il modello mononucleare: all'incirca I-III sec. d.C.

Si è cercato, pertanto, di mettere in risalto, tramite l'analisi dell'obbligazione alimentare e dell'istituto della tutela, non solo i mezzi tramite cui questa nuova figura di "madre" andò costruendosi, ma anche di cogliere le sfumature della struttura sociale e normativa romana che permisero tale forma di peculiare evoluzione.

[11] Si hanno alcune attestazioni che provano l'attribuzione della *maiestas matronale* in conseguenza del parto (Afranio, *Comica,* 326.3; Livio 32.2.8; Donato, *Commento all'Eneide,* 9.285). Tuttavia tale titolo appare avere mera valenza onorifica, rimanendo privo di rilevanza giuridica.

[12] Dimostrazione definitiva in tal senso viene fornita da Y.THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* in G. Duby, M. Perrot, *Storia delle donne in Occidente. L'antichità,* (a cura di P. Schmitt Pantell), Bari-Roma, 1990, pp. 108 ss.

CAPITOLO I

L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Beneficiari e obbligati: *a. storiografia; b. genitori e figli; c. fratelli e sorelle; d. coniugi.* – 3. Ammontare. – 4. Giurisdizione. – 5. Datazione: *a. stato della dottrina; b. alimenti* ex tutela*, l'ipotesi più risalente; c. sentenze di Adriano; d. Senatoconsulto Planciano: I. la procedura speciale II. osservazioni conclusive.* – 6. Una *ratio*? Quale?

1. Premessa

Obiettivo di questo capitolo sarà analizzare il diritto agli alimenti. Riteniamo che tale prerogativa sia essenziale per capire quale fosse l'effettiva posizione giuridica materna nei confronti dei figli: poteva disinteressarsene? Se sì, in ogni caso o solo in situazioni specifiche? Al contrario, era tenuta a garantire loro la minima sopravvivenza o qualcosa di più? Ovviamente oggetto della ricerca saranno esclusivamente quei doveri giuridicamente tutelati, non tenendo conto della pressione sociale che, sicuramente, imponeva a una "buona madre", per definirsi tale, la cura dei figli[13]. Per quanto riguarda l'influenza culturale esterna, quanto detto può dirsi vero anche prima che si instaurasse quel processo di mutamento sociale che condusse, nei primi due secoli dopo Cristo, ad un radicale cambiamento nella struttura della famiglia romana[14].

Prima di poter passare a trattare in maniera specifica la situazione femminile, è necessario procedere ad un'analisi dell'istituto stesso. Questo compito si rivelerà meno lineare di quanto sperato, in quanto le fonti scarseggiano e sono spesso lacunose e contrastanti. D'altra parte, un ruolo essenziale nell'affrontare l'argomento, lo gioca la

[13] Non si può dimenticare che una delle figure più a lungo riproposte quale modello femminile fu Cornelia Africana, madre dei Gracchi, ricordata per la celebre frase "*haec ornamenta sunt mea",* pronunciata riferendosi ai figli (Val. Max. *Fact. Et dict. Mem.,* 9.4.4.incipt).

[14] Per un'analisi circa le ragioni di tali mutamenti si veda R. CANTALAMESSA, *Etica Sessuale e matrimonio nel cristianesimo delle origini*, Milano, 1976; nonché M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana,* in ID., *Studi sul tardo impero,* Padova, 1986, pp. 345 ss. Gli autori citati sono dell'opinione che questi cambiamenti furono frutto dell'influenza cristiana, di diverso avviso P. VEYNE, *La famille et l'amour sous l'haut-Empire romain,* in *Annales (ESC)*, XXXIII, 1968, pp. 36 ss. Per un'approfondita panoramica sull'evoluzione della concezione femminile a Roma: E. CANTARELLA, *La vita delle donne,* in *Storia di Roma*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 557 ss.; inoltre E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2010, *passim*.

prospettiva con cui osserviamo la realtà sociale in cui tali norme sono state concepite. Agli occhi di un contemporaneo ritenere che a un genitore fosse concesso di abbandonare o rifiutare un figlio senza subire conseguenze appare ovviamente inconcepibile. Ugualmente, da una prospettiva di coerenza dell'ordinamento, appare evidente che, qualora sussista una tutela in determinati casi, questa sia automaticamente applicabile in circostanze che rispondono alla stessa *ratio*. Come sappiamo così non era per i Romani: da una parte la struttura familiare della *patria potestas*[15], dall'altra l'impronta casistica del diritto, sono due punti fermi che devono sempre illuminare il nostro cammino durante questa analisi, per evitare di trarre conseguenze per noi logiche ma allora inconcepibili.

Nello specifico è fondamentale ricordare che, sebbene nel periodo in cui ci muoviamo (I-III sec. d.C.) fosse in atto un mutamento culturale, la struttura della *patria potestas* rimase ben radicata nella mentalità giuridica romana. Se è pur vero che assistiamo ad un'erosione delle sue prerogative e ad una sempre maggiore rilevanza data ai rapporti di *cognatio* in sfavore della tradizionale famiglia agnatizia, non dobbiamo dimenticare l'estrema rigidità dell'ordinamento romano. Seguendo gli studi di Yan

[15] Sulle caratteristiche della *patria potestas* romana la bibliografia è vastissima. A mero titolo esemplificativo: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Patria Potestas* in *Enciclopedia del diritto,* XII, Milano 1982, pp. 252 ss; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas. Dalle origini al periodo degli Antonini,* Milano, 1979; M. KASER, *Der Inhalt der patria potestas,* in ZSS, LVIII, 1938, pp.63 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto private romano,* Palermo, 1979; R. SALLER, *Familia, domus and the roman conception of family,* in *Continuity and Change*, 1986, I, pp. 7 ss.; M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas: il filius familias designatus rei publicae civis*, Torino, 2017. Y. THOMAS, *La morte del padre. Sul crimine del parricidio a Roma,* Roma, 2022; ID., *La divisione dei sessi nel diritto romano,* in *AA.VV. Storia delle donne in Occidente. L'antichità,* Roma-Bari, 1990. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica,* in *Studi in onore di P. De Francisci,* 2, Milano, 1956; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della "patria potestas",* in *Nuovi Studi di diritto greco e romano,* Roma, 1980; G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas,* 1, Milano, 1984; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato,* Torino, 1989. Per quanto riguarda invece la rilevanza della struttura familiare romana: R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare,* in AA. VV., *Storia di Roma,* a cura di E. Gabba e A. Schiavone, 4, Milano, 1989, pp. 515 ss.; E. CANTARELLA, *Famiglia e parentela,* in AA. VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico,* a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, pp. 175 ss.; ID., *La vita delle donne,* in AA. VV., *Storia di Roma,* a cura di E. Gabba e A. Schiavone, 4, pp. 557 ss.; ID., *La famiglia romana tra demografia sociale, antropologia e diritto,* in F. Milazzo, *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato,* Milano, 2014, pp. 3-21; M. BALESTRI FUMAGALLI, *s.v. Matrimonio nel diritto romano,* in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civile,* 11, 1994, pp. 317 ss; F. LAMBERTI, *L'identità romana: pubblico privato e famiglia,* in G. Traina, *Storia d'Europa e del Mediterraneo. Sezione III: l'ecumene romana da Augusto a Diocleziano,* 6, Roma, 2009, pp. 667-707. Per un approccio più storico letterario alla questione: N.W. BERNSTEIN, *Ethics, Identity and Community in later roman declamation,* Oxford, 2013; B. BREIJ, *Vitae necisque potestas in roman deckamation,*in *Advances in the History of Rhetoric,* 9, 2006, pp. 1-26; ID., *Dilemma of pietas in Roman deckamation,* in A.P.M.H. Landinais, J.H. Blok, M.G.M. Van der Poel, *Sacred Words. Orality, literacy and Religion,* Leiden-Boston, 2011, pp. 329-348; P. BOTTERI, *Figli pubblici e padri privati: tribunicia potestas e patria potestas,* in E. Pellizer, N. Zorzetti, *La paura dei padri nella società antica e medievale,* Bari, 1983, pp. 47-65.

Thomas[16], possiamo osservare che, nel corso dei profondi mutamenti sociali, lo strumento utilizzato dai giuristi per adeguare le norme alla realtà sociale era quello della *fictio*. La particolarità di questo stratagemma risiede nella sua capacità di intervenire sovvertendo presupposti precedentemente fondamentali per l'integrarsi delle fattispecie, lasciandole però formalmente intatte: in altre parole la *fictio* permetteva di cambiare tutto senza, ufficialmente, cambiare niente. I casi di impiego della *fictio* testimoniano la perdurante volontà romana a conservare invariati quelli che erano allora ritenuti i capisaldi dell'ordinamento: la struttura familiare era uno di questi, l'incapacità femminile a farsi portatrici d'interessi altrui un altro[17]. Questo perpetrarsi della forma risulta rilevante sia da un punto di vista sociale, sia giuridico. Per quanto riguarda il primo, così come possiamo dire che la società influenza il diritto ugualmente si può dire l'opposto; ragion per cui, rigidi principi normativi saldamente ancorati nella tradizione, formano la mentalità della popolazione, non certamente immobilizzandola, ma creando dei *bias* involontari nel confrontarsi con la realtà circostante. Allo stesso modo i giuristi erano parte di questo processo, risultandone doppiamente influenzati avendolo ulteriormente interiorizzato quale *modus operandi* con cui procedere nel proprio lavoro.

Il presente studio non può prescindere da quanto appena detto; che influenzerà, quindi, il nostro metodo di lavoro. Si dovrà, perciò, tenere conto di analisi storico-sociologiche, per cercare di calarci quanto più possibile nella mentalità dell'epoca, tentando di trarne ricostruzioni adeguate. All'uopo riteniamo ora necessaria una brevissima digressione sulla costruzione familiare romana, in modo da aver bene chiari i principi di partenza.

Come è noto, l'elemento fondante del nucleo familiare era la *patria potestas*: questo potere di disposizione, *vitae ac necis potestas*, era proprio del capostipite maschio e si esercitava verso tutti i sottoposti. Il legame potestativo era il perno su cui si costruiva sia la famiglia in senso stretto, che quella in senso lato. Perché due persone potessero dirsi legate da vincoli parentali doveva essere occorso tra loro, o tra i loro ascendenti,

---

[16] Y. THOMAS, *Origine et Commune Patrie. Etude de droit public romain (89 av. J.C.-212 ap. J.C.),* in *Collectiòn de L'Ecole Francaise de Rome*, Roma, 1996, 221, diffuso in Italia da "L'erma di Bretschneider", Roma, 1996, pp. 2 ss.; per un approfondimento circa il valore dato al concetto di *fictio* e alla sua portata nel corso della storia: Y. THOMAS, *Fictio Legis,* Milano, 2016. Fortemente critico E. BIANCHI, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea,* Padova, 1997: le divergenze tra gli autori appaiono insuperabili in quanto investono la definizione dell'istituto stesso.

[17] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* cit., passim. Importante sottolineare che tale strumento, rendendo "duttile" la realtà, permetteva la non contraddittorietà dell'ordinamento.

un legame potestativo[18]: era, a ben vedere, la condizione necessaria ma anche sufficiente. La linea femminile risultava quindi completamente esclusa da questo meccanismo, in quanto mai ad una donna fu concesso di avere persone in potestà[19] e tale divieto rimase intatto fino ad epoca tarda[20]. Questo perché, come suggerito dal Thomas, la discendenza paterna e quella materna non si differenziavano solo per le conseguenze giuridiche che ne scaturivano, ma appartenevano strutturalmente a due piani fenomenologici distinti. Il rapporto paterno si fonda su un fatto giuridico, cui conseguono determinate conseguenze tutte regolamentate normativamente; la maternità invece è un mero fatto biologico, per cui la relazione stessa madre-figlio/a si esaurisce su un piano personale affettivo[21]. Questa differenza viene mitigata nei fatti nel corso della storia, ma senza mai rompere il paradigma della diversità dei rapporti: lo strumento della *fictio* permette l'eredità intestata tra madri e figli[22]; un'estremizzazione del concetto di *pietas*, valore meta-giuridico, e la sua cristallizzazione permettono il sorgere di nuovi istituti, quali la *querela inofficiosi testamenti*[23] e, probabilmente, gli alimenti. Ma tutto questo, mantenendo formalmente intatto l'istituto della *patria potestas*: i suoi contenuti subiscono dei cambiamenti, ma non la si nega.

Ribadita, quindi, l'importanza della separazione tra forma e sostanza, e dell'influenza che la forma poteva continuare ad esercitare, chiudiamo con un accenno ai vincoli basati sulla consanguineità. Ora, nella società attuale, e ancora di più in quella di circa cinquant'anni fa, la comunanza di sangue interpreta un ruolo estremamente rilevante nella costruzione dei rapporti di parentela, sia da un punto di vista giuridico, che sociale. Nel mondo romano, invece, questo ruolo era ridimensionato, a causa della costruzione agnatizia della famiglia, ma anche per la grande libertà data al *pater*

---

[18] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* cit., pp. 108 ss. In particolare nota n. 34. D. 38.16.1.10 Ulp. 12 *ad Sab.*: *Consanguineos autem Cassius definit eos, qui sanguine inter se conexi sunt. et est verum eos esse consanguineos, etiamsi sui heredes non extiterunt patri, ut puta exheredatos: sed et si pater eorum deportatus fuerit, nihilo minus eos inter se esse consanguineos, licet patri sui heredes non extitissent: et qui numquam in potestate fuerunt, erunt sibi consanguinei, ut puta qui post captivitatem patris nascuntur vel qui post mortem*.

[19] Gai. 2.161 (cfr. 1.104; 3.43; 3.51); D. 38.16.3; C. 8.47.5.; I. 1.11.9.

[20] Fu solo con Giustiano che venne concessa la possibilità alle donne di adottare, cioè di instaurare loro stesse un legame giuridico con un'altra persona. Anche in questa circostanza non era un diritto generalizzato, bensì riferibile solo alla vedova che avesse perso i figli e ne volesse adottare un altro come consolazione.

[21] Il piano normativo poteva inoltre trascendere sé stesso: ancora nel III sec. d.C., Ulpiano afferma che adozione e *adrogatio* comportavano la creazione della *consanguinitas,* parametro di norma ancorato a fenomeni biologici. D. 38.16.1.11 Ulp. 12 *ad Sab. Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati.*

[22] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* cit., pp. 131 ss.

[23] L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto. Tra sentimento e diritto,* in *Augusto dopo il bimillenario. Un bilancio,* a cura di S. SEGENNI, Milano, 2018, pp. 153 ss.

nell'instaurare e scindere i rapporti potestativi; nonché per la concezione del matrimonio. Il padre poteva creare e sciogliere i legami di *agnatio* con ampia discrezionalità: molti mezzi gli erano infatti offerti. D'altra parte l'istituto matrimoniale non era condizionato dalla visione cristiana dello stesso, che vi vede quel vincolo indissolubile religioso, comunanza di anime, ancor prima che giuridico, ma era soprattutto usato quale mezzo politico. Il divorzio era quindi meno sanzionato socialmente, anzi, era uno strumento da utilizzare per accrescere le proprie reazioni sociali[24]. Gli uomini romani stessi, d'altronde, sembravano ritrosi alle nozze[25], tanto che abbiamo più testimonianze che attestano la volontà politica statale ad incentivarli, chiedendo loro di farlo per la *res publica*[26]. Senza matrimonio non si potevano avere figli legittimi e così la *familia* e il suo nome si estingueva. Era un dovere civico, prima che un dovere religioso.

La stessa politica familiare augustea dimostra come, alla fine del I sec. a.C., vi fosse a Roma una certa liberalità nei rapporti coniugali, che gli interventi del principe non riuscirono a sopprimere definitivamente[27]. Il matrimonio perciò aveva il solo scopo di dare all'uomo figli legittimi[28], l'obbiettivo era conservare la continuità della *patria potestas*, che non era solo un insieme di prerogative, ma rappresentava il perdurare della famiglia stessa. Come ha sottolineato Yan Thomas, alla morte del *pater,* il figlio, nel diventare *sui iuris*, subentrava a tutte le posizioni giuridiche paterne, non come nuovo soggetto che gli succedeva, ma perché diventava lui stesso il *pater*. La *patria potestas* non finiva con la vita di uno per crearsi ex novo in capo ad un altro, era sempre la stessa, portata avanti da un meccanismo che si auto-riproduceva all'infinito, generazione dopo generazione[29]. Questa la fondamentale differenza che intercorre tra il *suus heres* e

---

[24] Con questo non si vuole arrivare a dire che, in tutto il periodo storico successivo che ci separa dai romani il matrimonio non sia più stato utilizzato come strumento politico. Tutti i matrimoni combinati delle diverse famiglie regnanti in Europa ne sono un contro esempio sufficiente.

[25] E. CANTARELLA, *La vita delle donne,* cit., p. 569, si citano due testimonianze di Gellio, *Notti Attiche,* I.6.2 e I. 5.4-6.

[26] Varr. *Men.* 235

[27] In proposito possiamo ricordare l'istituto del concubinato: sconosciuto prima di Augusto (se non nel senso di rapporto padrone-schiava, che però non tutti accolgono come riferibile a tale istituto), la letteratura contemporanea e anche osservatori dell'epoca sostengono che la sua genesi stia nei divieti matrimoniali imposti dal principe. Questi ultimi quindi non solo non avrebbero raggiunto lo scopo prefisso, impedire relazioni tra uomini facoltosi e donne di basso ceto sociale, ma avrebbero anche istituzionalizzato quelle relazioni stabili che non costituivano giuste nozze. C. FAYER, *La familia romana,* Vol. III, Roma, 2005, pp. 11 ss.

[28] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* p. 106.

[29] Per questa ragione, perdura ancora nell'impero la definizione di *familia* quale quella fondata sul *pater* e sui rapporti di *agnatio.* D. 50.16.195.2 Ulp. 46 *ad Ed. … iure proprio familiam dicimus plures personas,*

qualsiasi altro erede. Il meccanismo qui esposto necessitava solo di un soggetto in potestà di sesso maschile, quindi, anche se tipicamente questo era il figlio biologico, nulla impediva che fosse adottato[30]. D'altronde di adozioni sono piene le genealogie degli imperatori romani. La famiglia si costruiva così, sia con mezzi biologici, sia con mezzi giuridici, in modo quasi da poter scegliere chi ne facesse parte e con chi essere legati. Con questo non vogliamo arrivare a dire che il legame di sangue non rilevasse, ma solo che esso coesisteva con la volontà del *pater*, e che quindi la famiglia non fosse necessariamente quella predestinata da discendenze biologiche, ma vi era margine per scegliere con chi avere vincoli[31].

A supporto di quanto appena detto, possiamo citare l'esistenza dell'istituto della cessione del ventre[32]. Ne troviamo traccia in Plutarco[33], che racconta l'aneddoto che coinvolse Catone e Ortensio. La storia racconta che Ortensio, ormai anziano e senza figli, chiede all'amico di poterne sposare la figlia Porcia, la quale era però già sposata con Bibulo. Poiché lo scopo di Ortensio era quello di ottenere un erede legittimo, offre di restituirla una volta compiuta la funzione richiesta. In questo modo "egli sarebbe stato legato più strettamente a Catone e Bibulo da questa comunità di figli"[34]. Al rifiuto, Ortensio chiede allora la mano di Marcia, moglie dello stesso Catone. Il quale, consultatosi col suocero, acconsente: si procede così al divorzio e all'immediato successivo matrimonio tra Ortensio e Marcia. Particolarità non indifferente: la donna era, al momento del divorzio e del secondo matrimonio, incinta del primo marito.

---

quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. […] communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. Il legame potestativo (effettivo, passato o fittizio) rimane il criterio dirimente.

[30] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* cit., pp. 111 ss.

[31] In proposito già J.J. BACHOFEN, *Il potere femminile. Storia e teoria,* a cura di E. CANTARELLA, Milano, 1977, aveva sottolineato come l'istituto dell'adozione avesse la precipua funzione di affermare la completa centralità maschile. Nel momento in cui la discendenza deriva da un atto di volontà e non dal sangue, la donna può essere ulteriormente marginalizzata nella costruzione giuridica sociale. Allo stesso modo, più recentemente, si è sottolineato come l'introduzione del principio di consanguineità alla carica di *princeps* abbia portato ad una maggiore visibilità pubblica femminile, nonché alla creazione di un ruolo preciso, quello di Augusta. Cfr. F. CENERINI, *Dive e donne*, Imola, 2009. Va sottolineato che per tutto il I e II sec. d.C. la figura del *princeps* non era ereditaria (vd. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV): studi di diritto pubblico romano,* Torino, 2016), tuttavia, da Augusto, si instaurò la pratica di legare il successore prescelto con vincoli familiari: si costituisce così la *domus Augusta,* pretesa famiglia modello per l'intera società.

[32] Sull'istituto, di recente, M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie,* in *AUPA*, 54, 2010-2011, pp.7 ss.

[33] Plutarco, *Vita di Catone Uticense,* 25.52.6

[34] E. CANTARELLA, *La vita delle donne,* p. 590.

L'episodio non portò ad alcuno scandalo; anzi, avere un figlio, per così dire, comune, attestò il forte legame che intercorreva tra i due protagonisti. Ancora più che il racconto in sé, rilevano le posizioni che sono state espresse in materia. Nelle scuole di retorica veniva chiesto di esprimere un'opinione su tale comportamento[35], ma anche quelle critiche si focalizzano sulle ragioni economiche per cui è stato fatto. Si dice infatti che Ortensio sarebbe morto poco dopo il matrimonio e che quindi Catone e Marcia si fossero risposati, beneficiando dell'eredità lasciata alla donna dal primo[36]. Il rilievo storico complessivo di questo passo è stato fortemente ridimensionato: si è cercato di riportare il caso della cessione entro limiti eccezionali[37], negandone un'ampia diffusione, o lo si è trattato solo quale istituto molto risalente, velocemente caduto in desuetudine. Possiamo anche accettare per vere tali posizioni[38]: tuttavia rimane che, alla fine della repubblica, questo comportamento non era oggetto di condanna. Il che, qualche indizio su quale fosse la concezione familiare lo fornisce.

Tutto questo serve ad aiutarci a calarci nel contesto in cui ci muoviamo, soprattutto per sottolineare la necessità di tenere ben separati quelli che sono i nostri preconcetti in materia familiare da quella che poteva essere la concezione di questo tipo di legame a Roma. Il vincolo di sangue, che per noi è imprescindibile, non assumeva allora un ruolo altrettanto rilevante. Anche la *pietas*, cui dovevano sempre rispondere i parenti, non è sovrapponibile alla pietà cristiana e siamo ben lontani dalla creazione di quel complesso costrutto giuridico che sta alla base dei diritti umani, ossia la dignità umana. Tutto questo va sempre tenuto a mente. D'altra parte, se così non facessimo, svaluteremmo completamente l'apporto innovativo portato dal cristianesimo nel costruire la società attuale.

Fatte le dovute premesse possiamo ora concentrarci sull'istituto alimentare.

---

[35] Quintiliano, *L'istituzione oratoria,* 3.5.11, 10.5.15

[36] Plutarco, *Vita di Catone Uticense*, 25.52.6

[37] Seneca, nel *de Benefici, 1.9.3,* ne riferisce quale caso di eccessiva disponibilità. Pur caricandolo di una nota dispregiativa, criticandolo ne ammette implicitamente una certa diffusione.

[38] Tuttavia non mancano altri esempi più recenti: Silla avrebbe fatto sposare la figlia già incinta da precedente matrimonio a Pompeo; Ottaviano sposò la moglie incinta di Tiberio Nerone, il quale presenziò al matrimonio (Cassio Dione, 48.44.3).

2. Beneficiari e obbligati

Le maggiori informazioni[39] che ci sono pervenute circa l'obbligo alimentare[40] provengono dal terzo capitolo del libro venticinquesimo del Digesto giustinianeo, in

[39] Si precisa che nell'intero elaborato si tratterà esclusivamente di alimenti tra privati. Con lo stesso termine, *alimenta,* i Romani indicavano anche gli emolumenti versati dal pubblico in favore di minori bisognosi. Per un'abbondante bibliografia in materia: D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche,* in *SDHI,* 72, 2006, pp. 157- 195, in particolare p. 169 nt. 39; ID., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare,* in *TSDP,* 6, 2013, pp. 1-39, in particolare p. 3 nt. 1.

[40] La bibliografia in proposito è vasta, si riportano di seguito alcuni dei lavori più importanti: V. W. KUBITSCHEK, voce *Alimenta*, in *RE*. I. 2 (1894) coll. 1484 ss.; C.F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, 25, trad. it., Milano, 1907, pp. 144 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia,* Roma 1925, rist. corretta della 1ª ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963, pp. 379-381; A. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano,* Torino, 1926, pp. 501 ss.; E. CUQ, *Manuel des intitutions juridiques des romains*, Parigi, 1928, pp. 138 ss. e 178; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928, pp. 167-69; E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *St. dir. Rom.* 1. *Persone e famiglia,* Milano, 1933, pp. 251-79; M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, pp. 25 ss.: F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano,* Milano, 1938, pp. 274-82; ID., "*Ius exponendi" e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*, in *SDHI*. 6 (1940), pp. 5 ss.; G. LONGO, *Diritto romano* 3. *Diritto di famiglia,* Roma, 1940, pp. 224 ss.; ID, *Contributi di ricerca esegetica.* I. *Sul diritto agli alimenti*, in *AUMA*. 17 (1948), pp. 215 ss. (anche in *Ricerche romanistiche,* Milano, 1966, pp. 339 ss.); E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassichen Zeit*, in *Fest. Schulz* 1, Weimar, 1951, pp. 310 ss.; voce *Patria potestas* in *RE*. 22 (1953), pp. 1113-25; B. BIONDI, *Diritto romano cristiano* 3. *Rapporti patrimoniali,* Milano, 1954, 290 ss.; R. ORESTANO, voce *Alimenti* (*dir. rom.*) in *NNDI.* 1. (Torino 1957) pp. 444-82; G. LAVAGGI, voce *Alimenti* (*dir. rom.*) in *ED.2* (Milano 1958) pp. 18-21; A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, pp. 49-55; A. GUARINO, *Diritto privato romano,* Napoli, 1997, pp. 984-84; M.G. ZOZ, *In tema di obbigazioni alimentari*, in *BIDR*. 73 (1970) pp. 323 ss.; ID., *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Mélanges Fritz Sturm* 1 (Liège 1999) pp. 595-603; A.A. SCHILLER, "*Alimenta" in the "Sententiae Hadriani"*, in *St. Grosso*, 4, Torino, 1971, pp. 401 ss.; F. WICIKS, *"Alimenta" et "victus" dans le droit romain classique* in *RH*. 50 (1972) pp. 205 ss.; D. DALLA, *Ricerche di diritto delle persone,* Bologna, 1995, pp. 106-108 (anche in *Le fonti giuridiche*, *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico* 2, a cura di U. MATTIOLI, Bologna, 1995, pp. 318-19; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari,* Roma 1994, pp. 284-87. Rapidi cenni anche in M. KASER, *Das römische Privatrecht* 2, München, 1975, p. 206; ID., *Römisches Privatrecht. Ein studienbuch*, München, 1989, p. 298; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"* 1. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, p. 248. Di obbligo alimentare tra genitori e figli si parla anche nei papiri. Su questo tema specifico, v. R. TAUBENSCHLAG, *Die Alimentationspflicht in Rechte der Papyri* in *St. Riccobono* 1., Palermo, 1936, pp. 597 ss. (anche in *Opera minora* 2, Warszawa – Paris, 1959, pp. 539 ss.). F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, pp. 332 s.; R. BONINI, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973, 15 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Mi- lano, 1974, 255 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostrutti- va*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 28 ss.; ID.,*Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in AA.VV., *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 93 ss.; F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazio- ne di Marco Aurelio*, Torino, 2003, 20 ss.; M.P. BACCARi, voce *Alimenti (dir. rom.)*, in *Enciclo-pedia di Bioetica e Scienza giuridica*, direz. E. Sgreccia e A. Tarantino, I, Napoli, 2009, 300 ss.; J.M. ALBUQUERQUE, *La prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Madrid, 2010, 17 ss.; C. CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, LXXVII, 2011, 65 ss.; P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index*, XL, 2012, 363 ss.; D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche,* in *SDHI,* 72, 2006, pp. 157-195; ID., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare,* in *TSDP,* 6, 2013, pp. 1-39; A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege,* in *Roma e America. Diritto romano comune*

particolare da D. 25.3.5 fino alla conclusione. I commentatori riportarono un ampio frammento di Ulpiano tratto dal *de officio consulis,* cui si aggiungono tre passi di Modestino, uno di Marcello e uno di Paolo. Nel testo vengono presentate due fattispecie cui corrisponde il dovere di alimenti: il caso in cui i soggetti siano legati da parentela e il rapporto tra patroni e liberti. Della seconda fattispecie, cui sono dedicati il minor numero di frammenti ed è esposta per seconda, non tratteremo in questa sede, se non con sporadici riferimenti. Ci limitiamo solo a ricordare che l'obbligo che imponeva al patrono di prendersi cura del liberto indigente fu con quasi totale certezza introdotto dalla legge *Aelia Sentia* nel 4 d.C, sul cui contenuto, però, non ci soffermeremo[41]. Per quanto riguarda, invece, il dovere a carico dell'affrancato, si ritiene che abbia assunto rilievo giuridico in

35, 2014, p. 3-40. L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent*, in *Rivista di Diritto Romano,* XII, 2013, pp. 1-24 (online); T. J. CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter,* in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte. Romanitische Abteilung,* 111, 1994; ID., *Zur Wechselwirkung zwischen römischen Recht und provinzialen Rechten anhand von Dokumenten aus dem Archiv der Babatha,* in *Vielfalt und Einheit in der Rechtsgeschichte. Festgabe für Elmar Walde zum 65. Geburstag* (herausgegeben von T. Gergen), Köln-Berlin-München, 2005.; ID., *Babatha vs. the guardians of her Son: A struggle for guardianship- Legal, and Practical Aspect of P. Yadin 12-15,* 27, in *Law in the Documents of the judean Desert* (edited by K. Katzoff and D. Schaps), Leisen-Boston, 2005. L. D'AMATI, *Ancora su parentes alere,* in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e di unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina,* 39, 2018, pp. 289-310; T.A.J. MCGINN, *The marriage legislation of Augustus: A Study in Reception,* in *LR. Legal Roots. The international Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law,* 2, 2013, pp. 7-43.

[41] D. 38.2.33.pr. Mod. *l. s. de manumiss.: Si patronus non aluerit libertum, lex Aelia Sentia adimit eius libertatis causa imposita tam ei, quam ipsi ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius, nisi heres institutus sit, et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas*. In realtà per quanto riguarda il dovere del patrono verso il liberto, alcuni autori hanno sostenuto che più che di obbligo si dovrebbe parlare di onere. Infatti, già da quanto stabilito al momento dell'introduzione, la pena per il patrono inottemperante sarebbe stata la perdita della pretesa successoria; ugualmente Modestino, nell'unico passo inserito in D. 25.3. in cui si dà conto dell'obbligo del patrono, dice chiaramente che questo non potrà essere costretto ad alimentare, ma sarà privato del patronato. D. 25.3.6.pr. Mod. *l. s. de manumiss*.: *Alimenta liberto petente non praestando patronus amissione libertatis causa impositorum et hereditatis liberti punietur: non autem necesse habebit praestare, etiamsi potest.* Sul punto M. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari,* pp.352-353. Più recentemente J. M. ALBURQUERQUE, *Notas, conjecturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en derecho romano*, Coruna, 2006, pp. 18 e ss. Ritenere, invece, la quasi contemporaneità dell'obbligo in capo al liberto (comunque affermatosi in sede di *cognitio*) deriva da un argomento logico: dai diversi frammenti dedicati da Ulpiano agli alimenti fra patrono e liberto risulta evidente come vi sia una diversa gradazione dello stesso. È infatti più oneroso per il liberto che per il patrono. Ciò è facilmente giustificato dalla natura, a monte sbilanciata, del rapporto stesso. Infatti mentre per il primo l'obbligazione discendeva dall'*obsequium* oltre che dalla *pietas*, per il secondo valeva solo quest'ultima, in una forma comunque limitata rispetto a quella a cui si era tenuti verso i parenti (questo stesso argomento è stato portato a sostegno da coloro che ritengono che si possa parlare di obbligo alimentare in capo al patrono). Da ciò si può supporre che, nel momento in cui viene introdotto un obbligo in capo al patrono, probabilmente i giuristi romani avranno ritenuto opportuno far sorgere lo stesso anche in suo favore, si sarebbe altrimenti andata a creare una situazione eccezionalmente favorevole per il liberto. Si noti inoltre che non sarebbe stato difficile agganciare tale nuova obbligazione ai doveri cui era comunque tenuto il liberto stesso. Con questa opinione concordano C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., p. 25; S. PEROZZI, *Istituzioni,* cit., p. 278. Contra M. KASER, *Das römische Privatrecht* 2, cit., p. 114 il quale ritiene che l'obbligazione del liberto non possa discendere dall'*obsequium*.

sede di *cognitio extra ordinem*. Tale sviluppo si sarebbe incardinato sul principio dell'*obsequium,* cui il liberto era tenuto nei confronti di chi lo aveva liberato.

Prima di indicare, mediante i passi cui si è fatto adesso cenno, i beneficiari dell'obbligo alimentare, i compilatori del Digesto hanno inserito un altro frammento ulpianeo (D. 25.3.1-3), interrotto da uno di Giuliano (D. 25.3.2.pr.) cui segue un altro di Paolo (D. 25.3.4.pr.), tratto dall'*Ad edictum*, che presenta il *Sc.tum Plancianum*. Questo atto normativo introduceva una procedura speciale attivabile da una donna incinta e recentemente divorziata, al fine di ottenere il riconoscimento del nascituro da parte dell'ex coniuge. L'effettivo contenuto originario e la eventuale innovatività del provvedimento sono stati oggetto di lunghe discussioni dottrinali, in certi aspetti non completamente risolvibili, ma di tale argomento tratteremo in seguito. In questa sede sottolineiamo solamente che il nesso causale tra i due testi sta nel fatto che il legame familiare era una delle due fattispecie cui era connesso l'obbligo alimentare e il *Sc.tum. Plancianum* interveniva in proposito; quanto invece questo legiferasse effettivamente anche in materia alimentare è oggetto di dibattito[42].

Ulteriori fonti le troviamo in Paolo[43]; abbiamo, inoltre, due lettere tratte dall'epistolario tra Plinio e Traiano[44], che probabilmente parlavano del *Sc.tum. Plancianum*. Infine se ne tratta sia nel Codice che nelle Istituzioni di Giustiniano. Inoltre, di alimenti si parla in altri libri del Digesto: tuttavia sono casi specifici: possibilità di inserire gli alimenti in una transazione[45]; legati alimentari e altre fattispecie di diritto

[42]Questo abbinamento dei due testi ulpianei (esposizione del *Sc.tum Plancianum* dal commento all'editto e obbligo alimentare tratto dal *de officio*) è fonte delle prime confusioni: se uno si limitasse a leggere il primo la rilevanza ai fini alimentari risulterebbe minima, almeno *prima facie*, d'altra parte l'immediata successione del passo tratto dal *de off.* crea un involontario pregiudizio nella mente del lettore moderno, che è portato a leggere il *Sc.tum Plancianum* come il testo fondativo di questo istituto. Con questo non si vuole affermare l'estraneità del provvedimento dallo sviluppo e nascita degli alimenti, ma va sottolineato come la modalità di esposizione scelta dai compilatori porti a delle prime conclusioni profondamente diverse da quelle che trarremmo se leggessimo i due testi separatamente. Ciò potrebbe essere un indizio sulla effettiva stretta correlazione *ab origine* tra *Sc.tum Plancianum* e diritto alimentare, nota agli autori dell'epoca e a noi non sopravvissuta; o, al contrario, potrebbe derivare da un'erronea convinzione, sviluppatasi in un periodo in cui ormai il nesso figlio legittimo-obbligo alimentare era un dato di fatto. Quale delle due ipotesi sia non possiamo dirlo, al netto delle nostre fonti. Per una bibliografia sul *Sc.tum Plancianum* e sulle diverse letture che ne sono state date si veda il paragrafo ad esso dedicato.

[43] Paul. *Sent.* 2.24.5. *Si mulier divortio facto gravidam se sciat, intra tricensimum diem viro denuntiare debet vel patri eius, ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quo omisso partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.* Paul. *Sent.* 2.24.6. *Si praegnantem se esse mulier non denuntiaverit vel custodes ventris missos non admiserit, liberum est patri vel avo natum non alere. Ceterum neglegentia matris, quo minus suus patri heres sit, obesse non debet.*

[44] Plin., *Ep.,*10.72; 10.73

[45] D. 2.15.8.

ereditario; tutela[46]. Non che siano testi inutili, ma il nostro scopo è ricostruire quando il prestare alimenti sia diventato un obbligo derivante dal semplice sussistere di un legame familiare; nei casi elencati essi dipendono o dalla volontà di qualcuno o, come nel caso del pupillo, sono connaturati all'essenza dell'istituto[47]. Da ultimo si ricordano due sentenze di Adriano, a noi pervenuteci nella raccolta degli *Hermeneumata Pseudo-Dositheana*, di qualche interesse per la materia alimentare[48].

Avendo indicato l'insieme delle fonti di cui ci serviremo nel corso di questa dissertazione, possiamo ora dedicarci ad un'analisi più approfondita. Per prima cosa tratteremo dei beneficiari; quindi accenneremo all'entità degli alimenti dovuti; poi affronteremo la questione della datazione e delle competenze giurisdizionali su tali materie; infine cercheremo di capire quali siano state le ragioni sociali e soprattutto le innovazioni giuridiche che hanno portato alla genesi di questo istituto. In tutti i casi si farà riferimento unicamente alla fattispecie inerente ai legami familiari, quella relativa al rapporto patrono-liberto sarà eventualmente richiamata solo a scopo comparativo.

a. Storiografia

Come si è detto, beneficiario era chi fosse unito da un legame familiare: questa informazione ci viene fornita nell'*incipit* del frammento dedicato all'obbligo alimentare. In particolare in D. 25.3.5.pr- 2:

D. 25.3.5.pr Ulp. 2 *de off. cons: Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet.* [1] *Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere.* [2] *Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam*

[46] D. 27.2.

[47] Dovere di un tutore era appunto tutelare un minore e prendersi cura dei suoi interessi; viene da sé che assicurarsi che questo non morisse d'inedia o versasse in uno stato di indigenza è requisito minimo per dirsi assolto il compito. Più complicata è la situazione circa gli alimenti dovuti dal tutore anche alla madre o alla sorella, ma affronteremo il tema in seguito.

[48] Sent. §3 e §14

aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.

Dal testo, estratto dal secondo libro del *de officio consulis* di Ulpiano, si evince un obbligo reciproco tra familiari, sia dal lato paterno che da quello materno, che vincolava discendenti, ascendenti e collaterali. In caso di inottemperanza era possibile rivolgersi ad un giudice che avrebbe valutato la situazione secondo equità. L'obbligo, come si legge, supera i confini della *potestas* ed è connesso, piuttosto, ad un legame dato dalla consanguineità. La norma generica qui esposta viene poi ulteriormente precisata nei passi successivi, chiarendo, come è uso di Ulpiano, le situazioni dubbie. In ogni caso, già il solo frammento qui presentato è stato sottoposto a dure critiche. La storiografia si è fortemente divisa nella ricostruzione di quello che poteva essere il testo originale[49].

Come si è detto in precedenza, è pacifica, infatti, l'assenza dell'istituto alimentare legale sia nella Roma antica che in quella repubblicana[50] e ciò, oltre che dalle fonti, è supportato anche dalla costruzione stessa della famiglia, in quanto «l'unico rapporto tra gli appartenenti al gruppo familiare, che sotto questo aspetto aveva rilievo, era il rapporto derivante dalla *patria potestas.* Il *pater familias* accentrava in sé tutti i diritti, senza avere alcun obbligo verso i soggetti che poteva anche esporre o uccidere. A loro volta i soggetti non potevano esser tenuti verso il *pater* ad un obbligo di carattere patrimoniale, come quello alimentare, in quanto erano del tutto privi di qualsiasi capacità patrimoniale»[51]. Al contrario è certa la sua esistenza in età imperiale e giustinianea. Tenuto conto di tutto ciò, la lacunosità delle fonti ha portato a posizioni estremamente divergenti nella letteratura circa la portata originaria del testo proposto: il che dipende anche dalle diverse opinioni circa la stessa genesi dell'istituto alimentare. In estrema sintesi il nucleo del dibattito verte intorno alla questione se, nel momento in cui l'istituto sorse, questo fosse vincolato strettamente alla *potestas* o se fin dall'origine il vincolo di sangue fosse prevalente.

---

[49] Per citarne alcuni: E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., pp. 261 ss; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., pp. 380 ss. in particolare nt. 3; G. BESELER, *Miszellen,* in *ZSS.* 45, 1925, pp. 453; G. LONGO, *Diritto romano 3. Diritto di Famiglia,* cit., pp. 224-235; A. DELL'ORO, *I libri de officio,* cit., pp. 54-55.

[50] Si riscontrano alcuni riferimenti agli alimenti sia nella *Rhetorica ad Herennium* (2.19) che in Cicerone (Cic. *Ad Att.* 9.9.2 e 14.7.2; Cic. *De re pub.* 1.8), tuttavia in questi casi è chiaro che essi si configurino solo quale dovere morale e non giuridico. Secondo Dionigi di Alicarnasso, già Romolo aveva promulgato una legge che prevedeva lo stanziamento di fondi pubblici al fine di aiutare i padri di parti trigemellari a sfamare i propri figli (Dion. Hal. 3.22.10), testimoniando la risalenza dell'obbligo morale. Sull'interpretazione di tali testimonianze D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti,* cit., pp. 7 ss.

[51] R. ORESTANO, voce *Alimenti,* cit., p. 483.

La differenza può sembrare sottile, soprattutto considerando che al termine del processo evolutivo sicuramente il secondo parametro prevaleva sul primo, ma gioca un ruolo fondamentale nel determinare l'ordine cronologico della nascita dei beneficiari (nonché profonde discussioni sulla datazione dello stesso), che si riflettono anche sulla critica al testo.

Guardando alla storiografia, si nota come più autori abbiano imputato ai giustinianei massicci interventi sul passo proposto, ma le critiche interpolazionistiche variano a seconda della struttura dell'istituto che si propone. Il primo fu Albertario, il quale riteneva che, al momento della genesi e parzialmente ancora sotto Ulpiano, gli alimenti fossero strettamente vincolati al presupposto della *potestas*[52]. In questo senso l'autore sottopone il testo ad un profondo processo di revisione, ritenendo interpolati tutti i riferimenti al generico *parentes*, sostituito al più rigido *pater,* nonché le estensioni introdotte con *et ceteri* e che quindi includevano anche la parentela al di fuori del legame potestativo e soprattutto femminile. Inoltre l'autore ritiene non originali anche le frasi circa i figli *sui iuris*, sostenendo, anzi, che la perifrasi usata da Ulpiano per trattarne il caso, *et magis puto,* in D. 25.3.5.1 sia sintomo di una certa prudenza da parte del giurista nell'affermare il diritto anche tra l'emancipato e il *pater,* giustificabile solo nel caso in cui quella norma fosse di nuovissima introduzione[53]. Lo studioso appare certo, quindi, allorché riconnette strettamente istituto e legame potestativo: soltanto successivamente, in età postclassica, esso sarebbe stato esteso alla parentela di sangue, in accordo con il lento processo di sostituzione della seconda al primo quale principio cardine nell'intero diritto familiare.

Tuttavia a questa netta posizione si oppone la sua considerazione circa la figura materna: ritiene infatti che questa fosse fin da subito obbligata nei confronti, ed esclusivamente nei loro confronti, dei figli illegittimi[54]. A sostegno di tale posizione cita D. 25.3.5.4 in cui si legge

D. 25.3.5.4 Ulp. 2 *de off. cons.: Ergo et matrem cogemus praesertim volgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam.*

---

[52] E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., pp. 261 ss.
[53] E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., p. 253.
[54] E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., p. 264.

L'autore corregge però il testo sostenendo che il *praesertim* sia un'aggiunta giustinianea, per cui il passo originale vincolerebbe la madre verso i *vulgo quaesitus,* ma nulla direbbe circa i nati da giuste nozze. A ulteriore conferma di tale tesi si invoca anche D. 25.3.5.14

D. 25.3.5.14 Ulp. *2 de off. cons*: *Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam. ita divus Marcus rescripsit Antoniae Montanae in haec verba: " Sed et quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt, nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses, etiamsi a patre suo educaretur".*

Il passo riferisce di una decisione di Marco Aurelio, il quale accordava ad una donna, Antonia Montana, il diritto a riavere dal padre del figlio quanto lei avesse speso per alimentarlo, escluso però quanto ella gli avrebbe dato in ogni caso perché spinta dall'affetto materno. Questo testo sembra quindi configurare un diritto di regresso nei confronti del *pater*, che escluderebbe perciò la madre dal legame alimentare.

Risulta però chiaro che, anche nella lettura dell'Albertario, il dovere materno ad alimentare i figli illegittimi abbia le proprie basi nel legame di sangue, per cui, sembrerebbe dirci l'autore, al momento dell'introduzione dell'istituto (o poco dopo) i giuristi o la cancelleria imperiale imperniarono la legittimità dello stesso sia sul principio potestativo, che su quello naturale, a seconda che il primo fosse esigibile o meno. Questo però inficia la lettura dei primi due passi, dal momento che, a quanto sembra, anche i parenti materni potrebbero risultare obbligati, in forza del vincolo di sangue, almeno in via sussidiaria[55].

Diametralmente opposta, riguardo questo ultimo sviluppo, risulta la posizione del Bonfante. Questi, sostenendo più o meno le stesse posizioni dell'Albertario per quanto attiene la famiglia legittima (pur contestando alcune scelte interpolazionistiche), ribalta la posizione materna sostenendo l'assenza di un qualsiasi obbligo verso i *vulgo quaesiti* fino a Giustiniano, mentre antecedente è quella tra la madre e i legittimi, nata con la progressiva maggiore rilevanza data al legame di sangue[56]. Con le Novelle poi l'obbligo

[55] Sembra riprendere, in linea di massima, la teoria di Albertario, L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent,* in *Rivista di Diritto Romano,* XII, 2013, pp. 11 ss. in cui l'autore sostiene che, sin dall'origine, vi fossero due diverse discipline per figli legittimi e illegittimi. In particolare l'autore si concentra sulla disciplina degli emolumenti lasciati ai figli delle concubine, vietati da Costantino, poi riammessi in via definitiva con Giustiniano. In questo senso già S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano 2,* cit., pp. 169 ss.

[56] P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., pp. 380 ss.

verso i figli illegittimi sarebbe stato esteso anche alla linea paterna. Riprende questa idea Giannetto Longo, il quale però sostiene che già in età imperiale si prevede un obbligo definito tra ascendenti e discendenti all'interno della famiglia legittima che travalica il legame potestativo[57]. Sembra propendere per la genuinità del passo ulpianeo, anche Anna De Francesco[58], la quale, trattando nello specifico dell'obbligo dei discendenti, analizza alcune sentenze adrianee arrivateci tramite gli *hermeneuta Pseudo-Dositheana*, per mostrare come, anche se probabilmente non ancora esplicitamente disciplinato, esistesse un generico favore nel considerare l'obbligo alimentare anche tra semplici consanguinei. L'autrice si spinge oltre, suggerendo una possibile forma di tutela di tali interessi antecedente alla creazione dell'istituto stesso all'interno proprio dell'*actio tutelae*. Prima di approfondire questa ipotesi, fondamentale quando si affronterà il problema della datazione, cercheremo ora di proporre una breve sintesi dei dati in nostro possesso per poter meglio valutare le ipotesi che sono state prospettate.

La forma sintattica usata da Ulpiano, per presentarci l'istituto, mostra sicuramente un forte legame con il rapporto potestativo. L'esposizione del giurista in D. 25.3.5.1. verte intorno ad esso: bisogna alimentare i figli *in potestate*, ma anche coloro che sono stati emancipati o che per qualsiasi causa siano divenuti *sui iuris*. Anche se il rapporto potestativo non è necessario al momento della richiesta di alimenti, esso doveva esistere in passato. In proposito, già Giannetto Longo aveva sottolineato che il discorso di Ulpiano «è diretto precisamente a risolvere il quesito se la *patria potestas* debba considerarsi quale necessario presupposto del riconoscimento di un diritto e un obbligo reciproco agli alimenti[59]». Per questa ragione, continua lo studioso, avrebbe utilizzato *liberi* e *parentes*, in luogo dei più univoci *filius* e *pater*[60], in quanto tali termini sarebbero stati indicativi della propria posizione, per cui l'obbligo eccedeva i limiti della *potestas*.

Il frammento successivo, pur attribuendo agli agnati maschi il primo posto nell'elenco, esplicita chiaramente che l'obbligo grava sia sulla linea maschile che su quella femminile e che non vi sono differenze a seconda che l'obbligato sia uomo o donna. In questo senso, benché l'istituto sembri imperniato sul principio potestativo,

---

[57] G. LONGO, *Diritto romano,* 3, cit., pp. 224-235.

[58] A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli*, cit., pp. 28 ss.

[59] G. LONGO, *Diritto romano,* 3, cit., p. 226

[60] Termini su cui invece E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., pp. 261 ss; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., pp. 380 ss. avevano gettato qualche dubbio sulla genuinità. Tuttavia, senza dover propendere per la loro non originalità, si potrebbe ricordare che in altri frammenti l'utilizzo di tali termini avviene in contesti in cui vi è sicuramente un rapporto potestativo in atto tra le parti. L'indizio non è dunque dirimente. Cfr. D. 4.5.3 e D.26.2.1.

subito si assiste alla sua trasposizione nel quadro della parentela di sangue. La dicotomia tra le due costruzioni lessicali potrebbe, forse, essere un implicito suggerimento circa l'evoluzione dell'istituto: nato in un contesto che richiedeva la *potestas,* ma resosi applicabile a tutti i consanguinei all'epoca in cui Ulpiano scrive. Questo sviluppo sarebbe perfettamente coerente con l'evoluzione dell'intero diritto familiare dei primi due secoli d.C.; tuttavia l'indizio è troppo debole per essere dirimente. Infine, nella chiusa del frammento (D.25.3.5.2), si indica la *ratio* sottesa all'istituto; il giudice, chiamato a conoscere della causa, sarà tenuto a decidere *ex aequitate* e in ragione della *caritas sanguinis.* Soprattutto questo ultimo lemma è stato contestato, in quanto, si è detto, che l'esercizio della carità appare tipicamente giustinianeo[61]. Tuttavia, anche espungendo tale chiusa, abbondanti frammenti successivi mostrano, in maniera alquanto esplicita il nesso tra l'istituto e la *pietas*[62]*,* che in questo contesto può identificarsi con quella proposta da Augusto, quale strumento di modifica del *ius civile*[63].

In ogni caso il testo non permette di affermare la precedenza del rapporto potestativo su quello naturale, soprattutto considerando che il ricorso alla *pietas* in altri ambiti è stato teso a far valere il legame di sangue su quello potestativo. Ciò nonostante non è da rifiutare *in toto* la teoria che vede nella costruzione lessicale ulpianea in D. 25.3.5.1 un indizio sullo sviluppo cronologico delle fattispecie: dapprima solo per i figli in potestà, (e in questo caso obbligo solo per il padre verso i figli), poi i figli qualunque fosse il loro status.

Lasciando da parte la questione storiografica, passiamo qui brevemente ad elencare in maniera più specifica chi erano gli eventuali beneficiari del diritto agli alimenti.

b. Genitori e figli

Erano obbligati quindi agli alimenti, almeno dai Severi in poi, ascendenti e discendenti:

D. 25.3.5.3 Ulp. 2 *de off. cons.: Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est.*

---

[61] E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., p. 261-262.
[62] D. 25.3.5.13; D. 25.3.5.15; D. 25.3.5.16; D. 25.3.5.17
[63] A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., pp. 19 ss. La *pietas,* in tale contesto non può assolutamente essere tradotta con l'odierno "pietà", al contrario va identificata con una generica "solidarietà" verso i propri familiari (anche se solo consanguinei).

Questo testo conferma la regola generale già enunciata nei tre paragrafi precedenti, stabilendo che l'obbligo sia reciproco. Quindi, così come il padre dovrà alimentare anche i figli emancipati o dati in adozione, del pari anche questi saranno costretti nei suoi confronti. Si specifica, inoltre, che l'obbligo graverà anche sui figli minori emancipati:

D. 25.3.5.13 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur: iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus*.

Questo passo è tra quelli che, almeno implicitamente, permetterebbero di individuare l'origine dell'istituto nella *pietas*; infatti la *ratio* di tale rescritto risiede nel fatto che sarebbe *iniquissimum* lasciare in condizioni di povertà un padre, mentre il figlio potrebbe provvedervi[64]. Invece, per quanto riguarda il dovere di un figlio ancora sottoposto a *potestas,* la situazione appare più sfumata: da un lato va ricordato che formalmente il *filius* non poteva essere titolare di un patrimonio proprio, sicché il padre avrebbe potuto liberamente far ricorso, per mantenersi, al suo peculio, senza necessità di un intervento giudiziale. Tuttavia questa regola non si applicava nel caso in cui il figlio disponesse di un *peculium castrense*. In questo senso fornisce una risposta:

D. 25.3.5.15 Ulp. 2 *de off. cons.*: *A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio.*

La pietà imponeva anche al figlio militare di alimentare i genitori. Non viene espressamente detto che qui si tratti di un figlio ancora sottoposto alla *potestas,* nonostante l'impiego del termine *filius*, in luogo di *liber*, sia un buon indizio in tal senso. Tuttavia è verosimile ritenere che anche in tale ipotesi il giudice potesse agire.

Per quanto riguarda, invece, i figli illegittimi, concordiamo con la teoria che sostiene che tale obbligo non fosse imputabile al padre e di conseguenza nemmeno al figlio, fino al diritto delle Novelle giustinianee. Per quanto il rapporto di *cognatio* avesse assunto rilevanza sempre maggiore, a discapito di quello agnatizio, non ci sembra che, fino all'età tardo-antica, tutto ciò avesse già comportato il superamento della regola in forza della quale per "fabbricare" un figlio legittimo, soggetto pertanto a potestà, occorreva concepirlo in *iustae nuptiae*. In altre parole, per l'ordinamento giuridico romano un padre era tale solo se, ed esclusivamente se, ricorreva un giusto matrimonio. La paternità esisteva solo in presenza di determinati presupposti giuridici:

[64] Sulla resistenza sociale ad ammettere che fossero i figli a provvedere per il padre si dirà in seguito.

D. 25.3.5.6 Ulp. 2 *de off. cons.: Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam*[65].

Antonino Pio ribadisce l'obbligo del padre ad alimentare la figlia femmina[66]. Ciò che rileva è che tale padre sarà costretto ad alimentare, qualora un giudice avesse stabilito che era stata procreata *iuste.* L'utilizzo dell'aggettivo tipicamente abbinato alle nozze, per indicarne la loro completa validità giuridica, ci sembra che vada interpretato in tal modo: il padre aveva doveri soltanto verso quelli concepiti in *iustae nuptiae*, a esclusione, dunque, degli illegittimi. A conferma di tale ricostruzione si potrebbe invocare anche l'impiego dell'espressione *filiam suam* (quantunque non mi sembra esista un corrispettivo femminile di *liberi*)[67].

Vi era quindi uno squilibrio tra la posizione dei legittimi e degli illegittimi, in quanto i primi avrebbero potuto chiedere gli alimenti sia in linea paterna che materna, mentre i secondi erano ammessi solo alla seconda (data l'inesistenza della prima). Dal momento che la maternità corrisponde a un mero fatto naturale, quando ad esso si vollero riconnettere conseguenze giuridiche, i Romani non discriminarono, a tal riguardo, i *legitimi* dagli *spurii*[68]. D'altra parte non possiamo dimenticare che al padre, qualora volesse riconoscere i figli illegittimi, era quasi sempre concessa la facoltà di adottarli[69].

---

[65] Il sintagma *apud iudicium* ha creato alcune problematiche tra gli studiosi: il Lenel aveva suggerito (seppure in termini dubitativi) di sostituirlo con *tribunal* (O. LENEL, *Palingenesia* II, cit., p.954 nt.1); diversamente E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., p. 256 nt.1, il quale propone *consulem.* Tali letture, inoltre, si basano sul presupposto che il giudizio di cui si riferisce sia la *summaria cognitio* del rimedio alimentare. In realtà, l'utilizzo dell'aggettivo *iuste* e il fatto che l'obbligo si instauri solo in conseguenza di tale statuizione sembrerebbero indicare che il *iudicium* dovrebbe essere quello si status. Sul punto A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare,* cit., pp. 131 ss.; l'autrice inoltre propende per la genuinità del sintagma, sottolineando che esso ricorre anche in D. 20.1.3.1 (Pap. 20 *Quaest.: Per iniuriam victus apud iudicium rem quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet qui pignus dedit. ergo summovebitur rei iudicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam qui vicit actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re quae pignori data est debitor habuerit, considerandum est.*), passo su cui non gravano sospetti. Il fatto che un'espressione sia inusuale, pertanto, non è sufficiente a considerarla interpolata. Si aggiunga che, per il fine della nostra ricerca, il lemma dirimente è *iuste,* il cui significato non sarebbe modificato da una sostituzione del sintagma che la precede. Concorda con tale lettura anche L.SANDIROCCO, *Non solum alimenta,* cit., p.8.

[66] Non si affronterà qui la questione del perché fosse necessaria tale precisazione, non solo da parte dell'imperatore, ma soprattutto da parte di Ulpiano e dei compilatori, considerando che il testo non aggiunge alcunché di nuovo, ma si limita a ribadire che anche le femmine andavano alimentate.

[67] A supporto di quanto detto: D. 2.4.5.pr Paul. 4 *ad Ed.*: *quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*

[68] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi,* cit., pp. 138 ss.

[69] Tale possibilità verrà meno solo con Costantino (C. 5.27.1.pr Const. A. ad Gregorium: *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel sacerdotii, id est Phoenicarchiae vel Syriarchiae, ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et alienos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia vel scaenica vel scaenicae filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit susceptos*

Per quanto riguarda la madre e i suoi ascendenti, il loro obbligo, oltre a potersi desumere da D. 25.3.1.2, con le riserve che abbiamo poc'anzi esposto, è ulteriormente confermato da due passi:

D. 25.3.5.4 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Ergo et matrem cogemus praesertim volgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam.* [5] *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.*

Per quanto riguarda gli avi materni, la regola sembrerebbe introdotta da Antonino Pio, tramite rescritto. Si tratta, in tal caso, dell'obbligo dei discendenti verso gli ascendenti, ma nulla va nella direzione di negare la fattispecie opposta. Per quanto riguarda la madre, invece, come si è già visto, anch'essa era vincolata all'obbligazione alimentare, soprattutto nei confronti degli illegittimi. Questa sottolineatura, *praesertim volgo quaesitus,* non volendo accettare la teoria del Bonfante che espungeva l'avverbio, deriverebbe dal fatto che il suo dovere, nei confronti dei legittimi, fosse sussidiario a quello paterno. In favore si ha il già citato rescritto di Marco Aurelio in D. 25.3.5.14, in cui l'imperatore, rispondendo ad Antonia Montana, ammetteva il suo diritto di regresso, specificando, tuttavia, che non avrebbe potuto riavere ciò che avrebbe comunque dato al figlio, in quanto spinta dall'affetto.

A ulteriore supporto, leggiamo adesso questo lungo frammento paolino:

D. 3.5.33.pr Paul. 1 *quaest* : *Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. quaero quid tibi iustius videatur. respondi: haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. quid enim si etiam*

---

filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti: ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri.[a. 336]) che punisce con l'infamia il padre, se di alto rango, che avesse agito in tal modo; inoltre vietava elargizione nei confronti sia della concubina, sia dei figli da lei avuti. Per un approfondimento circa la percezione sociale delle unioni extra-coniugali, il loro inquadramento giuridico, e i mutamenti, cui sono andate incontro con la cristianizzazione dell'impero: S.V. CRISALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma,* in AA. VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali,* Torino, 2014, pp. 143-200, spec. pp. 163 ss.

protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.

È un testo del quale ci occuperemo in maniera più estesa nel capitolo dedicato alla tutela. Esso, pur non citando esplicitamente il rescritto imperiale, ne riferisce il contenuto. Gli eredi della nonna ritenevano di aver diritto ad ottenere quanto quest'ultima avesse speso in alimenti per il nipote. Non di meno, in quanto elargiti *iure pietatis,* queste spese esulavano dal diritto di regresso. Il testo fornisce un paio di spunti interessanti. Per prima cosa si può notare che, secondo la parte in causa che si avvale del rescritto di Marco Aurelio, il fatto che l'ava non abbia adito il giudice per chiedere una quantificazione degli alimenti, è prova che questi sarebbero stati comunque dati, per affetto, e quindi non sono *in toto* ripetibili. Ciò aggiunge preziose informazioni a quanto già sappiamo, in quanto, stando a D. 25.3.5.14, sembrerebbe che esclusi siano quegli oneri non strettamente necessari, per cui la madre si è "eccessivamente spesa", mentre in questo caso si chiede di escludere l'intero ammontare. Inoltre, tale testo sembra implicare che alla madre fosse richiesto l'onere di adire il giudice, la cui inottemperanza le avrebbe impedito di riottenere quanto versato. Questa seconda implicazione viene smentita da Paolo nella risposta, che invece non contesta la prima.

La seconda e più rilevante informazione che questo passo ci dà riguarda il diritto di ripetizione femminile vero e proprio: questo sarebbe stato introdotto da Antonino Pio, che lo concesse non solo contro il padre, ma anche contro il figlio stesso, e, soprattutto, attraverso la forma della *negotiorum gestio*. Questo dato, che può apparire dubbio, considerando che un'azione per l'indebito sembrerebbe più appropriata[70], in realtà può trovare una spiegazione se guardiamo a come, soprattutto all'interno della tutela impubere, sono andati definendosi i rapporti madre-figli.Tuttavia, in dettaglio, ce ne si occuperà nel prossimo capitolo.

Il fatto che il mezzo processuale predisposto per garantire alla madre la posizione di sussidiarietà fosse quello dell'*actio negotiorum gestorum* può anche fornirci un'interessante prospettiva con cui valutare il principio espresso nel rescritto di Marco

[70] In tal senso M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., pp. 336 ss.

Aurelio. Il gestore, infatti, aveva diritto alle spese compiute non solo qualora queste avessero soddisfatto il parametro dell'utilità, ma era anche necessario valutare se avesse agito conformemente al normale comportamento del gestito. Ciò significa che non poteva compiere atti che il legittimo proprietario non avrebbe, verosimilmente, posto in essere. In questo senso allora la madre non avrebbe riavuto quelle spese che il padre non avrebbe concesso al figlio[71] e a cui non poteva essere costretto. Per questa ragione, dunque, la posizione materna non assurge a quel ruolo di attiva partecipazione, che è stato ipotizzato[72], in quanto ciò che non le sarà ridato esula, non solo dalla mera sopravvivenza, ma anche da tutte le spese relative all'istruzione e ad altri oneri, imputabili al padre. Per quanto la somma non ripetibile possa essere ingente, essa rimane puramente facoltativa in presenza di un padre solvente. La valutazione di tali spese avverrà all'interno del giudizio sulla gestione d'affari che, come sappiamo, era un *iudicium bonae fidei*.

Una situazione latamente simile potremmo forse coglierla anche in D. 25.3.5.17:

D. 25.3.5.17 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Item rescriptum est heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater deductus est.*

In questo caso si stabilisce, tramite rescritto, che gli eredi del figlio non dovranno al padre quanto il figlio gli avrebbe fornito, spinto dalla *pietas,* escluso il caso in cui costui sia in stato di indigenza. Vi è cioè una quantità alimentare che è sempre dovuta in caso di necessità, il resto, anche se ritenuto eticamente appropriato, esula da tale obbligo. Il passo inoltre fornisce anche un'altra informazione: sembrerebbe infatti che anche un estraneo possa essere costretto ad alimentare, qualora sia istituito erede del *filius*.

Ultimo frammento che conferma l'obbligo per linea femminile sembrerebbe essere D. 25.3.8, che riporta un passo di Marcello tratto dal commento alla *Lex Iulia et Papia:*

---

[71] Potremmo ad esempio ipotizzare l'acquisto di vestiti o oggetti di una qualità superiore, oppure la scelta di un precettore diverso e più dispendioso, nonché doni non necessari. Come vedremo in seguito, infatti, all'interno dell'obbligazione alimentare rientravano, oltre al cibo, anche vestiti e suppellettili, nonché le spese per l'educazione, qualora l'alimentando avesse la disponibilità economica per provvedervi.

[72] A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., p. 36 nt.22: qui l'autrice, sostenendo la teoria di G. LONGO, *Diritto Romano 3*, cit., p. 228, sostiene che la madre non sia esclusa dall'onere in presenza di un padre capiente in quanto il rescritto sancisce che va stabilito solo quanto le si deve, implicitamente affermando anche il suo dovere. Sul punto non concordiamo per le ragioni sopra esposte; riteniamo infatti che in una situazione in cui entrambi i genitori mostrino disinteresse a curarsi del figlio, questo possa ricorrere solo contro il padre e nulla sarà chiesto alla madre. In questo senso E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., p. 262.

D. 25.3.8 Marcell. 1 *ad leg. Iul. et Pap: Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est id quod filia parit non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes aut egens est.*

La chiusa sembrerebbe ammettere che, nonostante i nipoti per via femminile siano responsabilità del ramo paterno, in caso di assenza o incapacità paterna, anche agli avi materni possano essere imposti degli oneri. Va tuttavia sottolineato che tale frammento, oltre a provenire da un testo in cui gli alimenti non erano oggetto specifico[73] , secondo la ricostruzione di Lenel, sarebbe da abbinare al frammento vaticano 195, in cui si discute della *excusationes* alla tutela[74]. Nel passo si stabilisce la regola per cui i nipoti in linea femminile non contano ai fini dell'esclusione, così come non se ne possono rivendicare i *caduca*, salvo il caso si tratti di un veterano delle coorti pretorie. In questa circostanza, tramite una procedura specifica, era possibile computare anche i nipoti avuti da figlie femmine[75]. È verosimile quindi che originariamente D. 25.3.8 riferisse di tutt'altro; tuttavia, data la portata generale del principio, i compilatori hanno ritenuto di inserirlo nel capitolo dedicato agli alimenti. Uno spunto che possiamo trarre è che ancora con Marco Aurelio, una cui *constitutio* è citata in Vat. Fr. 195, il principio di equiparazione tra ramo maschile e femminile non fosse accettato quale regola generale, ma ancora trattato, dal punto di vista normativo, quale circostanza eccezionale. E se, dunque, non abbiamo ragioni per contestare la genuinità di D. 25.3.5.5, d'altra parte non si può non sospettare che l'obbligazione alimentare gravasse originariamente solo sugli avi paterni e che quella all'ascendenza femminile sia stata una successiva espansione. Non abbiamo infatti prove che tale istituto sia stato introdotto tramite un unico atto generale che ne prevedesse una disciplina di massima; al contrario le fonti lasciano presumere che i princìpi generali, concernenti tale materia, siano stati elaborati, tra gli ultimi Antonini e i Severi, sulla base della rimeditazione di una complessa casistica.

Se infatti guardiamo alla struttura tradizionale, l'onere di assicurare il mantenimento familiare gravava sul *pater.* Egli era infatti l'unico soggetto (nella struttura della Roma

[73] Non ci sono pervenuti sufficienti frammenti per poter avere una, almeno accennata, visione di quale fosse lo svolgimento della trattazione.

[74] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* II, Lipsia, 1889.

[75] Vat. fr. 195. *Item: Ex filia nepotes non prodesse ad tutelae liberationem sicuti nec ad caducorum vindicationem palam est, nisi mihi proponas ex veterano praetoriano genero socerum avum effectum; tunc enim secundum orationem divi Marci, quam in castris praetoris recitavit Paulo iterum et Aproniano conss. VIII id Ian., di habebit avus, quod habet in nepotibus ex filio natis. Cuius orationis verba haec sunt: " et quo facilius veterani nostri soceros repperiant, illos quoque novo privilegio sollicitabimus, ut avus nepotum ex veterano, praetoriano natorum iisdem commodis nomine eorum fruatur, quibus frueretur, si eos haberet ex filio".*

arcaica) in possesso di piena capacità d'agire. È pur vero che l'istituto della dote aveva lo scopo di contribuire alle spese familiari, tuttavia chi vi partecipava, in origine, non era la moglie, bensì il *pater* della stessa. Era, quindi, una transazione tra famiglie, più che tra coniugi, in cui la donna non era direttamente coinvolta. Nondimeno l'*actio rei uxoriae* era strettamente personale e quindi, anche quando la dote fosse stata *profecticia,* era necessario l'assenso della donna per poter procedere[76]. Non possiamo inoltre trascurare l'esistenza della *retentio propter liberos.* Tale istituto prevedeva che, qualora il divorzio fosse avvenuto a causa della moglie, il marito avrebbe potuto trattenere un sesto per figlio, fino al massimo della metà dell'ammontare totale[77]. Nel caso di scioglimento del matrimonio per morte, il marito tratteneva un quinto per figlio dalla *dos profecticia*[78]*,* l'intero qualora fosse stata *adventicia* e non vi fosse patto contrario[79]. Con queste somme «si riconosceva al marito un contributo per il mantenimento e l'educazione dei figli rimasti a suo carico»[80].

Tuttavia, anche se quanto detto suggerisce che la partecipazione economica della moglie alla famiglia aveva basi giuridiche certamente precedenti all'emergere dell'obbligazione alimentare, non si può dimenticare che i beni dotali venissero comunque amministrati dal marito[81], che ne disponeva liberamente. La partecipazione economica femminile alla vita familiare era, quindi, indiretta. Inoltre, riguardo alle *retentiones* va sottolineato che quella prevista per il divorzio aveva natura punitiva; diversamente, in quanto disposto in caso di morte, notiamo che il mantenimento in capo al marito era volontario per la *dos adventicia*, poiché si poteva sempre prevedere un patto contrario, mentre per quella *profecticia* il rapporto rimaneva tra marito e padre

[76] C. FAYER, *La famiglia romana,* vol II, cit., pp. 702 ss.

[77] Tit. ex corp. Ulp. 6.10: *Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione.*

[78] Tit. ex corp. Ulp. 6.4: *Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet.*

[79] Tit. ex corp. Ulp. 6.5: *Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuit; quae dos specialiter " recepticia" dicitur.*

[80] M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 237.

[81] Non si intende qui affrontare la discussione circa la titolarità di questi stessi beni. Per una buona bibliografia in materia C. FAYER, *La famiglia romana,* cit., pp. 699 ss.

della donna[82]. Infine va ricordato che, quando fu introdotto l'obbligo di dotare la figlia, soggetto di tale dovere era solo il padre (o l'avente potestà), non la madre[83].

Da quanto detto possiamo ritenere probabile che l'obbligo alimentare fosse stato inizialmente previsto solo in capo al padre e alla sua famiglia, per poi essere esteso, anche in un breve lasso di tempo, al ramo femminile. Ricordiamo inoltre che, nel frammento in cui Ulpiano tratta dell'istituto, sono presenti cinque paragrafi[84] nei quali il giurista specifica che quanto detto in materia alimentare si applica anche nei casi in cui una delle due parti sia una donna. Tali informazioni erano tuttavia già implicite nell'esposizione generale; la necessità del giurista di puntualizzarle potrebbe quindi indicare che l'obbligo femminile lasciasse ancora spazio a dubbi.

Alcune notazioni conclusive. Per prima cosa D. 25.3.5.11

D. 25.3.5.11 Ulp. 2 *de off. cons.: Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens vel an pater quod merito filios suos nolit alere: Trebatio denique Marino rescriptum est merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat.*

ci informa del fatto che in casi particolari è possibile che il giudice decida di esonerare l'obbligato a causa di ragioni etiche che legittimano una parte a non volersi occupare dell'altra. Inoltre si ripete che il presupposto per ottenere l'erogazione di alimenti, oltre al legame familiare, fosse lo stato di necessità. Già in D. 25.3.5.2 troviamo un riferimento ad esso (*et magis est, ut utrubique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus,*), ugualmente D. 25.3.5.7:

D. 25.3.5.7 *Ulp*. 2 *de off. cons.*: *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. denique idem Pius ita rescripsit: "Aditi a te competentes*

[82] In caso di *dos profecticia* la moglie non ha, in realtà, mai fatto parte del rapporto.

[83] Tralasciando la questione della datazione di tale obbligo, probabilmente successivo al periodo di cui trattiamo, possiamo affermare che alla madre, seppure benestante, non venne mai imposto: tutte le fonti che ci sono pervenute parlano esplicitamente ed esclusivamente di *pater:* D. 23.2.19.pr*: Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.* D. 37.6.6.: *Dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quaeritur. occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. quid si filius a patre exheredatus est? existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.*

[84] D. 25.3.5.4 madri e figli reciprocamente; D. 25.3.5.5 avi materni; D. 25.3.5.6 padre verso figlia; D. 25.3.5.21 il liberto materno; D. 25.3.5.24 la liberta femmina. L'unico caso non ripetuto è quello della figlia femmina verso gli avi.

iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatium eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis".

stabilisce che il figlio maggiorenne e istruito in una professione avrà diritto agli alimenti solo qualora questo non riesca a mantenersi. Si suggerisce così l'ipotesi per cui in determinati casi, in cui l'obbligato poteva permetterselo, l'obbligazione potesse avere anche carattere meramente integrativo[85]. Da questo passo si evince, dati gli espliciti rifermenti all'età e alla professione, che il controllo di necessità non era obbligatorio nel caso di minori, poiché questi, per definizione, non potevano provvedere a loro stessi. Inoltre il dovere del padre travalica ciò che è necessario soltanto per sopravvivere, ma include anche l'obbligo di provvedere all'istruzione del discendente[86].

c. Fratelli e sorelle

L'obbligo alimentare sussisteva quindi con certezza tra genitori e figli, tra ascendenti e discendenti, ma anche tra fratelli. Anche quest'informazione si può ricavare da D. 25.3.5.2, quando Ulpiano ascrive alla lista dei beneficiari *"ceterosque parentes"* sia dal lato paterno che da quello materno. Inoltre tale regola si desume anche da ulteriori cinque frammenti, riportati in altri libri del Digesto.

I primi due riguardano la tutela:

D. 27.2.4.pr Iul. 21 *dig.*: *Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat nec quicquam praeterea et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad magistratum iussus est alimenta pupillae et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. respondi: existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui*

[85] M. G. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 354.

[86] Lo stesso ragionamento non è probabilmente estendibile anche alla madre, in quanto proprio D. 3.5.33 ci informa che alla donna sarà concesso agire per quanto speso per gli alimenti anche contro lo stesso figlio, qualora questo sia succeduto al padre e sia per questo *sui iuris.* Dalla lettura combinata delle fonti invece, almeno nei confronti dei figli minori, anche se *sui iuris,* non appare così univoco che il padre potesse avere il diritto di astenersi. Poniamo infatti il caso di un nonno che avesse emancipato il figlio, ma si fosse tenuto il nipote in potestà e lo avesse poi istituito erede. Alla morte del *de cuius* il tutore avrebbe potuto agire contro il padre per gli alimenti, nonostante il minore fosse titolare di un patrimonio? Il dovere di istruzione e la forse maggiore gravosità dell'obbligazione alimentare in capo al padre si ricavano da D. 25.3.5.12 *Ulp*. 2 *de off. cons.*: *Non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere rescriptis continetur*.

aluerit et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.

D. 27.3.1.2 Ulp. 36 *ad ed.*: *Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente: veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Questi passi forniscono una serie di utili informazioni, ma saranno meglio approfonditi in altra sede. In questo contesto ci si limita a sottolineare come, all'interno del giudizio sulla tutela, entrambi appaiano concordi nel ritenere corretta l'azione del tutore che avesse proceduto a versare gli alimenti alla madre e alla sorella del pupillo. Giuliano, inoltre, ritiene che, negli alimenti, rientrino anche le spese per l'educazione della sorella, che non avrebbe potuto provvedervi autonomamente.

Lo conferma anche Gaio:

D. 26.7.13.2 Gai. 12 *ad ed. provinc.: In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat, nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere. aliud est, si matri forte aut sorori pupilli tutor ea quae ad victum necessaria sunt praestiterit, cum semet ipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est: nec enim eadem causa est eius, quod in eam rem impenditur et quod muneris legatorumve nomine erogatur*

Si rimane nell'ambito della tutela e di ciò che è legittimo spendere: seppure Gaio sottolinei che il tutore non deve pagare doni nuziali alla madre e alla sorella del pupillo, questi sono radicalmente diversi dal dovere di alimentarle, qualora esse siano in stato di necessità[87]. Rileva sottolineare che in tutti i casi si fa riferimento allo stato di necessità o, nel caso delle spese per l'educazione, all'impossibilità di potersele altrimenti permettere.

Appare significativo, inoltre, D. 23.3.73.1:

[87] Alla correlazione tra i tre frammenti qui presentati A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., pp. 44 ss. dedica una lunga ed approfondita analisi, nello specifico l'autrice sostiene che questi siano l'esempio dell'evoluzione giurisprudenziale del diritto alimentare in favore dei genitori, da mera necessità sociale a diritto vero e proprio.

D. 23.3.73.1 Paul. 2 *sent.*: *Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat*[88].

Paolo statuisce che è possibile, per la moglie, ottenere la restituzione della dote, anche in costanza di matrimonio, qualora intenda usarla per una serie di atti determinati. Nella lista rientrano anche gli alimenti in favore del padre esiliato o del fratello o sorella in condizione di necessità. Anche alle donne poteva perciò essere imposto l'onere alimentare, sebbene si ricordino solo membri della sua famiglia. Un'ulteriore conferma del medesimo principio in:

D. 24.3.20.pr Paul. 7 *ad Sab.*: *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur.*

Il contenuto di questo passo è in gran parte sovrapponibile a quello del brano precedente: qualora la donna voglia utilizzare la dote per alimentare parenti indigenti, o i figli avuti da un altro marito, è corretto restituirgliela. Aggiunge inoltre che questo vale anche nel caso la donna sia *alieni iuris*. Il fatto che i due testi, pur essendo entrambi di Paolo[89], provengano da due diverse opere, siano inseriti in due libri diversi del Digesto, e appartengano a due differenti masse, consente di presumere che essi, oltre a essere entrambi genuini quanto ai loro contenuti giuridici, attestino che l'obbligo, nei confronti dei propri familiari e dei propri figli, sussistesse anche in capo alle donne in età severiana[90].

d. Coniugi

Alcuni studiosi ritengono che l'obbligo agli alimenti sussistesse anche nei confronti dei coniugi[91]. Invero, a tal riguardo, si ritrovano conferme esclusivamente nelle Novelle

---

[88] Il passo è stato oggetto di grandi discussioni riguardanti la possibilità di correggere *egentem virum* con *egentem filium ex alio viro,* basandosi sul parallelismo con D. 24.3.20. In proposito M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 344 e 346.

[89] Sulle *Pauli Sententiae* come opera di Paolo o della sua scuola vd. I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae,* Milano, 2017, pp. 47 ss. e pp. 420 ss.

[90] Così M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 345.

[91] B. WINDSCHEID, *Pandette,* cit. p. 2§ 491, 505, n.2; R. SOHM - L. MITTEIS - L. WENGER, *Institutiones,* Berlino, 1949, p. 515 ritengono che vi sia un obbligo del marito verso la moglie, ma negano il corrispettivo. B. ALBERTARIO, *Alimenti,* cit., sostiene che con Giustiniano si sia sviluppato un tale dovere gravante su entrambi i coniugi. In favore dell'obbligo solo maritale e giustinianeo P. BONFANTE, *Corso*, cit. p.287; E. CUQ, *Institution juridiques,* cit. p. 168; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano,* cit. p. 292.

d'età giustinianea[92]; nulla in tal senso in fonti precedenti[93]. La posizione favorevole all'obbligo trae le proprie conclusioni dai frammenti appena esposti, D. 23.3.73.1 e D. 24.3.20.pr. Essi, sancendo la possibilità femminile ad avere parte del patrimonio per compiere determinati atti, tra i quali *sese suosque alat* (alimentare sé stessa), affermerebbero implicitamente il dovere di alimenti tra i coniugi. Tuttavia, si evince chiaramente, che, quanto la donna può chiedere al marito, proviene dalla dote. Questa, infatti, aveva lo scopo specifico di coprire le spese che l'uomo avrebbe compiuto in favore della moglie; per tale ragione alla donna era concessa un'apposita azione qualora ritenesse che vi fosse una mala gestione.

Se ne rinviene una conferma in D. 24.3.22.8:

D. 24.3.22.8 Ulp. 33 *ad ed.*: *Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus et alterius exspectantibus sanitatem et mortis eventum.*

Dal testo emerge che le cure da prestare alla moglie erano direttamente proporzionali all'entità della dote. Di conseguenza, qualora il marito non provvedesse, questi poteva esservi costretto, fino al punto di procederne al sequestro.

Un secondo e più definitivo argomento in favore della sussistenza dell'obbligo, lo fornirebbe D. 23.3.73.1 Nel testo si legge che le somme richiedibili potevano essere utilizzate anche al fine di "*egentem viro ... sustineat"*. Già il Momssen, basandosi sul parallelo con D. 24.3.20.pr, aveva ritenuto opportuno correggere con "*egentem filium ex alio viro…"*, per cui il testo indicherebbe l'obbligo nei confronti dei figli avuti da altro matrimonio, e non quello nei confronti del marito. La letteratura successiva accoglie la correzione, in maniera unanime, in quanto non vi sono altri testi che riportano l'obbligo

[92] Per un'analisi della disciplina giustinanea in materia di alimenti tra coniugi: L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent,* cit., pp. 19 ss.

[93] Una per tutti M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., pp.344 ss.

tra coniugi e risulta, perciò, difficile credere che i compilatori avessero voluto introdurre una nuova regola in un libro dedicato ad altri istituti[94].

3. Ammontare

Quanto, invece, all'ammontare degli alimenti possiamo rifarci a quel che si stabiliva in sede di legato alimentare. In proposito si rileva che ve ne erano di tre tipi: uno relativo al vitto, un altro all'alloggio, un terzo, infine, agli alimenti, che ricomprendeva insieme i due precedenti.

D. 34.1.6.pr. *Iav*. 2 *ex Cass*.: *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur,*

L'obbligo quindi includeva vitto, alloggio e vestiti. Inoltre, riguardo all'ammontare, possiamo rifarci a quanto previsto in D. 25.3.5.7 e D.25.3.5.10:

D. 25.3.5.7 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. denique idem Pius ita rescripsit: "Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatium eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis".*

D. 25.3.5.10 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatium alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere.*

Da entrambi i passi si desume che il giudice avrebbe stabilito in concreto la quantità valutando le possibilità dell'alimentante. La misura minima verosimilmente non poteva essere inferiore a quanto previsto dalle XII Tavole[95] per chi avesse subito la *manus iniectio*[96]. Per quanto riguarda invece la misura massima essa prevedeva sicuramente le spese per l'educazione[97], come leggiamo in:

D. 25.3.5.12 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere rescriptis continetur.*

---

[94] Così M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., pp. 344 ss.
[95] Tab. 3.4
[96] Così M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 354.
[97] Contrario il C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., § 1285.149 il quale sosteneva che alimenti e spese per educazione fossero due diversi concetti giuridici.

L'identificazione dei *cetera onera* con il costo dell'istruzione, si può desumere da D. 27.2.4.pr in cui si stabilisce che il tutore doveva alla sorella del pupillo anche le spese per educarla nelle arti liberali. Sicuramente escluso invece era il pagamento dei debiti, come attesta D. 25.3.5.16.[98]. L'ammontare era quindi discusso in concreto, valutando le possibilità dell'obbligato e forse anche dallo *status* delle persone coinvolte. I passi sembrerebbero indicare, infatti, una maggiore disponibilità qualora il ricevente fosse stato un figlio minore, rispetto a casi in cui questi fosse già adulto o il rapporto di parentela si poggiasse su legami diversi[99].

Già il Glück[100] aveva rilevato che, all'interno dell'ammontare degli alimenti non era corretto inserire anche le spese per l'istruzione. Invero, i due importi, nelle fonti che ne trattano, vengono trattati quali categorie separate, seppur cumulabili[101]. La ricerca successiva non ha condiviso tale impostazione, in quanto entrambi gli emolumenti venivano richiesti tramite un'unica azione, indicando quindi un assorbimento, nei fatti, della seconda categoria nella prima. Recentemente la questione è stata nuovamente sollevata[102]. Si è concluso che, almeno in origine, le spese per l'istruzione non facessero automaticamente parte dell'ammontare alimentare, tuttavia, già con gli ultimi antonini, si coglie la tendenza ad accomunarle[103]. Si noti, però, che l'assorbimento

[98] D. 25.3.5.16 Ulp. 2 *de off. cons.: Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est.*

[99] In D. 25.3.5.17, infatti, siccome il figlio è già adulto e istruito ad un lavoro, sembrerebbe che a questo siano da prestare solo gli alimenti strettamente necessari e solo per il periodo in cui questo sarà inabile al lavoro.

[100] C. F. Glück, *Commentario,* 25, cit., §1285, 149.

[101] Il passo più esplicito in tal senso è D. 34.1.7.pr Paul. 14: *resp. nisi aliud testatorem sensisse probetur.* Il frammento, immediatamente successivo a quello di Giavoleno in cui si descrive il contenuto del legato alimentare, specifica che al suo interno non sono comprese le spese per l'istruzione, salvo il testatore lo abbia esplicitamente disposto. Anche D. 37.10.6.5 Paul. 41 *ad ed.*: *Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatium.* Il testo tratta di quanto dovuto al minore nel caso di applicazione dell'editto Carboniano; anche in questo caso le spese ricomprendono l'educazione, tuttavia l'utilizzo della costruzione "*non solum ... sed…"* lascerebbe intendere che si tratti di due istituti distinti. Uguale situazione si riscontra in C. 5.50.2 Alex. A. Aufidio: …*non dubio accepto ferre debebunt ea, quae vir bonus arbitrabitur merito ad exhibitionem educationis ministeria studiaque erogata esse. Nec ferendus est iuvenis, qui, cum praesens esset studiisque eruditus atque alitus est, si ea per alium se consecutum non probet, sumptusque recuset, quasi vento vixerit aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit.* e in D. 26.7.12.3 Paul. 38 *ad ed.*: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis^ mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.*

[102] D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche,* in *SDHI,* 72, 2006, pp. 157-195.

[103] D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare,* cit., pp. 193 ss.

dell'educazione, nonché dei *cetera onera,* negli alimenti avviene esclusivamente nei casi in cui l'alimentato sia un minore.

Infine, è necessario sottolineare che, se risulta evidente che il primo obbligato era il padre verso il figlio, non siamo capaci di ricostruire l'intera scala di gerarchie. In altre parole: non possiamo stabilire in quale ordine la sussidiarietà, nell'adempimento dell'obbligo, si sarebbe disposta. Né possiamo determinare se, qualora vi fossero parenti di grado uguale, si sarebbe trattata di un'obbligazione alternativa o solidale.

4. Giurisdizione

Ulpiano tratta di tale istituto nel *de officio consulis*: si conclude, pertanto, che il magistrato competente fosse il console. I compilatori avrebbero interpolato i testi, inserendo, in luogo del *consul*, il *iudex*[104]. Si ritiene, inoltre, che tale competenza si sia sviluppata in conseguenza di quella già esercitata dagli stessi magistrati nell'ambito delle cause di emancipazione e manomissione. I consoli cioè, dopo aver presieduto al negozio che liberava i figli dalla *potestas* del *pater*, avrebbero esercitato un controllo sui loro comportamenti[105]. A ulteriore conferma anche la legge *Aelia Sentia*, che introduceva l'obbligo agli alimenti tra patrono e liberto, prevedeva la stessa giurisdizione. In materia vi è completo accordo in dottrina[106].

---

[104] In proposito E. SACHERS, *Das recht auf Unterhalt,* cit., p. 374 nt.4 ha sostenuto che, siccome nelle province il magistrato competente era il governatore, lo stesso Ulpiano, già *ab origine* aveva utilizzato il generico *iudex.* Va tuttavia ricordato che il giurisperito scriveva un'opera sul ruolo del console, inoltre l'utilizzo di *iudex/iudicis* sembra una facile trasposizione di *consul/consulis.*

[105] A. DELL'ORO, *I libri de officio,* cit., pp. 49-51.

[106] A mero titolo esemplificativo: M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 323; A. MORDECAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas,* cit., p. 248 nt.70; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano,* Bari, 1993, p. 112; M. KASER-K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht.* Monaco, 1962, p. 455; E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti,* cit., pp. 261 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1, cit., pp. 380 ss., spec. nt. 3; G. BESELER, *Miszellen,* in *ZSS.* 45, 1925, pp. 453 ss.; G. LONGO, *Diritto romano 3,* cit., pp. 224-235; A. DELL'ORO, *I libri de officio,* cit., pp. 54-55; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., p. 32; L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit., pp. 163 ss. La competenza consolare si desume da D. 34.1.3 Ulp. 2 *de off. cons. Solent iudices ex causa alimentorum libertos dividere, quotiens plures sunt heredes, ne a singulis heredibus minutatim alimenta petentes distringantur: quam divisionem perinde tueri oportet atque si pater familias ipse libertos divisisset. solent et unum eligere, per quem alimenta praestentur, aut ex voluntate defuncti aut arbitrio suo, ut rescripta subiecta ostendunt: "exemplum libelli dati mihi a libertis silii misi vobis, sciens ad exemplum istam rem pertinere, quia multi testamentis suis praestari libertis iubent necessaria, quae quia minimi aeris sunt, ad nihilum perducuntur, cum plures heredes coeperunt per successiones existere. qua de causa puto vos recte facturos, si convocatis Favillae heredibus procuratoribusve eorum constitueritis, cui a ceteris dari debeat pecunia, ex cuius usuris alimenta praestentur. debebit autem is qui accipiet cavere eis qui dabunt redditurum se, ut quisque ex libertis decesserit aliove quo modo in civitate esse desierit, tantum ex sorte,*

Tuttavia, senza mettere in dubbio la competenza consolare sull'istituto, è possibile, forse, riscontrare altri luoghi in cui tale interesse veniva tutelato. Il dovere sociale a garantire la sopravvivenza di parenti in difficoltà, prima dell'introduzione dell'obbligo generale agli alimenti, avrebbe ottenuto limitate forme di protezione, tramite altri mezzi giuridici. Tale tutela, resa possibile grazie al lavoro di *interpretatio* giurisprudenziale, poteva, però, dispiegarsi solo in casi molto specifici, in quanto essa era una mera appendice di altri istituti. In proposito Anna De Francesco ha suggerito che, sia per quanto riguarda l'obbligo verso i genitori[107] che per quello verso i figli[108], è forse possibile individuare una indiretta competenza pretoria, sebbene una specifica azione non sia mai stata congegnata[109].

La collocazione dell'istituto all'interno della giurisdizione consolare è coerente anche con l'evoluzione storica degli stessi strumenti processuali. Nel periodo in cui la *cognitio* straordinaria andò affermandosi, vi fu la tendenza ad attribuire ai consoli competenze di diritto familiare. Inoltre, gli stessi, probabilmente quale conseguenza della *cognitio de fideicommissis,* acquisirono giurisdizione sulle tutele garantite agli schiavi e sulle cause di libertà[110]. Alla base delle innovazioni inerenti molti di questi istituti è possibile riscontrarvi il concetto di *pietas*[111], non solo quale principio meta-giuridico, ma quale categoria a cui associare dirette conseguenze normative. Anche l'obbligo alimentare manifesta uno stretto legame con essa; infatti, espliciti rimandi a tale istituto sono presenti in più passi:

D. 25.3.5.13. Ulp. 2 *de off. cons.: Si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur: iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus.*

D. 25.3.5.15 Ulp. 2 *de off. cons.: A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio* [112].

---

quantum efficiet pro portione computatio". divus Pius Rubrio cuidam Telesphoro rescripsit: "consules vocatis his, a quibus vobis alimenta deberi ex causa fideicommissi constiterit, vel omnes ab uno vel facta pro rata distributione quis et a quibus percipiatis, decernent. fiscus enim, si eo nomine quid ab eo vobis deberetur, exemplum sequetur. iam nunc sciatis partes eorum, qui solvendo esse desierint, non pertinere ad onus reliquorum heredum".

[107] A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., pp. 43 ss.

[108] A. DE FRANCESCO, *Diritto alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 100 ss.

[109] Le teorie dell'autrice saranno estensivamente riportate quando si affronterà il tema della datazione dell'istituto.

[110] F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano,* Padova, 1937, pp. 330 ss.

[111] L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit., pp. 154 ss.

[112] Anche in D. 25.3.5.2 si stabilisce che il giudice deciderà *ex aequitate,* termine che viene comunemente associato all'attività normativa ispirata alla *pietas.* In D. 25.3.5.16 si fa invece rifermento ad una *naturalis ratio.*

La *ratio* dell'istituto risiede nel dovere, morale ancor prima che giuridico, di prendersi cura, in senso lato, dei propri parenti. La *pietas* è così sia giustificazione giuridica *a posteriori* per sostenere tale obbligo, sia strumento motore esterno all'ordinamento che favorisce la sua creazione.

Sulla capacità della *pietas* di generare norme giuridiche si è scritto anche di recente[113]. In particolare, da Augusto in poi, essa interpretò un ruolo rilevante nel diritto di famiglia, perché venne usata quale ragione giustificatrice delle limitazioni poste al potere del padre.

L'istituto stesso della *querela officiosi testamenti* trova in essa il proprio principio ispiratore: siccome solo un genitore insano poteva osare diseredare i propri figli, andando contro quella naturale *pietas* che contraddistingueva i rapporti familiari, allora era possibile annullare il testamento e procedere alla successione intestata[114]. La connessione tra *querela* e diritto alimentare non deve essere sottovalutata. Sebbene la prima sia certamente più antica, sì da non permettere di stabilire una diretta connessione tra i due istituti, entrambi interferiscono con l'esercizio di una potestà o di una facoltà del *pater*: da un canto (*querela*) escludere unilateralmente un discendente dal godimento del patrimonio familiare nel caso della diseredazione, dall'altro (alimenti) negare il necessario sostentamento ai propri sottoposti mentre si è ancora in vita. Allargando ancora lo sguardo e cercando di leggere i mutamenti giuridici nel quadro della coeva evoluzione sociale, è possibile riconnettere insieme i due istituti: nell'ampio processo di rinnovamento del diritto familiare romano, determinato, probabilmente, dalla stessa espansione geografica dell'ordine giuridico romano in *Italia* e oltre gli stessi confini della nostra penisola, e, dunque, dall'esigenza vieppiù cogente di tutelare i legami di sangue, si predisposero strumenti di tutela tali da limitare l'assoluta discrezionalità dei *patres* che, in assenza di comprovate ragioni, volessero escludere, diseredandoli, i propri figli dalla propria eredità o, mentre erano in vita, intendessero negare ai loro sottoposti il necessario per sostentarsi.

---

[113] Per una completa panoramica in proposito L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit. p.153 n.1; nelle pagine successive si ha anche una panoramica sulle diverse articolazioni della stessa che si ebbero in epoca augustea.

[114] L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit. pp. 163 ss.

5. Datazione

a. Stato della dottrina

Risulta a questo punto necessario affrontare la questione della datazione di tale obbligo. Come si è già detto, l'istituto non esisteva ancora in età repubblicana. È una certezza che proviene, in primo luogo, da considerazioni di carattere generale. Un tale obbligo avrebbe decisamente interferito con la natura stessa della *patria potestas,* in forza della quale il *pater* «poteva pretendere coercitivamente aiuto dal sottoposto, e, a sua volta provvedeva al suo sostentamento, a nient'altro assoggettato che al rigore metagiuridico e alla vigilanza dell'ambiente sociale[115]». A lui era quindi garantito il diritto unico a ripartire il patrimonio senza che fosse possibile un'ingerenza pubblica[116]. Tale principio non venne limitato nemmeno nella tarda repubblica, quando il quadro sociale si era comunque già evoluto, come ci confermano sia fonti letterarie[117], sia fonti giuridiche[118]. Questi testi ci permettono di definire un termine *post quem,* per l'introduzione dell'istituto.

Sappiamo inoltre che la *Lex Aelia Sentia,* nel 4 d.C., introdusse l'obbligazione a carico del patrono nei confronti del liberto indigente[119]. È una notizia, però, che non ci aiuta a datare la fattispecie derivante dai legami familiari, perché, da un lato la legge chiaramente circoscriveva l'obbligo al caso specifico, dall'altro non si trattava nemmeno di una prescrizione assoluta: in effetti il patrono inottemperante non poteva esservi costretto, ma veniva punito con l'esclusione dalla successione[120].

Per quanto riguarda il termine *ante quem* invece possiamo affermare con certezza che l'istituto era regolamentato al tempo di Antonino Pio:

D. 25.3.1.15 Ulp. 34 *ad Ed.*: *... si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem secundum divi Pii rescriptum…*

---

[115] M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., pp. 323-324

[116] Ulteriori approfondimenti sui rapporti familiari romani P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 7ss; G. LONGO, *Diritto romano 3,* cit., pp. 3 ss.; G. LAVAGGI, *Alimenti 2*, cit., p. 19.

[117] Cicerone *ad Att 14.7.2* e 9.9.2., nel testo è chiaramente espresso che il dovere del padre a fornire mezzi di sostentamento ai figli poggiava su meri principi morali, non supportati da tutela legislativa.

[118] D. 27.3.1.4 fornisce prova che ancora con Labeone non esisteva un definito obbligo alimentare, seppure il giurista sembri suggerire che la pretesa sia degna di tutela.

[119] D. 38.2.33.pr Mod. *l. s. de manumiss*: *Si patronus non aluerit libertum, lex Aelia Sentia adimit eius libertatis causa imposita tam ei, quam ipsi ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius, nisi heres institutus sit, et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas.*

[120] La stessa legge sarebbe stata, secondo parte della dottrina contemporanea, quella che introduceva la successione M.G. ZOZ, *In tema di obbigazioni alimentari,* cit., p. 324.

Il frammento è tratto dal trentaquattresimo libro *Ad Edictum* di Ulpiano, che, secondo la ricostruzione di Lenel, commentava il paragrafo concernente il riconoscimento dei figli; a questo faceva seguito l'analisi dell'editto sul ventre. I compilatori giustinianei invece inseriscono il secondo provvedimento nel titolo successivo e abbinano il frammento dedicato al riconoscimento a quello che tratta di alimenti, pur sempre di Ulpiano, ma estratto dal *de officio consulis*. Entrambi sono poi sussunti nella rubrica *de agnoscendis et alendis liberis.* Il testo fa parte del lungo corpo di frammenti dedicati a commentare il senatoconsulto Planciano, atto la cui datazione è incerta, compresa tra gli ultimi anni di Vespasiano e i primissimi di Adriano, sebbene recentemente sembri affermarsi l'ipotesi più risalente[121].

Anche il contenuto del provvedimento è stato lungamente oggetto di controversie: inizialmente, come si può desumere anche dal testo della rubrica in cui Lenel lo inserisce, era considerato il provvedimento fondativo della famiglia legale, imponendo un obbligo di riconoscimento in capo al padre. In questo senso si svilupparono anche i maggiori studi in materia, soprattutto su spinta della scuola francese, nel corso della prima metà del secolo scorso. Secondo questa corrente dottrinale l'istituto alimentare non era oggetto del senatoconsulto, ma fu forse da questo desunto, fino ad una sua

[121] La datazione del *Sc.tum Plancianum* è incerta. Parrebbe esserci un riferimento in Plinio, *Ep. 10.72* e *73*, in cui l'autore ne tratta con Traiano; il fatto che l'imperatore non conoscesse il provvedimento, il tono con cui ne discutono, indicherebbero una relativa novità dello stesso, ma la non imputabilità a Traiano stesso, che altrimenti lo conoscerebbe, suggerendo quindi di datarlo agli ultimi anni di Vespasiano. Questa teoria sembra trovare conferma in Tacito, *Hist.* 2.63. Inoltre l'onomastica sembra suggerire di poter identificare l'autore in Plancio Varo, pretore sotto Vespasiano e, probabilmente, console in un momento successivo. In questo senso O. KARLOWA, *Röm. Rechtgeschichte* 2, cit., p. 1105; E. CUQ, *Manuel des institusions juridiques des Romains,* cit., p. 170 nt. 4; G.C. BURCHARDI, *Diritto romano privato,* I, Napoli, 1857, p. 244; S.W. ZIMMERN, *Rechtsgeschichte,* Heidelberg, 1826, 2, p. 526; L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano,* I, Padova, 1898, p. 131; R. MONIER, *Manuel elementaire de Droit Romain,* I, Parigi, 1943, p. 262; M.G. ZOZ, *In tema di obbigazioni alimentari,*cit., p. 325; P. VOCI, *Storia della patria potestas,* cit., p. 84 nt. 215 e p. 85 nt. 232; A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare,* cit., p. 177 nt. 49; P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano,* Napoli, 2018, pp. 233 ss. ove ampia bibliografia. Lo stesso Plancio Varo, sarebbe anche l'autore di un secondo senatoconsulto, sempre a suo nome, inerente la disciplina dei fedecommessi a favore di persone incapaci. La dottrina è concorde nel ritenere che, nonostante l'omonimia, le due discipline provengano da provvedimenti ben distinti. Per un riepilogo in merito P.L. CARUCCI, *Il senatoconsultoPlanciano,* cit., pp. 286 ss. Per una datazione successiva, di poco anteriore ad Adriano (cui è sicuramente antecedente dato il successivo sc. da lui emesso richiamato in D. 25.3.3.1) si esprimono E. COSTA, *Storia del diritto romano,* Torino, 1925, p. 75; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi*, cit., p. 6 nt. 5, anche se questo autore sembra successivamente essere tornato parzialmente sui suoi passi: ID., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano,* Zanichelli, Modena, 1953, p. 5 nt. 9. Di diversa opinione F. LUCREZI, *Leges super principem. La monarchia costituzionale di Vespasiano,* Napoli, 1982, p. 246: l'autore tuttavia non propone una datazione alternativa, ma si limita a sottolineare che le prove in favore di quella più accreditata non siano sufficientemente dirimenti.

completa definizione per opera di Antonino Pio[122]. Proprio la costruzione sintattica di D. 25.3.1.15 proporrebbe l'argomento definitivo in tal senso. In effetti l'impiego di *quidem* in funzione concessiva indicherebbe che gli alimenti in argomento non possono riferirsi alla disciplina del provvedimento di cui si discute, ma discendono dal rescritto imperiale.

Dagli anni quaranta andò invece sviluppandosi una teoria alternativa, inaugurata da Lanfranchi, che contestava quanto fino ad allora sostenuto[123]. La critica mirava, in particolar modo, a smentire quanto scritto da Tissot in materia di *tollere liberos*[124]. Lo studioso italiano aveva sostenuto che, data la già massiccia evoluzione sociale in ambito familiare, era improbabile che si fossi giunti a legiferare in materia di riconoscimento così tardi. Il senatoconsulto Planciano era quindi innovativo, perché introduceva l'obbligo alimentare in capo al *pater*, al quale era già stata sottratta la discrezionalità nel riconoscere i figli. Però, per sostenere tale posizione, si rendeva necessario un massiccio ricorso all'interpolazione, in quanto, nel testo a noi pervenutoci, non solo viene esplicitamente detto che il provvedimento riguardava il riconoscimento dei figli, ma il primo riferimento agli alimenti ricorre solo dopo tredici frammenti. Lo stesso autore sembra parzialmente tornare sui suoi passi nei suoi scritti successivi, sorvolando sull'argomento interpolazionista, ma comunque mai condividendo la genesi

---

[122] A favore di questa teoria C.J. TISSOT, *Contribution a l'histoire de la presumption de paternité,* in *Studio et doc. Hist. et iuris,* 1939; J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome,* Parigi, 1912; R. MONIER, *Manuel,* cit., p. 263; A.A. SCHILLER, *"Alimenta" in the "Sententiae Hadriani"*, cit., pp. 399-416; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. La critica del testo*, Olschki, Firenze, 1971, pp. 821-1097; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli*, cit., pp. 28-62.

[123] Cfr. F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, cit. L'autore si oppone fermamente alla tesi per cui obiettivo unico dell'senatoconsulto fosse quello di fornire una procedura per il riconoscimento e si spinge a sostenere una sostanziale interpolazione del passo. ID, *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione,* in *Studi in memoria di Emilio Albertario,* vol. I, Milano, 1953. Di simile opinione, sebbene non sposi la tesi dell'interpolazione M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari;* S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit. p. 416.

[124] Non si intende qui toccare la difficilissima questione sulla effettiva portata di tale azione, né sull'estensione temporale della sua validità. Riguardo la prima questione si vedano J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, in *Mélanges Girard*, I, Paris, 1912, pp. 326 ss.; S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1915, pp. 237 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, pp. 95 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi*, cit., pp. 5 ss.; G. GUALANDI, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *RISG*, LXXXIX, 1952-53, pp. 413 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 280; A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XII, 1966, pp. 410 s., ID., *Tollere liberos*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, pp. 539 s.; A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford, 1967, pp. 77 ss. Non del tutto chiaro appare il pensiero di E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951, pp. 388 ss.; ID., *Ancora in tema di tollere liberos*, in *Iura*, III, 1952, pp. 216 ss.; ID., voce *Famiglia (dir. Rom.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 723 ss., in part. p. 738.

giurisprudenziale, stimolata dal *Sc.tum Plancianum*, dell'istituto alimentare, né l'innovatività del provvedimento senatorio in materia di riconoscimento.

Gli studiosi successivi hanno, nella quasi maggioranza, evitato di riaffrontare frontalmente il dibattito, e, quando si tratta di alimenti, la tendenza generale è di accettare che l'istituto sia andato regolandosi in via casistica nel corso del principato. Tuttavia si nota ancora una divergenza di opinioni tra chi ritiene l'istituto già definito nei suoi fondamenti al momento dell'emanazione del sc. Planciano[125], e chi invece ritiene di post-datarlo e attribuire ad Antonino Pio la generalizzazione dello stesso. Va notato che gli studi più recenti sembrano presupporre questa seconda ipotesi[126].

Proviamo ora approfondire l'esame di tale questione.

Necessaria premessa è il richiamo alla natura casistica del diritto romano, nonché alla mancanza di un'idea di diritto soggettivo, che andava tutelato a prescindere. Si era titolari di un diritto nel momento in cui esisteva uno strumento processuale per tutelarlo. In questo senso, appurato che nel mondo arcaico non era percepita, dobbiamo chiederci quando i giuristi romani iniziarono a ritenere il diritto agli alimenti un'esigenza degna di tutela.

Il caso più antico è sicuramente quello dell'editto Carboniano, sulla cui datazione non c'è accordo, ma comunque di epoca repubblicana per cui, anche nell'ipotesi più recenziore, di almeno un secolo antecedente al senatoconsulto Planciano[127]. Tale provvedimento prevedeva che, qualora si contestasse la posizione di *heres* di un impubere, in quanto non figlio del *de cuius*, il pretore poteva accordargli una *bonorum possessio* che ne garantisse la sopravvivenza fino alla sentenza definitiva circa il suo status. Sentenza che poteva essere molto dilazionata nel tempo, in quanto il magistrato

---

[125] M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 324.

[126] P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto planciano,* cit., pp. 224 ss.; A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege,* in *Roma e America. Diritto romano comune* 35, 2014, p. 3-40. L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent*, cit,. pp. 11 ss.; A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e azioni di accertamento della filiazione,* cit., pp. 116 ss.; D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti,* cit., p.19; L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit., p. 156.

[127] La datazione dell'editto Carboniano è incerta: l'opinione maggioritaria lo data al II secolo a.C. In questo senso I. ALIBRANDI, *De bonorum possessionibus commentarius,* Roma, 1869, pp. 12 ss.; P. F. GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain,* Parigi, 1906, p. 926 n.1; R. LA ROSA, *Appunti sull'editto Carboniano,* in *Ann. Catania*, N.S., VII, 1951-53, pp. 166 ss.; A. METRO, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu,* in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2, Napoli, 1964, pp. 945. In favore di una datazione più recente si esprime J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad titulum X.de Carboniano edicto. Lib XXXVII Digest.* In *Opera omnia,* VIII, Napoli, 1758, pp. 120 ss., lo studioso ritiene sia stato emanato nel 89 a.C. anno in cui Cn. Papirio Carbone fu pretore. Per una rassegna in materia S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano,* Napoli, 2007, pp. 129 ss.

poteva eventualmente disporre la sospensione dell'intero procedimento fino alla maggiore età del bambino, in modo tale da metterlo nella condizione di difendersi al meglio. La *missio in possessionem* di una parte del patrimonio aveva, evidentemente, natura alimentare. L'editto stesso fu poi esteso al postumo: in tal caso sarebbe spettato al tutore chiedere la *missio in possessionem,* anche se in un periodo successivo, probabilmente con l'emanazione dell'editto sul ventre, di età adrianea, questa facoltà fu conferita anche alla donna incinta, ma solo fino al momento del parto[128]. Ovviamente l'editto non aveva luogo qualora il *de cuius* avesse proceduto a diseredare il discendente, in quanto, a prescindere dalla sua qualifica di legittimo, non avrebbe comunque avuto accesso alla successione.

b. Alimenti *ex tutela*, l'ipotesi più risalente

Una seconda circostanza in cui tale esigenza sembra trovare una qualche legittimazione da parte dei giuristi la ritroviamo tra i frammenti dedicati alla tutela. In particolare il già citato D. 27.3.1.4:

D. 27.3.1.4 Ulp. 36 *ad ed.*: *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*.

Il frammento è tratto dal trentaseiesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, dedicato alla tutela e utilizzato in *sede materiae* dai giustinianei. La sua collocazione originale, secondo la palingenesi leneliana, coincideva con quella concernente l'*actio tutelae directa,* nella quale il giurista elencava gli atti che il tutore era autorizzato, o meno, a compiere nel corso della propria gestione. I sospetti di interpolazione sono stati avanzati in primo luogo dall'Albertario, ma essi poggiavano[129] non su elementi testuali, ma sul «pregiudizio che solo in età giustinianea si giunge ad ammettere il *ius alimentorum* tra madre e figlio nella famiglia legittima»[130]. Nel passo, Ulpiano affronta la questione se il tutore potesse imputare, nel conto della tutela, gli alimenti che aveva fornito alla madre del pupillo, altrimenti indigente, e, conformandosi all'opinione di Labeone, afferma che essi siano imputabili. In questo passo e, in particolare, nell'opinione di Labeone, si è

[128] Y. Thomas, *La divisione dei sessi,* cit., pp. 135 ss; Id., *La morte del padre,* cit., pp.103 ss.
[129] M. LAURIA, *Periculum tutoris,* in *St. Riccobono 3*, Palermo, 1936, p. 12 nt. 55 (anche in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, p. 222 nt. 55); A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., p. 44.
[130] R. ORESTANO, *Alimenti,* cit., p. 483.

individuata la più antica testimonianza concernente l'obbligo alimentare tra figli e genitori[131]. Tale affermazione, seppur veritiera, non va presa alla lettera. Come nota anche Anna De Francesco, che a lungo si sofferma sul frammento, si tratta di una costruzione giuridica, applicabile in una singola specifica fattispecie (minore sotto tutela, madre incapace di sostenersi), che, indubbiamente, dimostra la crescente sensibilità dei giuristi verso doveri morali derivanti da rapporti di consanguineità, meritevoli di attenzione. Ma essa, comunque, non permette di provare l'esistenza, sul piano generale, di un obbligo giuridico definito. Anzi, la studiosa, procedendo nell'analisi, mostra come verosimilmente ancora all'epoca di Giuliano, un simile diritto non fosse radicato nell'ordinamento. Infatti, in un frammento di Ulpiano che riferisce una dottrina del giurista adrianeo leggiamo:

D. 27.3.1.2 Ulp. 36 *ad ed.*: *Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet interveniente: veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Giuliano sostiene che – come erano illegittime le donazioni *mortis causa*, anche se autorizzate dal tutore – allo stesso modo non sarebbe stata valida ogni tipo di donazione. In generale, viene detto, il tutore non può autorizzare azioni che diminuiscano il patrimonio, salvo alcuni casi particolari, nei quali deve comunque intervenire un decreto del magistrato: per esempio, è lecito alimentare la madre o la sorella del pupillo, prive di differenti fonti di sostentamento. Nell'ambito di un'azione di buona fede, infatti, non si può accettare che il minore lamenti che persone a lui vicine siano state alimentate. Nella chiusa finale, Giuliano ritiene (*putat*) che si potrebbe, anzi, agire contro il tutore che avesse omesso di provvedere alle parenti indigenti. Questa ultima frase appare sibillina: l'utilizzo di *putat,* infatti, viene normalmente rinvenuto nei casi di *ius controversum*, indicando come all'opinione del giurista se ne contrappongano altre. Nell'epoca in cui Giuliano scrive, quindi, l'obbligo alimentare sta ancora compiendo quella lenta transizione da dovere morale, che già intravedevamo in Labeone, a dovere

[131]A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., p. 44.

giuridico[132]. A conferma si può citare un secondo frammento, tratto direttamente dai *Digesta* di Giuliano, in cui si affronta un caso simile:

D. 27.2.4.pr Iul. 21 *dig.*: *Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat nec quicquam praeterea et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad magistratum iussus est alimenta pupillae et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. respondi: existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.*

Un padre aveva istituito erede il proprio figlio e lasciato alla figlia, per legato, duecento a titolo di dote; essendo entrambi impuberi aveva nominato loro lo stesso tutore, Sempronio. Una volta convenuto dai parenti della fanciulla perché provvedesse agli alimenti e alle spese per l'istruzione, il magistrato gli ordinò di provvedere. Divenuti entrambi puberi, il fratello dà alla sorella i duecento che le spettavano secondo la volontà del padre. Si chiede se il giovane possa agire contro il tutore per le spese di alimenti ed istruzione, Giuliano risponde (*existimo)* che, anche qualora non ci fosse stato il decreto del magistrato, tali spese non sarebbero state esigibili. Siamo, di nuovo, innanzi ad un episodio che lascia margini di dubbio: in entrambi i casi viene comunque statuito che alimentare le congiunte del pupillo era un atto lecito del tutore, avvallato da una decisione di un magistrato, il che porterebbe a sostenere che, seppure in un momento piuttosto recente (questo spiegherebbe la scelta delle parole da parte di Giuliano), l'obbligo alimentare aveva assunto caratteristiche di dovere giuridico. Tuttavia si è fatto notare che tra i doveri del tutore vi era anche quello di salvaguardare la dignità dell'impubere:

D. 26.7.12.3 Paul. 38 *ad ed.*: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate*

[132] R. COHNFELD, *Lehre vom Interesse nach römischem Recht,* Leipzig, 1865, ed. anastatica, Roma 1971, p. 81, che opta per un dovere giuridico già definito con Giuliano, ritiene che il giudice avrebbe potuto quantificare il danno derivato da un'azione di madre e sorella contro il pupillo. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano,* in *BIDR.* 16, 1904, p. 263 nt.4, gli si oppone notando che se una tale azione fosse stata possibile, non avrebbe avuto senso porsi la questione. Tuttavia nel frammento in discussione Giuliano sta compiendo un ragionamento teorico, non riferisce di un caso concreto, quindi, soprattutto se si ritiene che, per quanto esistente, l'obbligo alimentare fosse di recente introduzione (da cui l'utilizzo del verbo *puto*), la domanda intermedia servirebbe quale stratagemma espositivo.

patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Il passo, tratto dal trentottesimo libro *ad edictum* di Giulio Paolo, in cui si commentava il titolo *de tutelis,* affronta anch'esso il problema degli oneri concernenti l'ufficio tutorio. In questo contesto si chiarisce che versare alimenti a servi e liberti, nonché ad *exteris*[133]*,* rientra tra i compiti del tutore al fine di mantenere il decoro del giovane (infatti anche gli emolumenti versati agli educatori dovranno tenere conto non solo dell'entità del patrimonio, ma anche della dignità dei suoi natali). In questo senso quindi i «*mores* a cui è preposto il tutore, non comprendono soltanto la sfera della moralità, ma abbracciano il decoro, la dignità, la estimazione sociale del pupillo»[134]. Il dovere morale di alimentare parenti stretti, altrimenti indigenti (tuttavia nel passo appena trattato non vi è accenno all'incapacità di sostenersi), poteva quindi rientrare, attraverso questo filtro, all'interno del compito del tutore; e tutto ciò senza che fosse stato ancora approntato un rimedio giuridico autonomo in sede di *cognitio extra ordinem*[135]. Tali considerazioni ci permettono anche di chiarire quale logica fosse probabilmente sottesa alla soluzione riferita in D.27.3.1.6:

D. 27.3.1.6 Ulp. 36 *ad ed.*: *Si pupillis tutores pater dedit, inter quos et libertum suum, perque eum voluerit tutelam administrari, et tutores certam summam ei statuerunt, quia aliter se exhibere non poterat, habendam eius rationem quod statutum est Mela existimat.*

Il frammento ricorda l'opinione di Fabio Mela, all'incirca contemporaneo di Labeone, secondo cui, nel caso in cui un padre avesse lasciato più tutori al figlio, fra cui un liberto privo di altra fonte di sostegno, la somma che gli altri tutori gli avevano corrisposto per il mantenimento, andava imputata alla tutela.

---

[133] Sul significato da attribuire a questo termine A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit. p. 52, nt. 70

[134] B. BIONDI, *Aspetti morali della tutela,* in *Fest. Schulz,* Weimar 1951, p. 61

[135] Questa l'opinione di A. DE FRANCESCO, *Il diritto alimentare tra genitori e figli,* cit. pp. 58 ss.

c. Sentenze di Adriano

Prima di trarre qualche conclusione è necessario dare uno sguardo veloce anche alle due testimonianze in materia alimentare contenute nelle *Sententiae Hadriani*[136], in particolare *Sententia* § 3:

Αιτούντος τινος περι ἴδιο υίου οτι, αὑτὸν ημελι, ασθενη οντα και πενόμενον, και τρεφιν μη θελον, ἐν μ απασας τας ουσιας αυτου δεδαπανηκι, Αδριανος ειπην τω νεανισκω. "λασσε σου τον πατερα, δια τοῦτο γαρ σε εγέννησεν φροντισον ουν μη παλιν περι σου dete προς με μεμψηται

Petente quodam desuo filio, quoniam eum negle ret valetudinarium et pauperem, et pascere nollet, in quo omnes facultates suas expenderat Adrianus iuveni dixit "Custodi patrem tuum, ideo enim te genuit cura ergo ne iterum de te apud me quaeratur

In questo caso un figlio si rifiuta di alimentare il padre, povero e infermo; Adriano gli ordina di prendersene cura e lo esorta ad evitare che ci sia un secondo intervento sul tema.

La seconda testimonianza la troviamo in *Sententia* § 14:

Αδριανός επιδόσιν δίδοντος, γυνη τες εξεβόησεν "δέομαι σου, Κυριε αυτοκρατωρ, ἵνα κελευσης του ὑιου μου δοθῆναι μου τι, επι αυτός μου εμελι." Και ὑιος αυτες παρεστώς λεγι "εγω, Κύριε αυτοκρατωρ, ουκ επιγιγνωσκω ταύτην μητηρα" Αδριανος είπεν "Εἴ σοι ταύτην ουκ επιγιγνώσκω μήτηρα, ουδε εγω σε πολιτῆ Ρωμηον".

Adriano congiarium dantes mulier quaedam exclamavit: "Rogo te, Domine imperator, ut iubeas filio meo dare mihi aliquid, quoniam ipse me neglegit". Et filius eius adstans dicit: "Ego, Domine imperator, non agnosco eam matrem". Adrianus dixit: "Site tam non cognoscis matrem nec ego té civem Romanum."[137]

Un figlio aveva rifiutato di dare alla madre parte del proprio *congiarium,* in quanto sosteneva che la donna non fosse davvero la sua genitrice. L'imperatore non affronta la

---

[136] La raccolta chiamata *Sententiae et epistolae Hadriani* contiene una serie di *interlocutiones de plano,* riportate in doppia lingua, greco e latino, attribuite all'imperatore. Essa parte dei cosiddetti *Hermeneumata Pseudodositheana.* Il contenuto di tali sentenze è stato approfonditamente trattato da A.A. SCHILLER, *Alimenta in the Sententiae Hadriani,* cit., p. 401. Id, *Vindication of a Repudiated Text, Sententae et Epistolae Hadriani,* in *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto 2,* Firenze, 1981, pp. 7171 ss. L'autore ritiene che il testo, oltre ad essere sicuramente una compilazione del terzo secolo, riproduce letteralmente le parole dell'imperatore. Sul testo anche E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali,* in *Scr. Giur. 6,* Napoli, 1994, pp. 51 ss; M. BRETONE, *Storia del diritto romano,* Roma-Bari, 1987, p. 457; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti fra genitori e figli,* cit., pp. 38 ss.; N. LEWIS, *Hadriani Sententiae,* in *GRBS* 32, 1991, pp. 267-80. Sulle *interlocultiones del plano,* D. NÖRR, *Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: Interlocutiones de plano,* in *St. Sanfilippo* 3, Milano, 1983, pp. 519 ss.

[137] Si utilizza qui il testo edito in G. FLAMINI, *Hermeneumata pseudodositheana leidensia,* München-Leipzig, 2004, pp. 67-77.

questione della natalità, ma rileva che qualora avesse insistito a negare che fosse sua madre, egli lo avrebbe escluso dalle liste dei cittadini, negandogli, pertanto, anche il diritto al *congiarium.*

Tali testimonianze non permettono di trarre indizi definitivi circa la configurazione dell'obbligo alimentare sotto Adriano: si è sostenuto che l'imperatore non avrebbe avuto necessità di pronunciarsi, qualora fosse esistito un rimedio giuridico alternativo, tuttavia non necessariamente l'attività giusdicente del principe era innovativa, abbiamo, infatti, esempi di rescritti meramente ricognitivi. I frammenti qui esposti attestano, tuttavia, l'attenzione che l'imperatore rivolgeva ai rapporti di consanguineità e ai doveri morali che essi presupponevano. Possiamo, quindi, tutt'al più supporre che Adriano, in forza della sua *censoria potestas*[138] (un potere che lo autorizzava a rivedere periodicamente le liste dei cittadini e, in Roma, di quanti, proprio perché *cives Romani Romae*, avessero diritto al *congiarium*), abbia, sulla scorta di un'antica tradizione, di cui ci sono pervenuti esempi anche d'età repubblicana, deciso di intervenire in una questione che parrebbe di esclusiva valenza privata: il comportamento di un figlio nei confronti di sua madre[139].

Sono attestati, inoltre, molti altri provvedimenti, emessi sotto Adriano, che interferiscono con questa delicata materia: come ad esempio il sc. Tertulliano, l'estensione del sc. Planciano ai nati costante matrimonio, l'attenuazione degli effetti

---

[138] F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.1, Napoli 1974.

[139] Già Dionigi di Alicarnasso aveva rilevato che per i Romani la porta di casa non rappresentava, diversamente che ad Atene, un confine invalicabile per l'intervento dei poteri pubblici: cfr. Dion. Hal. 20.13.2-3 Ἀθηναῖοι μὲν δόξης ἔτυχον, ὅτι τοὺς ῥᾳθύμους καὶ ἀργοὺς καὶ μηδὲν ἐπιτηδεύοντας τῶν χρησίμων ὡς ἀδικοῦντας τὸ κοινὸν ἐζημίουν, Λακεδαιμόνιοι δέ, ὅτι τοῖς πρεσβυτάτοις ἐπέτρεπον τοὺς ἀκοσμοῦντας τῶν πολιτῶν ἐν ὁτῳδήτινι τῶν δημοσίων τόπῳ ταῖς βακτηρίαις παίειν: τῶν δὲ κατ᾽ οἰκίαν γενομένων οὔτε πρόνοιαν οὔτε φυλακὴν ἐποιοῦντο, τὴν αὔλειον θύραν ἑκάστου ὅρον εἶναι τῆς ἐλευθερίας τοῦ βίου νομίζοντες. Ῥωμαῖοι δὲ πᾶσαν ἀναπετάσαντες οἰκίαν καὶ μέχρι τοῦ δωματίου τὴν ἀρχὴν τῶν τιμητῶν προαγαγόντες ἁπάντων ἐποίησαν ἐπίσκοπον καὶ φύλακα τῶν ἐν αὐταῖς γινομένων, οὔτε δεσπότην οἰόμενοι δεῖν ὠμὸν εἶναι περὶ τὰς τιμωρίας οἰκετῶν οὔτε πατέρα πικρὸν ἢ μαλθακὸν πέρα τοῦ μετρίου περὶ τέκνων ἀγωγὰς οὔτε ἄνδρα περὶ κοινωνίαν γαμετῆς γυναικὸς ἄδικον οὔτε παῖδας γηραιῶν ἀπειθεῖς πατέρων οὔτε ἀδελφοὺς γνησίους τὸ πλεῖον ἀντὶ τοῦ ἴσου διώκοντας, οὐ συμπόσια καὶ μέθας παννυχίους, οὐκ ἀσελγείας καὶ φθορὰς ἡλικιωτῶν νέων, οὐχ ἱερῶν ἢ ταφῶν προγονικὰς τιμὰς ἐκλιπούσας, οὐκ ἄλλο τῶν παρὰ τὸ καθῆκον ἢ συμφέρον τῇ πόλει πραττομένων οὐδέν. «Gli Ateniesi si acquistarono reputazione perché punivano come rei contro la comunità gli sfaccendati e oziosi che non si dedicavano a nessuna attività utile, e gli Spartani parimenti perché affidavano agli anziani il compito di percuotere con bastoni chi commettesse qualche disordine in luogo pubblico. Ma non si prendevano cura e non sorvegliavano il comportamento domestico, ritenendo che la porta di casa fosse un limite entro cui ciascuno era libero di vivere come voleva. 3. I Romani, invece, spalancavano ogni casa ed estendevano l'autorità del censore perfino all'alcova, a ispezionarvi e sorvegliarvi ogni cosa vi accadesse. Non ritenevano, infatti, lecito a un padrone essere crudele nelle punizioni degli schiavi, o a un padre esser troppo rigido o permissivo nell'educazione dei figli, o a un marito essere ingiusto nei rapporti coniugali con la moglie, o ai figli essere disobbedienti ai vecchi genitori, o ai figli legittimi brigare per conseguire più della loro giusta parte; non tolleravano banchetti e gozzoviglie che durassero tutta la notte, né dissolutezze e corruzioni di giovinetti, né negligenze rispetto al culto degli antenati e ai funerali, né alcuna altra manifestazione contraria al decoro e all'utile della città» Vedi anche Plut. *Cato maior*, 16.2, nonché 20.1.

della *lex Minicia*, che stabiliva che i nati al di fuori di giuste nozze avrebbero costantemente conseguito lo *condicio deterioris parentis*[140], più una serie di misure a tutela degli orfani. L'insieme di queste disposizioni mostrano come la legislazione adrianea avesse un'impronta largamente favorevole alla protezione dei legami di sangue, soprattutto in un'ottica di supporto intra-personale. In qualche modo, si potrebbe anche affermare, Adriano riprende quella *pietas* tanto enfatizzata da Augusto, e che per tutto il secolo precedente aveva contribuito a limare rigidità giuridiche ereditate dal passato, ricomponendo così il quadro complessivo dell'ordinamento giuridico familiare.

Un'informazione importante che questa analisi ci fornisce è che l'obbligazione alimentare non è stata introdotta con un provvedimento unico. Al contrario è più probabile che diverse singole ipotesi, applicabili in casi specifici, siano andate via via definendosi, sulla scorta della nuova concezione dei legami familiari, fino a imporsi come un comune sentire sociale, per la cui tutela i singoli mezzi eccezionali non erano più sufficienti, sì da necessitare un intervento di carattere più generale. Questo ultimo passo è stato forse compiuto da Antonio Pio, l'imperatore più citato nel titolo del Digesto dedicato a questo tema. A lui sono attribuiti, oltre che il già citato intervento in materia di alimenti dovuti dai genitori (o forse solo dal padre) ai figli[141], anche una costituzione imperiale, riferita in CI. 5.25.1, che parrebbe sancire l'obbligo dei figli verso i genitori:

C. 5.25.1.pr Pius A. Basso: *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est.*[142]

Inoltre si ricorda un suo intervento che impose l'obbligo anche in capo ai parenti materni:

D. 25.3.5.5 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.*

Due rescritti in cui risponde ad un padre obbligandolo ad alimentare la figlia femmina e ad un altro che non vuole occuparsi del figlio che potrebbe sostenersi autonomamente:

---

[140] F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 215

[141] D. 25.3.1.15

[142] La terminologia usata in questo caso lascia spazio alla possibilità che ancora con Antonino Pio l'obbligo dei discendenti verso gli ascendenti non fosse definitivo, ma si trattasse di una mera enunciazione di principio. Definitiva in questo senso è una successiva costituzione, emanata da Marco Aurelio e Lucio Vero nel 161 d.C. e riportata in C. 5.25.2 Divi fratres Celeri: *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit.*

D. 25.3.5.6 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam.*

D. 25.3.5.7 Ulp. 2 *de off. cons.*: *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. denique idem Pius ita rescripsit: "Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatium eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis".*

Inoltre abbiamo anche notizia di una decisione di Antonino Pio, citata da Paolo in D.3.5.33, da cui sembrerebbe desumersi il diritto della madre ad ottenere la ripetizione degli alimenti versati al figlio, non solo contro il padre vivente, ma anche contro il figlio stesso (ancora impubere) che ne aveva ereditato il patrimonio:

D. 3.5.33 Paul. 1 *quaest: ...pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit.*[143]

Le fonti, purtroppo, non ci permettono nemmeno di stabilire se la (ri)organizzazione della disciplina alimentare sia stata attuata dall'imperatore tramite un unico provvedimento, o se invece sia stata oggetto di atti distinti.

I passi fin qui esaminati estratti dal capitolo sulla tutela, così come le due sentenze di Adriano, avevano per oggetto l'obbligo del discendente nei confronti dell'ascendente, di cui si può forse cogliere una genesi all'interno dell'*actio tutelae directa*. Dobbiamo ora chiederci quando invece l'obbligo inverso, il dovere dei figli verso i genitori, abbia iniziato a farsi strada nel sentire comune. Va ovviamente premesso che non si ritiene qui si tratti di due diverse sensibilità sociali divenute impellenti; al contrario, la *ratio*, alla base di tutte le fattispecie dell'istituto, è unica: essa si concretizza nella *pietas* dovuta verso i parenti, in particolare verso quanti si trovassero in stato di necessità. Ciò non toglie che alcuni casi abbiano potuto far breccia prima di altri: lo stato di "necessità" dei figli verso i genitori è statisticamente molto più probabile, dato che per tutta l'infanzia i primi sono sicuramente incapaci di provvedere a loro stessi. Va ricordato, inoltre, come, nella mentalità tradizionale romana, un padre, che si facesse mantenere dal figlio, fosse considerato fonte di grande imbarazzo. Celso riteneva ancora sconveniente che un figlio

[143] Il passo è forse il più problematico di quelli appena citati e apre diverse questioni, soprattutto sulla forma del mezzo che era fornito alla madre per rifarsi sul padre. Su questo torneremo in maniera più approfondita nel capitolo successivo.

fosse dato come curatore al proprio padre[144], quantunque già Seneca avesse dimostrato di essere, a tal proposito[145], molto più aperto[146]. Inutile sottolineare che anche il passo di Labeone in D. 27.3.1.4 prendeva in esame alimenti da somministrare alla madre, non al padre.

d. Il sc. Planciano

I. La procedura speciale

La più rilevante tra le testimonianze a noi pervenute è, senza dubbio, il senatoconsulto Planciano, il cui contenuto normativo deve essere preso in esame per definire un quadro complessivo della disciplina. Il provvedimento è ricordato in apertura del titolo del digesto dedicato al riconoscimento dei figli e agli alimenti. Se ne occupa un ampio frammento tratto dal trentaquattresimo libro *ad edictum* di Ulpiano. L'inquadramento all'interno di quest'opera ci offre già un importante indizio: competenza in materia era attribuita al pretore, non ai consoli, ai quali invece spettavano le decisioni inerenti l'obbligazione alimentare. Riportiamo ora, qui di seguito, i primi paragrafi:

D. 25.3.1.pr-4 Ulp. 34 *ad ed.*: *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt.* [1] *Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.* [2] *Domum accipere debemus hospitium, si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent:* [3] *Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur.* [4] *Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debebit igitur respondere non esse ex se praegnatem aut*

[144] D. 26.5.12.1 *Ulp*. 3 *de off. procons.*: *Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen divus Pius Instio Celeri, item divi fratres rescripserunt filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum.*

[145] Sulla "mitizzazione del padre" in età classica, F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei,* cit., pp. 210-211.

[146] Seneca, *de Ben.* 3.29-38 in particolare 3.38.3

nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.

Il passo si apre informandoci che il senatoconsulto Planciano era, originariamente, composto da due parti: una prima riguardante il riconoscimento dei figli e una seconda dedicata alla sostituzione di parto. Del secondo *caput* non ci è arrivato nulla: alcuni autori hanno sostenuto che esso sia stato sostituito dalla successiva emanazione dell'editto sul ventre, verosimilmente attribuibile ad Adriano, che avrebbe disciplinato nuovamente la materia[147]. Per quanto riguarda, invece, il riconoscimento dei figli, dal paragrafo immediatamente successivo viene esposta la procedura tramite cui ottenerlo. Si tratta, come si evince dal testo, di una disciplina speciale, in quanto utilizzabile solo dalle donne incinte recentemente divorziate. Esse, infatti, entro il termine di 30 giorni dal divorzio, possono denunciare il fatto all'ex coniuge[148]. Il marito[149], ricevuta la notifica, ha tre opzioni: negare ufficialmente la paternità, contro-denunciando; mandare i custodi affinché sorveglino il ventre; rimanere silente e non reagire. In questo ultimo caso sarà tenuto a riconoscere il nato, e qualora non lo facesse spontaneamente, vi potrà essere costretto. Nelle prime due fattispecie, invece, non vi sarà obbligato, salvo si provi che sia effettivamente suo figlio.

La modalità espositiva di questi primi paragrafi ha indotto alcuni a ritenere che il giurista riportasse, quasi *verbatim*, il testo del provvedimento originale[150], che avrebbe avuto sottomano al momento della stesura del suo commento. Questa teoria si basa principalmente sulla comparazione sintattica tra gli stessi e i passi successivi, soprattutto a partire dal 25.3.1.10, in cui riferiscono le opinioni di altri interpreti. In ogni caso, pur nella semplice esposizione del meccanismo, il testo offre spazio ad alcune problematiche, una fra tutte quella concernente il mezzo tramite cui costringere il padre a riconoscere e, infine, il valore giuridico di tale riconoscimento.

In materia di dichiarazioni di nascita la dottrina moderna ha pochi punti fermi. L'effettivo funzionamento del censo nel periodo repubblicano è stato oggetto di ampi

---

[147] In questo senso A. METRO, *La datazione dell'editto sul ventre*, cit. pp. 946 ss.; senza esprimersi apertamente in proposito, sembrano accettare tale interpretazione A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 117 ss.; P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano,* cit., pp. 55 e 56.

[148] La notifica può anche essere compiuta dal *pater* della donna, qualora questa fosse ancora in potestà. Anche per quanto riguarda la legittimazione passiva, la notifica è valida anche se fatta all'avente potestà sull'ex marito.

[149] Si specifica che l'uomo può anche incaricare qualcuno ad agire, non è necessario lo faccia personalmente.

[150] Il primo in tal senso fu J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes,* cit., pp. 183 ss.

studi, che non saranno affrontati in questa sede. Ci si limita solo a dire che vi è generale accordo che esso riguardasse esclusivamente persone adulte, in origine probabilmente solo *sui iuris,* per cui i nomi dei figli erano comunicati dal padre al momento della sua *professio*[151]. È verosimile che successivamente si siano predisposti registri che tenessero il conto dei cittadini atti a servire nell'esercito, ma in ogni caso, fino al principato, non esisteva un apposito albo generale comprendete tutti i cittadini, in cui i bambini fossero iscritti già al momento della nascita. Per queste ragioni, infatti, è tipico trovare nelle epigrafi l'età arrotondata[152].

Augusto intervenne, riformando la normativa ed introducendo la *professio liberorum,* ovverosia l'obbligo di registrare la nascita del figlio, presso un magistrato, entro 30 giorni dall'apposizione del nome[153]. La storiografia moderna ha discusso dei limiti entro cui la disciplina augustea differisse per figli legittimi e illegittimi, inoltre non si riscontra unanime accordo sul valore da attribuire alla sua obbligatorietà[154]. Al momento attuale la teoria che trova maggior favore è quella secondo cui «in un mondo come il romano, un sistema di registrazione obbligatoria non sembra realizzabile»[155], di conseguenza si ritiene che i registri augustei imponessero la dichiarazione dei figli non tanto a fini costitutivi, ma per evitare sanzioni o per accedere ai privilegi previsti dalla nuova normativa in materia familiare[156]. Recentemente, inoltre, una parte della letteratura sostiene che non vi era inoltre nell'atto per i figli legittimi o illegittimi, in entrambi i casi si procedeva alla *professio* tramite una *testatio* (cioè la dichiarazione in cui si attestava la nascita), ma solo le dichiarazioni dei primi erano inserite in un albo pubblico, mentre le seconde, verosimilmente per ragioni di morale, rimanevano private,

---

[151] Per un riassunto sullo stato delle fonti ed un amplia bibliografia L. PEPPE, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica,* Lecce, 2016, pp. 112 ss.

[152] D. JONES, *Age Rounding, illiteracy and social differentiation in the Roman Empire,* in *Chiron,* VII, 1997, pp. 333 ss.

[153] Sarebbero quindi 38 giorni per i figli maschi e 39 per le femmine, così G. PURPURA, *Recensione di C. Sanchez-Moreno Ellart*, *Professio liberorum. Las declarationes y los registros de nascimiento en derecho romano, con especial atenciòn a las fuentes papirològicas*, in *Iura* 52, 2001, p. 364-374 nt. 10.

[154] J.PH. LEVY, *Les actes d'état civil romains*, in *RHD*, 29, 1952, p. 458. Si considerino anche E. WEISS, *Professio und testatio nach der lex Aelia Sentia und der lex Papia Poppaea,* in *BIDR,* 51-52, 1948, pp. 316 ss., O. MONTEVECCHI*, Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto Greco-Romano*, VII, in *Aegyptus,* 28, 1948, pp. 154 ss., e G. GERACI, *Le dichiarazioni di nascita e di morte a Roma e nelle province*, in *MEFRA*, 112.2, 2001, p. 684. Diversamente C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *Notes in some new issues concerning the birth certificates of Roman citizens*, in *The Journal of Juristic Papyrology*, 34, 2004, pp. 118 ss., e G. PURPURA, *Le dichiarazioni di nascita nell'Egitto Romano,* cit., pp. 151 ss.

[155] C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *Professio liberorum. Las declarationes y los registros de nascimiento en derecho romano, con especial atenciòn a las fuentes papirològicas*, Madrid, 2001, p. 77 nt. 271.

[156] Per un veloce ma approfondito riassunto sulle diverse opinioni della storiografia moderna in materia G. PURPURA, *Le dichiarazioni di nascita nell'Egitto Romano,* in *AUPA,* 49, 2004, pp. 149-163.

rendendosi, così, meno conoscibili[157]. Marco Aurelio avrebbe poi abrogato tale separazione, creando così per primo una sorta di registro di stato civile[158].

Ciò considerato, si potrebbe forse ipotizzare che la donna incinta divorziata, dopo aver proceduto alla notifica e non avendo riscontrato reazioni da parte del marito, qualora quest'ultimo non avesse proceduto alla *professio* una volta venuto alla luce il nato, avrebbe potuto adire il magistrato, portando prova della procedura ex-Planciano. Questi avrebbe potuto costringerlo a presentarsi e a compiere la *testatio*[159]. Qualora, invece, l'ex-marito si fosse opposto alla denuncia, si sarebbe dovuto procedere con un diverso giudizio, che accertasse l'effettiva paternità del nato. Rimangono comunque in sospeso una serie di domande: la madre poteva procedere contro il presunto padre appena ricevuta la contro-denuncia, cioè prima del parto (e allora in questo caso la domanda sarebbe stata «se è incinta di lui?»), oppure avrebbe dovuto attendere la nascita, e allora avrebbe dovuto essere il figlio, o meglio il suo tutore, l'attore del nuovo procedimento (la cui *quaestio* sarebbe stata «se è figlio »)? Inoltre, esistevano già azioni processuali che permettessero questo genere di tutela? Infine, tornando all'ipotesi del marito inerte, quando si parla del magistrato che lo costringe *extra ordinem,* ci si riferisce al *modus agendi* e, dunque, pur sempre a una sede processuale o a una specifica attribuzione di specifici mezzi coercitivi?

A queste domande si potrà, in parte, rispondere in seguito; dapprima è necessario concludere l'esegesi del testo:

D. 25.3.1.5 Ulp. 34 *ad ed.*: *Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere:* [6] *Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentive eius partum non agnoscere.* [7] *Si mulier esse se praegnatem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians causa cognita audiri debebit.* [8] *Quin immo et si in totum*

---

[157] G. PURPURA, *Le dichiarazioni di nascita nell'Egitto Romano,* cit., pp. 157 ss.

[158] Così ci riportano i passi della *Historia augusta,* nello specifico H.A., *M. Anton.* 9.7-8; *Gord.* 4.8.

[159] A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, cit., p. 117 nt.47: l'autrice sostiene che la conseguenza più probabile fosse l'obbligo del marito a dichiarare davanti a testimoni di essere padre del nascituro; a tale conclusione giunge tramite D. 25.3.1.12, da cui si ricava che la miglior difesa per l'uomo che non volesse rischiare di vedersi attribuire un figlio non suo, fosse negare formalmente la paternità davanti a testimoni (*contestato dixerit eam ex se praegnantem non esse*). Con questo l'autrice intende opporsi alla teoria di F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato,* cit., p. 54 nt. 170, il quale propendeva per un obbligo di *professio*. Le due teorie, alla luce delle nuove ricerche in tema di *professio liberorum* non sono però contrastanti: elise le differenze tra figli legittimi ed illegittimi, gli studiosi accolgono il fatto che per entrambe il presupposto fosse la *testatio,* ovverosia una dichiarazione formale in prima persona che affermava la nascita e la paternità, fatta al cospetto di testimoni e di un magistrato che trascriveva e rilasciava la *declarationes* (in terza persona). G. PURPURA, *Le dichiarazioni di nascita nell'egitto romano,* cit., p. 156.

omiserit denuntiationem, Iulianus ait nihil hoc nocere ei quod editur. [9] *Dies autem triginta continuos accipere debemus ex die divortii, non utiles.*

I cinque paragrafi propongono alcune precisazioni sulla procedura appena descritta. Si sottolinea, infatti, che l'iniziativa è in capo alla moglie, non al marito; che i 30 giorni vanno contati in modo continuo e non utili; che nel caso di denuncia tardiva, andrà valutato se accogliere la richiesta, ma che comunque, e qui si cita per la prima volta Giuliano, anche qualora vi fosse stata una totale omissione, ciò non potrà nuocere al nascituro. Inoltre si stabilisce che al marito, e ai suoi parenti, non sarà imposto il riconoscimento nel caso in cui la moglie non avesse denunciato, ovvero lo avesse fatto ma avesse rifiutato di accettare i custodi mandati dal giudice, ovvero non avesse denunciato e avesse rifiutato i custodi mandati spontaneamente dal marito.

La lettura combinata di §§ 6 e 8 crea le maggiori problematiche: se infatti da una parte si dice che alcuni determinati comportamenti materni, faranno sì che nulla si possa imporre al padre; dall'altra si afferma contemporaneamente che l'inattività materna non nuocerà, comunque, al nato. Come conciliare due affermazioni così contraddittorie viene spiegato successivamente, riferendo, a tal riguardo, il pensiero di Giuliano. Dapprima, tuttavia, è necessario soffermarci su una seconda, importante informazione: in D. 25.3.1.6 si propone il caso del padre che offra i custodi *ultro*; in altri termini ci viene detto che, perfino in caso di completa inazione femminile, qualora il padre sia comunque venuto a sapere della gravidanza, egli può procedere conseguentemente. Pertanto sarebbe possibile ricadere nell'ambito di applicazione di tale meccanismo anche in circostanze diverse da quelle descritte nel primo paragrafo: esisterebbero, cioè, 'meccanismi sananti'[160]. Una conferma in:

[160] Il caso descritto in D.25.3.1.6 in realtà si conclude con la liberazione dagli obblighi giuridici in capo al padre, ma questo perché la donna rifiuta i custodi mandati spontaneamente. Coordinando questa fattispecie con quella immediatamente successiva, cioè della donna denunciante che però rifiuta i custodi che hanno ricevuto l'avvallo del giudice, si può agilmente dedurre che l'esenzione dalla pena derivi dal rifiuto e non dalla mancata denuncia. La questione si sposta sulla necessità di una valutazione giudiziale sui soggetti indicati come custodi; in altri termini, qualora la donna avesse denunciato avrebbe avuto il diritto di rifiutare custodi non idonei? Qual è il significato da attribuire ad *arbitrio iudicis*? La risposta più probabile è che la disciplina fosse la medesima prevista dall'editto sul ventre, il cui testo ci è riportato per intero in D. 25.4.1.10. L'editto pretorio, in questo caso, fa rifermento al caso della vedova incinta, che provvede a comunicare il proprio stato ai parenti del marito deceduto. A questi è garantito il diritto di mandare custodi a sincerarsi che la donna sia effettivamente incita, che porti a termine la gravidanza e che il nato non venga sostituito. Non si può affermare con certezza che ai custodi nominati dal Planciano fosse applicata la stessa disciplina, tuttavia il fatto che nei frammenti dedicati al rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero riportato il D. 25.4.1.pr, la fattispecie sembra assimilata sia alla disciplina del sc. che a quella dell'editto, potrebbe essere un indizio in favore della coincidenza. In questo senso troverebbe ancora maggiore conferma la teoria di A. METRO, *Per*

D. 25.4.1.4 Ulp. 34 *ad ed.*: *Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? ordo senatus consultis expositus sequetur. quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum praetor debebit obstetrices adhibere.*

Il passo è pur sempre tratto dal 34° libro del commentario all'editto di Ulpiano, ma dal titolo immediatamente successivo a quello concernente il Planciano, sotto la *rubrica De inspiciendo ventre custodiendo partu.* Tale disciplina avrebbe sostituito quella in materia di sostituzione di parto disciplinata nel secondo capo del Planciano, a noi non pervenuta, che probabilmente affrontava i compiti dei custodi inviati dal marito. Il frammento qui riportato ne commenta uno più ampio contenente un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero. Gli imperatori rispondevano al pretore Valerio Prisciano, che li aveva interrogati relativamente al caso di un marito, tale Rutilio Severo, il quale sosteneva che la moglie, Domizia, fosse incinta. La donna però lo negava e per questo aveva rifiutato i custodi che lui aveva mandato. Si risponde che il pretore potrà convocare la donna ed interrogarla formalmente in materia, e, qualora essa insista nel negarlo, sarà possibile inviare tre ostetriche, scelte dal magistrato, che valutino la veridicità dell'informazione. Se almeno due delle ostetriche dovessero ritenere la donna incinta, scatterebbe la disciplina prevista per la custodia del ventre[161]. Tuttavia, come si

---

una datazione dell'editto de inspiciendo ventre, cit. pp. 945 ss.; secondo cui tale editto avrebbe sostituito la disciplina del precedente secondo capo del senatoconsulto Planciano. Assumendo tale ipotesi, allora, la donna non sembra avere facoltà di rifiutare i custodi, né il pretore può chiederne la sostituzione. Tuttavia, viene specificato che nessuno di essi potrà toccare il ventre contro la sua specifica volontà. Questa attività è concessa solo alle ostetriche, le quali sono, e viene detto esplicitamente, selezionate dal pretore, così come è da lui scelta la donna nella cui casa la madre partorirà o verrà sottoposta all'esame delle ostetriche per valutarne l'effettivo stato di gravidanza. La madre divorziata del senatoconsulto Planciano non può quindi rifiutare i custodi, tuttavia non è improprio ritenere che, perché si esplichino gli effetti previsti dallo stesso, al marito fosse richiesto di rivolgersi al magistrato dopo il primo rifiuto perché questi esortasse la donna ad ammetterli. Va da ultimo sottolineato che, nonostante la potenziale somiglianza delle normative, i tre casi qui trattati (sc. Planciano, rescritto imperiale, editto del ventre) presentano anche alcuni dettagli che potrebbero indicarne la non perfetta coincidenza: per quanto riguarda le ostetriche, se sia nel secondo che nel terzo caso queste sono indicate dal pretore, il numero cambia (tre per la valutazione dello stato di gravidanza, cinque per il parto); inoltre, anche se la collocazione del sc. nei libri ad editto lascia supporre che magistrato competente fosse il pretore, nel testo a noi pervenuto questo non è mai menzionato, ma si parla di un generico *iudex*. Al contrario, nel caso del rescritto e dell'editto del ventre il termine *praetor* è mantenuto.

[161] D. 25.4.1.pr *Ulp.* 24 *ad ed.: Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: "Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit".* Sul passo e, in generale, sull'attenzione data al *venter* da parte dei giuristi romani: Y.THOMAS, *La morte del padre,* cit., pp. 90 ss.

legge nel frammento qui riportato, se davanti al pretore la donna avesse invece ammesso la gravidanza, si avrebbe avuta la disciplina del senatoconsulto.

Non viene esplicitato di quale senatoconsulto si tratti; tuttavia, in D. 25.4.1.1, si richiamano i senato consulti in materia di riconoscimento dei figli e la linearità del discorso lascia pensare che quello qui citato sia quello poco prima menzionato.

D. 25.4.1.1 Ulp. 34 *ad ed.*: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

Il plurale qui utilizzato per indicare i provvedimenti normativi farebbe riferimento non solo al sc. Planciano, ma anche ad un secondo provvedimento della curia, emanato al tempo di Adriano, di cui ci viene data notizia in D.25.3.3.1:

D.25.3.3.1 Ulp. 34 a*d ed.*: *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

Non abbiamo ulteriori notizie riguardo a questo atto normativo. Non di meno la dottrina contemporanea è concorde nel ritenere che si limitasse ad estendere la disciplina anche ai casi di figli nati in costanza di matrimonio, in quanto le disposizioni del Planciano erano molto restrittive nell'indicare la fattispecie a cui poteva riferirsi. Tale rigidità contrasta però con la possibilità di sanatorie, soprattutto considerando che, più che definire una disciplina sostanziale, sembrerebbe che oggetto del sc. Planciano fosse la creazione di una procedura speciale al fine di ottenere il riconoscimento. Procedura speciale attivabile solo da soggetti specifici, in contesti specifici. Questa rigidità è ulteriormente confermata da quanto detto in D. 25.3.1.10

D.25.3.1.10 Ulp. 34 a*d ed.*: *Eleganter autem apud Iulianum libro nono decimo digestorum quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit et intra triginta partum ediderit, an senatus consulto locus sit. et ait Plancianum senatus consultum cessare, quia de eo partu non videtur sentire, qui intra diem trigesimum nascatur: quippe dies triginta ad denuntiandum praestituit senatus. sed hanc rem non facere praeiudicium partui arbitror.*

Si riferisce un'opinione di Giuliano sull'applicabilità del provvedimento della curia ai nati entro 30 giorni dal divorzio; il giurista la contesta, in quanto il senato aveva stabilito che 30 giorni fossero quelli utili per presentare la denuncia. La tautologia che

inerisce a tale risposta, sommata alla apparente illogicità della soluzione[162], ha suscitato dubbi; tuttavia la rigidità della normativa senatoria nel disciplinare lo stretto ambito di applicazione potrebbe rappresentare ulteriore prova dell'innovatività, della misura. Se, infatti, siamo di fronte al primo caso di obbligo di riconoscimento *ex lege*, non c'è da stupirsi che i legislatori volessero limitare al minimo l'invasività della misura, così da evitare cesure rispetto al principio dell'assolutezza del potere paterno. D'altra parte non possiamo non considerare che il rescritto qui citato è stato scritto circa settanta anni dopo l'emanazione del senatoconsulto, se accettassimo la datazione più recente. Perfino l'ipotesi formulata in D. 25.3.1.6 (marito che invia i custodi spontaneamente), seppur non databile, data la costruzione sintattica e il confronto con i paragrafi precedenti, si può ritenere un'opinione giurisprudenziale e non una fattispecie direttamente prevista dall'atto normativo. La contraddittorietà delle notizie riferiteci dalle fonti può quindi essere risolta in una prospettiva storica: si disciplina uno stringente caso specifico, che però comporta un rilevante aumento di tutela nei confronti del nascituro; l'attenzione verso i diritti di quest'ultimo cresce esponenzialmente nel corso degli anni successivi; si cerca quindi di ampliarne i margini d'azione, ma il processo di interpretazione ha dei limiti, soprattutto quando la normativa è estremamente esplicita (30 giorni per denunciare). Perciò, nel caso dei nati nel corso del matrimonio, sarà necessario un apposito secondo senatoconsulto. Non vi è quindi un organizzato processo di riformulazione giuridica, ma, come è tipico dello sviluppo storico del diritto romano, si procede finché si può con le norme già esistenti.

Ma torniamo adesso alla lettura del combinato disposto tra D. 25.3.1.6 e D. 25.3.1.8: il primo paragrafo sancisce che, a seguito di determinati comportamenti della madre il padre e i suoi parenti saranno liberi di non riconoscere, mentre il secondo stabilisce, citando un'opinione di Giuliano, che anche la completa assenza della denuncia non potrà nuocere al nascituro. Come si è detto oggetto del Planciano è l'introduzione di una procedura speciale per ottenere il riconoscimento; non sembra infatti che al magistrato sia richiesta alcuna valutazione nel merito, se non nel caso di denuncia tardiva. Egli, in altre parole, funge da mero certificatore. Al massimo può stabilire le misure punitive al fine di costringere il padre ad adempiere e compiere, forse, la *professio liberorum*. Sul

[162] Ancora più illogica se si considera che Giuliano probabilmente scriveva in un momento in cui il secondo sc. di età adrianea era già stato emanato, quindi ricevevano tutela anche i nati nel corso del matrimonio. Si sarebbe così creata una situazione per cui ai soli nati entro 30 giorni dal divorzio non era concesso agire con tale procedura speciale.

punto è importante sottolineare che ci è pervenuto un numero sufficiente di frammenti, tutti concordi tra loro, che pur attestando il rilievo, dal punto di vista probatorio, di tali documenti[163], negano loro ogni efficacia costitutiva. Uno fra tutti, ma senza dubbio il più importante, considerando la nostra peculiare prospettiva:

D. 22.3.29.1 Scaev. 9 *dig.*: *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore.*[164]

Una donna incinta, ripudiata dal marito, iscrive il figlio come illegittimo, in sfregio al marito. Morta intestata si chiede al giurista se il padre, nonostante la *professio*, abbia comunque la potestà sul figlio e gli possa, di conseguenza, ordinare di adire l'eredità della madre. Scevola risponde affermativamente[165].

Fatta questa precisazione, ritorniamo alla lettera del testo riportataci in D. 25.3.1.4:

D. 25.3.1.4 Ulp. 34 *ad ed: Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debebit igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.*

Sembra esservi un apparente sbilanciamento: il padre inattivo sarà costretto a riconoscere[166], punto. Se, al contrario, agisce non vi sarà obbligato *nisi vere filius fuerit*, salvo sia davvero suo figlio. La madre quindi, o meglio, il nato tramite il proprio tutore, avrebbe potuto agire, successivamente con un giudizio di accertamento di status per ottenere il riconoscimento. Si delinea così la possibilità che l'assunzione di paternità ottenuta tramite *Sc.tum Plancianum* non sia l'unica possibile, né che abbia valore

[163] D. 1.5.8; D. 4.2.8.1; D. 22.3.13; D. 27.1.2.1; C. 2.42.1; C. 5.4.9

[164] Il passo è stato ritenuto uno dei migliori esempi atti a dimostrare lo stretto lavoro di collegamento tra innovazione ad opera della cancelleria imperiale e *interpretatio* giurisprudenziale. In particolare, Scevola coordinerebbe un rescritto di Marco Aurelio (riportato in D. 22.3.29.pr) con il caso a lui sottoposto e, tramite un procedimento analogico, motiverebbe la propria decisione. A. SPINA, *Q. Cervidius Scaevola: quaestionum libri XX,* Roma-Bristol, 2021, pp. 24 ss.

[165] Di diversa opinione S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere,* Milano, 2007. L'autrice sostiene che in tal caso l'atto non sia valido, in quanto compiuto in uno stato d'ira.

[166] C.J. TISSOT, *Contribution a l'histoire de la presumption de paternité,* cit., p. 181; J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes,* cit., pp. 183 ss.

definitivo, in quanto può farvi seguito un processo. In questo senso, ci illuminano i paragrafi successivi:

D. 25.3.1.11 Ulp. 34 *ad. ed.*: *Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit. licebit igitur ei partum editum ex se negare nec ei nocebit, quod ventrem custodierit: et ita Marcellus libro septimo digestorum scripsit: ait enim, sive quis neget uxorem sive ex se praegnatem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur.*

Nel frammento si riporta l'opinione di Marcello, secondo il quale l'atto di mandare custodi, pur senza contro denuncia in cui si nega la paternità, non inficia la condizione dell'ex marito, che sarà libero di non riconoscere. Tuttavia la sua posizione sarà tutelata al meglio se mandandoli avesse reso noto di ritenere il figlio non suo. Anche se non ci viene detto esplicitamente è verosimile ritenere che il diverso comportamento del marito rilevasse a livello processuale ai fini del successivo giudizio di *status*. Se infatti il riconoscimento *ex Planciano* si aveva solo nei casi di inazione, voler custodire il ventre poteva essere considerata un'implicita ammissione. L'interpretazione giurisprudenziale stabilisce che ciò non è sufficiente, ma, al contempo, suggerisce che un'espressa dichiarazione in senso contrario avrebbe maggior valore probatorio. È chiaro che, anche in questo caso, il comportamento paterno non rileva ai fini del meccanismo del senatoconsulto (la cui applicazione è stata esclusa dalla circostanza di aver mandato i custodi), ma può avere riflessi in un successivo processo. Il rapporto tra questi due diversi meccanismi processuali, e le loro conseguenze sostanziali, sono al centro dei frammenti successivi, in cui Ulpiano si sofferma su di un'opinione di Giuliano:

D. 25.3.1.12 Ulp. 34 *ad. ed.*: *Iulianus libro nono decimo digestorum scripsit: quod senatus consulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex eo concepisse et is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non misserit neque contestato dixerit eam ex se praegnatem non esse, ut ei id quod editum sit agnoscere sit necesse, non eo pertinet, ut, si quis agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit: quandoque enim, inquit, coepit causa agi, grande praeiudicium adfert pro filio confessio patris.* [13] *Idem per contrarium quoque ait, si mulier divortio facto non fecerit ea, quae senatus consulto praecipiuntur, ut liceat patri non agnoscere, non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit eum filium esse.* [14] *Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnatem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere: ceterum esse satis*

iniuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversus uxorem praegnatem invenerit et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senatus consulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

La prima cosa da notare è lo stile espositivo: i §§12 e 13 sono contrapposti tra loro, come sottolinea l'uso della perifrasi *idem per contrarium* nell'*incipit* del secondo: e, invero, essi affrontano dapprima le conseguenze della fattispecie in cui è il marito a non agire, in seguito del caso in cui sia la moglie a non denunciare. Il § 14 invece è ripetitivo, in quanto, pur con una diversa linea espositiva, non aggiunge alcuna informazione ulteriore rispetto a quel che si è detto nel § 12. Questa "inutilità" del § 14 aveva spinto Lenel a sospettare che in origine si trattasse di una glossa al precedente, erroneamente inserita, in un momento successivo, come frammento aggiuntivo[167]. In ogni caso dai frammenti apprendiamo che l'ambito di applicazione del senatoconsulto è strettamente limitato alla rigida procedura di cui sopra. Inoltre la pena per l'ex-marito consisterà nell'obbligo di riconoscere, ma questa imposizione non comporta che il nato, forzosamente riconosciuto, possa dirsi *filius* o essere *suus heres*, qualora sia stato concepito con un altro uomo. Tuttavia – possiamo ricavarlo dalla chiusa del §12 – sarà il padre a dover agire per dimostrare che non è *suus* e sarà tenuto conto del suo comportamento precedente[168].

Ugualmente, anche se la madre non fosse ricorsa al meccanismo offertole dal sc. Planciano, questo, come già ci era stato anticipato nel §8, non avrebbe nuociuto al nato, se si fosse poi accertato essere effettivamente figlio, in quanto obbiettivo del senatoconsulto era che il padre fosse costretto ad alimentare (*…eo pertinere…ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur*). Come si è già detto, questo è il primo frammento, §13, in cui si fa riferimento all'obbligo alimentare, mentre in tutti i precedenti il sc. Planciano ci viene presentato come una procedura volta al riconoscimento. Leggendo il § 13, invece, sembra che tale "riconoscimento" consista meramente nell'obbligazione alimentare. Negli stessi esatti termini la questione viene posta nel § 14, *si … maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere*. Al contrario, in § 12, nonostante sia chiaro che il riconoscimento *ex Planciano* non sia definitivo, si dice che comunque è questo l'esito che attende il padre.

[167] O. LENEL, *Palingenia,* vol. II, 1889.

[168] Questa ultima indicazione la possiamo trarre dalla lettura combinata della chiusa in discussione e dalle osservazioni di Marcello in precedenza: poniamo infatti il caso di un padre che, a seguito della notifica, non mandi i custodi e dichiari anzi che è figlio suo, se anche in un momento successivo avrà un ripensamento, si terrà conto del comportamento iniziale.

Si potrebbe ipotizzare, dunque, che pur avendo come oggetto originale il riconoscimento, il senatoconsulto sia stato interpretato dai giuristi nel senso di obbligo ad alimentare, almeno fino alla sentenza che accertasse la questione in via definitiva. L'obbligazione alimentare in capo ai genitori avrebbe, quindi, dovuto essere forzosamente antecedente al sc. stesso, che la presupponeva[169].

Questa ricostruzione trova, però, degli ostacoli:

D. 25.3.1.15 Ulp. 34 *ad. ed.: Ex his apparet, sive uxor omisserit, quae eam ex senatus consulto observare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem secundum divi Pii rescriptum: sive maritus neglexerit facere, quae ex senatus consulto debet, natum cogitur omnimodo alere, ceterum recusare poterit filium*

In questo frammento, Ulpiano tira le fila dell'esposizione precedente. Egli ci riferisce del già citato rescritto di Antonino Pio che avrebbe introdotto gli alimenti. In favore di questa teoria si utilizza l'argomento sintattico, il *quidem* in funzione concessiva, per cui parrebbe che gli alimenti, svincolati dal meccanismo *ex Planciano*, siano stati introdotti dallo stesso imperatore. Inoltre, qualora l'obbligazione alimentare fosse già stata prevista prima dell'emanazione del senatoconsulto (ossia da circa cinquant'anni), rientrando nel novero dei "diritti" spettanti al *filius* in quanto tale, perché sarebbe stato necessario separarla nettamente dalle altre facoltà proprie dei *sui*? Infine non dobbiamo dimenticare che a questo stesso imperatore sono da attribuire una serie di altri rescritti in materia, il che potrebbe fungere da ulteriore indizio in favore di un intervento almeno parzialmente innovativo.

Va sottolineato però che Antonino Pio prende in considerazione gli alimenti generali, spettanti cioè ad ogni figlio/a; infatti se ne fa menzione in relazione alle fattispecie nelle quali il meccanismo *ex Planciano* non è stato attivato. In questo senso, quindi, si potrebbe supporre che l'istituto alimentare sia stato creato nel quadro dell'*interpretatio*, nel periodo che intercorre tra l'emanazione del senatoconsulto e la decisione dell'imperatore. Come nel caso degli alimenti dovuti agli ascendenti, saremmo di fronte, perciò, ad un problema morale e sociale che inizialmente si fa spazio, incistandosi in altri istituti, per poi essere affrontato espressamente sul piano normativo. Ciò contribuirebbe a spiegare perché le competenze giurisdizionali, a tal riguardo,

[169] In questo senso M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 325; a conclusioni simili giunge anche P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano,* cit., p. 88 nt. 232 anche se non si sbilancia eccessivamente limitandosi ad affermare che nella disciplina del sc. Planciano tale obbligo appare «presupposto più che stabilito».

fossero attribuite a differenti soggetti. Se oggetto principale del sc. Planciano fossero stati gli alimenti e, almeno nell'ipotesi liberto-patrono, su di essi la giurisdizione fosse già stata demandata ai consoli, perché coinvolgere anche il pretore? E se anche si fossero ritenuti due casi non assimilabili, considerando che l'obbligo dei genitori verso figli è verosimilmente antecedente al suo opposto, dovremmo ipotizzare che esisteva in precedenza un'azione pretoria per gli alimenti, poi dimenticata per dar spazio, invece, alla cosiddetta *cognitio*?

In realtà, la risposta può forse essere cercata altrove. Quando si è accennato alla *professio liberorum*, si è sottolineato come, probabilmente, questa prassi, introdotta da Augusto e riformata con Marco Aurelio, non avesse carattere obbligatorio, ma fosse necessaria per potersi giovare dei privilegi accordati dalla *Iulia et Papia*. Si ritiene infatti che tali dichiarazioni di nascita non fossero costitutive, ma avessero valore probatorio, più o meno forte a seconda della loro pubblicità o meno. In questo senso, allora, se anche il magistrato avesse costretto il padre a dichiarare il figlio, tutto ciò non gli avrebbe impedito di agire per un accertamento. A conferma, possiamo citare un frammento, inserito da Lenel nel commento di Ulpiano alla *lex Iulia et Papia,* in cui si esplica il principio secondo cui l'essere costretti ad alimentare, non presuppone la paternità:

D. 1.6.10.pr *Ulp. 4 ad leg. Iul. et Pap.: Si iudex nutriri vel ali oportere pronuntiaverit, dicendum est de veritate quaerendum, filius sit an non: neque enim alimentorum causa veritati facit praeiudicium.*

Il frammento sarebbe da inserire in un più esteso discorso di Ulpiano, in cui il giurista espone i principi secondo i quali è possibile accreditare i figli, al fine di ottenere i privilegi del *ius liberorum*. Viene qui sancito che non saranno presi in considerazione quei figli, verso i quali vi è solo una condanna per gli alimenti; questa, infatti, non pregiudica la verità.

Prima di affrontare la questione in maniera più approfondita è opportuno concludere l'esegesi del frammento, così da poter avere la più completa visione possibile.

D. 25.3.1.16 Ulp. 34 *ad. ed.*: *Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat: sive filius non fuit sive fuit, esse suum*

D. 25.3.2.pr. Iul. 19 *dig.*: *in omnibus causis (quare et fratribus consanguineus erit):*

D. 25.3.3.pr. Ulp. 34 *ad. ed.*: *sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere. et ita Marcellus libro septimo digestorum probat, eoque iure utimur.*

La porzione di testo dedicata all'oggetto e alla portata del senatoconsulto Planciano, così come esse sono state definite dalla giurisprudenza, si conclude con questi tre paragrafi che trattano il rapporto con gli eventuali giudizi successivi. Così la moglie, nei cui confronti il marito ha negato la paternità, potrà chiedere in giudizio che sia accertato se sia incinta di lui: un giudice dovrà quindi stabilire se il nato sia *filius* o meno e la sua decisione farà giudicato, a prescindere dalla corrispondenza al vero. Così si esprimeva Marcello e Ulpiano concorda con lui.

Il frammento D. 25.3.3.1 riferisce del successivo senatoconsulto di età adrianea che estese la disciplina ai nati in costanza di matrimonio. Fanno seguito altri sei paragrafi dedicati ai limiti applicativi dell'atto e al suo coordinamento con altre procedure:

D. 25.3.3.2 Ulp. 34 a*d ed*.: *Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cuius potestate recasurus est, ut si ex filio eius susceptus probetur? videndum quid dici debeat. et certe probandum est cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum.*[3] *Quid si hoc ipsum in quaestionem veniat, utrum in matrimonio an postea editus sit? dicendum est et super hoc ex senatus consultis agendum.* [4] *Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? et Iulianus Sexto Caecilio Africano respondit locum esse praeiudicio.* [5] *Illud tenendum haec senatus consulta post mortem parentis cessare, si is supersit, in cuius potestate recasuri non sunt. quid ergo est? in petitione hereditatis, quam filius intendit, quaeretur, utrum ex eo natus sit cuius hereditatem petit an non. adeo hoc verum est, ut Iulianus libro nono decimo digestorum scribat, si vivo patre redditum sit praeiudicium et antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad Carbonianum edictum.* [6] *Item haec senatus consulta pertinent ad eos, qui sui heredes adgnascantur: ceterum si forte non sint in potestatem recasuri, verius est senatus consulta cessare.*

I passi forniscono alcune ultime utili informazioni: precisano, in effetti, che entrambi i provvedimenti qui citati, sc. Planciano e il successivo di Adriano, sono destinati a nati in potestà e perciò non trovano applicazione quando il bambino nasca *sui iuris.* Specificano, inoltre, che qualora il *pater* muoia mentre il giudizio di accertamento è ancora in corso, si darà luogo alla disciplina dell'editto Carboniano. Si afferma anche che, qualora il padre premuoia al parto, ma, essendo anche egli *alieni iuris*, sopravvive l'avo nella cui potestà nasce il bambino, si può agire anche contro di lui con il *praeiudicium de partu agnoscendo.* È interessante notare che, sia il § 3.2 sia il § 3.5

fanno menzione del giudizio di accertamento dello status[170], utilizzando il termine *praeiudicium*. Sono, a ben vedere, le due uniche occasioni nelle quali lo si definisce così esplicitamente. Al contrario i paragrafi precedenti si limitano a sottolineare che un giudice, una volta presa nozione del caso, si sarebbe pronunciato. *Praeiudicium* è anche il mezzo processuale a cui si ricorrerà qualora oggetto di discussione sia lo stato di moglie della donna incinta, così come riteneva Sesto Cecilio Africano. Infine, nel § 3.3 siamo innanzi a una risposta, a dir poco, tautologica: ci si chiede cosa si debba fare nel caso in cui il dubbio consistesse sul fatto se il bambino fosse nato in costanza di matrimonio o dopo il divorzio. La soluzione è che si procederà sulla base di entrambi i senatoconsulti[171].

Proviamo adesso a tirare le somme sul senatoconsulto Planciano, iniziando con un brevissimo riassunto della letteratura in proposito, che purtroppo non è recentissima, in quanto, come si è già detto, le ricerche di questi ultimi anni, in tema di alimenti, non prendono in esame tale provvedimento, concentrandosi su altre fonti[172].

Ai due estremi della storiografia moderna troviamo da un lato la teoria per cui il senatoconsulto Planciano sia il primo atto che crea la famiglia legale, imponendo al *pater* il riconoscimento dei figli e privandolo così del potere di *negare liberos*[173]. Tale provvedimento normativo sarebbe però poi stato sottoposto all'*interpretatio* giurisprudenziale che avrebbe progressivamente scisso il nuovo meccanismo, facendolo coincidere con la tutela alimentare, dalla questione di *status*, introducendo il *praeiudicium de partu (libero?) agnoscendo*[174]. All'opposto, invece, vi è chi ha sostenuto che l'obbligo alimentare era da sempre obbiettivo primario del sc. e che invece l'obbligo a riconoscere fosse pre-esistente[175]. Tenuto conto di quel che si è osservato in

---

[170] Si può ritenere che in entrambi i casi si faccia riferimento al giudizio di accertamento di *status* e non alla disciplina *ex Planciano* per due ragioni: prima di tutto il rigido meccanismo procedurale non sembra prevedere la possibilità di una sentenza da parte di un giudice, ma il mero accertamento che gli atti siano stati compiuti; in secondo luogo già in D. 25.3.1.1 si stabilisce che parte attiva e passiva della disciplina possono essere non solo gli ex-coniugi, ma anche gli aventi potestà sugli stessi, per cui la ripetizione sarebbe superflua.

[171] Tale soluzione prova che il testo del sc. ci è arrivato incompleto, in quanto dovevano essere presenti delle norme di coordinamento tra i due.

[172] Vi è un veloce accenno in D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti,* cit., pp.20 ss; l'autore si limita ad una rassegna delle problematiche legate al provvedimento, tuttavia condivide la posizione che imputa ad Antonino Pio l'introduzione dell'istituto. Sembra comunque condividere in parte la teoria di A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli,* cit., passim.

[173] In questo senso in particolare la dottrina francese, che si accoda alle teorie di J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, cit., p. 340.

[174] J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, cit., pp. 342 ss.

[175] Così S. PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., pp. 95 ss.; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni si stato,* cit., pp. 25 ss.; ID, *L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo,* Modena, 1953; ID., *"Ius exponendi"*, cit. pp.66 ss; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano,* Palermo, 1986, p. 324 nt. 100.

precedenza, la soluzione più convincente è, forse, quella mediana: il Planciano aveva ad oggetto il riconoscimento, solo che *agnoscere* non era inteso in via definitiva. Il *praeiudicium* circa la questione di stato era sicuramente pre-esistente, a riprova basti pensare all'editto Carboniano. Databile probabilmente al II sec. a.C., esso prevedeva che, qualora l'*heres* la cui qualifica era contestata, in quanto non effettivamente *filius,* fosse stato un minore, il giudizio di accertamento avrebbe potuto essere posticipato fino al raggiungimento della maggiore età, così da assicurargli la miglior difesa possibile. Fino ad allora all'impubere sarebbe stata garantita una parte dell'eredità per provvedere al suo sostentamento. Ora, ovviamente, esisteva un mezzo tramite cui un giudice poteva stabilire se Tizio era figlio di Caio, anche al di fuori dello stretto ambito dell'editto Carboniano. L'intera disciplina ereditaria poteva facilmente imporre la soluzione di problematiche di questo genere[176].

In questo senso anche l'impiego del termine *praeiudicium*, che tanto ha fatto discutere la dottrina[177], trova una sua spiegazione: ci si riferiva ad una *formula praeiudicialis,* ovverosia a una di quelle nelle quali il giudice non emanava una sentenza di condanna (o di assoluzione), ma una mera *pronuntiatio*, volta ad accertare uno status[178]. La questione è quindi se, prima dell'emanazione del *Sc.tum Plancianum*, fosse concesso adire la via ordinaria per il riconoscimento, o se la questione potesse sorgere esclusivamente in via incidentale: in tal caso il meccanismo *ex Planciano* avrebbe schiuso le porte a una rilevante innovazione. Inoltre, essendo adibile solo in via incidentale, non vi è certezza che la statuizione del giudice facesse giudicato anche al di fuori della specifica questione, all'interno della quale era sorta[179]. Purtroppo le fonti non

---

[176] In realtà problematiche simili potevano crearsi anche al di fuori dell'ambito ereditario: ipotizziamo che Tizio avesse dato del denaro a Caio, in quanto lo riteneva figlio in potestà di Sempronio. Se poi in giudizio Sempronio avesse negato la paternità, prima di poterlo ritenere responsabile si sarà dovuto stabilire se Caio fosse o meno suo figlio.

[177] F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione,* cit., pp. 45.

[178] Gai. 4.44: *Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur; sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures; demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudicatio sine demonstratione nullas vires habet, et ob id numquam solae inveniuntur.* Per uno studio generale sui *Praeiudicia:* K. HACKL, *Praeiudicium,* in *Klassischen Römischen Recht,* Salzburg-München, 1979, spec. pp. 203 ss. Sul tema specifico del *praeiudicium* e la sua origine in materia di controversie di status personali M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozesrecht,* München, 1996, p. 347; M. TALAMANCA, voce *Processo civile,* in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 68 nt. 486-91. Sull'efficacia delle azioni pregiudiziali in generale M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano,* in *AUPA*, 24, 1955, pp. 365 ss.

[179] Anche per quanto riguarda la disciplina in materia di editto Carboniano, la dottrina non è giunta ad una conclusione univoca. S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano,* cit., p. 129.

ci permettono di rispondere univocamente a queste domande, pur fornendoci qualche indizio.

Del *praeiudicium* circa l'accertamento di stato abbiamo notizie anche da altri tre frammenti, ma in tutti i casi si tratta di fonti successive. Possiamo, forse, comunque raccogliere qualche informazione rilevante. Il primo frammento è sempre tratto dal commento all'editto di Ulpiano, dal sedicesimo libro, nel quale il giurista discuteva circa la *rei vindicatio*. Il testo riferisce un'opinione di Pomponio:

D. 6.1.1.2 *Ulp*. 16 *ad ed*.: *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit "filium suum" vel "in potestate ex iure Romano", videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*[180]

Si dice che la *rei vindicatio* non è utilizzabile nel caso si tratti di persone libere ma sotto la propria potestà: per questi si potrà ricorrere al *praeiudicium* o all'interdetto o alla giurisdizione pretoria. Tuttavia, qualora si aggiunga all'azione di rivendicazione la causa che essi siano *filii suui* secondo il diritto dei Quiriti, allora sarà possibile agire con la stessa azione[181]. Per quanto riguarda il riferimento agli interdetti, è credibile ritenere

[180] In relazione al frammento si vedano: G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz, 1872, p. 245 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Studi formulari*, in *BIDR*, 32, 1922, p. 56 s.; H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in *ZSS*, 50, 1930, p. 105 s.; G. SCHERILLO, *D. 6.1.1.2*, in *SDHI*, 4, 1938, p. 225 ss.; M. LEMOSSE, *Cognitio. Ètude sur le role de juge dans líinstruction du procés civil antique*, Paris, 1944, p. 191; F. BOZZA, *Ius Quiritium*, in *Studi Senesia*, 64, 1952, p. 12 ss.; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione*, cit., p. 55 ss., ID., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, cit., p. 744 ss.; M. LAURIA, *Possessiones*, cit., p. 103 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., p. 396 ss. ove ampia bibliografia; F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familiasa in epoca arcaica*, in *Studi P. De Franciscia*, II, Milano, 1956, p. 215 ss., G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I, cit., p. 68, R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio praetoria*, Milano, 1960, p. 132, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praeiudicium,* cit., p. 92 s., 233 s.; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *RIDA*, 12, 1965, p. 193, R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA, 30, 1967, in part. p. 214 nt. 6, 237 s. nt. 1 s., 230 ss., 415 s.; F. GALLO, *Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, 16, 1970, p. 26, 37; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft*, cit., p. 111 s., 141 ss.; R. MARTINI, *La cognitio praetoriaa in tema di tutela della patria potestas*, in SDHI, 39, 1973, p. 514 ss., A. MORDECHAI RABELLO, *Sui mezzi concessi al pater familias per il libero esercizio della patria potestas in diritto romano classico*, in *Daube noster,* cit., p. 268 ss.; K. HACKL, *Praeiudicium*, cit., in particolare p. 60 nt. 18, 206, 236 s.; G. SACCONI, *La pluris petitio*, cit., p. 51 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253 nt. 213, 258 e nt. 247, 266 nt. 276; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, cit., p. 54 s., 269 ss., P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in Iuraa, 31, 1980, p. 82, E. PÒLAY, *Iniuria types*, cit., p. 8 nt. 4, 67; M. LEMOSSE, *Les rèformes procédurales de Marc-Auréle*, in *Labeo*, 36, 1990, p. 10; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica,* cit., p. 70; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 189, 331, 348, 458.

[181] La genuinità del passo ha subito fortissime critiche, soprattutto dovute alla sostenuta illogicità della chiusa (G. SCHERILLO, *D. 6.1.1.2* in *SDHI,* 4, 1938, pp. 225 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*

che si trattasse degli *interdicta de liberis exhibendis ac ducendis,* grazie ai quali ogni *pater* poteva chiedere che un soggetto in sua potestà gli fosse mostrato e/o riconsegnato[182], anche se questo mezzo processuale non mirava ad accertare la paternità, ma, a ben vedere, la presupponeva[183]. Va inoltre osservato come, sia nel caso dell'applicazione speciale della rivendicazione[184], sia nel caso dell'interdetto, unico titolare era il padre. In altre parole non solo il figlio non poteva agire direttamente, ma gli era concesso difendersi solo quando l'interesse del padre era quello di riaffermare la sua potestà su di lui; il caso del padre, che non avesse avuto interesse a reclamarlo quale *filius*, mentre questi, al contrario, volesse essere riconosciuto come tale, non era sussumibile in nessuna di queste fattispecie.

Più difficile da spiegare la ripetizione di *praeiudicium* e di *cognitio praetoria*; quest'ultima ipotesi, in particolare solleva notevoli dubbi[185]. Alcuni hanno voluto

---

*della sentenza,*cit., pp. 397 ss.; H. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft un der väterlichen Gewalt,* in *ZSS* 90, 1973, pp. 141 ss.; R. MARTINI, *La vindicatio filii nel pensiero dei giustinianei,* in *Studi Urbinati* 41, 1972-73, pp. 69 ss.; ID., *La "cognitio pretoria" in tema di tutela della "patria potestas",* in *SDHI* 39, 1973, pp. 514 ss; A. MORDECHAI RABELLO, *Sui mezzi concessi al paterfamilias per il libero esercizio della patria potestas in diritto romano classico,* in *Daube Noster,* Edinburgh-London, 1974, pp. 267 ss.) attenendosi alla lettura più conservativa si accetta che effettivamente le clausole "*ex Iure romano"* sia da correggere con*"ex Iure Quiritum",* come già sostenava il Lenel (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* II, Lipsia, 1889, rist. Graz, 1960, p.507, ntt. 6 e 7) e probabilmente non sia, anche in tale forma, genuina (per la sua originalità L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "Iura Praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 262, F. GALLO, *Potestas*, cit., p. 26). È inoltre probabile che vi sia stato un taglio, per comprimere un frammento più esteso. Ciò tuttavia non inficia la sostanza del precetto espresso, in questo senso A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., p. 100. Sembrerebbe propendere per una sostanziale genuinità anche F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato,* cit., pp. 55 ss.

[182] D. 43.30.1.pr: *Ait praetor: "Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas".*; D. 43.30.3.pr.: De*inde ait praetor: "si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quo minus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto".* Per un quadro generale in materia M. MARRONE, *Actio ad exhibendum,* in *AUPA*, 26, 1957, pp. 476 ss.

[183] F. LANFRANCHI, *Ricerche in tema di azioni di stato,* cit., p. 55.

[184] In proposito M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana,* Napoli, 1953, p. 77, ha sostenuto che Pomponio riferisse della *legis actio sacramento in rem*, la cui dichiarazione costitutiva dell'azione (*filius suus* o *in potestate ex iure Quiritium*) fosse stata traslata nella formula, per cui ancora al tempo di Ulpiano era possibile ricorrere ad una simile rivendicazione.

[185] H. NIEDERMAYER, *Studien z. Edictum Carbonianum,* in *ZSS*, 50, 1930, p. 105 ritiene che essa assorba i primi due strumenti; gli si oppone F. LANFRANCHI, *Ricerche in tema di azioni di stato,* cit., p.55, sottolineando che «i ripetuti *aut* creano una netta diversificazione tra i termini indicati». Si è inoltre sostenuto che essa abbia origine compilatoria. Vi è infatti una illogicità formale nell'accostamento della *vindicatio*/*interdicta* con i *praeiudicium* e, forse, con la *cognitio* pretoria: questi ultimi infatti non avrebbero natura petitoria, per cui non potrebbero associarsi al verbo reggente "*petuntur*". Tale assimilazione si dovrebbe, quindi, al fatto che in età giustinianea le azioni pregiudiziali avessero, in concreto, assunto la forma di *actiones in rem.* Tuttavia si potrebbe ritenere che l'utilizzo del verbo *petere* sia dovuto alle necessità di semplificazione espositiva, per cui non andrebbe letto nel suo rigido significato tecnico. Così R. MARTINI, *La cognitio praetoria,* cit., p. 512. Sembra accogliere tale ricostruzione E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio,* Milano, 2001, p. 338.

individuarvi[186] quella speciale *notio,* da instaurare *extra ordinem,* attribuita al pretore come conseguenza della sua competenza in ambito interdittale. In particolare si fa riferimento a D. 43.30.3.3:

D. 43.30.3.3 Ulp. 71 *ad ed.*: *Hoc autem interdictum competit non adversus ipsum filium, quem quis ducere vult, sed utique esse debet is qui eum interdicto defendat: ceterum cessat interdictum, et succedere poterit notio praetoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit an non sit.*

Il testo specifica che l'interdetto non poteva essere usato direttamente contro il figlio, di cui si chiedeva l'esibizione, bensì contro un terzo; questo avrebbe dovuto difendere la posizione del *filius* in contradditorio, rivendicandolo a sé. In assenza di quest'ultimo, l'interdetto non poteva avere luogo[187]. Tuttavia, al pretore era data la possibilità di valutare se la persona oggetto dell'interdetto fosse effettivamente in potestà del rivendicante: il che sarebbe avvenuto tramite una generica *notio.* La necessità di una procedura straordinaria discendeva dal fatto che tra *filius* e *pater* non era possibile instaurare una regolare *litis contestatio*[188], ragione per cui al pretore era demandata la possibilità di procedere sulla base del proprio *imperium*, sì da risolvere il caso. In questo caso il mezzo processuale sarebbe stato diverso dal *praeiudicium* utilizzato in materia ereditaria: invero, in tali cause, il figlio era necessariamente *sui iuris*[189].

---

[186] R. MARTINI, *La cognitio praetoria,* cit., pp. 518 ss.; M. MARRONE, L'e*fficacia pregiudiziale*, cit., p. 383 nt. 777, 398 nt. 822, K. HACKL, Die Feststellung, cit., p. 145 e nt. 165, A. MORDECHAI RABELLO, *Sui mezzi concessi*, cit., p. 269; E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio,* cit., p. 339. Diversamente G. SCHERILLO, *D. 6.1.1.2,* cit., p. 230, il quale riteneva che tale *notio* si sarebbe instaurata in caso di inottemperanza agli interdetti. Per F. LANFRANCHI, *Ricerche in tema di azioni di stato,* cit., p.55, tale *notio* sarebbe, invece, un riferimento all'*agere ex sc. de partu agnoscendo*.

[187] Era infatti «inutile» l'interdetto senza un oppositore: questo specifico termine lo troviamo in D. 43.30.5 Ven. 4 *interd. si filius sua sponte apud aliquem est*: *inutile hoc interdictum erit, quia filius magis apud se quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet: nisi si inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset et alter ab altero exhiberi eum desideraret.*; il testo corrobora quanto sopra affermato. Per una più attenta analisi circa il coordinamento tra i due testi, nonché una bibliografia in proposito A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 107 ss. L'autrice associa a tale caso anche quello proposto in D. 22.3.8 Paul. 18 *ad Plaut.: Si filius in potestate patris esse neget, praetor cognoscit, ut prior doceat filius, quia et pro pietate quam patri debet praestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere iubetur.*; che attribuisce la competenza al pretore circa le decisioni in materia di paternità, anche se focus del passo è stabilire l'onere della prova. Tuttavia dal frammento non si può desumere tramite quale strumento il pretore avrebbe agito per l'accertamento, rimanendo così la possibilità che Paolo si riferisse al *praeiudicium edicto perpetuo*, anch'esso di competenza pretoria e sicuramente esistente all'epoca in cui l'autore scriveva.

[188] In questo senso A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano,* Padova, 1938, p. 42.

[189] Questa sembra essere la posizione di A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit. p.107; K. HACKL, *Die Vestellung der Vaterschaft,* cit., p. 146, ritiene che la *cognitio* si sarebbe risolta in un generico *praeiudicium;* concorda H. SIBER, *Praeiudicia als Beweismittel,*in *Festschrift Wenger,* I, Monaco, 1944, p. 74 per il quale però entrambe le parti avrebbero potuto adirvi autonomamente.

Una seconda opinione[190] invece intravede nella *cognitio praetoria* un pasticciato e poco elegante, a causa dei tagli compilatori, riferimento ai *senatusconsulta de partu agnoscendo.* Questa interpretazione trae spunto da una costituzione di Diocleziano e Massimiano, datata 294 d.C., in cui i due Augusti, congiuntamente ai Cesari, rispondono a un tale di nome Nicagora[191]:

C. 8.46.9 Diocl./Maxim. AA. et CC. Nicagorae: *Nec filium negare cuiquam esse liberum senatus consulta de partu agnoscendo ac denuntiata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem maiori trimo petenti monstratum iure manifesto declarant.* (a. 294)

Gli imperatori rispondono che non si potrà negare la paternità di un figlio secondo quanto stabilito dai senato consulti sul riconoscimento del parto, qualora si sia incorsi nella loro pena, o a seguito del *praeiudicium* previsto dall'editto perpetuo, o secondo il *remedium alimentorum,* che si può chiedere al governatore per i nati maggiori di tre anni. Il contenuto, ovviamente, contraddice quanto già sappiano: infatti solo il *praeiudicium* aveva efficacia di giudicato, non così, sicuramente, la pena del sc. Planciano (e con quasi certezza, nemmeno di quello adrianeo). Quanto al *remedium alimentorum*, non abbiamo altre notizie, a meno che non lo si voglia identificare con la generica obbligazione alimentare ricordata in D. 25.3.5. Vale la pena notare che tale *remedium* poteva essere chiesto solo per i bambini di età superiore ai tre anni[192]; forse questo requisito potrebbe collegarsi col fatto che i senato consulti Planciano e quello di età adrianea vengono comunemente indicati come *de partu agnoscendo*, nonostante fonti più recenti e la stessa rubrica del Digesto li definiscano *de liberos*. La differenza terminologica potrebbe suggerire un diverso limite di applicazione. Sottolineiamo tuttavia che, in questo caso, il meccanismo previsto dal Planciano e il *praeiudicium* vengono presentati come due rimedi alternativi e non sovrapponibili; questa separazione

---

[190] F. LANFRANCHI, *Ricerche in tema di azioni di stato,* cit., p. 55.

[191] Secondo la lettura del C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* cit., pp. 25 e 155 ss. Nicagora avrebbe allattato il figlio fino ai tre anni, come comunemente diffuso, risparmiando così il padre dagli alimenti, che ora però richiederebbe. Lo stesso nome ricorre in altri due responsi da parte degli stessi imperatori in C. 6.34.2 e C. 7.64.7 entrambe datate al 285 d.C.

[192] Proprio questo limite getta dubbi sulla possibilità di identificarlo con l'istituto disciplinato in D. 25.3.5, in quanto da alcun frammento è possibile anche solo sospettare che esso fosse applicabile solo ai maggiori di tre anni. Volendo azzardare un'ipotesi si potrebbe pensare che, se il contenuto alimentare era lo stesso, erano previsti due differenti mezzi per adirlo: uno generale chiamato *remedium alimentorum,* valido per chiunque ad eccezione del figli legittimi minori di tre anni, per i quali invece si agiva tramite *sc. de partu agnoscendo.* Qualcosa di simile aveva ipotizzato F. LANFRANCHI, L'*agere ex senato consulta de partu agnoscendo,* cit., pp. 65 ss. tuttavia per sostenere la propria posizione l'autore deve ricorrere ad un eccessivo uso dell'interpolazione.

degli istituti ha pertanto suggerito la possibilità di intravedere nel primo un riferimento alla *cognitio praetoria*[193] di cui riferisce Pomponio[194].

Un ultimo riferimento a tale procedimento si individua nelle Istituzioni di Giustiniano:

I. 4.6.13: *Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.*

La questione è discussa anche nel commento di Teofilo, ma non si intende qui approfondirla, in quanto eccederebbe i limiti temporali di questa ricerca[195]. Si noti solo che, anche in questo caso, pur in un contesto processuale radicalmente mutato, sicché gli istituti non sono più perfettamente sovrapponibili, rimane una separazione tra il giudizio nel quale si dibatte *an liber sit* e quello *de partu agnoscendo*.

[193] In questo senso F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato,* cit., p. 56.

[194] D. 6.1.1.2

[195] Si dedica al commento del passo F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato,* cit., pp. 50 ss.; con le conclusioni dell'autore in materia concordiamo in buona parte, tuttavia non risulta chiaro quale fosse il valore che l'a. ritiene sia da attribuire all'*agnoscere ex. sc. Planciano,* nel momento in cui si dissente con l'opinione di Krüger (*ivi*, p. 53).

II. Osservazioni conclusive

Cercando di tirare le fila di quanto fino ad ora esposto, possiamo sintetizzare dicendo che, sotto i Severi, esisteva un *praeiudicium edictum propositum* che permetteva di giudicare in materia di filiazione. La sentenza avrebbe avuto valore di giudicato e tale procedura poteva essere utilizzata da tutte le parti interessate. Esisteva, inoltre, la possibilità di adire la giurisdizione consolare per ottenere gli alimenti, qualora taluno, versando in una condizione di indigenza, potesse vantare un legame familiare con la persona contro cui egli agiva. Si può, inoltre, procedere *ex Sc.tis de partu agnoscendo*: si trattava di una procedura straordinaria, attivabile dalla moglie (o dalla ex moglie) incinta, al fine di garantire in maniera più celere che al figlio fossero versati gli alimenti e fare in modo probabilmente, che, nell'eventuale e successivo giudizio di status, l'onere della prova gravasse sul padre. Questa la situazione all'inizio del III sec. d.C.

Al contrario alle soglie del I sec. d.C. non esisteva ancora una forma di tutela della pretesa alimentare (se non forse per via indiretta ed esclusivamente nei casi di tutela dell'impubere). L'unico mezzo processuale atto ad accertare il rapporto di filiazione era una generica formula pregiudiziale, cui si poteva ricorrere in via incidentale nel quadro di altri procedimenti, e a cui tuttavia non era ancora attribuito valore di giudicato. Inoltre la questione era tutt'altro che pacifica tra i giuristi. Oltre ad essa probabilmente al padre era concessa la possibilità di farsi riconoscere la *potestas* tramite l'azione di rivendicazione o l'interdetto. L'interesse del figlio al riconoscimento era quindi sollevabile giuridicamente dallo stesso solo a seguito della morte dell'ascendente, in cause ereditarie.

Il senatoconsulto Planciano innova profondamente, in quanto introduce la possibilità, per la madre, di agire al fine di ottenere una prova della filiazione (la *professio liberorum* che, come si è già sottolineato non aveva valore costitutivo), o, qualora il padre avesse fatto opposizione, la possibilità di instaurare immediatamente il *praeiudicium* di status. Contrariamente a quel che ha sostenuto il Lanfranchi[196], per supportare tale tesi non è necessario ammettere che il senato, dopo aver emanato il proprio provvedimento, avesse poi demandato al pretore il compito di concedere un'apposita formula pregiudiziale *ad hoc*. Tale formula era sicuramente precedente, in

[196] F. LANFRANCHI, *prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione,* cit. pp. 746 ss.

quanto già utilizzata in cause ereditarie. Inoltre non serviva nemmeno estenderne l'ambito di applicazione, in quanto, anche nella nuova circostanza prodotta *ex Planciano,* si trattava di rispondere alla domanda *an filius sit,* in conseguenza di un altro procedimento. La disciplina del senatoconsulto avrebbe innovato, quindi, in relazione al *praeiudicium* di stato, semplicemente creando una nuova fattispecie, che poteva portare all'instaurazione dello stesso.

Non neghiamo comunque qui la portata innovativa dell'atto, probabilmente il primo provvedimento di diritto che imponeva la famiglia legale; tuttavia dobbiamo ricordare che, sebbene fino a tutta l'età repubblicana, i giuristi si fossero astenuti dal disciplinare in merito a strette questioni familiari, queste potevano essere oggetto delle note censorie[197]. Non si intende ovviamente sostenere l'assimilazione della valutazione censoria alle statuizioni giudiziali, ma va sottolineato che la "riprovazione sociale" aveva una sua forma di *enforcement.* In questo senso allora, l'introduzione del sc. Planciano, seppure giuridicamente rivoluzionaria (in quanto opposta al *tollere liberos*[198] che fino ad allora aveva, teoricamente, disciplinato i rapporti di filiazione), forse non lo era altrettanto socialmente.

D'altronde la stessa misura si autolimita in maniera estremamente rigida: esclusivamente donne divorziate incinte e procedura stringente. Possiamo inoltre pacificamente ritenere che la possibilità di ascoltare la donna che avesse denunciato oltre il termine fosse di origine giurisprudenziale, e comunque le ragioni del ritardo rimangono oggetto di valutazione. Ugualmente giurisprudenziale è anche il principio per cui l'azione della madre non nuocerà al nascituro. Il Senato quindi, pur presupponendo il principio di filiazione, non lo ha genericamente imposto, bensì ha introdotto un'ipotesi ben circoscritta nella quale esso trovava applicazione. Inutile sottolineare il fatto che la fattispecie cui il Planciano si riferiva era anche quella in cui

---

[197] G. CLEMENTE, *I censori e il senato. I mores e la legge,* in *Athenaeum,* 104, 2016, pp. 446-500, spec. p. 461

[198] Sul punto J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, in *Mélanges Girard*, I, Paris 1912, pp. 326 ss.; S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Studi Simoncelli*, Napoli 1915, pp. 237 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, pp. 95 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano-classico*, in *SDHI*, VI, 1940, pp. 5 ss.; G. GUALANDI, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *RISG*, LXXXIX, 1952-53, pp. 413 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 280; A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XII, 1966, pp. 410 s., ID., *Tollere liberos*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, pp. 539 s.; A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford 1967, pp. 77 ss.; E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951, pp. 388 ss.; ID., *Ancora in tema di tollere liberos*, in *Iura*, III, 1952, pp. 216 ss.; ID., *voce Famiglia (dir. Rom.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, pp. 723 ss.

potevano sorgere le maggiori contestazioni. Ugualmente il secondo *caput*, andato perduto o sostituito dall'editto sul ventre, regolava anch'esso uno specifico caso: le supposizioni di parto[199].

Il Senato, in una mutata percezione sociale delle posizioni familiari, avrebbe legiferato solo nei casi in cui un dubbio sulla paternità potesse avere un qualche fondamento, lasciando inalterata la normativa in quello che doveva essere lo svolgimento fisiologico, e non patologico, dell'istituto. Certamente l'introduzione della nuova fattispecie ha indotto i giuristi ad interrogarsi sulla stessa. Progressivamente si è giunti alla conclusione che il pregiudizio per l'accertamento della filiazione fosse adibile anche in via ordinaria, inserendolo, infine, nell'editto perpetuo[200]. Inoltre, un accertamento di questo tipo avrebbe avuto efficacia di giudicato[201].

Per quanto riguarda, invece, l'obbligazione alimentare è stato suggerito[202] che lo stesso pretore, adito *ex Planciano*, avrebbe poi potuto disporre in materia. Questa ultra attività pretoria troverebbe il proprio fondamento in quanto si afferma nell'editto sul ventre:

---

[199] Non sappiamo cosa fosse originariamente previsto, ma se accettiamo la teoria che lo vede abrogato per l'introduzione dell'editto sul ventre, capiamo che tale seconda fattispecie mirava a tutelare il padre, garantendogli una forma di controllo al fine di non vedersi attribuire *filii* non suoi.

[200] In questo passaggio evolutivo ci sarebbe stata anche la separazione tra generico *praeiudicium* di stato e *praeiudicium de partu agnoscendo* (testimoniata da C. 8.46.9 e I. 4.6.13): il primo generico, adibile da chiunque volesse farsi riconoscere; il secondo, specifico, attivabile nel solo caso della donna incinta: attore del processo non sarebbe infatti stato il minore, ma la portatrice del ventre.

[201] Tale affermazione può trovare conferma nell'utilizzo di *probat* riferendosi alla teoria del giudicato espressa da Marcello in D. 25.3.3.pr. Tale verbo sembrerebbe indicare che proprio a tale giurista sia da attribuire la definitiva presa di posizione in materia. In questo senso A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 127 ss. Sul punto concordiamo con l'autrice. Inoltre, a sostegno del fatto che la possibilità di agire direttamente contro il padre fosse recente, in quanto legata all'opportunità offerta *ex-Planciano.* A supporto possiamo citare D. 1.6.6.pr Ulp. 9 *ad Sab: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.* In tale frammento Ulpiano, definendo il concetto di *filius,* riporta l'opinione di Giuliano, il quale ritiene che di fatto vi sia una presunzione di paternità verso i nati da giusto matrimonio, escludibile solo nel caso in cui il marito convivesse fisicamente con la moglie al momento del parto. Scevola gli si oppone parzialmente, sostenendo che la convivenza può essere "vinta" qualora il marito provi che non era nella condizione di procreare o comunque non avesse avuto rapporti. Ciò anche contro l'opinione dei vicini. Il fatto che in una materia così rilevante si citino solo giuristi del II sec. d.C. (e che tra l'altro gli argomenti portati siano tutto sommato abbastanza intuitivi, in una società che non aveva a disposizione l'analisi del dna per risolvere la questione), potrebbe fornire ulteriore prova a favore della relativa tardività nell'introdurre la possibilità di agire contro il padre. Le due affermazioni, accesso in via ordinaria e efficacia di giudicato, si sostengono vicendevolmente.

[202] A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 138 ss.

D. 25.4.1.10 *Ulp.* 24 *ad ed.*: *...quod natum erit, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. apud eum educatur, apud quem parens iusserit. si autem nihil parens iusserit aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet: apud quem educetur, causa cognita constituam. is apud quem educabitur quod natum erit, quoad trium mensum sit, bis in mense, ex eo tempore quoad sex mensum sit, semel in mense, a sex mensibus quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus ubi volet ostendat. si cui ventrem inspici custodirive adesse partui licitum non erit factumve quid erit, quo minus ea ita fiant, uti supra comprehensum est: ei quod natum erit possessionem causa cognita non dabo. sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit, quas utique actiones me daturum polliceor his quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo*.

Nel testo qui riportato si cita letteralmente l'editto originale, databile quasi sicuramente durante il principato di Adriano. Una volta nato il bambino, il pretore avrà ancora giurisdizione per quanto riguarda il suo affidamento, nonché la *missio in possessionem* del patrimonio paterno. Nonostante alcune lievi incongruenze (riguardanti soprattutto il numero di ostetriche) la letteratura moderna è concorde nel ritenere che le tre procedure descritte nel *Sc.tum Plancianum*, nell'editto del ventre e nel rescritto di D. 25.4.1.pr fossero tra loro coordinate. I custodi citati nei tre provvedimenti erano verosimilmente gli stessi, quindi con le stesse facoltà descritte nella prima parte di D. 25.4.1.10; ugualmente è possibile ritenere che il marito avesse diritto a far partorire l'ex moglie divorziata secondo le stesse modalità qui descritte, in modo da evitare sostituzioni di parto[203]. Coerente con tale lettura è quella corrente che vede nell'editto del ventre la disciplina sostitutiva del secondo *caput* del *Sc.tum Plancianum*. Su queste basi si è affermato[204] che, come a seguito dell'editto sul ventre, al pretore rimaneva una qualche forma di controllo sul nato, allo stesso modo questa poteva essere prevista in seguito alla nascita *ex Sc.to Planciano*. Il pretore avrebbe quindi potuto discrezionalmente allungare la propria *cognitio* e disciplinare in materia alimentare tramite mezzi *extra ordinem*[205].

---

[203] A. METRO, *Per una datazione dell'editto,* cit., p. 954.

[204] A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 137 ss. Y. THOMAS, *La morte del padre,* cit., pp. 105 ss.

[205] La possibilità che il pretore potesse, facoltativamente, estendere la propria *cognitio* sembrerebbe confermarcela proprio D. 43.30.3. Tuttavia se nel caso dell'interdetto la maggior parte della dottrina è indirizzata nel ritenere che si avrebbe avuto un *praeiudicium,* in questo caso ci si può chiedere che mezzo avrebbe utilizzato il pretore. Una *condemnatio certae pecuniae*? Avrebbe "abusato" dei poteri di coercizione che il sc. Planciano gli concedeva per costringere il padre a riconoscere? O non avrebbe sciolto i pegni e li

Questa teoria, seppure suggestiva, incontra alcuni ostacoli. Prima di tutto l'editto sul ventre è sicuramente successivo al *Sc.tum Plancianum*. Tra i due provvedimenti, accogliendo le datazioni più accreditate, corrono all'incirca quarant'anni. Non possiamo quindi affermare che già in origine fosse, implicitamente, attribuito al pretore un potere di controllo sulle sorti del bambino dopo il parto. È vero che, all'interno della disciplina concernente la *bonorum possessio ventris nomine*, si intravede l'interesse dei giuristi per le sorti e per la sopravvivenza del nascituro[206], che si concretizza in una lieve ingerenza pretoria che esula dai limiti temporali della gravidanza. Tuttavia, in tale contesto il *pater* è morto, sicché non è possibile che esprima volontà contraria e, nel caso lo avesse fatto diseredando il postumo, la competenza cessa[207]. Ugualmente, per quanto riguarda il riferimento, nell'editto sul ventre, al potere pretorio di stabilire presso chi dovrà essere allevato il bambino, il testo esplicita che ciò avverrà solo se il defunto non avesse stabilito altrimenti in materia. Inoltre, la prima testimonianza, quella che afferma la possibilità di affidare un minore ad altri anche contro la volontà paterna, è databile ad Antonino Pio. Questi, in una costituzione, garantiva alla madre il diritto all'affidamento, concedendo, forse, anche un'eccezione da opporre qualora il padre avesse richiesto l'esibizione del figlio tramite interdetto[208]. È difficile perciò ipotizzare che al pretore fosse concesso *ex Planciano* tale potere.

Si dovrebbe allora sostenere che questo meccanismo abbia subito un improvviso mutamento sotto Adriano[209]: l'imperatore, procedendo alla riscrittura del secondo *caput* ed estendendo la disciplina del primo ai figli nati in costanza di matrimonio, avrebbe al contempo incentivato il pretore a controllare l'evoluzione della situazione anche successivamente alla nascita, implicitamente permettendogli di intervenire più pervasivamente in materia alimentare. Non gli avrebbe cioè attribuito competenze ulteriori, ma contemplando la possibilità di un controllo pretorio post-parto avrebbe mostrato una disponibilità politica a non censurare quei magistrati che avessero "ecceduto" nella tutela del minore. Questa soluzione è effettivamente coerente con la

avrebbe riutilizzati in favore del nato? Avrebbe forse potuto agire tramite decreto di condanna, allo stesso modo in cui in D. 27.4.2 ne emanava uno contro il tutore che non versava gli alimenti alla sorella del pupillo? Ovviamente qui si presuppone che l'ultra-attività pretoria, nel caso, si sarebbe avuta solo nei casi di quei padri che, pur rimanendo inerti, poi si sarebbero rifiutati di riconoscere, mostrando un atteggiamento negativo verso il nascituro.

[206] Per un'approfondita analisi sul punto: Y. THOMAS, *La morte del padre,* cit., pp. 102 ss. e 124 ss..

[207] Sul postumo, Y. THOMAS, *La morte del padre,* cit., pp. 118 ss.

[208] Infra capito 2§8.

[209] O quanto meno un'improvvisa accelerazione nell'evoluzione.

politica adrianea in materia: fu questo imperatore ad estendere i sussidi pubblici in favore dei minori in povertà[210] e fu sempre lui ad emanare le due sentenze in materia alimentare di cui sopra[211]. Inoltre riscontriamo in diversi suoi interventi una generica disponibilità in favore dei "diritti" dei minori. Antonino Pio avrebbe successivamente esteso il diritto agli alimenti a tutti i figli, anche al di fuori della procedura *ex senatus consulto*, ma attribuendo la competenza ai consoli.

Precedentemente il *Sc.tum Plancianum* avrebbe avuto come unico scopo quello di imporre al padre la *professio liberorum*, nonché, indirettamente, quello di accrescere significativamente le ipotesi di *praeiudicium* di stato da esso derivanti. Tutto questo, congiunto al fatto che questo secondo giudizio non serviva in concreto a definire un'altra controversia, avrebbe indotto i giuristi dell'epoca ad interrogarsi sul valore da attribuire a tale statuizione, aprendo la strada al principio del giudicato e all'azione ordinaria[212]. Questa limitata portata del provvedimento fino ad Adriano spiegherebbe come mai, quando Traiano e Plinio ne discutono nelle epistole, fanno esclusivo rifermento al riconoscimento dei figli[213]. D'altronde non possiamo comunque sottovalutare questa funzione; ricordiamo infatti che, nel corso del I sec .d.C., si assiste ad una maggiore erosione della potestà paterna. Se infatti prerogative antiche quali il *ius exponendi,* la *vitae ac necis potestas*, il *ius vendendi,* erano probabilmente tutte cadute in desuetudine già da tempo, al padre, per disfarsi di un figlio indesiderato, era rimasta, fino alla fine della repubblica, la possibilità di darlo in adozione, emanciparlo o diseredarlo. Con i primi due atti egli, il *pater*, elideva definitivamente i vincoli agnatizi, estromettendo il

---

[210] *Hist. Aug., Hadr.* 7.8. Nonostante l'esplicito riferimento ad Adriano, il quale avrebbe "*pueris ac puellis, quibus etiam Traianus alimenta detulerant, incrementum liberalitatis adiectis*", i commentatori più recenti hanno ritenuto che la portata del suo intervento sarebbe da ridimensionare, in quanto già Traiano (e forse Nerva) aveva ampiamente disposto in materia. Cfr. G. MAININO, *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia,* Milano, 2019, pp.17 ss., spec. p. 18 nt. 15.

[211] Vedi infra §5.c

[212] Non si ritiene che il valore della *testatio* fosse stato particolare oggetto di discussione, in un ordinamento come quello romano di fine I sec. d.C., che ancora prediligeva la forma orale su quella scritta è difficile ritenere che un ad un documento, per di più facoltativo, potesse essere stato attribuito eccessivo peso.

[213] Plin. *Ep.* 10.72: *Postulantibus quibusdam ut de agnoscendis liberis restituendisque natalibus […] respexi ad senatus consultum pertinens ad eadem genera causarum";* Plin. *Ep.* 10.73: *Si mihi senatus consultum miseris, quod haesitationem tibi fecit, aestimabo, an debeas cognoscere de agnoscendis liberis et natalibus.* Per un'approfondita esegesi dei testi e riassunto delle posizioni in materia P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto planciano,* cit., pp.16 ss. La particolarità in questo caso, se accettiamo che ci si riferisca al *Sc.tum Plancianum*, è che al riconoscimento dei figli è connessa la restituzione dei natali. Tale dicitura non è rintracciabile in alcuna altra fonte in materia, inoltre la restituzione dei natali era comunemente attribuita alla competenza consolare, non pretoria. Questa connessione aumenterebbe i contatti tra senatoconsulto *Sc.tum Plancianum* e cause di liberalità (trattate cumulativamente con quelle di restituzione dei natali), nelle quali si è soliti cogliere l'origine degli alimenti. Questo tuttavia non aiuta a coordinarla con la ovvia competenza pretoria.

discendente, di fatto, dalla famiglia, con l'ultimo lo escludeva dal beneficiare del patrimonio. La *querela inofficiosi testamenti* limita questa ultima azione; inoltre l'evoluzione dell'*interpretatio* giurisprudenziale in materia ereditaria, in stretto coordinamento con l'attività giurisdizionale del pretore, aveva iniziato a riammettere emancipati e dati in adozione. L'essere *filius* diventa così uno status cui sono attribuite posizioni giuridiche inalienabili, che nemmeno il *pater* può porre nel nulla. Per queste ragioni vedersi riconosciuto come tale, anche *invito patre*, comportava vantaggi permanenti, prima inesistenti. In tal modo progressivamente «si dà giuridicità e coercibilità ad un rapporto tra soggetti legati da parentela, ancorché in relazione di potestà e sottomissione»[214].

Tallone d'Achille della teoria qui esposta è la questione della giurisdizione: se infatti, indirettamente, Adriano avesse previsto che alla procedura *ex Planciano* il pretore poteva aggiungere una statuizione in materia alimentare, come mai Antonino Pio avrebbe poi affidato competenza generale al console? Si potrebbe rispondere dicendo che gli alimenti previsti dal primo erano strettamente vincolati all'attuazione della procedura, mentre col successivo imperatore si stabilì un diritto inalienabile legato al proprio stato personale. Inoltre, in tal senso, non solo i consoli già disciplinavano in materia nelle cause tra patrono e liberto, ma la ragione alla base di un così generico diritto non poteva non risiedere che in quell'*officium pietatis,* che caratterizzava in modo pervasivo quella magistratura[215]. Avremmo avuto così due modalità di accesso agli alimenti: una generale e una speciale, che però garantiva più immediatamente la posizione del neonato[216]. In quest'ottica si spiegherebbe come mai l'*agere ex Sc.ta de*

[214] M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari,* cit., p. 323. Questa osservazione avvalora ulteriormente la tesi della giurisdizione *extra ordinem* per gli alimenti: come infatti abbiamo visto, si dubita della possibilità che un *filius* possa stare in giudizio opposto al padre. In questo senso E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano,* Roma, 1918, p. 7 n.1; S. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio,* in *BIDR*, 11, 1898, p. 197; S. PEROZZI, *Istituzioni,* I, cit., p. 434 n. 3.

[215] Nella nuova veste che questa aveva assunto dal principato in poi. Sul punto . GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit., pp. 163 ss.

[216] In questo senso A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione,* cit., pp. 139 ss. L'autrice sostiene che ancora all'epoca di Ulpiano tale doppio accesso fosse in vigore, l'autore non ne avrebbe però parlato in D. 25.3.5 in quanto esulava dalla competenza dei consoli. Ci si può dunque chiedere come mai non ne abbia parlato in D. 25.3.1, dove tratta del sc. Planciano, a meno che non si vogliano leggere i rifermenti agli alimenti nei § 11-12 nel senso di quelli discendenti dal Planciano e non quelli generici (che sarebbero invece quelli di §15). Sembra propendere per la stessa ipotesi F. LANFRANCHI, *L'agere ex sc de partu agnoscendo,* cit., pp. 62 ss. L'ipotesi non è stata però accolta favorevolmente dai successivi studiosi, in quanto, effettivamente, poco supportata da fonti concrete. A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege*, cit., p. 4 nt. 4.

partu agnoscendo venga tenuto ben distinto, nelle fonti, sia dal *praeiudicium* per l'accertamento della filiazione, sia dal generico obbligo alimentare.

Tuttavia, in maniera più conservativa, si può sostenere che il pretore non abbia mai avuto competenza alimentare, nemmeno indiretta, e che i giuristi, nel discutere del valore del riconoscimento ottenuto attraverso tale procedura, abbiano semplicemente ritenuto che questo non necessitava nemmeno della valutazione *summatim*[217] da parte del magistrato: sicché l'obbligazione era automaticamente concessa[218]. In tal senso però o si sostiene che l'obbligazione alimentare si fosse già formata in sede di *cognitio,* e che quindi il rescritto di Antonino Pio di D. 25.3.5.15 fosse o ricognitivo del diritto esistente o stabilisse che anche al figlio di madre inattiva potevano essere concessi gli alimenti[219]. Oppure si ritiene che il sc. Planciano e quello adrianeo riguardassero esclusivamente il riconoscimento e che le conseguenze alimentari si siano avute solo a seguito dell'introduzione dell'istituto generale ad opera dell'imperatore. La differenziazione nelle fonti dell'*agere ex Sc.ta de partu agnoscendo,* dalle altre procedure sulla filiazione e dagli alimenti, deriverebbe poi dal diverso titolare dell'azione: la madre e non il figlio, tramite il proprio rappresentante.

In realtà, forse l'appiglio ad una competenza pretoria in materia alimentare non va cercato nel generico «*apud quem educatur*» di D. 25.4.1.10, bensì in D. 27.2. Il titolo, inserito in uno dei libri sulla tutela, è interamente dedicato all'affidamento e all'alimentazione del pupillo[220]. Ovviamente le situazioni non sono sovrapponibili, perché nel caso di specie il bambino era *sui iuris,* e la posizione del tutore e quelle del *pater* rimanevano fortemente distinte. Tuttavia è chiaro che il pretore aveva facoltà di

---

[217] D. 25.3.5.8

[218] D'altra parte, nel caso di un neonato e stabilito che l'obbligo materno fosse sussidiario non serviva nemmeno la valutazione circa lo stato di necessità, in quanto sicuramente il bambino non avrebbe potuto provvedere a sé stesso.

[219] Il *quidem* tuttavia sembra riferirsi in maniera abbastanza univoca ad *alimentis.*

[220] Sul contenuto dell'obbligazione alimentare in questo contesto: T. J. CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter,* in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte. Romanitische Abteilung,* 111, 1994, pp. 182 ss.; ID., *Zur Wechselwirkung zwischen römischen Recht und provinzialen Rechten anhand von Dokumenten aus dem Archiv der Babatha,* in *Vielfalt und Einheit in der Rechtsgeschichte. Festgabe für Elmar Walde zum 65. Geburstag* (herausgegeben von T. Gergen), Köln-Berlin-München, 2005, pp. 9 ss.; ID., *Babatha vs. the guardians of her Son: A struggle for guardianship- Legal, and Practical Aspect of P. Yadin 12-15,* 27, in *Law in the Documents of the judean Desert* (edited by K. Katzoff and D. Schaps), Leisen-Boston, 2005, pp. 111 ss.; S.R. HÜBNER, D.M. RATZAN, *Fatherless antiquity? Perspectives on "fatherlessness" in the ancient Mediterranean,* in *Growing up Fatherless in Antiquity,* Cambridge, 2009, p. 16. Nt. 64; M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la "tutela impuberum". Protecion procesal a través de la "actio rationibus distrahendis" y la "acusatio suspecti tutoris",* Madrid, 2019, p. 143.

emettere un decreto che stabilisse l'ammontare degli alimenti da fornire al pupillo[221]. Di particolare interesse è D. 27.2.3.pr, tratto dal libro su tutti i tribunali di Ulpiano[222] :

D. 27.2.3.pr Ulp. 1 *de omn. trib.*: *Ius alimentorum decernendorum pupillis praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adulescentibus praestare debeant.*

in cui il giurista chiarisce che, in materia alimentare per il caso del pupillo, è competente il pretore[223].

I passi che riportano tale fattispecie sono tutti scritti da Ulpiano[224], ad eccezione di uno di Trifonino, e l'unica opinione riferita è di Giuliano, nel già citato D. 27.2.4. Pertanto non possiamo con certezza affermare che questa specifica competenza fosse precedente all'età di Adriano.

Riallacciandoci però a quanto detto circa la lettura combinata di D. 27.2.4.pr e D. 27.3.1.4, da cui si evinceva che già alla fine del I sec. a.C. qualche giurista aveva suggerito un mezzo per tutelare le pretese alimentari tra congiunti, per tramite della tutela, non possiamo non ipotizzare che la prassi pretoria a stabilire con decreto[225] gli

---

[221] D. 27.2.2.3-4; Da D.27.2.2.5 si desume che, per giuste ragioni, poteva anche modificare l'importo stabilito nel testamento dal padre.

[222] Per una completa analisi del passo: F. ARCARIA, *Praetor vel Praeses. I libri de omnibus tribunalibus di Ulpiano,* Napoli, 2022, pp. 58 ss., in part. circa le accuse di interpolazione pp. 59, p. 61 nt. 238, p. 62 nt. 240.

[223] La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che Ulpiano si riferisca al pretore formulare: R. MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria,* Milano, 1960, p. 169; A.A. Schiller, *Alimenta,* cit., p. 412 ntt. 76 e 82; G. MANCUSO, *Decretum praetoris,* in *SDHI,* 63, 1997, pp. 353 nt. 42 e 363 nt. 75; A. Centola, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare,* cit., p. 182 nt. 62; M.P. BACCARI, *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira),* in *Studi in onore di Remo Martini,* I, Milano, 2008, p. 132 nt. 27; F. ARCARIA, *Praetor vel Praeses,* cit., p. 60 nt. 229; per l'impossibilità di determinare se il pretore in oggetto fosse quello urbano o quello tutelare S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela II,* Modena, 1926, pp. 9 s.; riprende parzialmente la sua opinione M. KASER, *Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht,* in *ZSS,* 1939, pp. 44 ss.; seguono M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución del la tutela impuberum,* cit., p. 143; R.P. SALLER, *Patriarchy, property and death in the Roman family,* Cambridge, 1994, p. 198.

[224] Per la genuinità dell'attribuzione al giurista severiano della regola enunciata: T.J. CHIUSI, *Zur Vormundschaft,* cit., p. 182; ID., *Zur Wechselwirkung,* cit., p.9. In favore della genesi compilatoria del precetto: E. ALBERTARIO, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche,* 1925, ora in *Scritti di diritto romano,* III, Milano, 1936, p. 388; S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela,* cit. p. 30 nt. 2.

[225] Per quanto riguarda la natura e il contenuto del decreto del pretore G. MANCUSO, *Decretum Praetoris,* cit., pp. 356 ss., riteneva che esso fosse emanato in forza della *potestas statuendi* del magistrato, a sua volta discendente dall'*auctoritas* di cui era investito (p. 364). Da tale premessa lo studioso deduce che è possibile paralare di *cognitio praetoria* in due diverse accezioni: la prima in senso lato, un generico "conoscere della questione", che il magistrato eserciterebbe in ogni circostanza, prima di emettere un qualsiasi decreto. Dall'altra una *cognitio* più tecnica, che gli permetterebbe anche di valutare giuridicamente una questione. In questo secondo contesto si parlerebbe di vera e propria *causae cognitio* (p. 389 ss.). In tale affermazione, lo studioso si conforma a R. MARTINI, *La cognitio pretoria,* cit., pp. 31, 70 ss., 124 ss., 157, 183. Contrario G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo,* Roma, 1938, p. 137 (rist. Napoli, 2009), il quale ritiene che questa

alimenti, in tale ambito si fosse affermata già prima di Giuliano (il quale, a ben vedere, nulla eccepisce sul fatto che il pretore possa emettere un decreto di alimenti in favore della sorella del pupillo, pur notando che, se questo fosse imputabile alla sua dote, era ancora discusso). Per questa ragione ci sentiamo di suggerire che, anche nell'ambito della procedura *ex Sc.to Planciano,* il pretore possa essersi adeguato a tale linea di politica del diritto. Avrebbe, cioè, proceduto a concedere un decreto di alimenti, simile a quello utilizzato in sede di tutela

Prima di concludere è necessario tornare velocemente sulla questione della diversa legittimazione attiva all'*agere ex Sc.tis de partu agnoscendo* rispetto a quella per il *praeiudicium* sulla filiazione, o per la pretesa alimentare. Si è già rilevato come le fonti più risalenti identificassero i provvedimenti senatoriali, quali i *Sc.ta de partu agnoscendo*, mentre quelle giustinianee utilizzino il termine *liberis.* L'unica eccezione a siffatta divisione si individua nelle epistole di Plinio, nelle quali si utilizza il secondo[226]. Dobbiamo quindi chiederci se tali differenze terminologiche dipendessero da diverse discipline giuridiche.

Per valutare tale questione è necessario partire da due premesse relative alla capacità d'agire femminile. Come scritto da Yan Thomas[227], al quale si deve un'eccellente sistematizzazione del complesso delle eterogenee limitazioni femminili in ambito civile imposte alle donne a Roma, era impedito di farsi portatrici di interessi non propri. Vi è cioè una quasi totale emancipazione per ciò che riguarda il suo personale e diretto interesse, ma le viene negata ogni possibilità di farsi portatrice di aspettative esterne a

---

seconda forma di *cognitio* fosse possibile esclusivamente nei contesti ove espressamente prevista. Per quanto attiene la nostra ricerca è irrilevante prendere posizione in tale dibattito, in quanto, relativamente al sc. Planciano la *causa cognitio* è esplicitamente prevista in caso di mancato adeguamento del marito D. 25.3.1.4. Rilevano, invece, le ulteriori conclusioni di Mancuso. L'autore infatti sostiene che il decreto poteva assumere, nel contenuto, sia caratteri di *iurisdictio,* quanto di *imperium,* a seconda delle circostanze (pp. 395 ss.) e che, pertanto, potesse arriva ad assumere efficacia di *iudicatum*: ovverosia contenere un effettivo provvedimento decisorio (p. 398). Dirimenti in tal senso, oltre ad innumerevoli passi del *Corpus Iuris Civilis,* una testimonianza di Cicerone, *in Verr.* 2.1.50.130, e un passo della *Rhetorica ad Herennium,* 2.13.19. Tali testi confermerebbero che tale capacità di intervento pretorio esisteva già alla fine della Repubblica.

[226] Plin. *Ep.*10.72. Lo scrittore, tuttavia, afferma che gli è stato chiesto, in quanto legato imperiale in Bitinia, di deliberare in merito ad una questione di *adgnoscendis liberis restituendisque natalibus.* In materia vi sarebbero una epistola di Domiziano a Minicio Rufo (Proconsole in Bitinia e Ponto nell'82-83, poi console nell'88 d.C.; *PIR.* 5, *sv. Minicius Rufus,* Berlino, 1983, p. 296), alcune decisioni proconsolari e un senatoconsulto. Il termine *liberi,* perciò, non è usato direttamente quale attributo del provvedimento della curia, pertanto tale testimonianza non inficia il ragionamento.

Postulantibus quibusdam, ut de agnoscendis liberis restituendisque natalibus et secundum epistulam D omitiani scriptam Minicio Rufo etsecundum exempla proconsulum ipse cognoscerem, respexi ad senatus co nsultum pertinens ad eadem genera causarum, quod de iis tantumprovinciis loquitur, quibus proconsules pr aesunt; ideoque rem integram distuli, dum <tu>, domine, praeceperis, quid observare me velis.

[227] Y. THOMAS, *La divisione dei sessi,* cit., pp. 109 ss.

sé stessa. In quest'ottica vediamo raggruppate tutte le varie interdizioni: a essere garante; a rappresentare; a essere scelta come avvocato e, a maggior ragione, ad agire per il popolo, cioè a rivestire una qualsiasi carica pubblica[228].

Tale limitazione trova applicazione anche in ambito familiare, tanto che alla donna è preclusa la possibilità di trasmettere qualsiasi tipo di legame, che non sia basato sulla consanguineità. Infatti il figlio illegittimo non solo non rientrava nella famiglia del padre, ma nemmeno in quella della madre. Questo quanto sinteticamente espresso da Ulpiano in D.50.16.195.5 in cui la donna viene descritta quale "*caput et finis*" della propria famiglia. Unendo l'ambito familiare a quello negoziale possiamo concepire la donna romana quasi come una monade: è libera di agire all'interno della propria sfera, ma da essa non può uscire, sia da un punto di vista temporale, non ha ascendenti né discendenti, sia materiale, non potendo, appunto, agire in favore di altri. Ovviamente tale concezione riflette la posizione femminile (dal mero punto di vista giuridico) dall'età arcaica fino al tardo impero. Dal IV sec., come afferma lo stesso Thomas, vediamo questa configurazione svanire in favore di un'altra.

La seconda premessa riguarda la concezione che i Romani avevano del feto. Nonostante qualche tentativo di negarlo, esso era irrimediabilmente ritenuto quale parte del corpo materno, inscindibile da essa: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*[229]. I giuristi hanno sì tentato di dargli una qualche parvenza di soggettività giuridica, per ricollegargli almeno aspettative e dargli una tutela, ma sempre hanno ammesso che, nei fatti, altro non è che parte del corpo della madre[230]. Una volta nato, però, la situazione muta: il bambino esce dalla sfera di competenza materna e ricade o in quella dell'avente potestà o in quella del tutore, qualora sia *sui iuris.* Inutile sottolineare che alla donna era formalmente precluso l'accesso all'ufficio tutorio, almeno fino alla fine del IV sec. d.C.

I *senatus consulta de partu agnoscendo*, garantivano, invece, alla madre la facoltà di poter agire a tutela del figlio direttamente. Fino alla nascita non veniva travalicato il

---

[228] Cfr. Y. THOMAS, *La divisione dei sessi,* cit., pp. 155 ss.

[229] D. 25.4.1.1: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

[230] Cfr. M.V. SANNA, *Spes animantis. Da una lex regia ad Adriano,* in *Studia et documenta historiae et iuris,* vol. LXXIX, 2013, pp. 501-518.

limite di essere portatrice di interessi altrui. Questa costruzione è quella che, forse, meglio si attaglia all'immagine dell'identità femminile che la società di quel tempo proponeva, ma, proprio per questo, non va sottovalutata. Pertanto, le conseguenze giuridiche di tale costruzione vanno colte nella loro totalità e non eviscerate, procedendo caso per caso. Soprattutto quando si tratterà della tutela, l'ordinamento mostra chiaramente come il principio giuridico funga da argine invalicabile, che la normativa e la prassi non potevano formalmente superare. Sul punto: gli alimenti, che discenderebbero dall'agire *ex Sc.tis de partu agnoscendo*, sono esclusivamente quelli destinati al figlio. Essi, infatti, sono condizionati (temporalmente) all'accertamento dell'effettiva paternità. La madre non vantava un diretto interesse personale, perché non sussisteva un obbligo alimentare tra coniugi, ma si limitava ad agire per conto altrui[231]. L'unico suo interesse, che potremmo rilevare, era quello di non essere tenuta lei agli alimenti, qualora il figlio risultasse illegittimo. Tutto questo era ovviamente possibile grazie alla concezione che si aveva del feto. A conferma si può citare l'unico altro caso in cui alla donna viene concesso di agire direttamente in favore del figlio, ovvero tramite *missio in possessionis ventris nomine*[232]. In entrambi i casi lo stato di gravidanza è presupposto essenziale per poter procedere: forse questo è il dato più interessante che l'istituto ci fornisce in materia di condizione femminile. Senza opporre i rigidi principi preesistenti, tramite un *escamotage*, alla madre, per la prima volta, viene data un'esplicita e diretta legittimazione giuridica ad agire nell'interesse dei figli.

6. Una ratio? Quale?

Prima di concludere si propone una brevissima digressione, per cercare di comprendere come mai tale necessità di tutela sia sorta in questo determinato periodo storico. Punto di partenza non può non essere la considerazione che i concetti di pubblico e privato, applicati alla vita del cittadino, intesi come noi li conosciamo, non sono

[231] Eccezione a questo principio lo abbiamo nel caso di *missio in possessionem ventris nomine*: qui alla donna incinta vengono somministrati sia gli alimenti per il nascituro, che quelli per lei stessa ed è specificato che si tratti di due alimenti diversi. Tuttavia questo non prova che sussistesse un obbligo alimentare tra coniugi: si tratta sempre di un caso di vedovanza e, come abbiamo già notato nel caso del pupillo, si può supporre che, nel silenzio paterno, si presumesse che non vi fosse la volontà di lasciare la donna in stato di indigenza. Argomento ancora più valido se consideriamo che, in questa particolare fattispecie, la sopravvivenza del figlio era direttamente dipendente da quella della madre. Cfr, Y. THOMAS, *La mort du père,* cit., pp. 82 ss.

[232] Anche sulla datazione di questo istituto non ci sono dati certi, tuttavia la dottrina sembra concordare sul I-II sec. d.C, il che la renderebbe più o meno contemporanea allo sviluppo del Planciano: cfr. S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano,* cit., pp. 125 ss. e 190 ss.

assolutamente utilizzabili per la società romana. La stessa separazione tra pubblico e privato è estremamente difficile da cogliere. Infatti, da un lato, si conosceva una, per noi, incredibile estensione dei poteri riconosciuti al *pater familias,* tali da garantirgli un potere coercitivo sulle persone a lui soggette e, al contempo, una sorta di giurisdizione interna teoricamente incondizionata, nella quale i poteri pubblici rifiutavano di intromettersi[233]. Dall'altro a Roma, fino alla tarda Repubblica, esisteva una particolare magistratura, la censura, atta a valutare i comportamenti privati, con un'amplissima sfera di ingerenza. La natura e le prerogative della censura non appaiono di facile comprensione, non solo per noi, ma avevano destato qualche dubbio anche negli antichi. Così, Dionigi di Alicarnasso, nel descrivere la separazione tra sfera pubblica e privata ad Atene, Sparta e Roma, non può non sottolineare come il controllo romano fosse di gran lunga più invadente, potendo infatti giudicare anche oltre la soglia di casa[234]. Inoltre, tale magistratura, risulta ancora più difficile da coordinare con l'assolutezza della *patria potestas. Potestas* che, come alcuni hanno sostenuto, in epoca arcaica doveva in qualche modo essere assimilabile ad un potere pubblico[235], e per tale motivo posto quale elemento fondativo della *civitas*. Per questa ragione, storica-ideologica-culturale, per tutto il periodo della repubblica (e, invero, fino all'impero) non venne mai, formalmente, intaccata[236].

---

[233] Iconica in tal senso la descrizione dell'istituto che dà Dionigi di Alicarnasso, in cui questa viene paragonata al potere del padrone sugli schiavi: Dion. Hal. 2.26.4.

[234] Dion. Hal. 20.13.2-3: per il testo, vd., *supra*, p. 49 nt.139.

[235] In questo senso già il P. BONFANTE, *La gens e la familia*, in *BIDR*, I, 1888, pp. 236 ss., (anche in *Scritti*, I, Roma 2007, pp. 23 ss.); ID., *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *RISG*, LV, 1915, pp. 259 ss. (anche in *Scritti*, I, cit., pp. 39 ss.); E. ALBERTARIO, *Studi sugli alimenti*, in *Studi*, I, Milano 1933, p. 252 nt. 2; A.M. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di patria potestas e cognazione*, in *Studi Segni*, Milano 1957, p. 574; V. MAROTTA, *La formazione del ius civile*, in *Antiquissima iuris sapientia. Saec. VI-III a.C.*, Roma, 2019, pp. 23 ss., in part. pp. 27 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia,* in *Itinera. Pagine scelte di Luigi Capogrossi Colognesi,* Lecce, 2017, pp.207-222.

[236] Vi furono progressive limitazioni, ma tutti i giuristi, nelle loro riflessioni, si ponevano il problema di come mantenere il nucleo potestativo. Va inoltre sottolineato che, come si mostrerà nelle pagine che seguono, la dialettica tra controllo pubblico-potere paterno era già presente nella società romana, la differenza era che lo strumento idoneo per ingerenza veniva identificato con il *mos* e non con la *lex*. Si attesta così una situazione di duplicità: da un lato non è possibile affermare che "per la prima volta" si è innanzi all'intromissione pubblica nell'arbitrio paterno; dall'altro il nuovo strumento, nonché i nuovi contenuti (vd. *Pietas,* pagine successive, nonché nt. 449 e conclusioni di questo elaborato) portano a modificazioni sostanziali non nei principi su cui si regge l'ordinamento, ma sulle conseguenze che da essi vengono fatte discendere (Cfr. G. RIZZELLI, *La potestas paterna tra leges, mores e natura,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità.Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 89-130, in part. pp. 120 ss.). Soprattutto col principato si assiste ad una "giuridificazione" della *pietas*, che permette di usarla come vero e proprio criterio legale per guidare l'*interpretatio* degli istituti. Con Traiano ed Adriano essa viene esplicitamente messa a fondamento della *patria potestas,* ciò contribuisce a dare all'istituto una nuova funzione, più adeguata alla mutata situazione sociale (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia,* in *Itinera. Pagine scelte di Luigi Capogrossi Colognesi,* Lecce, 2017, pp. 159-204, in part. pp. 187-189). In tal modo la

La censura, dalla fine del IV sec. a.C., assunse l'autorità di compiere la *lectio senatus,* ovverosia il potere di compilare la lista dei membri dello stesso, assumendo così il potere di stabilire chi ne potesse fare parte. La decisione dei magistrati preposti doveva basarsi sulla conformità dei nominati al *mos maiorum*, cioè sulla loro aderenza nei propri comportamenti[237] ai principi etici sociali[238], in modo da scegliere *ex omni ordine optimum quemque*[239]. I censori, mediante la loro *nota*, potevano quindi punire il *pater familias,* che non si fosse comportato correttamente espellendolo dal senato ed iscrivendolo in una classe di censo inferiore. Tale punizione era revocabile dai censori, che avrebbero presieduto alla successiva *lectio senatus* e alle successive *professiones* dei *cives Romani* nel corso del censimento, e non comportava altre sanzioni di carattere penale o civile. Va, infatti, sottolineato che agli antichi risultava assolutamente chiaro che *mos* e *lex* erano due concetti perfettamente distinti e non sovrapponibili[240]. La censura quindi non si intrometteva direttamente nella sfera privata, alla stregua di uno strumento giuridico e fornendo un mezzo di tutela alle pretese dei soggetti nella potestà del *pater*, ma "puniva" il *pater* che non avesse agito correttamente[241]. Il controllo

---

stessa *potestas* si garantisce una più duratura sopravvivenza, mantenendo prerogative specifiche e vincolanti per gli interpreti. Dal IV sec. d.C. la discrasia tra piano fattuale e piano ideologico-istituzionale è tale, però, che l'impianto argomentativo precedente diventa quasi specioso nel giustificare le ulteriori esplicite contraddizioni. Tuttavia, sebbene con sostanziali modifiche contenutistiche (che possono giustificare l'uso di "erosione" per descrivere il processo, se si usa una mera ottica socio-fattuale), l'istituto permane fino a Giustiniano. La concessione che questo imperatore fa alle vedove, orfane di un figlio, di poter instaurare loro un rapporto di discendenza al di fuori dei legami di sangue, appare abbastanza nettamente, quale atto conclusivo anche per il principio meramente legalistico.

[237] Pubblici e privati, come ha giustamente sottolineato G. CLEMENTE, *I censori e il senato*, cit., spec. p. 461; nella Roma repubblicana non si crearono statuti legali che sorvegliavano il comportamento del magistrato nello svolgimento delle proprie funzioni, al contrario di quel che avvenne in Grecia, bensì la nota censoria poteva colpire qualsiasi comportamento.

[238] Tali principi non erano però fluidi, bensì basati su un definito nucleo che trovava la sua ragione nella tradizione. Proprio in questa incapacità di attualizzazione i *mores,* soprattutto a seguito della profonda influenza greca avutasi nel II sec. a.C., è stata vista la ragione della progressiva perdita di rispetto della magistratura e il suo conseguente declino Cfr. G. CLEMENTE, *I censori e il senato. I mores e la legge,* cit., pp. 462 ss.

[239] Fest. p. 290 L: *Praeteriti senatores quondam in opprobrio non erant, quod, ut. Reges sibi legebant, sublege bantque, quos in consilio publico haberent, ita post exactos eos consules quoque et tribuni militum consulari potestate coniunctissimos sibi quosque patriciorum, et deinde plebeiorum legebant; donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque jurati in senatum legerent. Quo factum est, ut qui praeteriti essent et loco moti, haberentur ignominosi.*

[240] Ancora con Cicerone, in un periodo in cui la censura era degenerata, vittima delle lotte politiche, e in cui gli statuti municipali che prevedevano sanzioni per i senatori che si fossero macchiati di *indignitas,* dovevano ormai essere ampiamente diffusi, i concetti rimangono ben distinti. Va comunque sottolineato che l'arpinate proponeva una riforma della magistratura. Cic. *Rep.* 5.1.1

[241] Al *pater* era inoltre demandato il compito di giudicare, ed eventualmente punire, alcuni atti commessi dai componenti della famiglia a lui sottoposti. Aveva dunque il potere di convocare un *iudicium domesticum* che statuisse in materia. Sul punto, in particolare sulla dialettica tra tale meccanismo e la persecuzione pubblica: N. DONADIO, *Iudicium domesticum. Riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas,* in *Index,* 40, 2012, pp. 175-195; C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium domesticum*

sociale, che, come si è più volte ripetuto, era l'unico argine all'abuso dei poteri paterni, non assumeva così una caratteristica normativa, ma godeva di una forma lata di *enforcement*, sì da non essere paragonabile a situazioni più recenti[242].

Nel corso del II sec. a.C., allorché Roma si impone come la principale potenza del Mediterraneo, questa magistratura va incontro a una profonda crisi, da cui non uscirà mai più: il grande aumento delle ricchezze, per lo più concentrate nei due ordini maggiori (il senatorio e l'equestre), l'influenza della cultura greca, l'incapacità di conformarsi, nei fatti, a quei *mores,* la cui sacralità aveva garantito l'intangibilità e il rispetto di cui avevano goduto fino ad allora le *élites* dirigenti, hanno determinato, nel I sec. a.C., il collasso del sistema politico, nel suo complesso, e, dunque, anche della stessa censura[243]. Nel frattempo, già nel corso del II sec. a.C., quanti fossero stati condannati in un *iudicium populi* o bollati come *indigni* erano espulsi dal Senato. Inizia così a diffondersi la pratica di stabilire *ex lege* circostanze che impedivano l'assunzione di magistrature; la *Tabula Heracleensis* rappresenta, verosimilmente, la conclusione di tale processo. Essa contiene una serie di cause di esclusione dalle magistrature municipali, in tal modo si instaurava un controllo legislativo sull'azione magistratuale. Il *mos,* per quanto atteneva gli interessi pubblici, iniziava ad essere sostituto dalla *lex*[244].

Quando nel 18 a.C. Augusto assume la censura, restaurandone il prestigio, lo fa allo scopo di riaffermare il fondamento sacro della *civitas*, a fini quindi di stabilità e pacificazione sociale, e secondo una precisa logica politica. Il principe, infatti, non si proporrà mai come figura di rottura con il passato, ma, anzi, come il restauratore della *Res publica*. Eppure, nonostante la riproposizione delle antiche forme repubblicane, è chiaro che i contenuti erano profondamente mutati. Un lampante esempio di questo è

---

e iudicium publicum in Cic. de fin. 1.7.24, in *SDHI,* 75, 2009, pp. 515-534. Si aggiunga inoltre che il *pater* che avesse omesso di punire il comportamento riprovevole di uno dei membri della propria *familia,* poteva essere per questa ragione sanzionato dai censori.

[242] Questo ovviamente solo per le élite però.

[243] Nel 75 a.C. non si riuscirono ad eleggere i nuovi censori; nel 70 la censura in carica espulse più di sessanta senatori (nel III sec. il numero non aveva mai superato la decina); nel 61 a.C. superarono il numero massimo di componenti del senato. Nel 60 a.C. fu celebrato l'ultimo *lustrum* fino ad Augusto, che lo celebrò nuovamente nel 18 a.C.

[244] G. CLEMENTE, *I censori e il senato,* cit., pp. 489 ss. Lo studioso rileva che i Romani, in epoca repubblicana, non arrivarono mai a teorizzare un concetto completo di sovranità popolare, per tale ragione i codici di comportamento imposti ai governanti non si concretizzarono nella redazione di leggi apposite, bensì furono attuati tramite la *censura*. In tal senso, questa magistratura fungeva, secondo i parametri moderni, a due scopi: da un lato tutelava indirettamente i sottoposti al *pater*; dall'altro garantiva la moralità dei rappresentanti politici. Cfr: G. CLEMENTE, *I censori e il senato,* cit., pp. 459 ss. Entrambe queste funzioni, nel crollo della società tardo repubblicana, dovettero essere sostituite da interventi normativi: la seconda con leggi che stabilissero l'esclusione dalle magistrature a seguito di condanne penali; la prima creando nuovi strumenti giuridici a cui i sottoposti alla *potestas* potevano ricorrere.

nell'impiego del valore della *pietas*. Tale concetto, al centro della società romana già dal III sec. a.C., acquista nel principato nuova linfa. Soprattutto in ambito familiare, essa viene utilizzata quale strumento di innovazione, senza dover ricorrere a brusche cesure[245]. Assume quindi una funzione di vero e proprio principio giuridico, cui i diversi istituti devono essere informati. Nella *querela inofficiosi testamenti*, per esempio, essa serve a sovvertire la logica stessa dell'istituto testamentario. Inizialmente la *pietas* viene usata per introdurre una specifica eccezione: si supponeva, infatti, che qualsiasi *pater* si comportasse correttamente, sicché, qualora avesse diseredato i figli, avrebbe avuto, evidentemente, fondate ragioni per farlo. La *querela*, in questo quadro, era appunto un mezzo residuale, esperibile esclusivamente solo contro un padre il cui *furor* risultasse comprovato. In seguito, tuttavia, le eccezioni diventano la regola: dal momento che, in forza della *pietas*, ogni padre dovrebbe prendersi cura del figlio, chi giunga, invece, a diseredarlo doveva per forza di cose non essere sano di mente al momento della redazione del testamento[246]. Si assiste così ad un ribaltamento sostanziale, che però non necessita di una modifica formale nel principio: l'istituto ha luogo in quei casi in cui la *patria potestas* abbia esulato dalla *pietas.*

Inoltre non va dimenticato che, nonostante la ripresa del *lustrum* da parte di Augusto, non vi fu una resurrezione stabile della censura. Quantunque gli imperatori ne mantenessero le competenze, essa non esplicò più la sua funzione di controllo sociale che aveva in precedenza[247]. Si constata dunque, nel sistema, una lacuna, perché scompare o diviene sempre meno effettiva quella forma indiretta di controllo dell'azione paterna che aveva segnato i secoli della prima e della media Repubblica. Come era successo in precedenza relativamente agli interessi più strettamente "pubblici", al *mos* si sostituì la *lex.* Tra la fine del I sec. d.C e l'inizio del II sec. d.C. si è così nella situazione per cui la società è completamente integrata nella nuova concezione familiare di origine augustea, mentre il diritto ha avuto il tempo di elaborare uno strumento per innovare la normativa senza, tuttavia, negare sé stesso. Il *mos* non è più strumento idoneo, sia concettualmente che sostanzialmente, per disciplinare la vita familiare[248]. Si spalancano

---

[245] Da sempre poco consone all'ordinamento romano.

[246] L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto,* cit., pp. 163 ss.

[247] La stessa prerogativa di poter comporre le liste dei senatori, verrà usata dai principi soprattutto a fini politici, per cui l'eventuale richiamo ai *mores,* per giustificare determinate scelte, funge solo da pretesto. Tac. *Ann.* 11.25 e 12. 3-4.

[248] Evocative, in questo contesto, le parole di Tacito, *Ann.* 3. 27-28: […] *iamque non modo in commune sed in singulos homines latae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges. Tum Cn. Pompeius,*

così le porte a una regolamentazione normativa dell'obbligazione alimentare. D'altro canto, però, e a tal riguardo è sufficiente richiamate le già citate *sententiae divi Hadriani*, il principe continua a far uso, per imporre il rispetto di certe prassi di comportamento, dei propri poteri censori.

Ovviamente questo processo, non avvenendo tramite un unico complessivo ed organizzato processo di riscrittura normativa, comporta una sua maggiore dilatazione nel tempo. Inoltre, e questa è forse la parte più interessante, per tutta la storia di Roma la fonte di legittimazione del potere rimane invariata[249]: la *civitas*. Il simbolo perdura nei secoli, anche quando ormai non ha nessuna base fattuale cui appigliarsi, d'altronde Costantinopoli è la Nuova Roma[250]. Il mantenimento della stessa fonte di legittimazione, seppure spogliato del contenuto originario, implica però l'impossibilità di un superamento di alcuni principi fondanti che ad essa sono troppo strettamente (storicamente, ideologicamente, nell'inconscio sociale, ma anche nella logica di coerenza dell'ordinamento) legati, anche quando questi comportano conseguenze poco compatibili con la nuova società[251].

È fondamentale, pertanto, nel procedere nell'analisi tenere a mente alcune precisazioni. Nell'evoluzione della storia di Roma si assiste ad una modifica sostanziale della società: il diritto è perciò costretto ad adeguarsi alle mutate condizioni. Tuttavia l'abilità degli interpreti permette di rendere duttili le categorie fondanti, così da permettere un loro mantenimento. Questa attualizzazione dei principi comporta due

---

tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur armis amisit. exim continua per viginti annos discordia, non mos, non ius;". Sul testo ed in generale sulla descrizione che offre Tacito della fine della della Repubblica: E. KEITEL, *Principate and civil war in the Annals of Tacitus,* in *The American Journal of Philology,* 105, 3, 1984, pp. 306-325; F. MILLAR, *Triumvirate and principate,* in *The Journal of Roman Studies,* 63, 1973, pp. 50-67, in part. pp. 61 ss.

[249] Non vi fu mai una "rivoluzione" in senso moderno: nuove classi dirigenti sostituirono le precedenti (la nuova aristocrazia mercantile sul finire del IV sec. a.C; l'*homo novus* nel principato; le élite provinciali nell'impero), spesso anche in seguito a turbolenze sociali, ma appena si insediarono rispolverarono i vecchi simboli e li fecero loro.

[250] Fondamentali, in tal senso, le pagine di Y.THOMAS, *Origine et commune patrie. Ètude de droit public romaine. (89 av. J.C.- 212 ap. J.C.),* Roma, 1996, in cui si mostra come, tramite l'utilizzo della *fictio,* gli inerpreti romani riuscirono a rendere duttili i principi fondativi dell'ordinamento, fino a rendere Roma quasi una dimensione meta-fisica che, alla fine dell'impero, arrivava ad identificarsi con la presenza dell'imperatore.

[251] Giova inoltre ricordare che, diversamente da oggi, per i Romani l'obiettivo dell'attività di governo doveva coincidere con la salvaguardia della tradizione, e non con un piano di cambiamento programmato (J. BLEICKEN, *Zum Regierungsstil des römischen Kaiser: eine Antwort auf Fergus Millar,* in *Sitzungbereichten Wiss. Ges. an des I.W. Goethe-Univ., Frankfurt* 18.5, 1982, pp. 183-215, ora in ID., *Gesammelte Schriften,* II.2 *Römische Geschichte (Fortsetzung).* 3. *Wissenschaftgeschichte, Nachrufe, Allgemaines,* Stoccarda, 1998, pp. 843 ss.). Di conseguenza una cesura netta nella costruzione formale delle istituzioni risultava non solo ardua, ma anche non augurabile.

conseguenze, parzialmente contradditorie: da un lato non si riscontrano cesure dal lato formale, potendo così rilevare una continuità della loro valenza giuridica. Dall'altro proprio la loro funzionalità comporta conseguenze, non solo fattuali, ma anche riflessi nell'alveo giuridico (creazione di nuovi istituti), che appaiono in contrasto con il principio, come definito nella sua formulazione originale. Questa una delle grandi difficoltà nel tentare di sistematizzare la storia del diritto romano[252].

Esemplificativo il caso della *patria potestas,* la cui rielaborazione, alla luce della *pietas*, ha permesso l'evoluzione del diritto familiare. L'obbiettivo dell'istituto, fin dall'origine, era quello di permettere la continua riproduzione della *familia*[253]*;* tuttavia, nel principato, tramite la "giuridificazione" della *pietas,* tale fine inizia ad essere individuato nella protezione della prole. In qualche modo, nel momento della codificazione dei *mores* in *leges,* il potere paterno si conforma a nuovi *officia,* che permettono una modifica nel tradizionale esercizio delle proprie prerogative[254]. Prova di tale passaggio si trova nella definizione dell'istituto che Marciano attribuisce ad Adriano: «*in pietate debet, non atrocitate consistere»*[255]. Tale affermazione giunge, comunque, a conclusione di un più lungo processo, in quanto già nel I sec. a.C. troviamo, nelle fonti extra-giuridiche, un diretto collegamento tra *pietas,* doveri paterni e *ius*[256].

---

[252] Si aggiunga, inoltre, la questione della vincolatività del *mos,* almeno fino alla conclusione della Repubblica. Il fatto che comportamenti ad esso contrario potessero essere comunque oggetto di sanzione da parte di una magistratura pubblica, rende più difficile inserirlo nella generica categoria della "riprovazione sociale", comunemente esclusa (salvo l'utilizzo quale giustificazione per mostrare l'origine di innovazioni normative) dalle analisi di tipo strettamente giuridico.

[253] Y.THOMAS, *La divisione dei sessi,* cit., pp. 112 ss.; ID., *La morte del padre,* cit., pp.35 ss.

[254] G. RIZZELLI, *La potestas paterna,* cit., pp. 116 ss.; ID., *Padri romani. Discorsi modelli norme,* Lecce, 2017, pp. 46 ss. Cfr. F. GORIA, *La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figlio nel diritto romano fino all'Ecogla di Leone III,* in *A Pierliugi Zanniti. Scritti di diritto romano e giusantichistica,* a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio, Milano, 2018, pp. 113- 145; sul punto pp. 114 ss., nt. 6 -7 e 15-16. Ci si potrebbe forse chiedere se, questa definizione, maggiormente in favore dell'interesse dei discendenti, non possa essere una conseguenza dell'influenza che la problematica della de-natalità aveva iniziato a giocare nella vita politica di Roma. Un collegamento tra tutela dei minori e necessità di crescita demografica era già stato rilevato da P. VEYNE, *Les alimenta de Trajan, Les Empereurs romaine d'Espagne,* Parigi, 1965, pp. 164-179.

[255] D. 48.9.5.pr Marcian. 14 *inst.: Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

[256] Cic. *inv.* 2.66 e 2.61; *Rhet. Ad Her.* 2.19, riferiscono del *natura ius*. L'argomento è scivoloso: pur riconoscendo la continuità dialettica, nonché la rilevanza del controllo sociale derivante dal *mos*, è importante ripetere che, proprio per gli interpreti di allora, *mos* e *lex* non erano concetti sovrapponibili. Inoltre, solo con la seconda si creava *ius civile* (sebbene il primo fosse la fonte di legittimazione ed origine dello stesso). È perciò necessario, allo studioso, imporsi delle categorie: se il *ius* è l'oggetto dell'*interpretatio* e se il diritto romano si caratterizza come un ordinamento processuale (il diritto sorge nel momento in cui si ha un mezzo di tutela) la linea deve tracciarsi entro tali termini. Ciò non significa svalutare il piano dei *mores*, che necessita di particolare attenzione, soprattutto per mostrare in che modo si realizzò la continuità del sistema. Tuttavia è fondamentale rilevare la differenza, anche perché dalla separazione dei piani, derivano diversi mezzi di coercizione e di attuazione. D'altra parte, gli stessi testi retorici differenziano tra ciò che *liceat* (cioè è

Inoltre, Traiano[257] aveva stabilito che la giustificazione che legittimava l'istituto della *patria potestas* fosse la sua funzionalità all'interesse dei figli[258].

conforme a legge) e ciò che, invece, è opportuno (Sen. *Contr.* 7.4.3: sul passo si veda G. RIZZELLI, *La potestas paterna,* cit., pp. 128 ss. in part. nt. 140).

[257] D. 37.12.5.pr Pap. 11 *quaest*: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.*

[258] F. GORIA, *La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figlio,* cit., p. 130 ss.

CAPITOLO II

LA DONNA TUTRICE

SOMMARIO: 1. La tutela *impuberum*. 2. La tutela femminile. 3. Fonti generali e storiografia. 4. Donne e *negotiorum gestio*. 5. Espedienti e sc. Velleiano. 6. Un'ipotesi ricostruttiva. 7. Un secondo meccanismo. 8. Osservazioni Conclusive.

1. La tutela *impuberum*

La seconda parte di questo elaborato è dedicata alla tutela dei figli da parte della madre.

L'istituto era, almeno in origine, un onere riservato unicamente agli uomini; alle donne risultava quindi impossibile diventare tutrici, anche nel caso si trattasse di curare gli interessi dei propri figli. Tuttavia, dalle fonti, giuridiche e non, ci giungono testimonianze di madri che, in maniera più o meno incisiva, si occupavano di gestire i beni dei figli e davano indicazioni circa la loro educazione[259]. Il materiale è sufficiente da poter ritenere tale fenomeno, se non prevalente sul piano sociale, quanto meno abbastanza diffuso da diventare nel tempo senza dubbio significativo, soprattutto in ambito provinciale. Il dibattito verte, quindi, intorno alla natura della copertura giuridica di tali casi, qualora ve ne fosse stata davvero una. Ci si chiede, cioè, se tali attività si svolgessero al di fuori di qualsiasi legittimazione formale, in una condizione di discrasia tra realtà sociale e realtà giuridica, o se fossero state elaborate forme speciali per regolamentare tali situazioni.

Per rispondere a questo interrogativo si ritiene opportuno procedere illustrando brevemente quale fosse la disciplina arcaica e, all'opposto, cosa prevedevano in materia le norme di epoca giustinianea, così da mettere a confronto i due estremi del processo evolutivo. Ci si soffermerà quindi sul momento della genesi della tutela, cercando di identificare non tanto le prescrizioni specifiche, quanto le ragioni che stavano alla base dell'istituto. Successivamente si proporrà una breve rassegna dei provvedimenti conclusivi,

[259] Troviamo in Livio anche un caso in cui si parla esplicitamente di una madre quale tutrice: P. Ebuzio, giovane collegato alla vicenda dei Baccanali del 186 a.C., sarebbe stato cresciuto sotto tutela della madre Duronia e del patrigno T. Sempronio Rutilio (*sub tutela Duroniae matris et vitrici T. Sempronii Rutili;* Liv. 39.9.2.). Tuttavia si ritiene più corretto leggere l'episodio nel senso che legalmente tutore fosse solo il patrigno, mentre la madre rivestiva un ruolo di indirizzo informale, seppur rilevante.

a partire da una costituzione del 390 d.C., che appare essere il punto di svolta della normativa, seguiti dalla disciplina giustinianea che, come si vedrà, ribalta il precetto originario. Solo in seguito si affronterà il periodo intermedio, precisamente quello compreso tra Antonini e Severi. Tale segmento temporale è quello in cui potrebbero essersi sviluppate alcune forme di legittimazione indiretta al fenomeno: bisognerà quindi soffermarsi sui meccanismi elaborati dal diritto, anche in rapporto alle consuetudini provinciali.

Non vi è unità di vedute nella letteratura circa l'esatta genesi della tutela. Si tratta di un istituto molto antico: sicché, data la lacunosità delle fonti, risulta complicato delineare i suoi precisi contorni. Come noto, nel diritto romano si conoscevano due tipi di tutela: una relativa ai minori di entrambi i sessi, una seconda riservata alle donne adulte. Inoltre si distinguevano, sulla base della fonte che li identificava, tre tipi di tutori: legittimo, testamentario e dativo. Quanto al tutore dativo, esso venne introdotto da una *lex Atilia* databile alla fine del III sec. a.C.[260], che incaricò il pretore urbano di procedere alla nomina di un tutore a coloro che ne fossero sprovvisti.

Manca, invece, l'accordo riguardo l'esatta datazione e la precedenza cronologica tra tutore legittimo e testamentario. Una prima teoria ritiene che l'istituto della tutela sia stato introdotto con le XII Tavole. Ciò si desumerebbe dal precetto *Tab*. 5.3, nella versione che ci è stata tramandata dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, in cui si legge: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*»[261]. Tuttavia, della stessa norma, sono giunte altre due formulazioni, nelle quali non si fa menzione della tutela. Le altre versioni sono: «*Uti legassit suae rei, ita ius esto*» che ricorre in tre diversi contesti: Gaio 2.224, Pomponio D. 50.16.120 e nelle Istituzioni di Giustiniano 2.22.pr.; e «*Pater familias uti super familia*

[260] Per una veloce ricostruzione circa i testi che permettono tale datazione C. FAYER, *La familia romana,* cit., pp. 421-422, nt. 136. Cfr. G. LONGO, *s.v. Lex Atilia de tutore dando,* in *NNDI* 9 (1963-1982), p. 800.

[261] *Tit. ex corp. Ulp.* 11.14. Il frammento di Paolo D. 50.16.53.pr. «*Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur apud veteres "adgnatorum gentiliumque", pro separatione accipitur. at cum dicitur "super pecuniae tutelaeve suae", tutor separatim sine pecunia dari non potest: et cum dicimus "quod dedi aut donavi", utraque continemus. cum vero dicimus "quod eum dare facere oportet", quodvis eorum sufficit probare. cum vero dicit praetor, "si donum munus operas redemerit", si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse, ex re ergo pro coniunctis habentur*» è stato portato a supporto del testo ulpianeo. Il testo di Paolo lo si interpreta nel senso che nel testamento fosse necessario costituire un tutore ed un erede e non fosse quindi possibile disporre separatamente della tutela. In questo senso P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 569; S. SOLAZZI, *Diritto Ereditario,* cit., p. 36, nt. 1; B. BIONDI, *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift F. Schulz,* I, Weimar 1951, p. 54 (anche in *Scritti*, III, cit., pp. 81 ss.); B. ALBANESE, *Le persone,* cit., p. 447, nt. 80.

pecuniaque sua legassit» presente in Cicerone *inv.* 2.148 e nella *Rhetorica ad Herennium* 1.23[262].

La versione, ad oggi, più accreditata è quella riferita dai *Tituli*[263], in quanto altre fonti ascrivono alle norme decemvirali l'introduzione della tutela[264]. Lo stesso Pomponio, che propone una diversa formulazione del precetto, nella spiegazione che segue, afferma che in tale modo venne conferita al *pater* un'amplissima facoltà di disposizione, tra cui «*tutelas quoque costituendi*»[265]. Il giurista, tuttavia, non inserisce direttamente l'istituto nella formula *verbatim*[266]*;* per questo, l'opinione che accoglie la sua testimonianza ritiene la datazione precedente non corretta. Inoltre, in favore della maggiore affidabilità della versione di Pomponio, si evidenzia il fatto che il giurista scriveva a commento dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, il quale, in qualità di pontefice massimo, aveva senz'altro accesso alla copia delle XII Tavole curata a suo tempo da Sesto Elio,

---

[262] La letteratura tende ad attribuire a *legare* il significato di "dare, disporre", accostandolo a *legem dicere* e a *ius* quello di "ciò che deve essere". In proposito, la bibliografia sarebbe amplissima: a titolo esemplificativo, citiamo C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi,* Milano, 1889, pp. 7 ss.; M. WLASSAK, *Vindikation un Vindikationslegat,* in *ZSS*, XXXI, 1910, pp. 204 e ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni,* Milano, 1955, pp. 40; U. COLI, *Il testamento,* cit., p. 46 (ora in *Scritti*, II, cit., p. 634); C.A. MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale),* Milano, 1966, p. 709; A. MAGDELAIN, *Les mots "legare" et "heres" dans la Lois des XII tables,* in *Hommages a R. Schilling,* Parigi, 1983, pp. 164 ss. Per una diversa traduzione di *legare*: C. FADDA, *Studi e questioni di diritto,* I, Napoli, 1910, pp. 125 ss.; P. BONFANTE, *Scritti* 1, p. 150; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario,* cit., pp. 45 ss. Sul significato da dare a *ius*: C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane,* Roma, 1955, pp. 51 ss.; A. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana,* Milano, 1977, p. 45.

[263] La lista di autori ed editori delle XII Tavole a supporto sarebbe lunghissima. Non essendo nostro interesse approfondire il tema circa l'esatto contenuto della norma si rimanda per una bibliografia completa a C. FAYER, *La familia romana*, cit., pp. 382 ss., spec. p. 355 nt. 18. Va inoltre ricordato che, seppure ritenuta quella più verosimile, anche la versione di Ulpiano non è stata risparmiata da una revisione interpolazionistica, per cui si è sostenuto che la formula originaria dovesse essere più articolata di quella pervenutaci.

[264] D. 26.2.1.pr. Gai. 12 ad *ed. provinc*: «*Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare*»; D. 26.2.20.1 Paul. 38 *ad ed.*: «*Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is praetor sive consul sit, quia lex duodecim tabularum id confirmat*». Livio diversamente retrodata la tutela all'età monarchica (Liv. 1.34.12), questa testimonianza potrebbe essere concordata con le altre fonti se si suppone che nelle XII Tavole si sia accolta una consuetudine precedente.

[265] D. 50.16.120: «*Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*». La veridicità della norma è stata messa in discussione relativamente al suo contenuto non solo per quanto riguarda la tutela: il Bonfante e la sua scuola escludeva l'istituzione di erede (pre-esistente), altri contestano la presenza dei legati, altri sostengono invece si parlasse esclusivamente di questi. Nemmeno intorno alla tipologia di testamento di cui si tratta vi è accordo: chi lo riferisce al testamento *calatiis comitiis* e chi invece sostiene che con tale precetto si stesse legalizzando la *mancipatio familiae,* introducendo così il testamento *per aes et libram.* La bibliografia in materia sarebbe sconfinata e travalicherebbe i confini di questa ricerca, si rimanda quindi a C. FAYER, *La familia romana,* cit., p. 387, nt. 23, 25, 26 e 27.

[266] In favore della non databilità della tutela alle XII Tavole si esprime G. GROSSO, *I legati,* Torino, 1962, p. 8, per cui il passo di Pomponio sarebbe da considerare genuino, ma non prova per una certa datazione, in quanto non può essere ignorata la tendenza dei giuristi classici a retrodatare il fondamento degli istituti.

verosimilmente custodita nell'archivio pontificale. Tale formula si collocherebbe, pertanto, entro una catena di trasmissione diretta[267]. Per quanto riguarda la posizione minoritaria, quella cioè che ritiene genuina la versione ciceroniana e della *Rhetorica*, si basa sul dato cronologico: si tratta, infatti, delle fonti più risalenti[268].

Non riteniamo qui utile, ai fini della nostra ricerca, soffermarci troppo sul dibattito sull'esatta datazione, né intendiamo prendere una posizione nella controversia circa l'effettivo contenuto della norma decemvirale in oggetto. Si ritiene però opportuno proporre un breve riassunto delle diverse posizioni che trattano dell'origine della tutela inserendola in una prospettiva più socio-culturale. È necessario perciò valutare le necessità e le strutture sociali che hanno favorito lo sviluppo di questo istituto. Di seguito si procederà con una veloce disamina di alcune delle principali teorie e soprattutto dei principali nodi dibattuti.

Il Bonfante, lo scorso secolo, aveva proposto una teoria sulla famiglia romana arcaica in cui sosteneva che originariamente, alla morte del *pater*, non tutti coloro che erano nella sua potestà sarebbero diventati *sui iuris*. Al contrario, il capo famiglia, ancora in vita, avrebbe indicato uno solo dei figli quale erede. Il prescelto, alla morte del *de cuius*, sarebbe subentrato nella sua *hereditas,* intesa, però, non in mero senso giuridico-patrimoniale, ma ricomprendente la sua totale *potestas,* diventando così lui stesso *pater* dei fratelli e delle altre persone sottoposte alla potestà del defunto. Atto preposto a questa assegnazione sarebbe stato il testamento *calatis comitiis*[269].

In un tale contesto l'istituto della tutela non avrebbe avuto ragione di esistere, perché l'erede designato sarebbe stato sicuramente già pubere e tutti i componenti del nucleo

---

[267] C. APPLETON, *Le testament romain la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables,* Parigi, 1903., pp. 59 ss.; U. COLI, *Lo sviluppo,* cit., pp. 47 ss. (anche in *Scritti,* I, cit. p. 97); M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 718; P. VOCI, *Il diritto ereditario,* cit., pp. 3 ss.

[268] Cfr. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927, p. 71; M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano,* Firenze, 1950, p. 46; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche. II. La "Lex XII Tabularum" e la "tutela",* in *Studi in onore di S. Solazzi,* Napoli, 1948, p. 35; S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana,* in *Iura*, XXX, 1979, p. 41 nt. 21.

[269] La teoria del Bonfante è ormai ritenuta largamente superata. Uno dei punti più deboli è proprio la necessità che «in origine solo i figli potessero essere istituiti eredi», la quale «non è confermata da nessuna fonte né giuridica né letteraria» (così, E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali,* Napoli, rist. 1983, p. 204, nt 1; ugualmente V. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole,* in *Iura*, VII, 1956, p. 57, anche in *Scritti*; II, cit., p. 655). Per quanto riguarda la ricostruzione della funzione del testamento *calatis comitiis* la tesi maggioritaria attuale lo indica quale strumento che consentiva ad un *pater* privo di figli suoi di istituire un erede estraneo, che così assumeva la posizione di *suus heres*. Una teoria precedente riteneva si trattasse di una speciale *adrogatio* la cui efficacia era posticipata alla morte dell'arrogante. C. FAYER, *La familia romana,* cit., p. 381, in particolare nota 8. In ogni caso le poche fonti che ci sono arrivate raffigurano un'immagine dell'erede molto diversa da quella proposta dall'autorevole autore. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore,* in *ANA,* LIII, 1930, pp. 116 ss. (anche in *Raiora,* Roma, 1946, p. 155 e in *Scritti*, II, cit., 276).

familiare, minori e donne, sarebbero stati automaticamente nella di lui potestà[270]. In tal modo lo studioso, al contempo, sosteneva inoltre l'anteriorità della successione testamentaria a quella legittima.

Il Solazzi[271] condivide tale teoria e prova a dimostrarla proprio tramite la tutela. Attraverso un'attenta analisi filologica di un frammento di Paolo in D. 26.4.6.pr[272] e di un passo delle Istituzioni di Giustiniano 1.15.2[273], lo studioso sostiene che, originariamente, gli agnati potessero essere chiamati alla tutela legittima solo *ab intestato*. Nei passi in oggetto, così come ci sono arrivati, quell'*ab intestato* è inteso in senso lato, ovverosia non solo nel caso di mancanza totale di testamento, ma anche qualora in esso non fosse compresa la nomina di un tutore o questa fosse inattuabile. Lo studioso sostiene, al contrario, che questa specificazione sia una novità normativa successiva e che il significato della norma originaria prevedesse la presenza del tutore legittimo solo nel caso in cui non vi fosse proprio un testamento. Ma in che modo era possibile garantire protezione a minori e donne qualora il testatore avesse omesso di nominare un tutore? Mediante la necessaria e automatica coincidenza con l'erede. Ciò era possibile in quanto, come teorizzato dal Bonfante, l'*hereditas* era inscindibile e prevedeva il subentro nell'esercizio della *potestas*. Le XII Tavole avrebbero quindi, per la prima volta, ammesso la possibilità di scindere i ruoli: poteva così configurarsi una nuova figura differente da quella dell'erede: il tutore incaricato specificamente, di curare donne e minori[274]. Corollario di questo ragionamento è che la tutela in origine non fosse altro che una forma speciale di *potestas*, non definibile come tale in quanto colui che la esercitava suppliva al *pater,* ma non lo sostituiva formalmente.

---

[270] P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 554 e ID., *Corso*, VI, cit., pp. 148 e ss.

[271] S. SOLAZZI, *La legge delle XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante,* in *Scritti vari dedicati a C. Arnò*, *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena,* XXX, 1928, pp. 46 ss. (anche in *Scritti*, III, cit., pp. 222 ss.); *Diritto ereditario romano* 1, Napoli 1932, pp. 125 ss.; ID., *Da "tutorem do" a "tutor esto",* in *SDHI,* XIII-XIV, 1947-1948, pp. 301 ss. (anche in *Scritti,* VI, cit., pp. 559 ss.).

[272] D. 26.4.6.pr. Paul. 38 *ad ed..:* «*Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur*».

[273] «*Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare, sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit. quod tunc quoque accidere intellegitur, cum is qui datus est tutor vivo testatore decesserit*».

[274] In proposito il E. COSTA, *Cicerone giureconsulto,* cit., p. 71, inserendosi nella corrente a favore della costruzione del Bonfante, ritiene che la tutela sia dovuta non all'introduzione del tutore testamentario, che ancora non poteva essere scisso dall'erede, bensì dalla creazione del tutore dativo. Nel momento in cui lo stato avrebbe mostrato di volersi ingerire nell'attribuzione di questo potere, allora la tutela si sarebbe separata dalla *potestas* e anche l'*hereditas* non avrebbe più previsto una successione di tipo potestativo.

A sostegno della genesi potestativa della tutela si schiera anche quella parte della dottrina che, pur non aderendo alla teoria del Bonfante, sostiene che comunque per un lasso rilevante di tempo, ancora in epoca repubblicana, minori e donne non diventassero effettivamente *sui iuris* alla morte del *pater*. In effetti la differenza tra capacità giuridica e capacità d'agire non si era ancora formata in modo esplicito: di conseguenza i soggetti deboli, pur se non nel contesto specifico e assoluto della *potestas*, ricadevano in un altro istituto, la tutela, con caratteristiche simili, e che comunque li inibiva dall'essere attori, in prima persona, nella società[275]. A supporto di tale genesi si adduce la costruzione della tutela legittima, quella ritenuta più antica dalla corrente posizione maggioritaria, che effettivamente appare strutturata più con l'obbiettivo della salvaguardia del patrimonio familiare, che nell'interesse della persona che vi era sottoposta[276]. Infatti il tutore legittimo era anche erede del tutelato, e non avrebbe potuto essere estromesso unilateralmente, in quanto era richiesta la sua autorizzazione per testare. Si riteneva, quindi, che il tutore avrebbe agito comunque a favore della persona sottoposta a tutela, per non vanificare le proprie aspettative successorie[277]. Inoltre il solo tutore legittimo era legittimato a cedere la tutela, tramite *in iure cessio*[278], ed era l'unico che non poteva essere ufficialmente destituito, ma solo estromesso dall'amministrazione[279]. Queste specifiche caratteristiche, non rinvenibili nel caso di tutore testamentario e dativo, suggeriscono di accogliere l'origine *latu sensu* potestativa della tutela. Ipotesi che può trovare ulteriore conferma nell'impiego dei termini *manus*[280] e *potestas*[281] in alcune fonti extra giuridiche in materia. Da ultimo non si può dimenticare il passo di Paolo che apre, nel Digesto, il capitolo dedicato

---

[275] A. GUARINO, *La "Lex VII Tabularum",* cit., pp. 31 ss.

[276] S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* Napoli, 1929, pp. 9 ss.; M. KASER, *Ruhende und verdraengende Hausgewalt in aeltern roemischen Recht*, in *ZSS*, LIX, 1939, pp. 42 ss.

[277] Ulpiano stesso ci riporta la costruzione della tutela legittima in tal senso, sottolineando come questo fosse un ottimo provvedimento, in quanto la prospettiva di successione rendeva i tutori legittimi molto accorti nella gestione del patrimonio. D. 26.4.1.pr. Ulp. 14 ad Sab. «*Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur*».

[278] Gaio 1.168: «*Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur*». Il giurista qui esclude l'applicabilità della *in iure cessio* alla tutela impuberi; la letteratura sostiene però il contrario in quanto la motivazione, l'eccessivo onere della tutela femminile, sarebbe un controsenso paragonando le discipline delle due tutele. In tal senso S. SOLAZZI, *Scritti* 2, cit., p. 321 nt. 18; S. PEROZZI, *Istituzioni,* cit., p. 494 nt. 2; E. SACHERS, *Tutela,* cit., 1533; G. PUGLIESE, *Istituzioni,* cit., p. 110; B. ALBANESE, L*e persone*, cit., pp. 443 e ss. M. TALAMANCA, *Istituzioni,* cit., 162.

[279] S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* cit., pp. 2 ss.; G. LONGO, *Diritto di famiglia,* cit., pp. 252 ss.

[280] Liv. 34.2.11: «*Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum*».

[281] Cicerone *pro Mur.* 27: «*Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestste esse voluerunt*».

alla tutela: riportando le parole di Servio Sulpicio Rufo, essa è definita quale «*vis ac potestas*» esercitabile su di un soggetto *sui iuris* «*ad tuendum eum*»[282].

Per quanto riguarda la teoria secondo la quale donne e minori non diventavano *sui iuris*, ancora in epoca repubblicana, non essendoci fonti che apertamente riportino, o almeno suggeriscano, un formale cambio di paradigma, riteniamo sia opportuno trattarla con maggiore cautela. Le motivazioni a favore di tale teoria sono soprattutto di carattere storico-sociologico e si inseriscono in quella visione che vede la storia della società romana come una lenta ma lineare progressione da una costruzione strettamente patriarcale con l'uomo guerriero/contadino al centro, ad una struttura più complessa, grazie alla trasformazione in impero mercantile. Tale transizione permette, nel tempo, anche una parziale emancipazione femminile. Il punto è largamente condivisibile; tuttavia l'assenza di dati testuali che riferiscano dell'esistenza di un prima e un dopo consigliano di optare per la soluzione più conservativa: donne e minori fin da un'epoca risalente diventavano *sui iuris*, nei fatti però la loro autonomia era limitata dalla presenza di un soggetto esterno.

Questo diretto collegamento della tutela con la *potestas* spiegherebbe la duratura ritrosia ad ammettere una donna in tale ruolo. Come si è visto nel capitolo precedente, l'evoluzione del diritto romano è caratterizzata dalla forte tensione tra la necessità di adattamento alla società, sempre in evoluzione e irrimediabilmente differente da quella delle origini, e la volontà ferrea dei giuristi e della cancelleria imperiale di mantenere intatti, almeno formalmente, gli istituti cardine del *ius Romanorum*. Nel flusso di questa tensione, nel momento in cui accettiamo che ancora sul finire della repubblica, la connessione tutela-*potestas* fosse fortemente percepita, l'inammissibilità di una donna quale tutrice trova una facile spiegazione. Nel I sec. d.C. la tutela femminile subisce un profondo ridimensionamento: possibilità di obbligare il tutore a prestare l'*auctoritas,* introduzione del *ius trium liberorum,* abrogazione della tutela legittima. Contemporaneamente la tutela minorile assume definitivamente caratteri di protezione e cura nei confronti del minore,

[282] D. 26.1.1.pr. Paul. 38 *ad ed.*: «*Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*». Alcuni autori (S. PEROZZI, *Istituzioni,* cit., p. 459 e nt. 3; BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 553 nt. 1; P.F. GIRARD, *Manuel,* cit., p. 220, nt. 2; G. LONGO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 251; U. BETTI, *Istituzioni,* cit., p. 65; M. KASER, *Das roemische Privatrecht,* I, cit., p.86 nt. 11; E. VOLTERRA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano,* Roma, 1959-1961, p. 115) hanno ritenuto di poter ricostruire il passo inserendovi anche il riferimento alla tutela femminile, espunto dai compilatori perché ormai inesistente, per cui leggerebbe *«… ad tuendum eum <eamve>, qui propter aetatem <vel sexum>»*. Contra B. BIONDI, *Aspetti morali,* cit., p. 57 (anche in *Scritti*, III, cit., p. 85); ID., *Il diritto cristiano romano.* 2. *La giustizia. Le persone,* Milano, 1952, p. 209. Per l'autore la tutela muliebre non avrebbe mai assunto quel carattere protettivo qui sottolineato, ma sarebbe sempre stata una forma di controllo patrimoniale, sempre più limitato.

motivo per cui la madre, rispetto ad un terzo, tende a risultare maggiormente adeguata a ricoprire l'ufficio, in ragione del legame affettivo che la unisce al figlio. Le tradizioni provinciali iniziano a mettere in crisi, sempre più spesso, la rigida struttura del *ius civile*, determinando una contestuale evoluzione della normativa. Ma, nonostante tutte queste diverse pressioni esterne e nonostante le nuove condizioni favorevoli della costruzione familiare, non ci è possibile affermare con certezza che si sia avuto un superamento dell'antico principio prima del 390 d.C.

Questa resistenza, a mio parere, seppur formalmente giustificata anche in età imperiale con una generica inferiorità femminile, trova il suo fondamento nella irriducibilità della figura del *pater familias* quale titolare della *potestas*. Nello svalutare le asserzioni di subalternità femminile utilizzate dai giuristi per giustificare l'esclusione femminile, non si intende qui sottovalutare la componente anti-femminile della società romana, sempre fortemente presente, seppur secondo mutevoli forme. Semplicemente, leggendo i testi giuridici, l'impaccio degli autori nel dare un fondamento all'esclusione dalla tutela della madre in base ad una supposta *infirmitas sexus*, i cui caratteri non risultano univocamente definiti,[283] appare più una giustificazione *a posteriori* di una posizione con radici più risalenti, che una precisa spiegazione sulla subalternità femminile. Come si è visto, anche per quanto riguarda gli alimenti, la costruzione familiare tradizionale, rimane formalmente stabile, benché svuotata dei contenuti originari. Limite invalicabile nelle innovazioni giuridiche, ma anche simbolo politico e culturale, riproposto a cicli continui, della vera essenza della romanità. Invero, il suo superamento ufficiale avrebbe rappresentato una cesura troppo netta rispetto al passato. Ragione per cui l'evoluzione degli istituti imponeva, inevitabilmente, lunghissimi periodi di transizione.

In base a quanto esposto, riteniamo che la spiegazione più convincente per comprendere l'esclusione femminile sia quella basata sulla mancanza di *potestas*[284], e non già, come altrove affermato, sul fatto che chi è sottoposto a tutela non può a sua volta essere tutore. Tale ultima teoria è ovviamente sottile, ma non troverebbe applicazione nel caso di donne che potevano usufruire del *ius liberorum*. È, inoltre, parzialmente contraddetta dalle testimonianze che riferiscono casi in cui tutore legittimo di una donna era un minore od un

[283] T. Masiello, *La donna tutrice,* cit., pp. 25 ss.

[284] Intesa quale potere tipico del *pater familias* e quindi cardine essenziale attorno al quale costruire la famiglia romana, a sua volta struttura portante della società.

furioso: in tale circostanza costui non era rimosso, ma veniva nominato un sostituto per compiere i singoli atti, allorché fosse necessaria l'*auctoritas* tutoria[285].

Da ultimo accenniamo qui ad una posizione minoritaria che ritiene che gli istituti della tutela degli impuberi e muliebre non siano derivanti dalla medesima matrice, per poi differenziarsi progressivamente. Essi erano già separati *ab origine*, perché rispondenti a necessità diverse. La tutela degli impuberi nasceva cioè da una volontà di protezione verso il soggetto, quindi di derivazione potestativa; al contrario, la tutela femminile rispondeva ad una mera esigenza di conservazione patrimoniale, ragion per cui il carattere potestativo non le sarebbe mai appartenuto[286]. Tale opinione contrasta però proprio con i testi citati a supporto della teoria dominante, in quanto i passi di Livio e Cicerone in cui si utilizzano i termini *manus* e *potestas* in relazione alla tutela trattavano per l'appunto di tutela muliebre. Riteniamo quindi che l'ipotesi più probabile sia che la tutela nasce come istituto unico con prevalenti caratteristiche potestative e spettante, in origine, solo agli agnati: questi, essendo anche eredi legittimi dei tutelati, avrebbero agito nel più completo interesse della conservazione patrimoniale. Con l'introduzione del tutore testamentario diverso dall'eventuale erede e, soprattutto, del tutore dativo, l'istituto ha progressivamente assunto carattere di protezione nei confronti del minore, mentre, nel caso femminile, la crescente emancipazione ha permesso di limitare sempre più il ruolo del tutore, che mantenne un semplice controllo patrimoniale, spesso più formale che effettivo, in caso di atti rilevanti.

Poco interessa qui addentrarci ulteriormente nel dibattito circa l'esatta genesi della tutela; l'unico punto fermo da sottolineare è che tutori legittimi del minore erano, a esclusione comunque delle donne, unicamente i parenti in linea maschile e che la sua origine legava strettamente l'ufficio tutorio all'esercizio della *potestas*.

Per quanto riguarda il punto di arrivo della disciplina, la dottrina non ha dubbi nell'affermare che il primo certo punto di svolta a livello di norma generale sia una costituzione degli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio datata al 390 d.C. e riferita

---

[285] Gai. 1.178 «*Nam et lege Iulia de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a praetore urbano tutorem petere* 179 *Sane patroni filius, etiamsi inpubes sit, libertae efficietur tutor, quamquam in nulla re auctor fieri potest, cum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere.* 180 *Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatus consulto dotis constituendae gratia tutorem petere.* 181 *Quibus casibus salvam manere tutelam patrono patronique filio manifestum est*». Anche Ulpiano riferisce lo stesso principio, Ulp. Tit. ex corp. 11.21. «*Praeterea etiam in locum muti furiosive tutoris alterum dandum esse tutorem ad dotem constituendam, senatus censuit*».

[286] In tal senso P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino, 1976, pp. 23 ss.; ID., *Studi sulla tutela mulierum. II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto,* Milano, 1979, pp. 1 ss.; C. HERMANN, *Le role judiciaire et politique des femmes sous la république romaine,* in *Collection Latomus,* LXVII, 1964, p. 16.

dal codice Teodosiano[287]. Il provvedimento consentiva alla vedova di assumere il ruolo di tutrice dei figli a patto che si impegnasse formalmente a non risposarsi[288] e soltanto in mancanza di tutori legittimi[289]. I parenti maschi rimangono quindi preferiti, anche se è probabile che concorressero, in ugual maniera, anche quelli in linea femminile. Il testo di tale costituzione è ripreso, quasi invariato, da Giustiniano[290] nel *Codex Repetitae Praelectionis*. Questi cambia la forma con cui viene richiesto l'impegno a non convolare a nuove nozze (*postulatio* antecedentemente, poi giuramento) e fa menzione esplicitamente del tutore testamentario tra i soggetti preferiti alla madre. Successivamente, con una seconda costituzione del 530 d.C., Giustiniano estende la disciplina anche ai figli nati fuori dal matrimonio[291]. Non sappiamo se, già nella costituzione del 390 d.C., si constatasse tale differenza, non ci è quindi possibile stabilire se non fosse applicabile a ogni madre. Infatti, se fino a tutto il III sec. d.C., si può avere la certezza che relativamente al rapporto con la madre i giuristi non differenziassero tra figli concepiti in *iustae nuptiae* o al di fuori del matrimonio, è arduo identificare l'esatto momento in cui sia iniziata tale discriminazione[292].

---

[287] *Cod. Theod.* 3.17.4.pr Idem AAA. Tatiano pp. «*Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis, ad alias se nuptias non venire*».

[288] La norma non prevedeva l'automatica cessazione della tutela in caso di seconde nozze, ma il futuro secondo marito avrebbe dovuto ipotecare i propri beni in favore dei figli di primo letto, a garanzia che i loro interessi non venissero lesi per dolo o incuria. (CTh. 3.17.4.3: «*His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor legitimus defuerit, vel privilegio a tutela excusetur, vel suspecti genere summoveatur, vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur*».)

[289] CTh. 3.17.4.4: «*Quod si feminae tutelas refugerint et praeoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris praefectus urbi, adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt*».

Il testo della costituzione parla esclusivamente di tutori legittimi, tuttavia, come ha giustamente osservato il Solazzi, lo stesso discorso doveva valere anche per quelli testamentari, perché «sarebbe assurdo che la madre, posposta al tutore legittimo, precedesse il tutore testamentario, mentre fra le due delazioni (legittima e testamentaria) corre il rapporto inverso» S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, I, cit., p.7 (ora in *Scritti*, III, cit., p. 86). Inoltre, nella successiva costituzione di Giustiniano, che ripete in maniera quasi invariata il contenuto di quella esposta, vi è fatta esplicita menzione del tutore testamentario, preferito alla madre.

[290] C. 5.35.2. Unica sicura differenza tra le due costituzioni riguarda la forma attraverso cui la donna si impegnava a non risposarsi, antecedentemente effettuata tramite *postulatio*, poi richiesta sotto forma di giuramento.

[291] C. 5.35.3.pr. Iust. A. Iuliano pp. «*Si pater secundum nostram constitutionem naturalibus liberis in his rebus, quae ab eo in eos profectae sunt, tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum, sive masculi sunt sive feminae, subire tutelam, ad exemplum legitimae subolis liceat ei hoc facere, quatenus actis sub competenti iudice intervenientibus iuramentum antea praestet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet et renuntiet senatus consulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio suamque substantiam supponat*».

[292] A sostegno della assenza di diversi regimi tra figli legittimi e illegittimi fino all'epoca giustinianea, si riporta il fatto che solo in epoca tardo antica i termini legittimo e naturale riferito ai figli indicavano la nascita o meno all'interno del matrimonio e tali termini venivano utilizzati in relazione al padre; inoltre nelle discussioni che trattano di *ius liberorum* i giuristi si dividono su come contare il parto gemellare, o se fosse

La materia venne poi rielaborata con le Novelle, in particolare *Nov*. 22 cap. 40 del 535 d.C; *Nov*. 89 e Nov. 94 capp. 1 e 2 entrambe del 539; e *Nov*. 118 cap. 5 emanata nel 543. Con la prima si introducevano nuove sanzioni in capo alla madre che violava il giuramento a non risposarsi: ipoteca sulla metà dei beni in favore dei figli; impossibilità a succedere a questi anche qualora fosse stato disposto per testamento; estensione delle pene previste per le donne che non rispettavano il periodo di lutto; infamia[293]. La Novella 89 ribadiva l'equiparazione tra madre legittima e naturale. La Novella 94, nel primo capo, esclude dall'ufficio tutorio tutti coloro che avevano un rapporto obbligatorio con il minore, ad esclusione della madre. Nel secondo, invece, abrogava l'obbligo di prestare giuramento, pur mantenendo tutte le sanzioni in capo alla donna che si risposava. Tale intervento si rese necessario a causa del rilevante numero di donne che infrangevano la promessa: al fine di evitare un conseguente numero di spergiuri, si eliminò il giuramento. Divieto e sanzioni vennero, però, mantenuti. Atto normativo che chiude questo lungo percorso è Nov. 118 cap. 5 che sancisce la priorità della madre e dell'ava nell'assumere il ruolo di tutore, preferite a tutti i parenti maschi collaterali, e posposte solo al tutore testamentario, nel rispetto della volontà del defunto[294].

La regola originaria, secondo cui solo gli agnati potevano rivestire *l'officium* del tutore legittimo, è quindi non solo corrosa ammettendo anche parenti per lato femminile e poi madre ed ascendenti donne, ma completamente ribaltata, in favore di queste ultime. E però occorre rilevare come, quantunque di fatto lo sovverta, la cancelleria imperiale si impegni a ribadire il principio dell'esclusione femminile. Il precetto, infatti, non sostiene in alcun modo che le donne sono ammesse alla tutela, limitandone però i casi. Al contrario essa si apre ripetendo il divieto generale «καὶ ἡμεῖς ἀπαγορεύομεν» alle donne di assumere «ὑπελθεῖν» l'ufficio tutorio, ma si contempla l'eccezione della madre e dell'ava, che vanno anteposte ai parenti collaterali[295].

---

valido o meno quello mostruoso, in alcun modo sembra rilevare se il nato fosse stato concepito in costanza di matrimonio. Allo stesso modo i senato consulti Tertulliano e Orfiziano si riferiscono a figli senza distinzioni. Solo nel caso degli alimenti abbiamo uno specifico riferimento agli *spurii*, ma in questo caso si sottolinea la loro specificità proprio perché privi di padre, quindi a maggior ragione necessari di tutela. Sul punto però si tornerà successivamente.

[293] Per sfuggire a tali sanzioni la donna avrebbe dovuto rimettere l'ufficio tutorio prima delle nozze, consegnando contestualmente la relazione sulla gestione della tutela e provvedere ai pagamenti dovuti.

[294] Non è esplicito, ma dalla norma si può dedurre che anche un ascendente diretto di sesso maschile sarebbe stato preferito alla madre o all'ava. Rimane il divieto di essere tutrici a tutte le parenti donne in linea collaterale.

[295] *Nov.* 118 cap. 5: «*Ἐξ ὧν δὲ περὶ τῆς κληρονομίας εἰρήκαμέν τε καὶ διετυπώσαμεν, καὶ τὰ περὶ τῆς ἐπιτροπῆς δῆλα καθέστηκε. θεσπίζομεν γὰρ ἕκαστον κατὰ τὸν βαθμὸν καὶ τὴν τάξιν, καθ' ἣν πρὸς τὴν*

2. La tutela femminile

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina vigente durante il principato, è opportuno proporre un rapido riassunto del processo evolutivo della tutela muliebre.

La difficoltà nel tracciare un quadro generale della situazione femminile a Roma risiede nel fatto che la maggior parte delle misure che favorirono l'emancipazione non erano generali ed obbligatorie, ma dipendevano dallo status della singola e dalla volontà dell'avente potestà sulla donna stessa. Tutto ciò inevitabilmente impedisce di misurare l'impatto sociale di ciascun provvedimento. Allo stesso modo, anche le fonti extra giuridiche richiedono necessariamente di essere contestualizzate nel loro specifico ambito: una grande maggioranza di queste riferiscono di donne delle *élite*, le quali verosimilmente godevano di una situazione migliore rispetto a quelle meno abbienti, sulla cui condizione siamo costretti, in larga misura, a formulare mere ipotesi[296].

Il fatto che le innovazioni normative che avevano permesso una progressiva emancipazione femminile, precedenti ad Augusto, avessero natura facoltativa, ha creato il dibatto sul valore da dare alle leggi di quest'ultimo, e di conseguenza sull'identificazione del periodo storico in cui si è pienamente sviluppato tale processo. Come noto, in origine, ogni donna doveva avere un tutore, dapprima esclusivamente legittimo, in seguito anche testamentario. Il primo passo in favore dell'emancipazione si ebbe con l'introduzione della *tutoris optio*, infine con l'istituzione del tutore atiliano. Nel corso del II e del I sec. a.C. i casi nei quali una donna poteva ricorrere alla *lex Atilia* furono ampliati in misura sempre maggiore. Inoltre si diffuse la possibilità di ricorrere al giudice per obbligare il tutore ad

---

κληρονομίαν καλεῖται ἢ μόνος ἢ μεθ' ἑτέρων, καὶ τὸ λειτούργημα τῆς ἐπιτροπῆς ὑπελθεῖν, οὐδεμιᾶς οὐδὲ ἐν τούτῳ τῷ μέρει διαφορᾶς εἰσαγομένης ἐκ τῶν adgnatικῶν ἢ cognatικῶν δικαίων, ἀλλὰ πάντων ὁμοίως εἰς τὴν ἐπιτροπὴν καλουμένων τῶν τε δι' ἀρρενογονίας τῶν τε διὰ θηλυγονίας τῷ ἀνήβῳ συναπτομένων. ταῦτα δὲ λέγομεν, εἰ ἄρρενες καὶ τέλειοι τὴν ἡλικίαν εἴησαν καὶ ὑπὸ μηδενὸς νόμου κωλύονται τὴν ἐπιτροπὴν ὑπελθεῖν μηδὲ ἐξκουσατίονι ἁρμοζούσῃ αὐτοῖς κέχρηνται. ταῖς γὰρ γυναιξὶ καὶ ἡμεῖς ἀπαγορεύομεν τὰ τῆς ἐπιτροπῆς ὑπελθεῖν λειτουργήματα, εἰ μὴ μήτηρ ἢ μάμμη εἴη· ταύταις γὰρ μόναις κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν καὶ τὴν ἐπιτροπὴν ὑπελθεῖν ἐφίεμεν, ἐὰν ἐν ὑπομνήμασι καὶ γάμοις ἑτέροις καὶ τῇ βοηθείᾳ τοῦ Βελλειανείου δόγματος ἀπαγορεύσωσι. ταῦτα γὰρ φυλάττουσαι πάντων τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν εἰς τὴν ἐπιτροπὴν προτιμηθήσονται, τῶν testamentariων μόνων ἐπιτρόπων προλαμβανόντων αὐτάς· τὴν γὰρ τοῦ τελευτήσαντος βούλησίν τε καὶ ἐπιλογὴν προτιμᾶσθαι βουλόμεθα. εἰ δὲ πολλοὶ τὸν αὐτὸν τῆς συγγενείας ἔχοντες βαθμὸν καλοῦνται πρὸς τὴν ἐπιτροπήν, κελεύομεν αὐτοὺς κοινῇ συνελθόντας παρὰ τῷ ἄρχοντι, ᾧ τούτου μέλει τοῦ μέρους, ἕνα ἢ καὶ πλείονας, ὅσοι πρὸς τὴν διοίκησιν τῆς οὐσίας ἀρκοῦσιν, ἐξ αὐτῶν ἐπιλέξασθαι καὶ ὀνομάσαι, καὶ τοῦτον ἢ τούτους τὰ τοῦ ἀνήβου πράγματα διοικεῖν, τοῦ τῆς ἐπιτροπῆς κινδύνου πᾶσιν ἐπικειμένου τοῖς πρὸς τὴν ἐπιτροπὴν καλουμένοις, καὶ τῶν οὐσιῶν αὐτῶν σιωπηρῶς ὑποκειμένων τῷ ἀνήβῳ ὑπὲρ ταύτης τῆς διοικήσεως».

[296] In materia, cfr. K. MORREL, *The tutela mulierum and the Augustan marriage law,* in *Eugesta*, 2020, pp. 89 ss.

interporre la propria *auctoritas* e, da ultimo, con lo sviluppo dello *ius honorarium* e la progressiva sostituzione dei negozi formali, in cui la presenza del tutore non era più richiesta, le donne acquistarono indirettamente una sempre maggiore possibilità di autogestione economica. Inoltre, non dobbiamo dimenticare che, nel periodo delle frequenti guerre civili, tra II e I sec. a.C. le famiglie aristocratiche iniziarono ad intestare i propri patrimoni alle componenti femminili della loro famiglia, le quali, non potendo essere iscritte nelle liste di proscrizione, non rischiavano di subire l'esproprio.

Questa acquisita indipendenza *de facto* ha indotto parte della dottrina a ritenere l'introduzione dello *ius (trium vel quattuor) liberorum*[297] da parte di Augusto[298] come l'atto conclusivo di un processo già compiuto in precedenza. La possibilità di emanciparsi del tutto da un tutore sarebbe quindi la mera recezione legislativa di una realtà sociale che aveva già trovato gli opportuni espedienti per affrancarsi da ogni controllo. In favore di tale tesi, si citano esempi di matrone che già in precedenza gestivano autonomamente il loro patrimonio e testimonianze letterarie che lamentano o ridicolizzano tale costume[299]. Di contro, altri studiosi considerano la normativa augustea quale punto di svolta e vero cardine del processo di emancipazione. A supporto avremmo il fatto che, in maniera piuttosto omogenea, le testimonianze successive presentano il conferimento dello *ius liberorum* quale grande motivo di vanto e di onore per le donne, sia a Roma che in provincia[300].

---

[297] Sull'istituto la bibliografia è sconfinata, per la prospettiva più attinente al nostro argomento vedi: T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea,* Napoli, 2010, *passim*; F. LAMBERTI, *Convivenze ed unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato,* in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité,* 64, 2017, pp. 5-24; E. CANTARELLA, *Women and Patriarchy,* cit., p. 425, ove bibliografia.

[298] Gai. 1.145: *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae. loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est.* Gai. 1.194: *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habeant, velut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.*

[299] Giovenale, in particolare, fu tra i maggiori critici di questa nuova ingerenza femminile, ridicolizzando la tendenza femminile a voler sfoggiare la propria cultura (Giov. *Sat.* 6. 434-439). Lo stesso Cicerone lamentò il costume per cui, al suo tempo, erano le donne a controllare i tutori e non viceversa. Tuttavia non possiamo dimenticare che la sua stessa moglie era titolare di un vasto patrimonio, probabilmente anche maggiore di quello dell'arpinate, che gestiva direttamente in prima persona. Per un ritratto di Terenzia: Plut. *Cic.* 20.39.

[300] P. Oxy. XII. 1467, 263 d.C. tratta di una transazione messa in atto da tale Aurelia Thaisous che rivendica di essere in possesso di tale beneficio, nonché di saper scrivere. P. Euphr. 15 pubblicato da Feisel, Gascou in *Journal des Savants* 2000, 157-208 e 189-92; P. Mich. XV. L'uso di specificare che la donna fosse in possesso del *ius liberorum,* sebbene non rilevante, lo riscontriamo anche nelle iscrizioni:CIL VI.10247, 252 C.E.; CIL XI.6354 = ILS 6655, fine II sec. d.C.; CIL VI.1877 (ILS 1919), fine I sec. d.C.; CIL VI.10246, III sec. d.C.; CIL III.755, IV sec. d.C.; SEG IV.544, 204 d.C.

Dopo Augusto, la principale innovazione normativa si ebbe con Claudio che abrogò la tutela legittima, ad eccezione di quella del patrono. Infine con Adriano alle donne è concessa libertà testamentaria senza bisogno di ricorrere alla *coemptio testamenti faciendi gratia*[301]. Questo istituto è risalente ed appartiene alla categoria delle vendite fittizie[302]. La donna che intendeva redigere un testamento doveva essere mancipata dal proprio tutore o *pater* a una persona di fiducia, il quale la avrebbe poi a sua volta ri-mancipata ad un terzo, che avrebbe proceduto all'emancipazione. Tramite questo procedimento la donna subiva una *capitis deminutio minima*, rompeva quindi tutti i legami agnatizi con la famiglia di provenienza, perdendo ogni aspettativa successoria nei loro confronti (e viceversa). I giuristi romani avevano poi individuato proprio nella *capitis deminutio* il requisito per la capacità di testare[303]: una donna, quindi, che ne aveva già subita una per altre cause, non aveva bisogno dell'apposita *coemptio* per redigere un valido testamento[304]. Alle donne era perciò garantita completa libertà di gestione del proprio patrimonio esclusivamente nel caso in cui fosse stata svincolata da ogni legame familiare. Solo al riparo da relazioni, ella diveniva finalmente autonoma. Questa suggestione è destinata a rimanere tale in questo elaborato, ma propone comunque un'interessante prospettiva di inquadramento della costruzione identitaria femminile.

Infine, sotto Adriano e Marco Aurelio, furono emanati i senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano che intervennero a regolare la successione intestata tra madri e figli.

Non abbiamo dati certi per quanto riguarda l'eliminazione della tutela muliebre. Nel *corpus* giustinianeo non ve n'è più traccia; inoltre, allo stesso imperatore, si deve l'abrogazione dell'obbligo, in capo alla madre, di dover generare tre o quattro figli per poterne essere erede[305]. Con Costantino era avvenuto un ampiamento della platea a cui

---

[301] Gai. 2.112 «*... ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est sui iuris feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum xii, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent*».

[302] Gai. 1.115 «*Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere et alium nancisci, illis tutoribus auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferioribus apparebit*».

[303] Cic. *Topica,* 4.18.

[304] In tal senso: B. KUBLER, *v. Testament,* in *RE*, 5, 1934, p. 992; L. PEPPE, *Posizione giuridica,* cit., p. 56; L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica,* Napoli, 2000, p. 179; C. FAYER, *La familia romana,* cit. p. 595. Contra: P. BONFANTE, *Corso,* 6, cit., p. 376; E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a fare testamento,* in *BIDR,* 48, 1942, p. 86; M. KASER, *Zur Geschichte der "capitis deminutio",* in *IURA*, 3, 1956, p. 805; P. VOCI, *Diritto Ereditario,* cit., p. 393.

[305] C. 8.58.2.pr Iust. A. Menae pp.: «*Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus et legitima iura, quae ex Tertulliano senatus consulto ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit*» (a. 528)

poteva essere concesso il *ius liberorum* e successivamente, tramite una costituzione riportata nel codice teodosiano, datata 396 d.C., ci viene data notizia che esso fu esteso a chiunque ne avesse fatto richiesta[306], fino alla sua abrogazione nel 410 d.C.[307] Tuttavia tali interventi riguardavano la disciplina relativa alle esenzioni e ai privilegi: sicché non è possibile trarre conseguenze sicure in riferimento alla posizione femminile.

È possibile tracciare una netta linea di separazione tra misure pre-augustee e successive in riferimento al beneficiario. Ogni donna, alla fine della repubblica, idealmente, poteva far uso degli atti negoziali estranei al *ius civile*; ogni donna poteva chiedere il tutore atiliano, e ricorrere al meccanismo della *coemptio testamenti faciendi causa.* I fattori ostativi alla libertà femminile derivavano o dalla volontà del *pater* o dalla presenza di un tutore legittimo, oltre che dalla sua specifica condizione economica. Al contrario con Augusto, e ugualmente con le misure introdotte dai senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, beneficiaria era la 'madre': non una donna qualsiasi, ma una donna che avesse generato figli. Allo stesso modo, come vedremo, nel corso del secondo secolo i miglioramenti della condizione femminile dipesero in larga misura dalla sua aumentata capacità di indirizzo nei confronti dei discendenti [308]. Eccezioni a questa rigida separazione cronologica sono il provvedimento di Claudio, che abroga la tutela legittima per tutte (liberte escluse, ma questa eccezione risponde ad una diversa logica), e la concessione della piena libertà testamentaria. Tuttavia, se ampliamo il quadro e assumiamo la prospettiva della costruzione

---

[306] CTh. 8.17.1.pr. Arcad./Honor. AA. ad Caesarium pp.: «*Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec implorantum preces aetas vel tempus impediat, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum*» (a. 396)

[307] CTh. 8.17.3.pr. = C. 8.58.1.pr: Idem AA. Isidoro pu.: «*Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus. Et cetera.*» (a. 410)

[308] È anche da ammettere che, con l'eliminazione della tutela legittima da parte di Claudio, la donna aveva raggiunto, seppure in via indiretta, la completa libertà economica. Rimangono tutti i divieti che inerivano all'esercizio di un potere pubblico in senso lato, ma in questo ambito non vi fu mai alcun tipo di processo di emancipazione. Circa la questione dell'infermità da cui discendeva la necessaria subalternità (riferita all'ambito economico), già Gaio dubitava della fondatezza di tale affermazione (Gai 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*»). In proposito T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 32ss. ha sostenuto che, nel corso del secondo secolo, possiamo assistere ad uno slittamento di tale giustificazione: da inferiorità mentale si passerebbe ad inferiorità fisica, questo legittimerebbe la permanenza di tale principio anche a fronte di una ormai lampante attività femminile in ambito economico. F. LAMBERTI, *Mulieres e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e presenze silenziose,* in *Index*, 2012, pp. 244 ss., obietta che, per quanto suggestiva, la tesi non riesca ad essere provata in maniera convincente. Sul punto ritorneremo nelle conclusioni, ci si limita qui a sottolineare che di movimenti di protesta o rivendicazione femminile nella storia romana non c'è traccia, risulta quindi difficile che una concessione sia data, qualora ne manchi la richiesta. Sul silenzio delle donne romane, soprattutto in comparazione di quelle greche, cfr. E. CANTARELLA, *Passato prossimo,* Milano, 1996 e ID., *L'ambiguo malanno,* Milano, 2010.

dell'identità di genere, si può cogliere un cambio di paradigma nella normativa: prima la donna era identificata in relazione al *pater* (come chiunque nella società romana arcaica, peraltro); da Augusto, lentamente, il centro di attrazione femminile si muove lentamente, spostando il proprio asse sui figli. Una donna e la sua identità iniziano ad essere costruite in relazione a chi ella procrea. Adriano, eliminando l'obbligo di *coemptio* ed emanando il senatoconsulto Tertulliano, 'consacra' tale transizione: il luogo di identificazione femminile rimane sempre la famiglia, ma essa assume una differente dimensione, al punto da determinare un mutamento nella costruzione identitaria femminile[309].

3. Fonti generali e storiografia

La fonte più antica che stabilisce l'impossibilità per una donna di essere tutrice è un passo di Q. Mucio Scevola, concernente la tutela legittima:

D. 50.17.73.pr Muc. l. s. ὅρων*: Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt* [310]

Il giurista afferma che qualora l'erede legittimo sia una donna vi è una deroga alla regola generale, secondo la quale il tutore è anche erede. La stessa notizia la ritroviamo anche in Ulpiano:

D. 26.4.1.pr-1, Ulp. *Ad Sab.*: *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*[1] *Interdum alibi est hereditas, alibi tutela, ut puta si sit consanguinea pupillo: nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. item in libertinis, si sit patrona et patroni filius: nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona optinebit: tantundemque erit et si sit patroni filia et nepos.*

Il giurista severiano, fornendo un esempio, riferisce la medesima regola: la tutela legittima è data a chi spetta l'eredità, in conformità con quanto stabilito delle dodici tavole. Qualora l'erede fosse una donna, vi è, però, un'eccezione e i due istituti si separano. La particolarità delle due testimonianze risiede nel fatto che entrambe seguono la stessa linea

[309] Il punto sarà poi ripreso ed approfondito in sede di conclusioni.

[310] Per un'approfondita analisi del passo J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera,* Roma-Bristol, 2018, pp. 359 ss.

espositiva rimarcando la stretta correlazione tra tutela e eredità[311]. In particolar modo è stato sottolineato che, soprattutto nella testimonianza muciana, è dalla tutela che si desume l'eredità, non viceversa, nonostante, a logica, la seconda fattispecie dovesse essere quella più diffusa[312]. La somiglianza tra le due testimonianze comunque trova una facile spiegazione in quanto il passo ulpianeo è tratto dal commento a Sabino, il quale, a sua volta, ebbe certamente ben presente l'opera muciana. È tuttavia da sottolineare la continuità delle forme nell'esposizione dei precetti[313].

Le agnate, le cognate e le patrone erano escluse dalla tutela legittima. Per quanto attiene la tutela dativa, invece, il principio dell'esclusione femminile è altrettanto certo, ma impone un esame a parte. Il libro ventiseiesimo del digesto, interamente dedicato alla tutela, si apre con la definizione, tratta dal commento all'editto di Paolo, dell'istituto quale *vis ac potestas*. Questo ultimo termine suggerisce che tutori possano essere solo soggetti virtualmente abilitati all'esercizio di una *potestas*. Inoltre, nel corso dell'intera evoluzione dell'ordinamento romano, il principio di esclusione femminile dalla sfera pubblica rimane incontrastato e, già dal I sec. d.C., si riscontra una tendenza a qualificare l'ufficio tutorio sempre più come *munus*. I primi ad assumere tali caratteristiche sono proprio i tutori dativi. Testimonianze di un esplicito divieto alle donne, le troviamo, nell'esposizione fatta nel Digesto, in D. 26.1.16.pr[314] e D.26.1.18, che riferiscono passi di Nerazio e di Gaio:

D. 26.1.16.pr: Gai. 12 *ad ed. provinc.*: *Tutela plerumque virile officium est*

D. 26.1.18 Ner. 3 *reg.*: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*.

---

[311] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit. p.10; J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola.,* cit., p. 360.

[312] J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola,* cit., p. 360. Gli studiosi accolgono la tesi di A. WATSON, *The law of the persons in the later roman republic,* Oxford, 1967, pp. 119 s., per cui è improbabile che tale formulazione sia opera dei compilatori, in quanto essi avrebbero avuto interesse a semplificare la struttura espositiva.

[313] Sulla struttura dell'esposizione muciana, quale canone della successiva elaborazione giurisprudenziale J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola,* cit., pp. 112 ss.

[314] Il frammento gaiano in realtà potrebbe essere riferito alla tutela legittima, in quanto l'autore poi procede trattando di quella. La frase tuttavia presenta una tale ampiezza da poter pacificamente ritenere che si riferisse ad ogni forma di tutela. Interessante è come, immediatamente dopo tale enunciato, il giurista prosegue con il tema tutela-eredità, ma, questa volta, capovolgendo completamente la narrazione: la tutela non si lega all'eredità, ad eccezione del caso di quella legittima e solo qualora l'erede sia maschio. Questa forma appare molto più in linea sia con lo stato di evoluzione giurisprudenziale dell'istituto nel momento in cui l'autore scriveva, sia con la percezione sociale dello stesso. Rende, tra l'altro, ancora più peculiare la scelta operata da Ulpiano, che ripropone vecchie costruzioni espositive, fortemente legate a paradigmi passati. Sul ritorno, almeno formale, al *ius vetus,* da parte dei giuristi severiani si veda A. SPINA, *Q. Cervidius Scaevola: quaestionum libri XX,* Roma-Bristol, 2021, pp. 4 ss. e 19 ss.; T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 62 ss.

Come leggiamo in entrambi i passi, viene enunciata la regola per cui la tutela è un *officium* maschile. Tuttavia, tramite l'utilizzo di *plerumque* in Gaio, e la proposizione finale in Nerazio, si apre un varco a possibili eccezioni. Proprio l'ambiguità appena descritta ha portato a innumerevoli studi in materia, scatenando un infinito dibattito. Decisamente più netto in materia è un rescritto di Alessandro Severo datato al 224 d.C. L'imperatore risponde ad una tale Otacilia, la quale, in prima lettura, sembra avergli richiesto di attivare proprio quella capacità di *specialiter postulare*:

C.5.35.1 Imp. Alexander A. Otaciliae*: Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est*

La posizione è ferma: le donne non possono essere tutrici a causa dell'infermità del loro sesso[315]. Questa testimonianza, insieme con altre, è servita a suffragare l'opinione di quella parte della dottrina che riteneva i passi di Gaio e Nerazio non genuini. Già il Lenel aveva individuato in *plerumque* un'aggiunta di Triboniano, mentre, quanto al passo di Nerazio, le argomentazioni si basano su una lunga tradizione filologica che classifica come interpolate tutte le preposizioni introdotte con *nisi*: sicché l'intera ultima frase sarebbe da espungere[316]. Tali modifiche servivano ad armonizzare il "diritto classico" con le novità normative introdotte dalla costituzione del 390 d.C. Il responso di Alessandro Severo sarebbe quindi prova conclamata a favore delle teorie interpolazioniste, che, peraltro, non risparmiano nemmeno quest'ultima, contestandone la motivazione (*et ultra …officium est*), pur senza intaccarne la sostanza.

Grosso parzialmente si oppone, ritenendo che la seconda parte del passo di Nerazio debba ascriversi ad un anonimo commentatore pre-giustinianeo[317]. Greiner si accoda, imputando a Triboniano quanto compreso tra *nisi* e *postulent*, e sostenendo la non originalità anche della proposizione introdotta da *id*, in quanto l'essere la tutela *munus*

[315] In questo frammento è stato ritenuta interpolata la perifrasi «*ultra sexum feminae infirmitatis*» in quanto non corretta dal punto di vista grammaticale (così, G. BESELER, *Einzelne Stellen,* in *ZSS*, XLVII, 1927, p. 378; S. SOLAZZI, *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus,* in *AG*, CIV, 1930, pp. 375-376); per Masiello è semplicemente tautologica (in T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., p. 74). In ogni caso il concetto è in linea con il pensiero del tempo, lo si ritrova infatti ripetuto in diversi contesti: a mero titolo esemplificativo, si veda Tit. Ulp. 11.1 («*Tutores constituuntur tam masculis quam feminis: sed masculis quidem inpuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem; feminis autem inpuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*») e D. 49.14.18.pr. («*Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est*»).

[316] R. GREINER, *Opera Neratii,* Karlsruhe, 1973, pp. 118 ss.

[317] G. GROSSO, *Congetture di glossemi pregiustinianei nei frammenti dei 'Libri Regularum' di Nerazio contenuti nel Digesto,* in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXVII, 1932, pp. 115 ss.

masculorum[318] sarebbe priva di senso. Questa seconda modifica, tuttavia, sarebbe opera di una riscrittura avvenuta tra il 224 d.C. e il 390 d.C., data oltre la quale quanto affermato sarebbe sicuramente stato falso[319].

Tuttavia tale teoria interpolazionista venne contrastata già dall'inizio del secolo scorso; in particolare il Wenger propendeva per la genuinità del *plerumque* in Gaio, sostenendo che andasse letto con valore limitativo: il giurista, considerando il pubblico a cui si rivolgeva, intendeva qui fare un riferimento alle diverse tradizioni provinciali. A supporto si invoca un passo di Papiniano:

D. 26.2.26.pr Pap. 4 *resp.*: *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decrevit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*

Nel frammento il giurista ripete nettamente il principio dell'esclusione femminile alla tutela, ma sembra ammettere che, seppure a causa dell'imperizia dei governatori provinciali, esistevano casi contrari. Anche questa fonte è stata sottoposta a revisione, in particolare si è contestata la frase finale e la formulazione *leges nostrae*, sul cui significato non c'è unanimità di vedute[320]. Tuttavia, si è detto[321], la voce di Papiniano può benissimo essere inserita all'interno della teoria dominante, senza necessità di espungere nulla. Le donne non potevano essere tutrici e il giurista si appella alle cancellerie provinciali affinché cessino di tollerare istituti esclusivamente locali. In questo senso, il frammento rappresenterebbe la più lampante testimonianza della distanza tra rigida disciplina normativa e necessità sociali sempre più lontane da quella idea di famiglia proposta dal *ius civile*.

---

[318] L'obiezione si basa sia sulla qualificazione della tutela come *munus*, sia sull'aggettivo *masculorum*, ritenuto poco in linea con il lessico giuridico. Per quanto riguarda il primo aspetto la problematica nasce dalla duplicità dell'istituto tutelare: la tutela legittima, nonostante gli sviluppi, arriverà a essere caratterizzata dalla componente di doverosità solo tardivamente; la tutela dativa, d'altra parte, già sorge con un nucleo più incentra sui doveri del tutore, piuttosto che i poteri, per cui la qualificazione in *officium* e successivamente *munus* è più rapida. Per quanto riguarda l'aggettivo *masculorum,* T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit. pp. 26 ss., ha ritenuto di poterlo riconnettere alla nuova narrativa posta a giustificazione della subalternità femminile. Lo studioso sostiene, infatti, che alla classica dualità *vir/mulier,* che poggerebbe su un piano di "identità di genere", perciò relativo alle qualità caratteriali dei due sessi, si vada a sostituire quella definita come *masculi/feminae,* che invece farebbe riferimento ad un piano naturalistico. La subalternità femminile troverebbe così ragione nella maggiore debolezza fisica femminile, superando il necessario richiamo a quella mentale che, (come constata Gaio 1.190) sarebbe ormai speciosa.

[319] R. GREINER, *Opera Neratii,* cit., pp. 118 ss.

[320] Per P. FREZZA, *La donna tutrice,* cit., p. 5 sarebbe equivalente a *ius nostrum*; S. SOLAZZI, *L'istituto greco-egizio,* cit., p. 364, ritiene sia da espungere l'intera frase introdotta con *quam* e considera inverosimile la notizia, per cui l'intero passo sarebbe da riscrivere; G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice*, cit., p. 107, sarebbero le norme imperiali che disciplinano la materia in ambito provinciale.

[321] T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., pp. 64 ss.

È un conflitto di cui si scorge la presenza anche in:

D. 26.7.5.8 Ulp. 35 *ad ed.*: *Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat.*

Ulpiano riferisce un responso di Papiniano in cui si nega che un padre possa sollevare i tutori dalla loro responsabilità, esonerandoli quindi dalla rendicontazione, in quanto vorrebbe che la tutela fosse esercitata nei fatti dalla madre. Il giurista ammette che è appropriato che il tutore ascolti i consigli materni, ma che né l'esplicita volontà paterna, né l'ingerenza materna possono infrangere l'integrità dell'ufficio tutorio. Vi era dunque una indubbia spinta sociale a coinvolgere in misura sempre maggiore le donne, anche e soprattutto perché si sviluppava un comune sentire sociale che individuava nella madre la persona più idonea ad agire nell'interesse dei figli. Non mancano altre testimonianze, databili tra il II e III sec. d.C., che indicano una simile tendenza: padri che dispongono fedecommessi testamentari che pongono la madre come amministratrice; madri che promettono indennità a tutori, oltre che un consistente numero di papiri di origine egiziana che mostrano l'insistenza con cui la popolazione locale chiedeva il riconoscimento di istituti propri da parte della cancelleria provinciale o imperiale. Occorre, dunque, chiedersi: fino a che punto questi espedienti furono tollerati? Vi fu un cambio di paradigma da parte del governo centrale a tal riguardo?

In Italia, il primo ad esprimersi per la genuinità dei passi di Nerazio e Gaio, seppur ritenendo che i casi di eccezionalità fossero da ascrivere unicamente a situazioni provinciali, fu Giorgio La Pira[322]. Lo studioso ebbe il merito di proporre un'attenta analisi di papiri egiziani che riferivano della consuetudine di attribuire alla madre, a volte insieme con un parente maschio, il dovere di tutela dei propri figli, riconnettendoli ad alcuni casi riferiti dal Digesto[323], al fine di provare che, già prima di Teodosio, si conoscevano ipotesi di concessione di tutela. Gli si opposero fortemente Siro Solazzi[324] e Paolo Frezza[325], il primo riproponendo la teoria "tradizionale", il secondo, invece, ammettendo che i casi di ingerenza erano certamente diffusi anche tra i cittadini romani, pur rilevando che un riconoscimento formale non vi fu mai e che i giuristi si mantennero fedeli a questo criterio.

[322] G. LA PIRA, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano,* in *BIDR,* 38, 1930, pp. 53-73.
[323] In particolare D. 3.5.33 e D. 46.3.88.
[324] S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* cit. pp. 73 ss.
[325] P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit. pp. 363-385.

Alla fine degli anni ’70 del secolo scorso sono stati pubblicati due studi, uno di Giuliano Crifò, l’altro di Tommaso Masiello[326], che, sebbene propongano conclusioni in parte divergenti, rimangono, ad oggi, le due ricerche più approfondite in materia. Successivamente vi furono studi più focalizzati sull’analisi dei papiri e della condizione nelle province, che forniscono importanti informazioni di carattere sociologico, ma che, purtroppo, non permettono sempre di stabilire con certezza se gli istituti cui si fa riferimento siano locali o romani.

La teoria di Crifò si basa sul coordinamento dei passi già citati[327] con due costituzioni, una di Alessandro Severo, emanata sempre nel 224, e una seconda di Costantino, datata al 326 d.C. Dalla loro lettura contestuale, secondo lo studioso, emergerebbe prova del fatto che vi fossero donne ammesse alla tutela già prima della fine del quarto secolo. Sostiene infatti, basandosi in special modo sul contenuto di D. 26.1.18.pr, che fosse possibile attivare una procedura speciale, di cui però non possiamo dire altro, che avrebbe comunque richiesto una successiva *confirmatio*. Requisito necessario perché ad una donna, o meglio, alla madre del minore, fosse concessa tale eccezione, era l’assenza di persone più idonee. La costituzione di Teodosio innoverebbe solo nel limite del divieto alle seconde nozze[328]. Per superare, poi, quel che si ricava dall’esame di C. 5.35.1, Giuliano Crifò sostiene che l’aggettivo *virilis*, utilizzato dall’imperatore Alessandro, non andrebbe tradotto con maschile, ma gli si dovrebbe attribuire un significato più metaforico: la tutela, in altre parole, rappresenterebbe un *officium* nobile, impegnativo. In tale prospettiva, pertanto, l’imperatore, lungi dal negare ad Otacilia la tutela in quanto donna, si limiterebbe a sostenere che lei, in particolare, non pare in grado di assumersi un compito così arduo. Sicché altre donne, quelle dotate di eccezionali virtù, avrebbero potuto esserne capaci[329].

Le due costituzioni che Crifò propone a supporto della sua tesi sono riferite dal codice di Giustinano: la prima fu emanata da Alessandro Severo nel 223 d.C., un anno prima del rescritto indirizzato ad Otacilia. L’imperatore rispose ai consoli Massimo e Eliano:

C. 5.49.1.pr-2 Alex. A. Dionysodoro. “*Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae inspecta personarum et qualitate*

[326] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* Napoli, 1979.
[327] D. 26.1.16.pr.; D. 26.1.18; C. 5.35.1
[328] G. CRIFÒ*, Sul problema della donna tutrice,* in *BIDR,* 67, 1964, pp. 88 ss.
[329] G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice*, cit., p. 140.

et coniunctione perpendet, ubi puer educari debeat. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod praeses iusserit."

Nel testo si stabilisce che non vi è persona migliore, per occuparsi dell'educazione di un pupillo, della sua stessa madre; tuttavia qualora vi sia disaccordo tra quest'ultima, i tutori e i parenti, un magistrato potrà intervenire e stabilire presso chi il minore dovrà essere educato. Giuliano Crifò intravede la possibilità che la madre, non solo sia di fatto la persona che si occupa del minore, ma che la sua posizione può risultare più favorevole di quella del tutore, qualora un giudice stabilisca in tal senso.

La seconda *constitutio*, del 326 d.C., fu indirizzata da Costantino al popolo. Si tratta di un testo molto lungo in cui l'imperatore ammonisce tutori e curatori che si siano comportati in maniera inappropriata e, a loro carico, prevede nuove sanzioni. Il testo è connotato da forti tinte moraleggianti e si coglie una grande intenzione di non tollerare ulteriormente comportamenti ritenuti disdicevoli. Il che, a ben vedere, non stupisce, considerando la peculiare tipologia del provvedimento (costituzione *ad populum*). Interpella il nostro tema il paragrafo 5, nel quale, una volta enunciate nuove misure concernenti i tutori, l'imperatore rivolge la sua attenzione alle madri:

C. 5.37.22.5 Const. A. ad populum: *Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.*

Si conferma, così, l'equiparazione tra madri e tutori, già prospettata dal provvedimento di Alessandro Severo[330]. Si proverebbe in tal modo, tenuto anche conto delle testimonianze papirologiche e del frammento di Nerazio, che casi di donne, cui si riconosceva un potere equiparabile a quello del tutore, erano contemplati. Sono problemi che emergerebbero da un quadro provinciale: e, in effetti, il principe, nel suo rescritto, proponeva un esplicito riferimento al *praeses*[331].

Prima di discutere le obiezioni di Tommaso Masiello alle ipotesi formulate da Giuliano Crifò, vorrei sottolineare come, anche nel rescritto di Alessandro Severo, il fatto di non

[330] Il Crifò infatti individua proprio nel rescritto di Alessandro del 223 il provvedimento cui quel *lex* sarebbe riferito (G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice,* cit., p. 91); il Biondi invece ritiene si tratti di una costituzione antecedente al 326 di contenuto incerto (B. BIONDI, *Diritto romano cristiano,* III, *La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 145); per Humbert invece *lex* indicherebbe la stessa costituzione di Costantino (M. HUMBERT, *Le remariage,* cit., p. 405 ss.); infine Masiello ritiene si tratti di un provvedimento del 195 d.C. riportatoci in D. 27.9.1 pr-2 (T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., p. 73).

[331] In questo senso F. GRELLE, *Datio tutoris e organi cittadini del basso impero,* in *Labeo,* 6 (1960), p.218.

contrarre seconde nozze, sia considerato di per sé meritorio. Il dato rileva maggiormente, se si considera che la disciplina matrimoniale augustea era ancora in vigore, ed incentivava, sia uomini che donne, a risposarsi. Siamo perciò davanti ad una contraddizione dell'ordinamento: se da un lato, infatti, si offrono privilegi, soprattutto di stampo patrimoniale, alle donne che non fossero rimaste nubili; dall'altro si suggerisce che la corretta cura dei figli, e quindi il diritto ad esercitarla, necessiti l'assenza di, per così dire, "distrazioni", ovverosia di presenze esterne che potrebbero mettere i minori in secondo piano. Ci troviamo, tra l'altro, in un momento storico in cui l'influenza cristiana, seppure crescente, non aveva ancora raggiunto i livelli massimi dell'amministrazione, come avverrà in seguito; non è, quindi, in questo caso specifico, così immediato attribuire ad essa tale nuova tendenza. È pur vero, tuttavia, che la storia del diritto romano è costantemente attraversata dal timore che i figli di secondo letto possano soppiantare quelli di primo, ragione per cui tale provvedimento non risulta completamente atipico. Si noti, però, che non si riscontrano norme generali di eguale contenuto a carico del padre.

Tornando alle due costituzione addotte da Giuliano Crifò a supporto della sua tesi, C.5.49.1 e C.5.37.22.5, Masiello eccepisce che, in entrambi i passi, sebbene vi sia una assimilazione tra tutore e madre, non vi è mai una totale sovrapposizione[332]. Nel primo, anzi, è evidente che si tratta di due figure separate, mentre nel secondo, se le madri avessero avuto la possibilità di essere tutrici, Costantino non avrebbe dovuto esplicitare che le norme si applicavano anche a loro. Non si contesta infatti che, in qualche modo, le madri avessero ottenuto il riconoscimento di una maggiore ingerenza nei compiti che erano tradizionalmente affidati al tutore, ma altra cosa è ottenere la legittimazione, ovverosia la possibilità di esercitare una propria *auctoritas.*

Masiello, forte sostenitore della completa genuinità del passo di Nerazio, offre una seconda chiave di lettura. A parere dell'autore, quel *nisi specialiter postulent* indicherebbe una specifica procedura eccezionale in vigore durante l'intero periodo degli Antonini, fino alla sua abrogazione nel 224 da parte di Alessandro Severo. Sostiene, perciò, che, in un determinato lasso di tempo, nella normativa si riscontrerebbe un dualismo: da un lato la regola generale dell'incapacità femminile all'ufficio tutorio, dall'altra, il potere del principe di sanare ciò che non era, nel caso specifico, politicamente opportuno[333]. Masiello ritiene che tale costruzione derivi da una «consapevole antinomia di due diversi livelli di

[332] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., p. 13.
[333] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 36 ss.

normatività, giurisprudenziale ed imperiale, il secondo dei quali agisce al di fuori del limite del "razionale"»[334]. Anche il *plerumque* gaiano attesterebbe un'ultima menzione di questa eccezionale possibilità. Lo studioso, a supporto della sua tesi, propone una raffinata e attenta analisi diacronica di alcuni passi di Scevola, Papiniano e Ulpiano, volta a dimostrare come vi sia stata, a proposito della "donna tutrice", una progressiva regressione del pensiero giuridico. Questo mutamento di prospettiva andrebbe collegato, secondo lo studioso barese, ad una specifica volontà politica, inaugurata da Settimio Severo, deciso a ricondurre a forme di *ius vetus* ogni innovazione giurisprudenziale[335]. In qualche modo, negli anni della dinastia severiana, il potere imperiale avrebbe proceduto a ri-incanalare l'enorme impulso normativo, dato dalla ormai inarrestabile esposizione a consuetudini provinciali, all'interno di forme antiche. In tal modo esso avrebbe garantito la complessiva stabilità del sistema. Il ritorno allo *ius vetus* era quindi frutto di una precisa direttiva politica, che rispecchiava una scelta ideologica di "visione dello Stato", se si consente l'impiego, nello studio del passato, di una categoria moderna[336].

L'ipotesi è suggestiva, e che vi sia stato un cambiamento nel modo con cui i giuristi e i legislatori si sono rivolti a tale questione sembra effettivamente difficilmente contestabile. Tuttavia non penso che le sfumature messe in luce dall'autore siano sufficienti a dimostrare un consapevole e netto cambio di rotta nella politica normativa imperiale, ma possano trovare una spiegazione più plausibile nel lento processo di mutamento sociale, economico ed istituzionale che Roma attraversò tra la fine del I e gli inizi del III sec. d.C. E, in questo quadro, quantunque si possano immaginare, in astratto, differenti visioni del potere e dei suoi compiti (perfino nel quadro dei rapporti tra *ius Romanorum* e consuetudini provinciali), un mutamento di tale portata non può essere il prodotto esclusivo della volontà di un singolo imperatore. Inoltre, le forme stesse dell'attività normativa *per rescriptum* non facilitavano il compimento di una così complessa operazione[337].

---

[334] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., p. 15.

[335] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 84 ss.

[336] Cfr. T. MASIELLO, *La donna tutrice,*cit., passim.

[337] Pur non sollevando dubbi sull'effettiva capacità dell'imperatore di incidere direttamente sul *ius* e sulle *leges,* è stato sottolineato che tale potere è stato esercitato con discrezione, in particolar modo in riferimento alla produzione di nuovi mezzi processuali (A. MAGDELAIN, *Les action civiles,* Parigi, 1954, pp. 85 ss.). Gli imperatori, pur avendo teoricamente il potere per agire direttamente, si sarebbero conformati alla tradizionale dialettica che demandava al magistrato l'autorità per la concreta creazione di nuove azioni, limitandosi a suggerire la necessità di tale intervento, oltre ad indicare il mezzo più appropriato. In tal senso, pur nella constatazione che, dal punto di vista politico, il *princeps* aveva avocato a sé un potere tradizionalmente di competenza del pretore, l'integrità formale delle prerogative del magistrato rimane inalterata. V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.). Studi di diritto*

Forse, in questo contesto, lo *specialiter postulare* neraziano va davvero inteso come se esso si riferisse alla richiesta di un beneficio di natura eccezionale. In proposito si è sottolineato[338] che, già altrove[339], il giurista traianeo avrebbe teorizzato la capacità di produzione da parte del principe come non direttamente fondata su basi razionali, e per questo caratterizzata da ampia discrezionalità[340]. Inoltre non va dimenticato come, nel corso della dinastia giulio-claudia, molte donne, in primis quelle della famiglia imperiale, ottennero speciali benefici: così, per esempio, Livia ed Ottavia furono esonerate dalla *tutela*

---

pubblico romano, Torino, 2016, pp. 77 ss. Sul punto anche L. PELLECCHI, *La legge e il magistrato. Intorno ad una tecnica normativa romana,* in M. Humbert, *Le dodici tavole. Dai decemviri agli umanisti,* Pavia, 2005, pp. 51 ss. L'imperatore (e il suo *consiulium*) si sarebbe perciò sostituito alla figura del giureconsulto, adeguando la propria attività alle tradizionali forme di sviluppo del diritto (T. SPAGUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi. Un seminario sull'attività normativa imperiale,* Napoli, 1992, pp. 58 ss.). Rilevante, a tali fini, la definizione che si fornisce dell'attività di *interpretatio.* Illuminanti in tal senso le osservazioni di G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza,* II, Milano, 1963, pp. 159 ss. per cui «l'intervento imperiale non rimase affatto confinato nei limiti ristretti di applicazione o d'interpretazione del diritto vigente, ma assunse, in misura differente, una funzione innovativa e creatrice» (V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione*, cit., p. 82 nt. 74). Le decisioni imperiali, perciò, orientarono l'evoluzione del diritto privato, tuttavia lo fecero attraverso il metodo tradizionale, per sua stessa natura frammentario e casistico, non assumendo, di conseguenza, caratteristiche di norme a carattere generale ed astratto.

[338] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp.15 ss.

[339] D. 50.17.191 Cels. 33 *dig*: *Neratius consultus, an quod beneficium dare se quasi viventi Caesar rescripserat, iam defuncto dedisse existimaretur, respondit non videri sibi principem, quod ei, quem vivere existimabat, concessisset, defuncto concessisse: quem tamen modum esse beneficii sui vellet, ipsius aestimationem esse.*

[340] F. GRELLE, *L'autonomia cittadina,* cit., p. 134; T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., p. 16 nt.30. Gli autori, nelle pagine citate, affrontano la tematica dell'origine del fondamento del potere normativo del principe soprattutto da una prospettiva filosofico-ideologica. Masiello, soprattutto, pone la questione in un quadro di "idea di Stato" ed influsso delle diverse filosofie (lo stoicismo in special modo) presenti nella società, e di come questo abbia contribuito a costruire anche la visione giuridica dei giuristi che ne discutevano. Sul punto anche F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato,* Napoli, 1976, pp. 162 ss. Per quanto riguarda, invece, una prospettiva più strettamente di diritto pubblico (da dove traeva legittimazione l'attività normativa imperiale) la materia è ampiamente dibattuta tra gli studiosi. Sul punto, a mero titolo esemplificativo: M.H. CRAWFORD, *Roman statutes* (BICS. Supplement), I, Londra, 1996, pp. 549 ss; A. MAGDELAIN, *Auctoritas principis,* Parigi, 1947, pp. 77 ss.; R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori,* Roma, 1937; F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale,* in *SDHI,* 68, 1982, pp. 413 ss.; L. PELLECCHI, *Quae triumviratu iusserat abolevit. Gli esordi del potere normativo di Augusto in materia fiscale,* in J.L. Ferrary, J. Scheid, *Il princeps romano: autocrate o magistrato? Fattori giuridici e fattori sociali del potere imperiale da Augusto a Commodo,* Pavia, 2015, pp. 431-495; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione*, cit., pp. 63 ss. Gli autori concentrano la loro attenzione in particolar modo sulle clausole della cd. *Lex de imperio Vespasiani,* nonché sulle definizioni del potere imperiale forniteci da Gaio (Gai. *Inst.* 1.5: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*) e da Ulpiano (D. 1.4.1 Ulp. 1 *inst: Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*). In estrema sintesi il dibattito verte sulla *quaestio* se il potere del *princeps* si possa ancorare a principi di legalità repubblicani, cioè sia una forma nuova di esercizio della sovranità popolare, conferitagli al momento dell'instaurazione (in proposito Y. THOMAS, *Fictio legis,* cit., pp. 145 ss. suggerisce si tratti di un caso di applicazione della *fictio*); oppure che questo esuli dai precedenti schemi di attribuzione del potere.

mulierum[341] prima che il *ius liberorum* assumesse carattere generale[342]. Le istituzioni di Giustiniano ricordano che Claudio avrebbe concesso, probabilmente in via eccezionale, dal momento che non si rinvengono altre testimonianze che attestino tale possibilità prima del sc. Tertulliano, ad alcune madri di succedere ai figli[343].

La situazione è complessa ed è difficile prendere una posizione netta, ma, forse, la soluzione più semplice è ritenere che effettivamente il *princeps* potesse, in circostanze eccezionali, ammettere una donna all'ufficio di tutore, pur ritenendo inopportuno farlo. Alessandro Severo, per esempio, nega ad Otacilia un beneficio o privilegio che, volendo, avrebbe potuto concederle. Contemporaneamente, però, mancano del tutto fonti a tal riguardo, mentre abbondano quelle che, pur riconoscendo alla madre il potere di gestione economica, le negano questo *officium*. Inoltre, per tutto il I e il II sec. d.C., si inseguono testimonianze che, enfatizzando il valore della *pietas*, impongono alla madre maggiori responsabilità verso i suoi figli, aiutando, così, a ridefinire il concetto di famiglia. Alcune coincidono con atti normativi, altre con decisioni assunte da qualche istanza giurisdizionale[344].

La problematica sottesa a questa duplicità di visioni coinvolge, in fondo, la definizione dell'ufficio tutorio. Semplificando, per comprendere perché le teorie del Crifò e del Masiello non persuadano, possiamo dire che esso si componeva di tre parti: una economica, la corretta gestione del patrimonio, una seconda affettiva, ricomprendente affidamento, crescita, cura ed educazione del minore, una terza formale, ossia la legittimazione a

---

[341] Cass. Dion., 49.38. Ciò avvenne nel 35 a.C., contestualmente al conferimento della *sacrosantitas*. Gli stessi onori vennero riconfermati alla sola Livia (Ottavia era già morta) nel 9 d.C. (Cass. Dion. 55.2.5)

[342] In proposito va sottolineata l'importanza che, dal principato in poi, le figure femminili iniziarono ad assumere nella simbologia politica. Da sempre escluse dalla vita politica (e lo rimarranno, se non come presenze sotterranee) da Augusto in poi le donne della *domus Augusta* diventano però anch'esse centrali nella rappresentazione del potere (dall'attribuzione del titolo di Augusta a quello di *mater castrorum,* attribuito a Faustina Minore: M.T. BOATWRIGHT, *Faustina the Younger, Mater Castrorum,* in R. Frei-Stolba, A. Bielman, O. Bianchi, *Les femmes antiques entre sphere preivée et sphere publique,* Berna, 2003, pp. 249-268; , fino a quello, concesso per la prima volta a Giulia Domna, di *mater populi Romani,* come riportato in *CIL* VI 419=30763. Sul punto A. ALEXANDRIS, *Die Frauen des römischen Kaiserhauses. Eine Untersuchung ihrer bildlichen Darstellung von Livia bis Iulia Domna,* Maiz, 2004.). Tale nuova posizione si riflette anche fuori dalla famiglia del principe, per cui si moltiplicano gli esempi di opere pubbliche donati alla comunità da figure femminili. Alle donne, in tal modo, viene garantito un accesso, seppur estremamente limitato, alla vita pubblica, assumono, pertanto, un loro ruolo in essa. Tale casistica è parte di una coerente e continuativa tendenza e non semplici eccezioni: cfr, F. CENERINI, *Dive e donne. Mogli, madri, figlie e sorelle degli imperatori romani da Augusto a Commodo*, Bologna, 2009, *passim.*

[343] I. 3.3.1: «*Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem*».

[344] Ad esempio P. Oxy 2. 237, riporta il caso del prefetto d'Egitto che lascia scegliere alla figlia presso quale genitore vivere, superando il principio dell'automatico affidamento paterno. Pochi anni dopo, anche Marco Aurelio stabilirà in tal senso.

compiere atti che prevedessero l'*auctoritas*. Le prime due sono caratteristiche sostanziali, definendo quelli che, nei fatti, erano i compiti del tutore, la terza attiene alla categoria della qualificazione. Piano di realtà e piano giuridico. La domanda è perciò se, mancando completamente il piano sostanziale, si possa avere comunque una qualificazione. O, al contrario, se l'integrazione completa delle funzioni necessiti ancora della qualificazione.

Come vedremo di seguito, testimonianze di madri che gestiscono il patrimonio dei figli e si occupano della loro crescita non mancano, ma è sempre assente un riconoscimento formale. Non si ritiene qui che, date le caratteristiche dell'ordinamento romano, tali testimonianze siano sufficienti a supplire alla mancanza di legittimazione; è però fondamentale approfondire, soprattutto per stabilire non solo i limiti di tali eccezioni, ma, attraverso di essi, capire come, attraverso quali poteri e quali doveri, venisse delineata l'identità femminile.

4. Donne e negotiorum gestio

Prima di affrontare l'esegesi dei testi, è necessario proporre un brevissimo riesame dei punti focali. I casi in cui una donna arrivava (forse) a "gestire" la tutela sono sussumibili in tre fattispecie: madre che non richiedeva un tutore, madre che prometteva un indennizzo al tutore, padre che, tramite accurate disposizioni testamentarie, svuotava temporaneamente il patrimonio del minore. Infine, abbiamo casi di istituti stranieri, diffusi soprattutto nell'Egitto-Romano[345], che permettevano l'amministrazione della madre[346]. Tale casistica,

[345] Sembra tuttavia corretto ritenere che simili istituti fossero diffusi anche nella provincia d'Arabia. Si ritiene infatti che due papiri dell'archivio di Babatha (P.Yadin 20.130 e 25.31) riportino casi di questo genere. In proposito H.M COTTON, *Roman Official in Judaea and Arabia and Civil Jurisdiction,* in *Law in the Documents of the Judean Desert,* in R. Katzoff, D. Schaps, *Law in the Documents of the Judean Desert,* Leiden, 2005, pp. 45-50; ID., *The Guardianship of Jesus Son of Babatha. Roman ad Local Law in the Province of Arabia,* in *JRS*, 83, 1993, pp. 94 ss.; T.J. CHIUSI, *Babatha vs. the Guardians,* cit., pp. 105 ss.

[346] Sul tema: L. WENGER, *Zur Vormunschaft der Mutter,* in *ZSS*, 26, 1905, pp. 449 ss.; ID., *Zu den neuen Oxyrhynchus Papyri,* in *Wiener Eranos. Zur Fünfzigesten Versammlung Deutscher Philologen und Schulmänner in Graz,* Vienna, 1909, pp. 270 ss.; B. KÜBLER, *Über das "ius liberorum"der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ei Beitrag zur Geschichte der Rezeption des Römischen Recht in Ägypten,* in *ZSS,* 31, 1910, pp.176 ss.; L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde I Grundzüge,* Leipzig, 1919, pp. 248 ss.; H. KRELLER, *Erbrechtliche Untersuchungen aufgrund der gräco-ägyptischen Papyrusurkunden,* Leipzig-Berlino, 1919, pp. 379 ss.; R. TAUBENSCHLAG, *Die "materna potestas"im gräco-ägyptischen Recht,* in *ZSS,* 49, 1929, pp. 115 ss.; ID., *Geschichte der Rezeption des römischen Privatsrechts in Ägypten,* in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento,* I, Milano, 1930, pp. 369 ss.; ID., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri 332 B.C.-640 A.D.,* Varsavia, 1955; V. ARANGIO RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri,* Milano, 1930, pp. 46 ss.; G. LA PIRA, *Riflessi provinciali,* cit., pp. 53 ss.; P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit., pp. 363; Id., *La donna tutrice,* pp. 125 ss.; S. SOLAZZI,

tuttavia, non verrà affrontata nel nostro elaborato, in quanto non direttamente pertinente. Vi erano, infatti, due figure di "donne tutrici" nelle tradizioni locale: una, cui era effettivamente riconosciuto l'ufficio, di cui, però, non risultano più testimonianze dopo il 212 d.C.[347]; la seconda, definita ἐπακολουθήτρια, che permane anche dopo l'emanazione della *constitutio antoniniana,* concorreva nella gestione con un amministratore uomo. Dalla rigida prospettiva del *ius Romanorum*, perciò, una è irrilevante, l'altra è sussumibile sotto altri stratagemmi[348].

Ci sono giunte due testimonianze, attribuite a Scevola e Paolo, che potrebbero discutere di donne cui era stata concessa la tutela. Si tratta, infatti, di cause intraprese tra familiari, in cui una parte chiedeva un risarcimento alla donna (madre o nonna) per la sua gestione del patrimonio di un minore. In comune hanno il fatto che la "tutela" materna doveva essersi protratta per un lungo periodo di tempo, senza contestazioni, e che nella discussione non vi

---

L'istituto greco egizio, cit., pp.361 ss.; ID., *Note di diritto romano* I. *La madre educatrice,* in *Atti della R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli,* 58, 1937, pp. 1ss.; I. BIEZUNSKA-MALOWist, *Études sur la condition juridique et sociale de la femme grecque en Égypte gréco-romaine,* Lwow, 1939; E. SACHERS, *s.v. Tutela,* cit., pp. 1497; B. BIONDI, *Apetti morali,* cit., pp. 52 ss.; ID., *Il diritto romano cristiano,* II, cit., pp. 237 ss.; C. PRÉAUX, *Le statut de la femme à l'époque hellénistique,* in *La Femme,* I, Bruxelles, 1959, pp. 127 ss.; C. VATIN, *Recherches sur marriage et la condition de la femme marriée a l'époque helleénistique,* Parigi, 1970; M. KASER, *Das Römische Privatrecht,* I, pp. 353 nt. 8; H.J. WOLF, *Hellenistisches Privatrecht,* in *ZSS,* 90, 1971, pp.63 ss.; Id., *Das Vulgarrechtsproblem und die Papyri,* in *ZSS,* 91, 1974, pp. 54 ss.; T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 52 ss.; O. MONTEVECCHI, *Una donna "prostatis" del figlio minorenne in un papiro del II;* in *Aegyptus,* 61, 1981, pp. 103 ss.; A. MARKUS, *Tutela impuberis. Einfluß des Volksrecht auf das klassische römische Vormundschaftsrecht unter besonderer Berüsichtigung der gräko-ägyptischen Papyri,* Marburg, 1989, pp. 71 ss.; T.J. CHIUSI, *Zur Vormundschaft,* cit., pp. 155 ss.; J.U. KRAUSE, *Wittwen und Weisen im römichen Reich* III. *Rechtliche und Soziale Stellung von Waisen,* Stuttgart, 1955, pp. 119 ss.; L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore,* Milano, 1955, pp. 156 ss.; J.F. GARDER, *Family and familia in Roman Law and Life,* Oxford, 1998, pp. 249 ss.; A. ARJAVA, *Die römische Vormundschaft und das Volljährigkeitsalter in Ägypten,* in *ZPE,* 126, 1999, pp. 202 ss.; V. VUOLANTO, *Women and Property of fatherless Childern in the Roman Empire,* in P. Setälä et al., *Women, Wealth and Power in the Roman Empire,* Roma, 2002, pp. 203 ss.; J. EVANS GRUBBS, *Women and the Law,* cit., 248 ss.; T.J. CHIUSI, *Babatha vs. the Guardians,* cit., pp. 105 ss.; L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολουθήτρια: osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, in *Index,* 40, 2012, p. 423.

[347] L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολουθήτρια,* cit., p. 426.

[348] Non si intende qui sminuire la rilevanza di tali testimonianze, importantissime sia per conoscere l'effettiva situazione delle province, sia per comprendere la dialettica tra diritto romano e diritti locali. Dal nostro punto di vista, tuttavia, non è dirimente stabilire cosa comportò l'evoluzione dell'ordinamento (fatto che si assume), ma, al contrario, con quali mezzi e secondo quali metodi tali innovazioni furono incardinate nel sistema preesistente. In altre parole: non rileva qui stabilire se l'istituto della madre *ἐπακολουθήτρια* fu l'origine dei nuovi meccanismi di amministrazione femminile, o se, piuttosto, esso si creò quale figura di mediazione tra tradizioni provinciali e esigenze di *ius civile*. L'ordinamento romano, in una qualche misura, si mostra sufficientemente duttile da riuscire ad accomodare nuove esigenze senza smentire, formalmente, sé stesso: la via tramite cui si arriva a tale soluzione è l'oggetto di tale ricerca. Sui rapporti tra diritto locale e diritto romano nelle province grecofone, a mero titolo esemplificativo: J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, *La loi des Égypte romaine,* in *Proceedins of the XVIII International Congress of Papyrology, Athens 25-31 May 1986,* II, Atene, 1988, pp. 383 ss. (anche in M. Piérart, O. Curty, *Historia testis. Mélanges d'epigraphie, d'histoire ancienne et de philologie offerts à T. Zawadzki,* Friburgo, 1989, pp. 97 ss.); ID., *Droit imperial et traditions locales dans l'Égypte romaine,* Aldershot, 1990, *passim*; R. ALSTON, *Searching for the Romano-Aegyptian Family,* in M. George, *The Roman Family and the Empire. Rome, Italy and Beyond,* Oxford, 2005, pp.129 ss.

sia alcun riferimento ad un terzo, che potesse fungere da tutore, seppure come "uomo di paglia". Proviamo ora ad analizzarli:

D. 46.3.88 Scaev. 5 *dig.*: *Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit idque ipsum codice conscriptum est: argentarii universum redactum venditionis solverunt et post solutionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit eamque marito nuptum collocavit et res ei tradidit. quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae sunt, sed mater. respondit, si de eo quaereretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent, responderi iure liberatos. Claudius: subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat: ideoque si hoc sciebant, non liberantur, scilicet si mater solvendo non sit."*

Il passo è tratto dal quinto libro dei Digesta di Scevola, dedicato alla *condictio*. Della tutela, invece, si occupava, secondo la ricostruzione di Lenel, il secondo. Un padre muore intestato: eredita tutto la figlia. La vedova si occupa di gestire il patrimonio della bambina e, nel farlo, tramite banchieri[349], aliena alcune proprietà. Trascorrono nove anni: la ragazza si sposa e, secondo la volontà del padre, la madre le restituisce il patrimonio. Ci si chiede se la ragazza può agire contro i banchieri, poiché il prezzo stipulato con la madre (ma non con lei) era troppo basso. Scevola risponde negativamente, Claudio Trifonino, in una *nota*, ritiene, al contrario, che, qualora si dimostri che i banchieri abbiano abbassato il valore in mala fede e che la madre non sia solvente, allora essi dovranno risponderne.

Il passo è stato sospettato di interpolazione. In particolare si ritiene sospetto il «*si de eo quaereretur* [...] *iure liberatos*». Il Frezza, in proposito, ha sostenuto che un taglio malaccorto ha reso, in parte, incomprensibile il testo. In effetti il giurista propone una domanda senza poi darvi una risposta. Infine la stessa costruzione sintattica risulta inusuale e poco pulita[350]. La soluzione, inoltre, si pone in contrasto con un responso di Papiniano riferito da D. 3.5.30.6, di cui, però, tratteremo in seguito.

Masiello[351] si schiera, seguendo il pensiero di Thielmann[352], per la genuinità del passo. La *quaestio* posta al giurista, a suo giudizio, è se la figlia possa esercitare un'azione, in

[349] Sulla figura degli *argentarii* e sul funzionamento dei contratti da loro stipulati, A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta tra tarda Repubblica e Principato,* in *Cultura giuridica e diritto vivente. Special Issue,* 2016, sul passo pp. 5 ss.

[350] P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit. pp. 366 ss.

[351] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 45 ss.

[352] G.THIELMANN, *Die Römische Privatauktion,* Berlino, 1961, pp. 213 ss.

quanto il prezzo era stato stipulato con la madre, cui mancava un titolo valido per amministrare. È la non legittimazione ad agire della madre a creare qualche impaccio a Scevola. Da qui l'impiego di una formula stilisticamente inusuale: *si de eo quaeretur*, cui fanno riscontro le parole «*iure liberatos* ». Tale soluzione dipende dal fatto che il contratto con i banchieri è stato posso in essere tramite *stipulatio*, che, per la sua natura di negozio formale, una volta verificatisi gli effetti, non è invalidabile a causa di un difetto di legittimazione ad agire. Occorre, quindi, sottolineare come nel caso descritto si rilevino due rapporti giuridici distinti: tra madre e banchieri; tra madre e figlia. Scevola, stando alla lettura di Thielmann e di Masiello, si esprimerebbe solo sul primo, ritenendo ininfluente il secondo a causa della forma del negozio del primo. Dobbiamo chiederci, quindi, se la figlia possa agire contro la madre e con quale mezzo giuridico. Inoltre è necessario anche domandarsi quale strumento avrebbe potuto utilizzare contro i banchieri. È un quesito cui risponde implicitamente il Lenel, inserendo il passo nella rubrica *de condictione*. In proposito già Schulz[353], pur ammettendo la possibile esattezza della collocazione, ha sottolineato come tale soluzione sembrava poco conforme al pensiero giuridico classico: mancherebbe infatti la *datio* della figlia. Forse si potrebbe ipotizzare una *condictio* per l'indebito. Allargando l'analisi anche alla *nota* di Trifonino, il Thielmann suggerisce l'ipotesi di una *condictio furti*, ma, come ha opportunamente sottolineato Tommaso Masiello, non si spiegherebbe, in tal modo, come mai allora i banchieri sarebbero responsabili esclusivamente in caso di insolvenza della madre. Preferibile allora, secondo lo studioso barese, un'altra congettura e supporre la possibilità di esperire l'*actio de dolo*.

In ogni caso la vera rilevanza del frammento consiste altrove, ossia nel fatto che esso non solo offre prova esplicita dell'esistenza di *mulieres* pronte a gestire il patrimonio dei figli, senza suscitare alcuna riprovazione sociale (l'amministrazione era durata nove anni senza apparenti contestazioni), ma documenta anche l'efficacia nei confronti dei terzi di quanto è stato compiuto. Come si è detto, proprio questo ultimo punto è stato quello più contestato: sicché non sorprende la pioggia di sospetti di interpolazione. Sulla questione si tornerà successivamente, ora è necessario concentrarci sul rapporto madre-figlia. Scevola in proposito non si esprime, in quanto non rilevante per la soluzione del problema, anche se, nell'affermare la validità della *stipulatio*, implicitamente riconosce una qualche forma di legittimazione. In questo senso Trifonino è più esplicito, affermando che prima persona

[353] F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola, Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel,* Leipzig, 1931, pp. 143 ss.

responsabile sarà la madre e, solo in caso di sua insolvenza, dovranno essere i banchieri a rispondere. Dobbiamo quindi chiederci con quale mezzo la figlia avrebbe potuto far valere il suo diritto.

L'*actio tutelae* è ovviamente esclusa, ugualmente anche ogni forma di *condictio* non può trovare qui applicazione. È stato giustamente suggerito[354] che il mezzo processuale più adeguato sembra essere l'*actio negotiorum gestorum*. Come è noto, tale azione ha conosciuto una duplice genesi: da un lato tendeva a regolamentare i casi di amministrazione patrimoniale altrui da parte di soggetti privi di contratto di mandato o che non ricadessero nel fenomeno di quella che chiameremmo oggi rappresentanza diretta. In special modo doveva essere in origine dedicata alla figura del *procurator,* il quale, in età repubblicana, era usualmente il liberto che proseguiva nella gestione del patrimonio del *pater* iniziata ancora in schiavitù. D'altra parte era inoltre utilizzata per gli episodi di gestione spontanea, sorti anche nella completa ignoranza dell'interessato. Non è rilevante, ai fini di questo elaborato, approfondire la questione circa la dualità del rimedio processuale offerto – sappiamo infatti che per un certo periodo si ebbero sia un'azione *in factum*, sia un *iudicium bona fidei* –, né discutere della loro cronologia; rileva solo affermare che, con quasi totale certezza, già con Proculo, la prima era stata definitivamente assorbita nella seconda: sicché tale istituto ricomprendeva ogni caso di gestione nei fatti, a prescindere dalla durata dell'evento o della conoscenza dell'interessato[355]. Dato che essa sorgeva in assenza di contratto, i giuristi elaborarono alcune caratteristiche che comportavano il sorgere delle reciproche obbligazioni tra gestore e gestito, queste erano: effettività della gestione, utilità della stessa, consapevolezza da parte del gestore di agire per affari altrui, da cui la spendita del nome.

Il caso qui esposto sembra integrare perfettamente tutte le caratteristiche elencate: la madre infatti gestisce gli affari *nomine pupillae*, come è esplicitamente detto; c'è effettività e anche utilità, in quanto il patrimonio si sarebbe corroso se non amministrato nel corso di nove anni. Inoltre, se accettiamo la teoria proposta da Masiello, l'*actio de dolo* sarebbe perfettamente possibile.

---

[354] T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 45 ss.

[355] Cfr. A. CENERELLI, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustinianeo,* in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, pp. 453- 514.

A supporto di questa teoria individuiamo un secondo frammento che, oltre a presentare un altro caso di gestione patrimoniale femminile, esplicitamente riferisce che i rapporti tra minore e ascendente donna (nonna in questo caso) potevano trovare tutela all'interno dell'*actio negotiorum gestorum*:

D. 3.5.33 Paul. 1 *quaest.*: *Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. quaero quid tibi iustius videatur. respondi: haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.*

Una nonna aveva amministrato il patrimonio del nipote. Successivamente alla morte di entrambi, gli eredi del minore chiamano in giudizio (*actio negotiorum gestorum)* gli eredi dell'ava, i quali rispondono chiedendo che siano detratti dal conto della gestione gli alimenti. I primi quindi obiettano che questi non possono essere ripetuti poiché versati *pietate cogente*, in quanto la donna non aveva mai adito un giudice per farli quantificare, e ciò in conformità con quanto stabilito da un rescritto di Marco Aurelio. Paolo risponde che, di contro, si ha una statuizione di Antonino Pio che garantiva il diritto al regresso alle ascendenti. La questione va quindi decisa in fatto: va valutato, cioè, se la donna, avendo materialmente nelle mani il patrimonio del minore, aveva autonomamente preso da costui le somme per il mantenimento; oppure se esse erano unicamente derivanti dal suo patrimonio personale. Nel primo caso sarà data ragione agli eredi della donna, nel secondo a quelli del minore.

La critica interpolazionista ha ritenuto il testo rimaneggiato in più parti, pur senza modificarne nella sostanza il contenuto. L'obiezione più pertinente per la nostra

discussione fu quella proposta da La Pira[356], il quale sostenne che il frammento riferisse di prassi provinciali. Esso, proprio per questo, fu utilizzato dallo studioso per dimostrare che casi di tutela femminile si potevano riscontrare già prima del 390 d.C. Gli si contrappose duramente il Solazzi[357], rilevando che, in alcuna parte del testo, si parla di un minore. Non di meno, a ben vedere, si tratta di un rilievo facilmente superabile. Ad entrambi rispose Paolo Frezza[358], sottolineando, e in questo concordiamo, che i protagonisti dell'episodio, sebbene vivessero *in provincia*, erano sicuramente cittadini romani. D'altra parte è del pari evidente che, quantunque avesse amministrato il patrimonio, la nonna non aveva in alcun modo il titolo di tutrice. L'azione utilizzata, in effetti, è la *negotiorum gestio*. Aggiungiamo che, opponendosi alla richiesta di ripetizione degli alimenti, gli eredi della donna rispondono che questi sono stati versati *cogente pietate*, e Paolo risponde che, in questo caso, il rescritto di Marco Aurelio va coordinato con quello di Antonino Pio. Noi sappiamo con certezza che gli alimenti erano parte essenziale dell'ufficio tutorio e che, correttamente, essi erano computati a carico del patrimonio del minore: addirittura, già con Labeone, si hanno casi in cui si ritenne giusto che il tutore addebitasse alla tutela gli alimenti versati verso la sorella o verso la madre del tutelato. Per queste ragioni, se fra nonna e nipote vi fosse stato un qualche tipo di rapporto legalmente tutorio, non solo l'obiezione dei parenti del minore sarebbe priva di fondamento, ma, soprattutto, un giurista del calibro di Paolo ne avrebbe contestato la validità sulla base di quest'ultimo presupposto, senza dover ricorrere ad una sottile e più ardua *interpretatio* di due rescritti parzialmente contradditori. Inoltre non si può non notare un dato estremamente rilevante, che emerge in rapporto al rescritto di Antonino Pio sul diritto di regresso femminile per gli alimenti. Tale richiesta andava proposta tramite *actio negotiorum gestio,* concessa dall'imperatore non solo contro il padre, una volta tornato, ma anche contro il figlio stesso. Nella cifra cui la madre aveva diritto, tra l'altro, non era compreso solo quanto conferito ai figli, ma anche le spese per gli schiavi. Che l'attività materna, in sostituzione del padre, fosse perciò ricomprendibile nella gestione di affari sembra, quindi, non solo lampante, ma anche più risalente di quel che, altrimenti, si crede[359].

---

[356] G. LA PIRA, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano,* in *BIDR,* 38, 1930, pp. 53-73.

[357] S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* cit. pp. 73 ss.

[358] P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit. pp. 369 ss.

[359] Ulteriori esempi di *actio negotorium gestio* usata quale mezzo processuale in relazione a casi di gestione patrimoniale femminile su beni dei familiari li troviamo in Paul., *Sent.,* 1.4.4: *Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum gestorum et ipsis et eorum tutoribus tenebitur.*; D. 3.5.32 Pap. 10 *Quaest. Heres viri defuncti uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae*

Questi due casi paiono offrire soluzioni alternative a donne che volessero evitare di essere del tutto escluse da ogni interferenza, nella gestione del patrimonio dei figli, dalla presenza del tutore. Pur senza ottenere alcuna legittimazione, esse potevano amministrare il patrimonio del discendente, perché la loro attività sarebbe ricaduta nell'alveo della gestione di affari, anch'essa fonte di obbligazioni. Ovviamente anche questo espediente andava incontro ad alcuni ostacoli: ad esempio, il gestore non aveva il diritto di intentare un processo, a tutela degli interessi del gerito, in quanto non poteva rappresentarlo in qualità di attore, ma solo come convenuto. Inoltre, come potremmo desumere da D. 3.5.33, la donna avrebbe avuto interesse ad evitare ogni tipo di coinvolgimento di un magistrato, in quanto questi avrebbe potuto eccepire l'assenza del tutore e procedere alla sua nomina. Forse proprio per questo la nonna aveva evitato di chiedere che fosse stabilito l'ammontare degli alimenti.

Questo comportamento, però, avrebbe comportato, per la madre e per l'ava[360], la conseguenza di non poter beneficiare del Sc. Tertulliano, grazie al quale alle donne titolari di *ius liberorum*, era concesso un diritto sull'eredità dei figli e delle figlie che fossero premorti, subordinate soltanto ai discendenti sotto la potestà del figlio e al padre del defunto. È una sanzione introdotta da Settimio Severo[361], come sappiamo grazie a D. 26.6.2.2:

D. 26.6.2.2 Mod. 1 *excus.*: *Divus Severus Cuspio Rufino. omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.*

È un'*epistula*, inviata a Cuspio Rufino, console nel 197 d.C.[362]. Dalla lettera del testo si desume che erano punite sia le donne che fin dall'inizio non richiedevano la nomina di un tutore idoneo, sia quelle che, a seguito dell'*excusatio* o rigetto di questo, non

---

hereditatis postulare non debet. prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus.; C. 2.18.11 Alex. A. Herenniae *Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes.* (a. 227)

[360] D.38.17.2.28 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Filiis autem non petendo punitur, utique et filiabus. quid si nepotibus? similiter non petendo punitur*.

[361] In questo senso G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori,* Torino, 2016, pp. 53 ss.; M.L. DE FILIPPI, *Subvenire pupillis,* in *Labeo*, 1980, pp. 61 ss; GUALDINO, *La legislazione imperiale,*cit. p. 83. Di opinione contraria P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna,* in *Index*, 2012, p. 370-372, che ritiene la sanzione già direttamente presente nel testo del sc. Tertulliano.

[362] M.L. DE FILIPPI, *Subvenire pupillis,* cit., p.71. Sulla figura di Cuspio Rufino, *PIR*^{2}. C 1638.

provvedevano a sostituirlo. Il punto è poi discusso estensivamente in D. 38.17, interamente dedicato ai senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, per la maggior desunto dal commento a Sabino di Ulpiano. A partire dal paragrafo 23 del secondo frammento, il giurista si dedica a questa specifica disposizione, pur non riportandocene il testo, ma illustrando l'elaborazione giurisprudenziale in proposito. Veniamo così a sapere che la donna non solo doveva indicare i tutori, ma che questi dovevano essere idonei[363] e che tale operazione doveva aver luogo nel primo momento utile e comunque non oltre l'anno[364]. Veniva poi sanzionata anche la donna che si fosse fatta costringere a nominarli[365], e quella che non aveva provveduto a sostituirli, qualora, per qualsiasi ragione, fossero venuti meno. Il caso di minori completamente indigenti rappresentava l'unica eccezione[366]. Nemmeno l'espressa volontà del padre poteva esonerare la donna da tale obbligo[367]. Qui si ripropone il medesimo principio già fissato in D. 26.7.5.8. All'incirca le stesse notizie riferisce anche D. 26.6.4, composto di cinque paragrafi tratti dai *libri disputationum* di Trifonino. Si chiarisce, in tale contesto, che la donna, qualora non abbia provveduto a far nominare i tutori testamentari indicati dal marito in maniera non corretta, sarà punita[368]. Incorre nella medesima sanzione anche la *mater* che, a seguito della sospensione dall'ufficio del titolare, non abbia provveduto a chiedere la nomina esplicita dei sostituti come tutori[369]. Non è invece punibile la donna che non abbia accusato un tutore sospetto, dal momento che saper valutare la sua azione è un compito più appropriato ad un animo virile[370].

---

[363] D. 38.17.2.32 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Non solum autem quae non petiit coercetur, sed et quae defunctorie petiit, ut rescripto declaratur, vel privilegio munitum vel oneratum tribus puta tutelis, sed ita demum, si data opera hoc fecit*. D. 38.17.2.34 Ulp. 13 *ad Sab* :*Quid si indignos, id est minus habiles ad tutelam petierit, quoniam sciebat praetorem eos non daturum? quid tamen si dedit eos praetor matris petitionem secutus? iam quidem praetoris delictum est, sed et matris punimus consilium*».

[364] D. 38.17.2.43 Ulp. 13 *ad Sab.*: "*Confestim" autem sic erit accipiendum "ubi primum potuit", id est praetoris copiam habuit huic rei sedentis, nisi forte infirmitate impedita est vel alia magna causa, quae etiam mandare eam ad petendos tutores impediret: ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet. si enim mortalitate filii praeventa est, nihil matri imputetur.*

[365] D. 38.17.2.27 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Sed si forte absens a libertis praeventa est vel ab aliis, dicendum est eam non excludi, nisi forte cum frustraretur, id contigit.*

[366] D. 38.17.2.26 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Quod si penitus egenis filiis non petit, ignoscendum est ei.*

[367] D. 38.17.2.25 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat*.

[368] D. 26.6.4.pr Tryph. 13 *disp.*: *Credendum est et eam matrem constitutione contineri, quae a patre non legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus non postulavit decreto confirmari*.

[369] D. 26.6.4.2 Tryph. 13 *disp.*: *Sed si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit ei adiungi alios, mater eos quoque petere debet et, si non petit, incidet in sententiam constitutionis*.

[370] D. 26.6.4.4 Tryph. 13 *disp.*: *Quae autem suspectum tutorem non fecit, nec verbis nec sententia constitutionis in poenam incidit, quod eiusmodi facta diiudicare et aestimare virilis animi est et potest etiam delicta ignorare mater, satisque est eam petisse talem, qui inquisitione per praetorem habita idoneus apparuit. et ideo nec iudicium eius sufficit ad eligendos tutores, sed inquisitio fit, etiamsi maxime in bona propria liberis suis testamento tutores dederit.*

Tale misura fu introdotta, come si è detto, da Settimio Severo, mentre il sc. Tertulliano venne emanato sotto Adriano: intercorrono, quindi, circa sessanta anni tra i due provvedimenti. Inoltre, entrambi riguardano solo quelle donne che beneficiavano del *ius liberorum*, ovverosia quelle la cui capacità d'agire era limitata in maniera minore, perché libere dalla tutela. Queste circostanze potrebbero suggerirci che la necessità di una sanzione, che, contemporaneamente, creava un obbligo in capo alla madre, fosse la risposta a prassi sociali, che mal si conciliavano con i princìpi dello *ius civile* e, pertanto, non più tollerate dal potere imperiale. Ci troveremmo, perciò, di fronte ad una situazione per cui, a causa di modifiche nell'ordinamento non direttamente inerenti alla tutela, le donne avevano l'opportunità di amministrarla nei fatti, e le limitazioni in cui esse incorrevano talvolta non erano tali da disincentivarle davvero. Tanto più perché la presenza di un tutore, legalmente preposto, avrebbe potuto del tutto estrometterle dalla gestione del patrimonio del figlio. Per risolvere la situazione quindi l'imperatore avrebbe ritenuto necessario procedere ad introdurre un'ulteriore sanzione.

A questa, apparentemente lineare situazione, si oppone, però, un passo papinianeo:

D.3.5.30.6 Pap. 2 *resp.*: *Quamquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat, tamen ius actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit, quia nec ipsa filii nomine recte agit aut res bonorum eius alienat vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.*

Il frammento, inserito nel titolo del digesto dedicato alla gestione di affari, precede di pochi frammenti quello di Paolo riferito precedentemente; anche nella sua palingenesi, il Lenel lo colloca sotto la *rubrica De negotiis gestis*. Giova forse ricordare che, tra le fonti fino ad ora ricordate, Papiniano è stato sempre tra i rigidi assertori dei princìpi dello *ius civile* e nel condannare le cattive pratiche poste in essere dai governatori provinciali.

Il passo, in ogni caso, concorre a documentare il fatto che, in maniera più o meno diffusa, il rischio che una donna assumesse in concreto l'amministrazione era un'ipotesi concreta. Trattandosi di un responso, tale questione doveva essergli stata esplicitamente posta, quantunque il dubbio dell'interrogante dovesse, probabilmente, incentrarsi sulla espressa volontà paterna. Il giurista afferma che essa è completamente ininfluente: pertanto la madre *nec …nomine fili recte agit*; per tali ragioni non può nominare un rappresentante in giudizio, assumendosene il rischio; non può alienarne i beni o liberare un debitore riscuotendo quanto dovuto. Queste informazioni collidono con quanto precedentemente letto: se, infatti, il passo non investe il configurarsi di un rapporto di *negotiorum gestio* tra

madre e figlio, statuisce la completa inefficacia per i terzi degli atti compiuti dalla donna. Ciò rende "inutile" la sua gestione e, soprattutto, contraddice quanto si legge in D. 46.3.88 e, in maniera minore, D. 3.5.33. Tale aporia era già stata rilevata da Frezza, al fine di inficiare le teorie di La Pira, che intravedeva nei primi due passi espliciti altrettanti casi di tutela. Lo studioso, facendosi forte della testimonianza papinianea, sosteneva che alle donne non fu mai conferita la possibilità di assumere la tutela (e, a tal riguardo, concordiamo) e che la loro stessa gestione era limitata a mere faccende di ordinaria amministrazione. L'autore sembra così implicitamente suggerire che, all'interno dello stesso istituto della gestione d'affari, fosse possibile rinvenire diversi livelli di legittimazione, e che alle donne fosse concessa la possibilità di porre in essere solo atti negoziali non rilevanti.

Ulpiano (il cui commento all'editto è utilizzato ampiamente), nel titolo del Digesto dedicato al tale istituto, sostiene che una donna può esser parte di un rapporto di gestione, sia dal lato attivo (D.3.5.3.1)[371] sia da quello passivo (D. 3.5.3.3)[372]. Altre conferme offre P. Col. 123, linee 18-20 (*Apokrimata* di Settimio Severo[373], 14 marzo 200 d.C.), un documento nel quale si risponde ad una donna che chiedeva delucidazioni in materia. L'imperatore sostiene che alle donne non è impedito di prendere in prestito denaro, né di compiere pagamenti in nome altrui[374]. Sul punto, il maggiore dubbio poteva suscitarlo il coordinamento dell'istituto con le disposizioni del senatoconsulto Velleiano[375]; tuttavia, nel titolo del Digesto ad esso dedicato, leggiamo che, quando una donna prenda in prestito del denaro per darlo ad altri, il creditore è comunque tutelato, perché non è tenuto a conoscere come il denaro sarebbe stato utilizzato[376]. Del pari, benché una donna chieda

---

[371] D. 3.5.3.1 Ulp. 10 *ad ed.: Haec verba "si quis" sic sunt accipienda "sive quae": nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur*.

[372] D. 3.5.3.3 Ulp. 10 *ad ed.:"Alterius", inquit: et hoc ad utrumque sexum refertur*.

[373] Per un'analisi sul valore da attribuire a tale raccolta: A.A. SCHILLER, W.L. WESTERMANN, *Apokrimata. Decision of Septimus Severius on legal matters. Text, translation, and historical analysis,* New York-Londra, 1954, *passim;* G. PURPURA, *Apokrimata Severi et Caracalle del 16/20 marzo 200 d.C. (P. COL. VI, 123): una sintesi,* in A. Palma, *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi,* II, Torino, 2013, pp. 692 s.

[374] La destinataria, tale Mathalge, inoltre, non sarebbe stata cittadina romana. Si è perciò sostenuto che tale frammento rappresenti un ottimo esempio di come il diritto romano, anche prima dell'estensione della cittadinanza nel 212 d.C., sia stato usato, quale norma sovraordinata, per fugare dubbi sulla capacità economica femminile derivanti dalle strutture del diritto locale. J.P. CORIAT, *Le prince législateur. Le technique législative des Sévères et lesles méthodes de création du droit impérial à la fin du Pincipat,* Roma, 1997, pp. 380 ss.; J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, *Droit officiel et traditions locales en Egypte sous la domination romaine (seminaire 1974-75),* Parigi, 1976, pp. 329 ss.

[375] Del provvedimento ci si occuperà estensivamente in 2§5.

[376] D. 16.1.4.pr Ulp. 29 *ad ed.: Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum ignorarem cui haec factum vellet, non dubito senatus consultum cessare: et ita divus Pius et imperator noster rescripserunt*. Non

esplicitamente un prestito a favore di un altro, il senatoconsulto non trova comunque applicazione, perché il patrimonio personale della donna non risulta a rischio (D. 16.1.16.pr). Seppur con elaborate spiegazioni, quindi, alle donne era consentito essere parte di un rapporto di gestione di affari.

Il frammento di Papiniano appare essere, dunque, l'unica testimonianza a favore di una diversa capacità femminile nell'instaurare un rapporto di gestione di affari. È necessario, prima di procedere, sottolineare che, siccome tale obbligazione poteva sorgere anche nella completa ignoranza del gestito, i giuristi avevano cercato di delimitare le azioni che il gerente poteva compiere. Questi limiti non sono però di facile identificazione, perché, come è noto, l'istituto della gestione di affari poteva ricomprendere fattispecie tra loro molto eterogenee. Come leggiamo nella *laudatio* dell'editto, esso ricomprendeva sia contesti di limitata temporalità, concernenti un unico affare (rischio patrimoniale momentaneo, un terzo subentra a salvaguardia ma solo per l'immediato, oppure assenza in giudizio, il terzo assume spontaneamente la difesa), sia situazioni di lunga durata, che comportavano il compimento di più atti (persona trattenuta più lungamente in un viaggio o preso prigioniero, il terzo amministra il patrimonio per evitare che vada deteriorato). A causa dell'estensione dell'istituto anche i limiti dovevano essere malleabili, perciò venne elaborata la categoria dell'*utilitas,* secondo cui l'azione intrapresa doveva risultare utile al patrimonio, almeno nel momento in cui era iniziata. Inoltre venne stabilito che l'amministratore doveva limitarsi ad atti che il *dominus* avrebbe verosimilmente compiuto. Unica certezza è che il gestore non poteva instaurare un processo in qualità di attore, ma poteva parteciparvi se convenuto[377]. Tutto questo rileva soprattutto relativamente al rapporto con i terzi. Dalla lettura delle fonti risalta la difficoltà degli interpreti dell'epoca a giungere ad una soluzione

---

sovraponibile, ma che include lo stesso principio anche D. 16.1.11.pr Paul. 30 ad ed.: *Si mulier tamquam in usus suos pecuniam acceperit alii creditura, non est locus senatus consulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint.*

[377] In realtà, nella disciplina relativa al *procurator omnium bonorum*, troviamo un passo di Modestino che stabilisce il divieto per quest'ultimo, fatto salvo mandato specifico, di alienare i beni del *dominus* ad eccezione dei frutti. Anche nell'editto riportato da Ulpiano si dice che la *ratio* della norma risiede nel fatto che è giusto dare un'azione a chi ha impedito che un altro fosse spogliato di una proprietà; tuttavia vi sono esempi nel titolo dedicato alla gestione di affari, in cui il gestore procede all'alienazione di beni. Probabilmente in questi casi andava valutato se, al fine di salvaguardare il patrimonio, tale alienazione fosse necessaria o conveniente. È vero che potremmo immaginare una disciplina più rigida per il gestore rispetto a quella del *procurator omnium bonorum*, ma è anche da ammettere che il *procurator* spesso gestiva non nella totale assenza del dominus, ma in sua sostituzione. L'istituto è stato oggetto di un numero infinito di studi, così come la figura del *procurator,* a mero titolo esemplificativo nei citiamo un paio dei più recenti e esaustivi G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Studi sul procurator,* Cassino, 2003; M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano,* Milano, 2008; A. CENDERELLI, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustinianeo,* in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, pp. 453- 514. F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator. L'acquisto del possesso e della proprietà,* Milano, 2007.

univoca in proposito; tuttavia sembrerebbe cogliersi tra i giuristi la generale accettazione che, ricorrendo determinate circostanze, alcuni atti posti in essere dal gestore fossero efficaci[378]. In particolare, a cavallo tra II e III sec. d.C., la giurisprudenza si interroga se sia opportuno garantire al terzo, ricorrendo alcuni presupposti, un'azione contro lo stesso rappresentato[379] (fino ad allora poteva rifarsi esclusivamente sul rappresentante), il che, implicitamente, ammette una qualche forma di efficacia degli atti compiuti.

5. Espedienti e sc. Velleiano[380]

Ritornando a D. 3.5.30.6 si potrebbe obiettare che Papiniano esclude che si possa avere gestione femminile solo in relazione alla tutela, perché ciò contrasterebbe troppo con la

---

[378] L'ordinamento romano, come sappiamo, non prevedeva l'istituto della rappresentanza diretta (salvo il caso degli schiavi e del *filius*), quindi il gestore impegnava sé stesso con il terzo, potendo poi rifarsi sul gestito tramite l'*actio negotiorum gestorum*. Tuttavia, in casi di protratta durata della gestione era verosimile che il gestore compisse azioni che coinvolgessero direttamente il patrimonio del gerito (la problematica coinvolge principalmente l'alienazione di beni), configurando, nei fatti, casi di acquisto *a non domino,* per cui il diritto del terzo non era stabile. Entrerebbero, pertanto, in gioco da un lato la garanzia per l'evizione, dall'altro il meccanismo dell'usucapione (in tal senso sembrerebbe andare un'opinione di Celso D. 27.5.2.pr Cels. *25 dig. Si is, qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit nec ea usucapta est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum est: non enim eadem huius quae tutoris est rerum pupilli administratio*. Tuttavia il frammento tratta dell'*actio protutelae* che, come vedremo non sembra applicabile alla madre). Quanto riportato in D. 46.3.88 sembra, però, andare in direzione parzialmente contraria: affermando che i banchieri erano liberi, implicitamente si riconosce l'efficacia verso terzi della gestione. Un secondo passo di Scevola, inoltre, ci informa che, in sede di giudizio, tutti gli atti utilmente compiuti saranno ritenuti implicitamente ratificati (D.3.5.8 Scaev. 1 *quaest.* [...]*immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.*). Il dibattito in materia verte intorno alla classicità o meno del principio *ratihabitio mandatu comparatur,* desumibile dalla lettura di D. 46.3.12.4 e D. 50.17.60. L'esistenza di tale regola nel diritto giustinianeo è ulteriormente confermata da I. 3.27.1 nonché da un frammento dei Basilici (B. 17.1.8). Secondo tale regola, la ratifica avrebbe comportato l'efficacia degli atti verso i terzi, garantendo loro un mezzo per opporsi all'eventuale rivendicazione del gerito (di un simile mezzo, assimilando la *negotiorum gestio* al mandato sembra riferire D. 12.11.28.4). Per una datazione tarda del principio: A. EHRHARDT, *Zum objective Tatbestande der negotiorum gestio,* Friburgo, 1935, pp. 17 ss. Per una datazione all'inizio del III sec.d.C. (già in uso con Paolo e Ulpiano): R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1996, p.434 nt.8; J.L. ALONSO, *El cobro de los creditos de la herrencia yacente,* in *Labeo,* 47, 2001, p.230 nt. 72; M. DE FILIPPI, *Ratihabitio,* Bari, 2002, pp. 105 ss. Sembra ammettere tale datazione anche G. FINAZZI, *Ricerche,* II, cit., p.279; pp. 599 ss. L'autore, tuttavia, ritiene che la ratifica abbia solo efficacia interna, serva, infatti, a rendere attivabile l'azione di gestione di affari.

[379] Si veda il successivo §6

[380] Per una veloce bibliografia circa la datazione e il contenuto del provvedimento: H. VOGT, *Studien zum Senatumconsultum Velleianum,* Bonn, 1952; S. SOLAZZI, *Alle fonti dell'exceptio senatus consulti Velleiani,* in *SDHI,* 19, 1953, pp. 321ss. (ora in *Scritti di diritto romano,* 6, Napoli, 1972, pp. 651 ss.); J.C. VAN OVEN, *Le senatusconsulte Velleien et le P.Col. 123,* in *Labeo*, 2, 1956, pp. 85 ss.; D. MEDICUS, *Zur Geschichte der Senatus Consultum Velleianum,* Köln, 1957; M. TALAMANCA, *La storia del senatoconsulto Velleiano,* in *Labeo,* 1, 1958, pp. 101 ss.; U. MÖNNICH, *Frauenschutz für riskanten Geschäften. Interzessionverbote nach dem Velleianischen Senatebeschluß,* Köln, 1999; P. BUONGIONO, F. RUGGIO, *Per una datatazione del senatus consultum Velleianum,* in *Rivista di Diritto Romano,* 5, 2005, pp. 1-9 (online).

previsione di diritto, rendendo inutile la figura del tutore. In effetti, in D. 26.7.5.8, lo stesso giurista fonda la propria opinione contraria alla possibilità che il padre defunto possa liberare il tutore dal rendiconto, proprio sull'impossibilità della volontà dei singoli a "infrangere" l'integrità dell'ufficio tutorio. Questa ipotesi, pertanto, trova un fondamento dal punto di vista logico, ma servirebbe ancora a mostrare la discrasia tra realtà giuridica e realtà sociale.

Tale ultima considerazione, viene ulteriormente rafforzata dal fatto che, più o meno nello stesso periodo, troviamo traccia di un nuovo meccanismo, che consentiva alla madre di amministrare i beni dei figli. Nominato il tutore, ella gli prometteva un indennizzo: in tal modo sarebbe stata lei a subire un danno dalla eventuale mala gestione, ma si garantiva la sicurezza sia della legittimità degli atti, perché supportati dall'*auctoritas*, sia della collaborazione del tutore. Attestazioni di tale consuetudine ci pervengono da più fonti: data la prospettiva evoluzionistica dell'elaborato, si è scelto di esporle in ordine diacronico. La più risalente è:

D. 16.1.8.1 Ulp. 29 *ad Ed: Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.*

Il frammento è estratto dal commento all'editto di Ulpiano, in particolare dal capitolo dedicato al senatoconsulto Velleiano. Il giurista severiano cita l'opinione di Papiniano, con cui concorda, per cui è lecito alla madre promettere un indennizzo al tutore, qualora questi voglia alienare un fondo del minore. Tramite tale promessa la donna può impedire che il bene venga venduto. Le si garantisce, pertanto, di interferire direttamente con la gestione patrimoniale, seppure in riferimento ad un singolo affare. Estremamente rilevante è il fine ragionamento con cui l'interprete spiega il motivo per cui non è esperibile l'*exceptio sc. Velleiani*.

Tale provvedimento senatorio fu emanato nel corso del principato di Claudio e stabiliva che alle donne non era concesso *intercedere pro alio,* non rendendo nulli eventuali atti compiuti in contraddizione, e nemmeno comminando una pena ai trasgressori, bensì prevedendo una *exceptio* in favore della donna, che avrebbe vanificato i tentativi della controparte di ottenere quanto dovuto. Il meccanismo, così costruito, disincentivava quindi i terzi ad accettare le donne come garanti, limitando, indirettamente, la capacità negoziale femminile.

L'istituto meriterebbe una trattazione più estesa, ma in questa sede ci si limiterà a sottolineare alcuni interessanti spunti utili alla nostra trattazione. Sebbene lo scopo ufficiale di tale provvedimento fosse quello di proteggere le donne, per loro natura meno accorte negli affari, da eventuali truffe o abusi, non vi sono dubbi nel ritenere che, nei fatti, questo avesse una funzione anti-femminile[381]. Limitava, infatti, la capacità negoziale femminile. Il contenuto del precetto, di cui Ulpiano riporta il testo *verbatim*[382], è estremamente vasto, ricomprendendo fattispecie eterogenee, nonché formulazioni generiche, quali "*...pro aliis reae fierent"*. Si aggiunga che il provvedimento colpiva ogni tipo di obbligazione, indifferentemente dalla forma con cui era stata contratta [383]. L'interpretazione giurisprudenziale successiva definì i confini dell'istituto concretizzandolo nel divieto femminile ad essere garante, inteso non (solo) come assunzione di tipici contratti di garanzia (pegni o fideiussioni), bensì in senso reale. Le donne, in altre parole, non potevano mettere a rischio il loro patrimonio in negozi in cui loro stesse non erano direttamente coinvolte. In tale prospettiva la *negotiorum gestio* era legittima, in quanto alla donna era sempre concesso di rifarsi sul gestito ed era lei, in prima persona, ad agire. Allo stesso modo era ammissibile il meccanismo di indennizzo accettato da Papiniano in D. 16.1.8.1: il giurista, infatti, sottolinea come il rapporto intercorra unicamente tra madre e tutore. La donna impegna direttamente sé stessa ed è in favore del secondo, e non del minore, che è promessa l'indennità. Il pupillo rimane vincolato unicamente al tutore.

Tale evoluzione, a tratti speciosa, della disciplina del senatoconsulto Velleiano ha portato la letteratura recente a ritenere parzialmente fallimentare il provvedimento: si sostiene, infatti, che suo scopo fosse quello di combattere la crescente capacità economica femminile (da cui la scelta di usare un termine come *intercedere*), tuttavia la realtà sociale non era idonea a realizzare l'obiettivo. Per tale ragione i giuristi successivi procedettero,

---

[381] In proposito si veda T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 26 ss. L'autore sottolinea inoltre la peculiarità che lo stesso principe che emanò tale provvedimento abrogò la tutela legittima, atto fortemente favorevole alle donne.

[382] D. 16.1.2.1 Ulp. 29 *ad ed. Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. cuius senatus consulti verba haec sunt: "Quod Marcus Silanus et Velleus tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussores et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur".*

[383] Come si desume da D. 16.1.2.4, in cui, parafrasando il testo del senatoconsulto Ulpiano afferma che: «*Omnis omnino obligatio senatus consulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint*».

nei fatti, a limitare drasticamente la sua portata[384]. Si aggiunga inoltre che, più volte, i principi successivi dovettero intervenire specificando che il provvedimento non proteggeva la malafede, sia della donna, sia di un terzo, dimostrando così i frequenti abusi.

Ritorniamo però al meccanismo della promessa di indennizzo di cui Papiniano è il primo a trattare. Come si è sottolineato, D. 16.1.8.1, sembra ammetterla solo nel caso di un singolo affare e qualora si intervenga per impedire l'alienazione di un fondo. Diversamente, si esprime sul punto Paolo[385] (o un suo epitomatore):

Paul. 2.11.2: *Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatus consulti non pertinet.*

La formulazione è breve e sintetica: si sostiene che la donna che avrà promesso *pro tutoribus* dei suoi figli un'indennità, non potrà beneficiare del senatoconsulto Velleiano. Questo frammento testimonia, quindi, che il meccanismo accettato da Papiniano aveva subito una generalizzazione, in quanto qui la regola viene enunciata senza riferimenti a singoli affari o a beni immobili. D'altra parte, sembra essere una circostanza prevista dall'ordinamento romano, il fatto che la tutela fosse gestita da altri diversi dal tutore. Troviamo infatti due passi che ne trattano:

---

[384] F. LAMBERTI, *La famiglia romana*, cit., pp. 17 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio*, cit. pp. 83 ss; T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law*, cit. p. 229 nt. 78; L. PEPPE, *Posizione,* cit. p. 166. Gli autori sono concordi nel ritenere che, nonostante le spinte "morali" contrarie all'indipendenza economica e negoziale femminile, nessun provvedimento in tale direzione fu effettivamente efficace. Al contrario, almeno fino alla fine della dinastia dei Severi si constata un continuo aumento nella diffusione della ricchezza femminile.

[385] L'attribuzione a Paolo delle cd. *Pauli Sententiae* è oggetto di un'innumerevole quantità di studi. Sebbene sia, ad oggi, abbastanza pacifico ritenere che la raccolta, nella forma a cui a noi è pervenuta, sia sicuramente opera di autori successivi (probabilmente avvenuta a cavallo tra III e IV sec. d.C.), è ancora aperto il dibatto circa l'originalità dei materiali da cui essa ha attinto. In estrema sintesi la dottrina è divisa tra chi ritiene che Paolo avesse scritto un'opera intitolata *Sententiae* e che, quella a noi pervenuta, sia, tutto sommato, una riproduzione abbastanza fedele della stessa. Altri sostengono che un anonimo autore abbia effettivamente riportato il pensiero di Paolo, attingendo però da altre opere dell'autore e, in qualche caso, rielaborando le sue opinioni conformandole alle nuove prassi sociali. Infine vi è chi invece afferma che gli scritti del giurista furono solo una delle varie fonti alla base della raccolta (per una completa bibliografia sul tema I. RUGGERO, *Pauli Sententiae,* cit., pp. 53-75, ove l'autrice, tramite efficaci tavole riassuntive, elenca tutte le diverse posizioni, nonché gli autori che le sostengono). In relazione a tale ultima ipotesi, il frammento qui riferito Paul. *Sent.* 2.11.2, sarebbe, sia secondo la ricostruzione di M. LAURIA, (*Ricerche su "Pauli sententiarum libri",* in *Annali della R. Università di Macerata,* 6, 1930, pp. 33 ss.;) che quella di D. LIEBS, (*Die Pseudopaulinische Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie,* in *ZSS* 112, 1995, pp. 151 ss.; ID., *Die Pseudopaulinische Sentenze II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausfürung,* in *ZSS,* 113, 1996, pp. 133 ss.;) sarebbe stato estratto dal Codice Gregoriano. Tale opera consisterebbe in una raccolta di costituzioni imperiali (secondo alcuni il primo di questa tipologia di opere), emanate dall'età adrianea al 290-291 d.C., anno in cui forse sarebbe stato pubblicato (tuttavia non risultano con certezza provvedimenti precedenti alla dinastia dei Severi). Anche in tale prospettiva, quindi, il frammento analizzato rientrerebbe nel nostro arco temporale, che parte da Papiniano e si conclude con due costituzioni di Diocleziano, datate 291 e 293 d.C. Sull'opera, a mero titolo esemplificativo: M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus. Origini e vicende,* Napoli, 2005.

D. 3.5.5.2 Ulp. *10 ad ed.*: *Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus*.

In questo frammento Giuliano afferma che qualora un terzo abbia gestito la tutela al posto del tutore, al fine di liberare quest'ultimo da responsabilità giudiziali, tra i due intercorre un rapporto di *negotiorum gestio*. In aggiunta, anche il pupillo potrà essere obbligato con la stessa azione verso il gestore, ma solo nei limiti del guadagno. Idealmente si potrebbe ritenere che tale caso potrebbe applicarsi anche alla madre, in quanto non troviamo esplicite ragioni per escluderla. Tuttavia è preferibile procedere con cautela. Una tale disposizione, tra l'altro, renderebbe superflua la promessa di indennità da parte della madre, dal momento che il tutore potrebbe comunque rivalersi nei confronti della donna. Tutto ciò, però, contrasterebbe decisamente con quel che ha sostenuto Papiniano in D. 26.7.5.8. e in D. 38.17.2.25, un testo nel quale si legge che nemmeno la esplicita volontà paterna può sollevare il tutore dalle sue responsabilità.[386]

Una nota interessante è data dal fatto che tale posizione è imputata da Ulpiano a Giuliano. Non possiamo ovviamente datare con certezza il meccanismo di promessa di indennità, perché esso non discende da un'innovazione normativa, ma da una differente applicazione di istituti già esistenti[387]. Sappiamo, non di meno, che le prime fonti che lo riportano sono attribuibili ad Ulpiano[388] e Paolo[389], cui si aggiungono due costituzioni di

[386] È interessante collegare quanto scritto ad una seconda opinione di Giuliano, sempre riportataci da Ulpiano, in cui il giurista sostiene l'invalidità della clausola *eos aneclogistos esse volo,* con cui i testatori sollevavano da ogni responsabilità il tutore. Questo era impossibile in quanto la *fides* era componente costitutiva dell'ufficio tutorio, per cui non si poteva permettere di lasciare impunito il tutore che si fosse comportato contrariamente. Allo stesso modo tale clausola non poteva essere considerata come un fedecommesso che coprisse il danno, comunque ritenuto non valido, in quanto non era possibile aggirare così il principio della normativa e comunque al tutore era concesso di rifarsi delle spese tramite l'*actio tutelae.* Quanto detto, oltre a esaltare la finezza giuridica del ragionamento di Giuliano, non sembra però contrario al ragionamento fino ad ora portato avanti, in quanto l'obiettivo principale era garantire al pupillo la tutela da un'amministrazione in mala fede. (D. 26.7.5.7 Ulp. 35 ad ed.: «*Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: "eosque aneclogistos esse volo". Et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus, et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam. damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest*»).

[387] Va tuttavia notato che un meccanismo simile viene proposto dalla madre protagonista della vicenda riportataci in *P.Yadin* 15 (archivio di Babatha, PSI. X 1159) datato al 125 d.C. La donna, infatti, offre il proprio patrimonio come garanzia, in cambio dell'amministrazione dei beni dei figli. Sulla vicenda: T. J. CHIUSI, *Babatha vs. the guardians of her Son,* cit., pp. 102 ss.

[388] D.16.1.8.1

[389] Paul. 2.11.2

Alessandro Severo[390]. Abbiamo infine tre rescritti imperiali[391], tutti successivi, che disciplinano la materia. L'opinione giulianea sarebbe, così, l'attestazione più risalente. Anche questo giurista, se facessimo nostra la ricostruzione storica di Masiello, avrebbe fatto parte di quell'*élite* intellettuale disposta a tutelare in modo più pervasivo le ingerenze femminili nella tutela. Non si vuole qui in alcun modo affermare che, nello scrivere, il giurista adrianeo avesse a mente questo specifico caso. Tuttavia è interessante notare determinate contraddizioni, soprattutto inquadrandole nella loro successione temporale. Parrebbe, infatti, che, mentre nel corso della prima parte del II secolo vi fosse una maggiore tolleranza, come comproverebbe il passo di Nerazio, essa si esplicava nella possibilità di concedere specifiche eccezioni *ad hoc*, senza né negare la regola in assoluto, né approntare rimedi alternativi. Viceversa, a partire da Settimio Severo, non si tollerano più, almeno in linea di principio, deroghe allo *ius vetus*. Contemporaneamente, tuttavia, si congegnano nuovi meccanismi, che, a determinate condizioni (la presenza di un tutore legittimo, per quanto nominato per pura formalità), permettono lo svuotamento in concreto di quanto affermato in linea generale. Sul punto dovremo ritornare, una volta messe in risalto tutte le diverse sfaccettature della vicenda.

Una seconda ipotesi di tutela gestita da un terzo, invece, fa il caso in cui tra tutore e gestore intercorra un vero e proprio contratto di mandato:

D. 26.7.5.3 Ulp. 35 *ad ed. Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gestaque fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse qui per alium gessit. quod si non accessit is cui mandatum est, utili actioni convenitur.*

Questo frammento, tuttavia, conferma che tra minore e terzo gestore non si instaurava un rapporto di responsabilità diretta. Infatti, contro il tutore si esperirà l'azione di tutela, mentre i rapporti tra questo e il mandatario saranno regolati separatamente. Il rapporto tra pupillo e terzo gestore rimane pertanto indiretto. Qualche dubbio può sorgere in relazione all'azione utile:

D. 27.4.1.1 Ulp. *36 ad Ed. Haec actio non solum tutori, verum etiam ei, qui pro tutore negotia gessit, competere debet*

Ulpiano, nel trattare dell'*actio tutelae contraria* costruita in via utile, afferma che essa competerà anche a chi avrà gestito materialmente la tutela, in sostituzione del legittimo

[390] C. 4.29.6; C. 5.46.1
[391] C. 5.45.1; C. 5.46.2; C. 5.46.3

titolare. Tale fattispecie si differenzia dall'*actio protutelae,* esposta nel titolo quinto del ventisettesimo libro del Digesto, in quanto essa era dedicata a chi o si credeva tutore o fingeva di esserlo[392], o la cui effettiva nomina era dubbia[393]. Esistevano, pertanto, diversi meccanismi processuali che regolavano il caso in cui titolare dell'*auctoritas* e titolare del *ius administationis* non coincidevano: nei casi in cui era lo stesso tutore ad indicare il gestore (per cui l'azione di quest'ultimo era legittima, non solo utile) non si instaurava un rapporto diretto con il pupillo. Al contrario, quando la separazione derivava da una mera situazione di fatto, tra pupillo e terzo si instauravano azioni o in via utile o di protutela[394]. Le precedenti testimonianze (in particolare D. 3.5.30) lasciano tuttavia supporre che le donne non furono ammesse a tali strumenti, mentre si preferì regolamentare il rapporto con i minori tramite *actio negotiorum gestorum*[395].

In ogni caso, la disciplina in materia di promessa di indennità è in linea con il principio per cui tra gestore e pupillo non era possibile instaurare un procedimento. In proposito rilevano due costituzioni di Alessandro Severo, pronunciate a circa sei anni di distanza l'una dall'altra. Riportiamo, qui, la prima:

C.4.29.6.pr Alex. A. Torquato: *Si mater, cum filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio neque ipsa neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pigneratae adiuvantur.* [1] *Sin autem tutore se excusare volente ipsa se interposuit indemnitatem ei repromittens, auxilio senatus consulti uti minime prohibetur.* [2] *Sin vero tutores petiit et sponte periculum suscepit, quominus teneatur, auctoritate iuris tuetur.* (a. 228)

In questa statuizione, datata al 228 d.C., vengono descritte tre ipotesi, tramite cui la madre può garantirsi la gestione patrimoniale dei beni del figlio. La prima consiste nel meccanismo di cui abbiamo trattato: la donna promette al tutore un'indennità; poiché il contratto è stipulato direttamente con l'uomo, tale costruzione esula dall'applicazione del

---

[392] D. 27.5.1.1 Ulp. 36 *ad Ed.: Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen ess*e

[393] D. 27.5.1.pr Ulp. 36 *ad ed. Protutelae actionem necessario praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit*

[394] Esula da tale divisione il caso proposto da Giuliano, in quanto non è univoco che il tutore fosse a conoscenza dell'azione del terzo ed, inoltre, il rimedio proposto è diverso da quello suggerito in D. 27.4.1.1.

[395] Per quanto riguarda l'*actio protutelae* ricavare la ragione dell'esclusione è abbastanza agile: se una donna non poteva essere tutrice, non poteva, di conseguenza, credere o fingere di esserlo. Meno ovvia è la non applicabilità dell'azione concessa in via utile. Forse, anche in questo caso, bisogna fare riferimento all'opinione di Papiniano per cui non è possibile infrangere l'ufficio tutorio.

senatoconsulto Velleiano. È da notare che l'imperatore argomenta la sua decisione seguendo lo stesso ragionamento espresso da Papiniano in D. 16.1.8.1, pur generalizzandolo. Si parla infatti di *gerere patrimonium*, mentre il giurista si esprimeva in riferimento ad un singolo affare. In questa prospettiva la posizione dell'imperatore appare lievemente meno rigida rispetto a quella dei giurisperiti cui sembra ispirarsi[396]. Va inoltre sottolineato che il frammento fa esplicito rifermento a pegni e fideiussioni, atti non sempre pacificamente ammessi[397].

La seconda ipotesi ammette la promessa di indennità al tutore per evitare che questo rinunci all'ufficio, anche in tal caso la madre non potrà beneficiare dell'*exceptio*. La terza ed ultima fattispecie, al contrario, non esclude l'azionabilità del provvedimento senatorio: la donna, pertanto, non può assumersi il *periculum* in luogo dei tutori da lei stessa richiesti. Ovviamente le prime due tipologie di costruzione negoziale non implicano il sorgere in capo a madre e minore della titolarità di un'azione con cui agire direttamente l'uno contro l'altra: in un meccanismo così costruito, il minore avrebbe dovuto dapprima agire con l'*actio tutelae* contro il tutore, il quale si sarebbe successivamente rifatto sulla donna.

Ciò trova conferma in una costituzione del 246 d.C.:

C. 5.46.2.pr. Philipp. A. et Philipp. C. Asclepiadi et Menandro: *Quaedam pupillorum vestrorum a matre itemque avo paterno administrata eorumque nomine indemnitatem vobis promissam esse adseveratis. quae si ita sunt et idem pupilli legitimae aetatis effecti non adversus matrem suam itemque avum, sed contra vos congredi malunt, non immerito indemnitatem ab his praestari desiderabitis, quos et administrationem suo periculo pridem suscepisse proponitis.*

In questo caso l'indennità ai tutori è stata promessa dalla madre in concorrenza con il nonno paterno. Gli imperatori affermano che i tutori non possono esimersi dal rispondere direttamente per la tutela, in quanto, proprio per proteggerli da eventuali perdite, era stato promesso loro un indennizzo. Questo passo conferma che tale espediente era effettivamente in uso nella società, nonché accettato dai giuristi. Ulteriore prova in:

C. 5.45.1.pr Valer./Gallien. AA. Marcello: *Etiam mulieres, si res pupillares pro tutore administraverunt, ad praestandam rationem tenentur.*

In tale costituzione, datata al 259 d.C. ed emanata dagli imperatori Valeriano e Gallieno, si afferma che anche la madre, che amministra i beni del minore al posto del

[396] In realtà non possiamo essere certi dell'opinione di Ulpiano in materia, il giurista, infatti, concordando con Papiniano non aggiunge ulteriori proprie considerazioni.
[397] Il testo dell'editto (vd. D.1.6.2.1), infatti, vi faceva esplicito riferimento.

tutore, è tenuta alla stesura del rendiconto. Si riconosce, pertanto, la legittimità dell'intervento materno, tanto da imporle doveri tipicamente associati all'ufficio tutorio. Il frammento, inoltre, testimonia indubitabilmente la netta scissione tra figura del tutore e titolare dello *ius administrationis*. La fattispecie è descritta quale meccanismo consolidato: qualora una donna voglia amministrare, al posto del tutore (che però deve esistere), essa deve garantirlo e mostrargli i conti. Ciò che Papiniano tratta da caso quasi eccezionale, circa sessanta anni dopo, se assumiamo come ipotesi che il testo non abbia subito cesure in sede di compilazione, appare un procedimento consolidato.

Resta ora da considerare la seconda costituzione di Alessandro Severo, datata al 234 d.C., che, forse, interveniva in materia.

C. 5.46.1.pr. Alex. A. Bruttiae: *Suo potius periculo magistratus tutores quos petisti dederunt, quam tu contra sexus condicionem alicui ex ea obligatione obstricta es, quod tuo periculo tutores filiis tuis dari postulasti.*

L'imperatore risponde ad una donna, Bruttia, affermando che, quantunque lei abbia chiesto ai magistrati di nominare i tutori da lei indicati, dichiarando di assumersene il rischio, ciò non esime i tutori stessi da responsabilità. Il caso sembrerebbe coincidere con la terza fattispecie proposta in C. 4.29.6.2, che, in effetti, comportava l'azionabilità del senatoconsulto Velleiano. L'interpretazione di tale statuizione ha suscitato dibattito, in particolar modo non è univoco il significato da attribuire a *"periculo suo"*. In altri termini, gli studiosi moderni si sono chiesti in che modo la madre potesse chiedere di assumersi il rischio della tutela e con quale mezzo il magistrato avrebbe dovuto, idealmente, attribuirglielo. Inoltre, suscita ulteriori interrogativi la posizione in cui tale frammento è stato inserito dai compilatori nel codice. Esso, cumulativamente ad altri due, tra cui il già esposto C. 5.46.2, compone la rubrica *si mater indemitatem promiserit,* tuttavia, dal testo, non si rileva un esplicito riferimento ad una promessa di un'indennità. La lettura combinata con C. 4.29.6, in cui, nel descrivere le altre due fattispecie, si fa esplicito riferimento ad essa, permette, però, di ritenere che l'assunzione del rischio (*periculo suo*) avvenisse tramite una transazione economica.

All'incirca della stessa problematica tratta anche la terza costituzione inserita nella stessa rubrica:

C. 5.46.3. pr Diocl./Maxim. AA. et CC. Gaiano: *Ob tutorem non idoneum a matre petitum frustra vobis eam teneri contenditis, cum non, nisi specialiter eius periculo dari decreto fuisset comprehensum, ex ea obligatione obstricta est.*

In tale provvedimento, emanato da Diocleziano e Massimiano nel 293 d.C., si sancisce che è inutile chiamare in giudizio la madre per aver indicato un tutore inidoneo, in quanto ella non può essere ritenuta responsabile. Tuttavia, qualora il magistrato avesse inserito la clausola *periculo suo* nel decreto di nomina del tutore, allora la donna può andare incontro a responsabilità.

Il tenore della norma contraddice non solo quanto affermato da Alessandro Severo, ma anche un'altra costituzione degli stessi imperatori:

C. 5.51.9.pr Diocl./Maxim. AA. et CC. *Iuliano: Tutorem quondam, ut tam rationem quam si quid reliquorum nomine debet reddat, apud praetorem convenire potes. quamvis enim matrem tuam susceptis bonis vestris indemnitatem pro hac administratione tutori se praestituram promisisse proponatur, tamen adversus tutorem tibi tutelae, non adversus matris successores ex stipulatu competit actio.* (a.293)

Si afferma, infatti, che al figlio, nonostante la madre abbia promesso l'indennità al fine di ottenere l'amministrazione, spetta l'azione di tutela contro il tutore e non un'azione *ex stipulatu* contro i successori della madre. È, quindi, necessario cercare di individuare il contenuto della clausola "*periculo suo"*, al fine di dare maggiore chiarezza alla disciplina. Frezza[398], in proposito, ha proposto una suggestiva teoria. Connettendo le due costituzioni di C.5.46 con il passo di Paolo pervenutoci tramite le *Sententiae* (2.11.2), lo studioso ha ritenuto di poter tradurre «*pro tutoribus* [...] *indemnitatem promisit*» in senso sostitutivo. La donna, pertanto, al fine di garantirsi l'amministrazione del patrimonio dei figli avrebbe promesso l'indennità al posto dei tutori: cioè, al momento della loro nomina, sarebbe stata lei stessa a prestare la *satisdatio rem pupilli salvam fore*. La teoria trova, effettivamente, conferme sul piano lessicale in quanto, nelle fonti, tale accezione della formula *"pro tutore"* risulta essere quella largamente più frequente[399]. In tale ottica, l'attribuzione del pericolo direttamente in capo alla madre deriverebbe quindi dalla sua dazione di garanzie, che andrebbe riportata anche nel decreto di nomina. Mancando tale passaggio, continua Frezza, si tratterebbe di una mera clausola di stile.

Questa ricostruzione, ovviamente, non è conciliabile con la delicata spiegazione giuridica offerta da Papiniano, cui concorda Ulpiano, per permettere la non contraddittorietà tra la promessa di indennizzo e il precetto del senatoconsulto Velleiano.

---

[398] P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit. pp. 372 ss.

[399] S. SOLAZZI, *Scritti,* cit., p. 654, riprendendo le posizioni del Vogt e di Cuiacio, riteneva la preposizione interpolata, in quanto al verbo *promittere* era sufficiente abbinare il dativo (così infatti C. 5.46.2 e C.4.29.6).

Anzi, è cristallino come, in tale ipotesi, la donna sia vera e propria garante del tutore. Invero, però, il frammento attribuito a Paolo[400] è anche l'unico non estratto dal *Corpus* giustinianeo; non è perciò improbabile ipotizzare che esistessero opinioni differenti in materia. In questo senso allora Alessandro Severo avrebbe deciso di sostenere il pensiero di Papiniano e Ulpiano, riportando in C. 4.29.6 la stessa motivazione espressa in 16.1.8.1 (pur generalizzando la fattispecie), e negare apertamente la (supposta) posizione paolina, impedendo di attribuire alla madre il rischio diretto.

Pur espungendo il frammento delle *Sententiae*, C.5.46.3 rimane in contraddizione con gli altri frammenti riportati dai compilatori. Inoltre, è poco probabile che, a pochi mesi di distanza, Diocleziano e Massimiano optassero per due posizioni così distanti. La spiegazione, forse, va quindi ricercata altrove. Il figlio di C.5.46.1 riferisce esplicitamente che i tutori, scelti dalla madre, si erano dimostrati inidonei. Come sappiamo, a norma di quanto stabilito relativamente al sc. Tertulliano, ciò avrebbe comportato l'esclusione della madre dall'eredità del figlio[401]; quindi, una sorta di obbligazione già gravava sul capo della donna. È pur vero che a lei non competeva l'obbligo di denuncia del tutore sospetto, in quanto non era richiesto alle donne di saper valutare se la gestione fosse corretta o meno[402]. Si potrebbe tuttavia ipotizzare che in età giustinianea, e forse già con Diocleziano, era in uso la prassi di far promettere alla madre l'indennità al tutore contestualmente alla nomina dello stesso. Il magistrato, quindi, avrebbe aggiunto la clausola "*periculo suo"*, per attestare che si era instaurato quello specifico meccanismo (la cui costruzione permetteva di non confliggere con il precetto del sc. Velleiano); in tale unica circostanza sarebbe stato concesso al pupillo di agire contro la madre, ma solo nel caso del tutore insolvente. In altre

[400] Sull'autenticità dell'attribuzione a Giulio Paolo si veda quanto detto in nt. 383.

[401] D. 38.17.2.32; D. 38.17.2.34. Va comunque sottolineato che l'idoneità richiesta alla donna era meramente di natura formale (ad esempio doveva assicurarsi che il prescelto non avesse ragioni per scusarsi o che non si fosse macchiato di indegnità). Invero, in riferimento all'accusa del tutore sospetto, si afferma che non era onere femminile valutare la capacità del tutore.

[402] D. 26.6.4.4

parole, la madre non sarebbe stata responsabile della gestione del tutore, ma di aver scelto[403] la persona sbagliata cui affidare quel ruolo[404].

In favore della possibilità di permettere l'instaurarsi di un rapporto di responsabilità tra madre e figlio, si potrebbe citare Modestino:

D. 26.6.2.5, Mod. 1 *excus.: Εἰ δὲ ἄλλος αἰτῆσαι κουράτορα δύναται τῷ ἀφήλικι, ἐζητήθη. καὶ Οὐλπιανὸς ὁ κράτιστος οὕτως γράφει, ὡς δέον ἄλλον αὐτῷ μὴ αἰτεῖν, ἀλλὰ αὐτὸν ἑαυτῷ, et apud Paulum libro nono responsorum ita relatum est curatorem ignorante nec mandante pupilla non recte ei a tutore petitum videri periculumque eorum, quae curator non iure datus gessit, non sine ratione eum qui petit cogendum agnoscere. et alia parte eiusdem libri ita respondit, si matris iudicium princeps secutus curatores filiae eius dedit, periculum administrationis eorum eam respicere debere*.

I minori di 25 anni sono tenuti in prima persona a chiedere un curatore: sicché non si applicano gli obblighi, e le relative sanzioni, previste per la tutela. Si stabilisce, però, anche che, per il solo caso di pupilla femmina, se qualcuno le abbia nominato un curatore non correttamente o a sua insaputa, questi risponderà del rischio dell'amministrazione. Infine, sempre riportando l'opinione di Paolo, tratta però da un diverso libro dei responsi rispetto alla regola precedente, anche la madre sarà chiamata ad assumersi il rischio, qualora il principe abbia nominato i curatori da lei indicati.

---

[403] Alla madre non fu mai concesso il diritto di dare il tutore ai figli; tuttavia la sua opinione era tenuta in considerazione e, come abbiamo appena visto, sembrerebbe che dalla fine III sec. d.C. la donna potesse imporre la propria scelta, a patto che si assumesse il rischio della mala gestione. Inoltre, in materia di tutore testamentario, già dall'età adrianea si era diffusa la prassi di seguire, con alcuni accorgimenti, la volontà della madre: D. 26.3.2.pr. Ner. 3 *reg.*: *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit, decreto praetoris vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur nec satisdabit pupillo rem salvam fore*. (Secondo T. MASIELLO, *La donna tutrice,* cit., pp. 21 ss., la regola potrebbe essere fatta risalire fino a Claudio. A favore dell'interpolazione L. TRIPPICIONE, *Note a C.28 (De testamentaria tutela)* 4, in *BIDR,* 35, 1927, p. 172 il quale sostiene che ancora al tempo di Adriano la donna necessitasse dell'autorizzazione del tutore per testare, il quale, in tal caso l'avrebbe negata. L'obiezione non convince cfr. quanto detto in tema di libertà testamentaria femminile.) La nomina era illegittima, ma, a seguito di *inquisitio*, il magistrato poteva confermarla. Al contrario, qualora il padre avesse nominato dei tutori, ma il testamento o il codicillo risultasse invalido, il magistrato avrebbe dovuto ratificare ma non era necessario che verificasse la loro idoneità. Con Settimio Severo sembra affermarsi il principio per cui, pur non variando tale regola, la volontà materna postuma poteva doveva essere tenuta in considerazione fino al punto di giungere alla ricusazione di un tutore, precedentemente valutato idoneo C. 5.47.1 Sev./Ant. AA. Tertio: «*Si contra matris ultimam voluntatem Fuscinium filio communi tutorem datum probaveris, eum sine damno existimationis a tutela removendum praetor decernet. quae rescriptio, si in fraude convictus fuerit, non suffragabitur* » (a. 197)

[404] Si tratterebbe, pertanto, di un caso di *culpa in eligendo.* L'esistenza di una tale forma di responsabilità nell'ordinamento romano la troviamo in D. 3.5.20.3 Paul. 9 *ad ed. Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia eius fecit, tu mihi praestes.*

Tale frammento non è stato esente da accuse di rimaneggiamento, si ritiene, inoltre, che non facesse parte dell'opera originale, ma fosse una nota di ignoto autore, poi inserita erroneamente nel testo da un copista[405]. Vi sono anche delle incongruenze temporali, in quanto non si ritiene probabile che i *responsa* di Paolo siano antecedenti agli scritti di Modestino[406]. In ogni caso le critiche mosse non cambiano nella sostanza il precetto, che troviamo riportato anche altrove[407]. Riguardo alla possibilità che una madre fosse chiamata a rispondere, non tanto per la gestione, quanto per l'indicazione del tutore, tale passo, come si è detto, potrebbe rappresentare un indizio in tal senso: anche se non era lei stessa ad amministrare, poteva esservi indirettamente responsabile, qualora il curatore dal lei scelto si fosse dimostrato inidoneo. Tale affermazione apre però alcune problematiche circa la sua conciliabilità con il precetto del senatoconsulto Velleiano, anche se la speciale concessione del principe potrebbe permettere di aggirare la questione. In ogni caso, non si può ignorare che tra tutela e curatela i regimi non erano sovrapponibili e che l'estrema attenzione posta alla necessità di garantire protezione ai soggetti sottoposti alla prima, che si sviluppa, via via, nell'età dei Severi, non coinvolge, per intero, anche l'ambito della seconda. Inoltre, va notato che le fattispecie in oggetto sono descritte in maniera sempre più residuale: risponderà della nomina illegittima del curatore solo chi lo nomina ad una pupilla, e la madre sarà responsabile solo se la nomina è fatta ad opera del principe.

Esaminando ora queste ultime notizie in ordine diacronico, potremmo forse individuare una logica: dapprima incontriamo il frammento di Papiniano, riferito da Ulpiano, che, a cavallo tra II e III sec. d.C., accetta che la madre possa promettere un'indennità al tutore, offrendo una fine spiegazione giuridica sul perché tale caso non cada sotto la scure del sc. Velleiano, e solo nel caso questi voglia alienare beni immobili. In seguito, Paolo mostra un atteggiamento meno rigido sul tema, aprendo ad un meccanismo più generale e proponendo, forse, casi di responsabilità diretta (la madre presterebbe direttamente la *satisdatio* al posto del tutore). Le costituzioni di Alessandro Severo, che si è giovato, nel primo anno di regno, della collaborazione di Ulpiano[408], accolgono il meccanismo di

[405] In tal senso già O. LENEL, *Palingenia,* cit., p. 1237 nt. 4; T. MASIELLO, *I "libri excusationum" di Erennio Modestino,* Napoli, pp. 42-44; A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, *Herennius Modestinvs. Excvsationvm libri VI,* Roma-Bristol, 2021, pp. 132.

[406] A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, *Herennius Modestinvs*, cit., pp. 132. È tuttavia interessante notare che, nell'ipotesi della non autenticità delle *Pauli Sententiae,* i giuristi successivi imputarono a Paolo, in due circostanze diverse, le posizioni più favorevoli ad una maggiore interferenza materna.

[407] D. 26.6.2.4

[408] Zosimo, *Hist. Nov.* 1.11.1-3; Cassio Dione, *Xiph.* 80.1-2; per un'analisi dei passi e soprattutto del ruolo speciale che Ulpiano assunse sotto Alessandro Severo J.L. FERRARY, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, *Cnaevs Domitivs Ulpianus. Institutiones de censibvs,* Roma-Bristol, 2021, pp. 23 ss.

promessa di indennità, ma solo nella forma della separata costruzione negoziale, confermando così il principio in forza del quale, se un magistrato nomina un tutore inidoneo su suggerimento femminile, in alcun modo ne può rispondere la donna. Modestino[409], qualche anno dopo, sembra ritenere che qualche forma di responsabilità si possa imputare anche alla madre, ma solo in determinati casi eccezionali. La prassi della promessa d'indennità si diffonde, consolidando anche l'obbligo della donna a redigere il rendiconto. Infine, a sessant'anni anni di tempo dal rescritto di Alessandro Severo, gli imperatori Diocleziano e Massimino, negando nuovamente il ricorso in forza della promessa, attribuiscono comunque al magistrato lo strumento mediante il quale imputare alla donna la responsabilità dell'indicazione del tutore.

L'evoluzione normativa proposta è coerente con la storia e con lo sviluppo della tutela. La crisi della famiglia agnatizia e l'esigenza di tener conto dell'esistenza – in specie se considera l'insieme dei nuovi *cives* dopo la *constitutio Antoniniana* del 212 – della prevalenza del modello della famiglia mononucleare, nonché la nuova concezione dell'ufficio tutorio quale dovere civile, che si risolve principalmente nella protezione del minore e dei suoi interessi, sono tutti elementi che concorrono ad individuare nella madre, in assenza del padre, la figura più idonea a garantire l'interesse dei figli. Quest'esigenza sociale si doveva, però, confrontare con alcuni dei principali dispositivi dell'ordine giuridico romano e, in particolare, da un canto con la *patria potestas* (da sempre al centro del sistema della filiazione legittima e di quello delle successioni), dall'altro con il tradizionale inquadramento della tutela tra i *munera virilia*. In questa situazione di instabili mutamenti sociali, difficili da cogliere nei loro contorni anche per il più acuto osservatore di quei tempi, l'ordinamento, proprio a proposito della figura della madre, mostra tutte le proprie idiosincrasie. Da un canto essa rappresenta una figura di rifermento familiare, protettrice della prole e garante della loro cura, dall'altro, è ritenuta inidonea ad assumere responsabilità tipicamente maschili. Se è pur vero, come sostiene Tommaso Masiello, che le contrastanti ideologie femminili, che emergono nel corso del I sec. d.C., provano come le conquiste non siano mai definitive, allo stesso modo, una volta introdotta una determinata usanza sociale, non la si può cancellare con un semplice colpo di spugna[410]. Riformulando

[409] Per una ricostruzione della vita del giurista e dell'ambiente socio-culturale in cui scrisse A. MAFFI, B.H. STOLTE,G. VIARENGO, *Herennius Modestinvs*, cit., pp. 6 ss.

[410] Inoltre, come mostreremo estensivamente nelle conclusioni, non sembra che i Romani siano mai riusciti a fermare l'espansione patrimoniale femminile. Già in origine non sembra si possa parlare di un'incapacità economica femminile, quanto più di un controllo sulla stessa. I Romani quindi non avrebbero

questi pensieri, potremmo dire che, nel descrivere l'affermarsi della famiglia mononucleare, possiamo individuare nella normativa augustea e postaugustea una sorta di atto inaugurale, capace di influenzare tutti i successivi provvedimenti in materia. Tuttavia, non si assiste alla definitiva vittoria di questo modello prima del III sec. d.C. Del pari anche il "ruolo femminile" impiegò secoli a ridefinirsi e, invero, l'emancipazione era avvenuta in precedenza, in un ambito prettamente negoziale, inoltre alle donne non si conferirono ruoli di responsabilità familiare. Insomma, benché non si intendesse, per principio, ostacolare ogni interferenza delle madri nella gestione dei patrimoni dei loro figli minori, non si potevano neppure sovvertire, solo per questo, strutture consolidate dell'ordine giuridico romano.

In questa luce assumono ancor più rilevanza i termini in cui si tratta del sc. Velleiano in relazione al meccanismo della promessa di indennità: Papiniano, che lo considera uno strumento da utilizzare solo in circostanze speciali, formula una raffinata spiegazione giuridica. Alessandro Severo si conforma alla sua opinione, anche se, la formulazione con cui afferma l'efficacia del provvedimento nella terza ipotesi (assunzione diretta del pericolo), potrebbe indicare che la non azionabilità nei due casi precedenti, seppur giuridicamente giustificati, appaia anche all'imperatore come un'eccezione. Si dice, infatti, che nell'ultima ipotesi si osserverà l'autorità della legge. Paolo, forse, propone un superamento. Gli imperatori delle costituzioni successive, invece, pur attenendosi alla

---

mai teorizzato differenti posizioni per donne e uomini, bensì si sarebbero limitati ad aggiungere un controllo alle prime (L. PEPPE, *Posizione giuridica,* cit., p. 166). Successivamente tale controllo venne attenuato e iniziarono a sorgere i grandi patrimoni femminili, tra il II e I sec. a.C. Questo sviluppo si ebbe soprattutto quale conseguenza delle frequenti lotte civili, in quanto, non potendo queste essere le donne iscritte nelle liste di proscrizione, le famiglie dell'*elite* iniziarono ad intestare loro i beni, per evitare che venissero sequestrati. Un primo tentativo di porvi freno fu la *Lex Voconia,* la cui normativa dovette essere successivamente integrata per evitare che fosse violata tramite legato e fedecommesso. Tentativi di maggiore tassazione dei patrimoni femminili, come sappiamo dall'episodio di Ortensia, ricevettero una resistenza inaspettata, tanto che i consoli dovettero tornare sui loro passi. Il sc. Velleiano che, a prescindere da ciò che si affermava nella *laudatio*, era un provvedimento che intendeva limitare la capacità economica femminile, dovette, nei fatti, trovare limitato successo (F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti,* in *Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica,* Torino, 2014, pp. 17 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare,* Milano, 2008, pp. 83 ss; T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law: Past, present and future,* Michigan, 2012, p. 229 nt. 78) . Come abbiamo visto dalla sua efficacia fu esclusa la *negotiorum gestio*, seppure con fini ragionamenti giuridici, e bisognò esplicitamente sancire che era esclusa la mala fede; infine, nel 223, Alessandro Severo, in una costituzione, sancì che non vi si poteva ricorrere qualora si fosse sempre saputo che la parte intermediaria fosse stata una donna (C. 4.29.4 Alex. A. Alexandriae: «*Senatus consultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit vel participaverit sive, cum alius pecuniam acciperet, ipsa se constituit ab initio ream, quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est.*» [a. 223]). Circa la libertà economica femminile, quindi, non sembra né che sia mai stata formalmente esclusa dall'ordinamento, né che ne sia mai stata possibile un'efficace limitazione. Non possiamo tra l'altro scordare che Faustina Maggiore, moglie di Antonino Pio, era, con ogni probabilità, la detentrice del più grande patrimonio privato della sua epoca. Se anche i giuristi o i legislatori romani provarono a intervenire per limitare l'arricchimento femminile, questo non ci pare ebbe successo.

regola precedentemente espressa, sembrano più propensi a classificarla come una sorta di eccezione alla regola, necessaria solo perché funzionale al quel modello familiare che ormai si vuole tutelare pur senza sovvertire i princìpi dello *ius civile*. Ricordiamo infatti che in nessuno dei due provvedimenti emanati da Diocleziano e Massimiano si fa riferimento al coordinamento con il provvedimento senatorio e il potere concesso al magistrato di attribuire alla donna il rischio dell'indicazione del tutore non trova motivazione giuridica. A tal riguardo, occorre inoltre ricordare che, nella costituzione del 390 d.C. e in quelle d'età giustinianea, la formale rinuncia all'impiego del beneficio introdotto da tale senatoconsulto costituiva condizione necessaria perché una donna potesse assumere la tutela. Pertanto, è ovvio che i giuristi coltivassero più di un dubbio a proposito del coordinamento tra il dispositivo del senatoconsulto Velleiano e l'*officium* della tutela.

6. Un'ipotesi ricostruttiva

Quanto ora esposto non si applicava ai casi di gestione di affari, perché il fine del senatoconsulto Velleiano era impedire alle donne di mettere a rischio il proprio patrimonio per interessi altrui, salvo i casi in cui la donna avesse agito in mala fede. Seguendo tale logica, per la *negotiorum gestio* non dovrebbero porsi, in linea di principio, problemi. La donna agisce, infatti, come rappresentante: sicché ha sempre diritto di rivalsa sul patrimonio della persona nel cui nome agisce. Ricordiamo, inoltre, che per l'epoca che ci interessa, II-III sec. d.C., l'*actio negotiorum gestorum* era ormai unicamente un *iudicium bonae fidei*; di conseguenza, il gestore rispondeva solo nei limiti del dolo (e forse per colpa in casi particolari, ma, a tal proposito, non c'è accordo in dottrina[411]). Non di meno, come si è detto, il senatoconsulto Velleiano puniva sempre la mala fede[412].

Queste conclusioni non permettono ancora di conciliarsi con il frammento di Papiniano riferito in D. 3.5.30.6. La nettezza con cui il giurista nega ogni qual si voglia efficacia a

[411] In D.3.5.10 si stabilisce che il gestore risponderà per dolo o colpa e, in circostanze eccezionali anche per caso fortuito (D. 3.5.10.pr. Pomp. 21 *ad Q. Muc.*: «*Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere*»). Tuttavia, precedentemente troviamo detto che, qualora il gestore abbia agito mosso da ragioni di affetto, allora sarà responsabile solo per dolo (D. 3.5.3.9 Ulp. 10 *ad ed.*: «*Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem*»).

[412] Come esplicitamente escluso da rescritti di Antonino Pio e Settimio Severo: D. 16.1.2.3, *Ulp.* 29 *ad Ed.* «*Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae: hoc enim divus Pius et Severus rescripserunt. nam deceptis, non decipientibus opitulatur et est et Graecum Severi tale rescriptum: ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ. infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit*».

ciascun atto compiuto dalla donna esclude anche l'ipotesi di gestione di affari, ma ciò contrasta con quanto stabilito dalla stessa disciplina dell'istituto. Inoltre, D. 3.5.33 riporta un esplicito caso contrario. Non possiamo qui concordare con Paolo Frezza che propone una separazione tra atti di ordinaria amministrazione, ammessi in capo alla donna e che configurano *negotiorum gestio*, e atti di straordinaria amministrazione, che sarebbero quelli elencati da Papiniano. La costituzione in giudizio, in qualità di attore, non era mai consentita al gestore[413], a prescindere dal sesso. Tuttavia, sia l'alienazione di beni (con qualche remora sulle *res* mancipi)[414], che la riscossione di un debito, sembrano potersi benissimo inserire tra gli atti di ordinaria amministrazione. Potremmo anche sostenere che con l'impiego di *accipiendus* Papiniano si riferisse unicamente all'*acceptilatio* e che parlando di alienazione di bene intendesse riferirsi soltanto alle *res mancipi*, e, dunque, esclusivamente a negozi di *ius civile*, rispetto ai quali le donne avevano bisogno dell'*auctoritas* del tutore. Rimarrebbero comunque in campo coloro che godevano dello *ius liberorum*. Inoltre, la costruzione *pecuniam accipiendo* sembra escludere il caso di *imaginaria solutio*. Da ciò si dovrebbe quindi dedurre che, per il minore, vigesse un regime ancora più rigido di quello della *tutela mulierum,* per cui l'accettazione del pagamento di un debito era atto sempre valido in quanto giovava al patrimonio[415].

---

[413] Si arrivò a concederla al *procurator omnium bonorum*, ma necessitava di un esplicito mandato.

[414] Rimane il dubbio se questa fosse possibile solo se necessaria o solo conveniente, dai frammenti pervenutici ci sembra poter ammettere che la legittimità fosse sempre valutata nel caso concreto: se cioè, soprattutto in casi di gestione prolungata, la vendita rientrasse nelle logiche di gestione e mantenimento patrimoniale e se il comportamento del gestore fosse omogeneo a quello dell'effettivo proprietario.

[415] In aggiunga si possono citare due frammenti che indirettamente confermano una qualche forma di ingerenza femminile/materna: D. 16.1.7.pr Ulp. 29 *ad ed. Si fideiussores pro defensore absentis filii ex mandato matris eius intercesserint, quaeritur, an etiam his senatus consulto subveniatur. et ait Papinianus libro nono quaestionum exceptione eos usuros: nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt, cum contemplatione mandati matris intervenerunt. plane, inquit, si qui accepit eos fideiussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem senatus consulti replicatione doli repellendam.* [8] Pap. 9 *quaest. Quamquam igitur fideiussor doli replicatione posita defensionem exceptionis amittit ^amittat^, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorationem praetendere. sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fideiussoris liberatur.* Qualora la madre abbia dato mandato ad un terzo di fare da fideiussore per il difensore del minore al processo a lei spetta l'eccezione del senatoconsulto Velleiano. Il fideiussore, invece, la potrà opporre al difensore solo se quest'ultimo sapeva che era stata la donna a mandarlo. Tuttavia si ritiene equo dargli l'*actio negotiorum gestorum* contro il difensore, il quale potrà agire con lo stesso mezzo contro il minore. In questa fattispecie, l'azione della donna, pur essendo illegittima e non costituendo obbligazioni direttamente, ha comunque effetti concreti. Una diversa ipotesi, invece, è riportata in D. 16.1.8.15 Ulp. 29 *ad Ed. Illud videndum est, si mulier pro eo intervenit, qui, si cum ipso contractum esset, non obligaretur, an hac actione ille debeat teneri? ut puta si pro pupillo intercessit, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. et puto non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. item si minor viginti quinque annis sit, pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit implorare: vel filius contra senatus consultum contracturus est.* Il passo è estratto dal commento di Ulpiano al senatoconsulto Velleiano, tuttavia il Lenel (*Palingenesia,* II, p.612 nt.1) ha suggerito che una collocazione alternativa, sotto la rubrica *De actione quae dicitur instutoriae* (in questo caso abbinata con D. 14.1.4). Si

Al contrario, potremmo però chiederci cosa potesse rientrare nell'ordinaria amministrazione che non implicava passaggi di proprietà di beni o rapporti obbligatori. Va ricordato, inoltre, che, all'interno della disciplina della gestione d'affari mai viene fatta menzione ad atti da essa esclusa, ad eccezione quelli strettamente personali. Vieppiù, alcuni frammenti trattano della costituzione in giudizio del gestore, anche nel caso di completa ignoranza del gerito, purché convenuto. Si tenga conto, a tal riguardo, che questa azione fu introdotta per regolare i rapporti di rappresentanza che non ricadevano in contratti di mandato o in fattispecie di rappresentanza diretta (*filius* o schiavo), benché il termine *procurator*, con il quale, in origine, si indicava la figura dell'amministratore non "legittimo", prevedesse ormai un mandato. Ma la casistica, quella che emerge dall'analisi del quinto titolo del terzo libro del Digesto, propone fattispecie nelle quali la gestione si è prolungata per un brevissimo periodo di tempo accanto ad altre protrattesi, invece, a volte per anni: sicché, almeno in questa seconda ipotesi, è probabile che implicassero, per forza di cose, anche il compimento di atti che coinvolgevano in maniera significativa il patrimonio del gerito.

Alla luce di quanto si è detto non soccorre la teoria del Frezza nemmeno quel che si legge in D. 50.17.2.pr.:

D. 50.17.2.pr Ulp. 1 *ad Sab: Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

Qui Ulpiano, commentando Sabino, motiva l'incapacità femminile ad essere testimoni per un testamento. Esse sono infatti escluse da qualsiasi ufficio civile o pubblico, quindi non possono essere giudici o reggere una magistratura e nemmeno *postulare, nec pro alio intervenire, nec procurator existere*. Questi ultimi tre divieti, che si distaccano in parte da quelli precedenti, poiché relativi a rapporti tra privati, comunque non sono rilevanti per quanto qui sostenuto. Postulare infatti è termine tecnico riferibile all'ambito giudiziario, *procurator*, sebbene in età repubblicana indicasse genericamente il gestore, viene definito dallo stesso Ulpiano «*qui aliena negotia mandatu domini administrat*»[416]. *Intervenire,* al contrario, è più sibillino. Il termine viene tipicamente usato per indicare l'azione di un soggetto terzo che si intromette in un rapporto pre-esistente. Così, ad esempio,

afferma che qualora una donna intervenga per fare in modo che si contragga un'obbligazione con una persona che altrimenti non potrebbe impegnarsi, come ad esempio un minore, è come se nessuna obbligazione fosse sorta, salvo nel caso questa arricchisca il patrimonio del pupillo.

[416] D. 3.3.1.pr. Ulp. 9 *ad. Ed* «*Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*»

intervengono il fideiussore[417], o, anche, il magistrato[418]. Il termine ricorre anche in ipotesi di *negotiorum gestio*[419], per cui potrebbe aversi una ulteriore ambiguità nelle fonti. Tuttavia, nel titolo dedicato al sc. Velleiano, tutte le ipotesi in cui si descrive esplicitamente che una donna *intervenit* si concludono con la non concessione del beneficio[420].

Coordinare quindi quanto affermato da Papiniano con i due testi di Scevola e Paolo non è ancora possibile. Anche volendo accettare l'ipotesi interpolazionista suggerita da Frezza[421] e accolta da Solazzi[422], per cui D. 46.3.88 non sarebbe genuino e quindi Scevola avrebbe risposto che i banchieri non erano *iure liberati*, la situazione non migliora: rimane in campo D. 3.5.33 che, sebbene non tratti di rapporti con terzi, è il passo più esplicito nell'inquadrare la "tutela" femminile nell'ambito della gestione di affari.

Tommaso Masiello[423], che propende per la genuinità dei passi, rifiuta il coordinamento di D. 46.3.88 con D.3.5.30.6, sostenendo che, nel secondo caso, le obbligazioni cui si fa riferimento non siano state perfezionate con la madre, ma con il defunto padre, per cui la mancata liberazione dal debito deriva dal fatto che il debitore sapeva di aver adempiuto nelle mani di una persona non legittimata. Non di meno tutto ciò sembra contraddetto da D. 3.5.5.4:

D. 3.5.5.4 Ulp. 10 *ad. Ed.: Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.*

Risulta abbastanza chiaro dalla lettera del testo che l'accettazione di un debito rientrava nell'area della *negotiorum gestio*. La risposta allora va forse ricercata cambiando prospettiva.

I Romani, in effetti, non giunsero mai alla completa definizione di diritto soggettivo così come lo concepiamo oggi. Una persona era titolare di un diritto nel momento in cui gli

---

[417] Ad esempio D. 3.5.30.pr; D. 2.14.30.1.

[418] A mero titolo esemplificativo D. 4.2.8.pr; D. 2.15.8.pr; D. 2.13.9.pr.

[419] D. 3.3.40.4; D. 3.5.30.pr.

[420] D. 16.1.8.1; D. 16.1.8.2; D. 16.1.8.14; D. 16.1.8.15; D. 16.1.32.3: in questo ultimo passo, in particolare, si afferma che l'attività posta in essere dalla donna "*... ne ipsa interveniet contra senatus consultum…".* Il provvedimento vietava infatti di *intercedere,* la differenza tra i due termini si coglie in D. 16.1.8.1 Ulp. 29 *ad ed.*: *Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem*. Il giurista, con grande finezza, scrive infatti che in tale fattispecie, la donna *intervenerit,* ma, conformandosi all'opinione di Papiniano, non *intercessisse.*

[421] P. FREZZA, *La capacità delle donne,* cit. pp. 370 ss.

[422] S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* cit. pp. 73 ss.

[423] T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., pp. 50 ss.

era garantita una tutela processuale per quella specifica fattispecie. Quanto alla *negotiorum gestio*, di regola, le fattispecie da tutelare erano quelle che riguardavano atti/fatti disciplinati in ambito civile, dall'accordo delle parti. L'azione di gestione di affari, quella di buona fede quantomeno, nasce, invece, dalla necessità sociale di tutelare chi, per spirito solidaristico, si è premurato di curare gli affari altrui, affinché questa persona non vedesse il proprio patrimonio compromesso. Questa *ratio* spiega la centralità dell'*utilitas* nell'istituto e, soprattutto, i limiti delle azioni che si possono compiere (nulla che il legittimato non avrebbe verosimilmente compiuto, né porre in essere atti che avrebbero fortemente messo a rischio il patrimonio, salvo fossero l'unica soluzione possibile[424]). Sappiamo che il legittimo proprietario dei beni poteva ratificare, atto che non faceva venire meno l'esperibilità dell'azione contro il gerente, ma che, forse, poteva avere efficacia verso i terzi. Tale ultima questione, centrale per la nostra ricerca, meriterebbe una monografia specifica ed è oggetto di un insolubile dibattito tra commentatori moderni, nell'ambito sia dell'analisi dell'istituto, sia della figura del *procurator*. Senza addentrarci oltre un certo confine in questa complessa materia, cercheremo qui di proporre una sintesi: l'azione per la gestione di affari era data non solo al gestito e gestore in senso stretto, ma veniva utilizzata come strumento di tutela anche in alcuni casi in cui era intercorso un rapporto negoziale in via indiretta, per esempio tra il fideiussore e il mandante[425]. Questi sviluppi giurisprudenziali sembrano, tra l'altro, potersi collocare temporalmente all'incirca nello stesso periodo di cui ci stiamo occupando[426].

In particolare, proprio a Papiniano viene attribuito un ruolo centrale, perché sarebbe, secondo alcuni studiosi moderni, il teorico dell'*actio quasi institoria*.[427] Tale azione si

---

[424] Anche per quanto riguarda il *Procurator omnium bonorum* Modestino ci dice che, salvo mandato specifico, non è possibile alienare beni, salvo i frutti o ciò che può velocemente deperire: D. 3.3.63.pr Mod. 6 diff.: «*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*».

[425] D. 14.3.5.16 per il caso del fideiussore; D. 15.3.10.5 e D. 3.5.5 per quello del mutuante.

[426] F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator,* pp. 392 ss.

[427] M. KASER, *Stellvertretung und notwendigen Entgeltlichkeit,* in *ZSS,* 91, 1974, p. 196; J.BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess.II. Die adjektcischen Klagen,* Berlino, 1882, p.192; R. JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei,* in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrecht,* 12, 1873, p. 387; S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano,* in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini,* Milano, 1946, pp.57 ss.; L.MITTEIS, *Die Lehre von der Stellevertretung nach römischen Recht, mit berücksichtigung des österreischen Rechten,* Vienna, 1885, p. 47; E. RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians,* in *Festschrifft für Zitelmann,* Leipzig, 1913, p. 24; L. KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis,* in *Festschrift für Wenger,* München, 1945, p. 75; A. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali,* Milano, 1973, p. 110; N. BENKE, *Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis,* in *ZSS,* 105, 1988, p. 609; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano,* in *Index,* 9, 1980, p. 227; W. GORDON,

sviluppava sull'esempio di quella institoria, azione per l'adempimento di un'obbligazione contratta con il *filius* o con lo schiavo, ma diretta contro il *pater/dominus*. L'azione *quasi institoria* estendeva la possibilità di agire contro il rappresentato anche in quei casi in cui il rappresentante non fosse soggetto alla *potestas* del primo. Non vi è certezza che proprio Papiniano, in autonomia, abbia congegnato tale strumento, ma sicuramente ne fu uno dei maggiori teorici e da lui provengono le principali fonti in materia. Presupposto per l'accesso all'azione era che, comunque, tra rappresentante e rappresentato vi fosse un rapporto legittimo di qualche tipo (un incarico esplicito). Tuttavia, un frammento dello stesso giurista sembra aprire una porta in direzione della gestione di affari:

D. 3.5.30.pr Pap. 2 *resp.*: *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis*[428].

Il passo è tratto dagli stessi *responsa*, da cui è espunto D. 3.5.30.6, ed entrambi sono collocati dal Lenel sotto la stessa rubrica *de negotiorum gestio*. Possiamo quindi supporre che i due passi non si smentissero reciprocamente. Nel testo appena riportato si propone il caso di un soggetto che avesse dato incarico ad un altro di prendere del denaro a mutuo da un terzo. Quest'ultimo, in forza di una lettera scritta il cui contenuto è incerto, procede al prestito ed interviene anche un fideiussore. Anche qualora l'incaricato non avesse poi riversato la somma nel patrimonio del primo richiedente, sarà comunque concessa al creditore o al fideiussore un'azione contro quest'ultimo; tale azione sarà poi costruita sull'esempio dell'azione institoria.

Agency and Roman Law, in *Roman Law, Scotts Law and Legal History,* Oxford, 2007, p. 347; P. ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae,* in *BIDR,* 71, 1968, p. 231; A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht,* Berlino, 1973, p. 262. Questi autori ritengono che lo sviluppo sia da imputare direttamente a Papiniano. Ne limitano l'intervento: S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo,* in *BIDR,* 25, 1913, p. 103; R. QUADRATO, *s.v. Rappresentanza,* in *ED,* Milano, 1987, p. 431. Negano la classicità dell'*actio quasi institoria*: P. BONFANTE, in nota a Glück, *Commentario alle Pandette,* XIV-XV, Milano, 1888-1909, p.53; E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria,* ora in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933, p. 189; O. CARRELLI, *L'actio quasi institoria,* in *Studi in onore di Bernardino Scorza,* Roma, 1940, p. 143; F. SERRAO, *Il procurator,* Milano, 1947, p. 97. Per un approfondito riassunto delle diverse posizioni esposte F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator,* pp. 392 ss. in part. nt. 276, 278, 279.

[428] Il passo ha creato un vasto dibattito in dottrina, i rilievi sono anche di carattere filologico in quanto ne possediamo due versioni diverse. Siccome ai fini della nostra ricerca è sufficiente il testo quale prova dell'esistenza di una *actio quasi institoria*, qualora il gerente potesse vantare una qualche forma di legittimazione (punto sui cui la letteratura concorda) e dato che, la trattazione sul tema è vastissima e soprattutto, non concorde, ci si limita a rimandare a F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator,* cit., pp. 400 ss., spec. nt. 289, 294, 297, 300, 302, 321, 327: l'autore fornisce un ottimo riassunto di tutte le diverse pozioni dottrinali, nonché un'ampia bibliografia sul tema.

Moltissime critiche sono state rivolte al passo. Soprattutto si è contestata la genuinità del riferimento all'*amicus* e la possibilità che tutela fosse concessa anche al fideiussore. Inoltre non vi è accordo, in dottrina, sull'azione che dovrebbe spettare al creditore (e al fideiussore): se da una parte, infatti, si sostiene che Papiniano avesse proposto un'azione sul modello di quella della gestione di affari, altri hanno suggerito che, al contrario, ci si muovesse ancora nel quadro dell'*actio quasi institoria*, concessa in ragione della gestione di affari[429].

Il dato che a noi interessa è però un altro: a prescindere dal tipo di strumento fornito, possiamo pacificamente affermare che, in quel momento storico, i giuristi si stessero interrogando circa la posizione dei terzi che intessevano rapporti con il rappresentante. Si avvertiva, evidentemente, l'urgenza di fornire loro uno strumento di tutela nei confronti del rappresentato. Papiniano, inoltre, sembra ammettere che i terzi, una volta contrattato con il rappresentante, avessero diritto ad agire anche contro il rappresentato. In base a questo principio potevano trovare tutela anche casi che scaturivano da rapporti che non avevano alla base un contrato di mandato e che quindi dovevano essere ricondotti alla più ampia fattispecie della gestione di affari, purché il rappresentante avesse una legittimazione di qualche tipo.

La madre che, in D. 3.5.30.6, agisce non correttamente nominando un procuratore, o alienando beni o riscuotendo un debito, non lo fa di sua spontanea iniziativa, bensì, come è esplicitamente scritto, seguendo la volontà paterna. In questo caso, quindi, la donna fonda il suo comportamento su un atto valido. Possiamo infatti ipotizzare che il defunto marito avesse così disposto nel testamento. Papiniano, quindi, sottolineando che la donna non può assumersi il rischio, non vuole escludere la possibilità che madre e pupillo possano regolare i loro rapporti interni tramite *actio negotiorum gestorum*, come ci è documentato in D.3.5.33. Il punto che il giurista sottolinea è che la volontà paterna in materia di tutela non è considerata di per sé stessa atta a legittimare la moglie, per cui ai terzi che faranno affari con lei non sarà concessa né l'*actio quasi institoria,* né la gestione di affari, vanificando così ogni speranza di rifarsi sul patrimonio del minore. In questo senso il ragionamento di Papiniano si dimostra coerente con l'indirizzo normativo proprio del senatoconsulto Velleiano: la capacità giuridica femminile viene limitata non tramite la previsione di una sanzione in capo alla donna che avesse violato la norma, ma mediante il rifiuto di concedere

[429] F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator,* cit., pp. 405 ss.

tutela ai terzi che avessero fatto affari con lei. Non è una sanzione diretta, ma una sorta di disincentivo[430].

Da questa lettura rimane escluso D. 46.3.88. Supplisce, tuttavia, l'interpretazione proposta da Masiello[431]. Da un lato egli mostra come, secondo Scevola, i banchieri fossero liberati per ragioni di costruzione formale del negozio, dall'altro sottolinea che proprio la peculiare costruzione sintattica con cui il giurista introduce la propria risposta indicherebbe l'impaccio dello stesso nel riconoscere la mancanza di legittimità materna. Volendo seguire questa linea interpretativa, anche l'opinione di Frezza troverebbe un suo riscontro: l'amministrazione femminile rimarrebbe, infatti, di un grado inferiore a quella tutoria, non solo perché non legittima perché priva di *auctoritas,* ma anche perché limitata nella sua azione verso i terzi[432].

Ad una madre che avesse quindi voluto gestire il patrimonio dei figli l'unica opzione effettivamente offerta dall'ordinamento era quella di promettere un'indennità ad un tutore compiacente, il cui compito sarebbe stato, quindi, quello di confermare le scelte materne e validare gli atti da lei compiuti. Invero, tale ipotesi appare essere la soluzione prescelta dall'ordinamento stesso, in quanto permetteva di non negare principi del *ius civile* (la non ammissibilità femminile ad un *munera virilia*), ma, contemporaneamente, rispondeva alle nuove esigenze sociali e ad i nuovi parametri del ruolo materno. Ovviamente, tale espediente non poteva essere posto in essere qualora il tutore nominato, perché indicato

---

[430] Su casi di donne che si occupano di patrimonio altrui e diritto alla *negotiorum gestio* ci sono altre due costituzioni, entrambe emanate da Alessandro Severo nel 227 d.C e 234 d.C.: C. 1.18.11 *Alex. A. Herenniae.*: «*Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes*» e C. 2.18.14 *Alex. A. Rufo.*: «*Si mandatum solius mariti secutus tam ipsius quam uxoris eius negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio. ipsi sane qui mandavit adversus te mandati actio est: sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti*». La seconda è abbastanza chiara, anche la moglie che avesse avuto mandato dal marito a gestirne gli affari ha diritto all'azione per la gestione di affari. La prima invece sembrerebbe indicare che la donna in questione abbia usato il proprio patrimonio sia per pagare gli alimenti (a cui però non ha diritto perché dati *exigente materna pietate*), sia per compiere azioni di natura negoziale. L'imperatore stabilisce che quanto speso in tali azioni le potrà essere ridato, tramite *actio negotiorum gestorum*. È anche vero che, nella regolare gestione di affari, era prassi che il gestore usasse anche soldi propri e infatti si stabilisce che ha diritto alle spese. Questa considerazione potrebbe ulteriormente provare il fatto che fosse accettato che la madre gestisse il patrimonio dei figli e che il loro rapporto fosse regolato tramite tale azione. Così, seppure Alessandro Severo sia successivo a Papiniano, il passo di quest'ultimo risulta ancora più contrastante e pone la questione su come mai i compilatori abbiano deciso di inserirlo. Queste considerazioni, a nostro parere, corroborano il fatto che, nel caso di gestione di affari di madre su figlio, l'efficacia verso terzi fosse preclusa, nonostante l'esplicita volontà paterna.

[431] T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., p. 46 ss.

[432] In realtà, anche per quanto riguarda la generica figura del gestore, l'efficacia dei suoi atti verso i terzi, non è completamente pacifica in dottrina. Cfr. F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, cit., pp. 398 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche,* II, cit., p.279; pp. 599 ss. Sul punto si veda nt.378.

direttamente dal padre nel testamento, o perché nominato dal magistrato al di fuori dei candidati proposti dalla donna, si fosse rifiutato di collaborare.

7. Un secondo meccanismo

Ci dedichiamo ora velocemente ad analizzare il secondo meccanismo che si poteva mettere in atto, al fine di garantire alla donna l'amministrazione del patrimonio dei figli. Il frammento ulpianeo che prospetta tale possibilità è tratto dal commento a Sabino, ed è collocato dai giustinanei nel titolo dedicato ai senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano:

D. 38.17. 2.45 Ulp. 13 *ad Sab.*:*Ego etiam si mater ei, qui solvendo non erit, non petiit tutorem, puto ignoscendum: consuluit enim ei, ut minus inquietetur quasi indefensus.*

D. 38.17.2.46 Ulp. 13 *ad Sab.*: *Et si forte quis uxorem communis filii matrem heredem scripsit rogavitque remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores, debet dici cessare constitutionem, cum patris voluntatem secuta sit et nihil habenti filio tutores non petierit. quod si ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit, quoniam vel propter hoc debuit tutores habere. sed si forte impubes post matris cessationem fuerit adrogatus et impubes obierit, dicendum erit matri adversus adrogatorem non competere ex stipulatu actionem.*

Il giurista qui stabilisce che la madre, qualora non chieda tutori per i figli indigenti, non sarà esclusa dalla successione *ex Sc.to Tertulliano*. Allo stesso modo, se il padre la nominava erede con la preghiera di trasmettere l'eredità al figlio al momento della sua pubertà, liberandola anche dal prestare garanzie, la donna, che non avesse nominato i tutori, non era punita, perché egli (ossia il figlio) era, a quel tempo, indigente. Se invece non fosse stata liberata dal prestare garanzie e non avesse chiesto la nomina dei tutori, allora verrebbe esclusa dalla successione civile.

Il testo è cristallino nel documentare un meccanismo grazie al quale pareva possibile aggirare completamente la normativa in materia di tutela. Ovviamente questa soluzione non garantiva le aspettative successorie dei figli, in quanto nulla impediva alla madre di dilapidare il patrimonio nel corso della sua gestione, né la rendeva responsabile di quanto compiuto. I figli, infatti, non avrebbero avuto diritto ad uno strumento equivalente all'*actio tutelae*. È verosimile ritenere che il testatore facesse conto sulla *fides* e sull'amore materno della donna e sulla sua volontà di far sì che il figlio ottenesse quel che gli spettava, ma, sicuramente, questa costruzione, garantendo piena libertà alla madre, presentava maggiori

rischi per i minori[433]. Ovviamente al padre rimaneva sempre la possibilità di rendere erede la madre, ma non esonerarla dalle garanzie, per cui ella avrebbe dovuto chiedere un tutore, seppure privo di un patrimonio da amministrare.

Una simile intenzione doveva aver mosso anche il testatore protagonista del caso esposto in D. 32.40.14:

D. 32.41.14 Scaev. 22 *dig.*: *Heredis scripti fidei commisserat, ut Seiae uxori universam restitueret hereditatem et uxoris fidei commisit in haec verba: "a te, Seia, peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, exceptis his, si qua tibi supra legavi, reliquum omne reddas restituas Maeviae infanti dulcissimae. a qua Seia satis exigi veto, cum sciam eam potius rem aucturam quam detrimento futuram". quaesitum est, an statim Maevia fideicommissum a Seia petere possit. respondit nihil proponi, cur non possit.*

In questo contesto lo strumento utilizzato è quello del fedecommesso, il primo in favore della madre, la quale è a sua volta gravata da un secondo, in cui le si chiede di ridare l'intera eredità, salvo i legati a lei appositamente lasciati, alla bambina Mevia. Viene chiesto a Scevola se l'infante abbia diritto a richiedere immediatamente l'adempimento del fedecommesso e il giurista risponde positivamente. Nonostante la risposta data al quesito, si può facilmente supporre che, nelle intenzioni del testatore, la gestione avrebbe dovuto prolungarsi nel tempo, considerando, soprattutto, che in tal modo la moglie non avrebbe dovuto rispondere all'obbligo di prestare garanzie, verosimilmente la *cautio legatorum servandorum causa*, perché certamente la donna aveva accresciuto il patrimonio. Questa premura lascia intendere che si prevedesse una amministrazione duratura, inficiata, tuttavia, dall'erroneo assetto predisposto dal testatore[434].

Un secondo *vulnus* di tale meccanismo si rintraccia nel fatto che il minore, nel periodo intercorrente tra la morte del padre e l'adizione dell'eredità, poteva ritrovarsi in condizione di indigenza. In questo caso subentrava, però, l'obbligo alimentare che, come si è visto nel capitolo precedente, gravava sulla madre in caso di assenza paterna. Considerando la

[433]Una situazione di questo genere ci è riporata in D. 36.3.18.pr.: «*Heredis scripti fidei commisserat, ut Seiae uxori universam restitueret hereditatem et uxoris fidei commisit in haec verba: "a te, Seia, peto, ut quidquid ad te ex hereditate mea pervenerit, exceptis his, si qua tibi supra legavi, reliquum omne reddas restituas Maeviae infanti dulcissimae. a qua Seia satis exigi veto, cum sciam eam potius rem aucturam quam detrimento futuram". quaesitum est, an statim Maevia fideicommissum a Seia petere possit. respondit nihil proponi, cur non possit.*». Qui una testatrice aveva nominato erede il padre, chiedendogli di restituire l'eredità al figlio al momento della sua morte. Il padre però dilapidava il patrimonio, quindi il figlio chiede che gli siano prestate garanzie *ex causa fideicommissi*. Tuttavia la donna aveva esplicitamente escluso il padre dall'obbligo di prestare garanzie, verosimilmente ipotizzando che questo avrebbe tenuto una gestione più oculata, quindi il figlio non ha possibilità di tutelare le proprie aspettative patrimoniale.

[434] In questo senso già T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., p. 61 ss.

connessione che sembrerebbe esservi stata tra alimenti ed eredità intestata, va ricordato che, in seguito all'emanazione del sc. Tertulliano, la donna era primo erede civile, esclusa solo dal padre (morto in questa ipotesi), e concorrente con gli ascendenti maschi, ragione per cui si può ritenere che ella sarebbe stata comunque vincolata a quest'obbligo[435]. Coerentemente con ciò, è stato sottolineato[436] che, qualora la persona destinataria dell'amministrazione del patrimonio non avesse intrattenuto legami di sangue con il pupillo, il testatore si sarebbe premurato di stabilire l'obbligo a versare gli alimenti. È esattamente questo il caso descritto in D. 34.1.15.pr

D. 34.1.15.pr Scaev. 17 *dig: A filio herede codicillis Seiae decem reliquit et alumno his verbis: " Maevio infanti alumno meo quadringenta dari volo, quae peto a te, Seia, suscipias et usuras ei quincunces in annum usque vicesimum aetatis praestes eumque suscipias et tuearis". quaesitum est, an Seia, postquam legatum suum acceperit, si nolit pecuniam alumno relictam suscipere vel in suscipienda ea cessaverit, onus alimentorum ex die mortis testatoris compellenda sit adgnoscere. respondit secundum ea quae proponerentur compellendam praestare, cum fideicommissum sit. idem quaesiit, an heres quoque Seiae in annos viginti alimenta praestare debeat. respondit debere.*

Il testatore nomina erede il figlio, ma lascia due legati, uno in favore di Seia, l'altro in favore dell'alunno Mevio. A Seia, inoltre, attribuisce l'onere di amministrare il denaro lasciato a Mevio, e di versargli gli alimenti, attingendo agli interessi maturati dall'impiego del capitale, fino al ventesimo anno. Le si chiede inoltre di prenderlo con sé e di averne cura (*tuearis*). Ci si chiede se, qualora la donna, riscosso il proprio legato, non avesse ottemperato agli obblighi verso il minore, si potessero imputarle gli alimenti. Scevola risponde positivamente. Masiello[437], in proposito, solleva il fatto che, sebbene nelle intenzioni del testatore il fulcro dell'obbligo di Seia fosse quello di allevare l'*alumnus*, la questione giuridica ruoti unicamente intorno agli aspetti patrimoniali. In altre parole: l'oggetto del fedecommesso di Seia era quello di accogliere l'*alumnus*, garantirgli gli alimenti ed amministrargli il patrimonio, ovverosia esserne, nei fatti, tutrice. Così, infatti, suggerisce il verbo utilizzato. L'interrogante però pone la questione rispetto ai soli alimenti. Pertanto, lo studioso coglie, in questo sotto-dimensionamento della richiesta, una indiretta

[435] Ci si può forse domandare se un eventuale nonno paterno fosse comunque tenuto o se, al momento della restituzione del patrimonio, questa avesse il diritto di trattenere gli alimenti che, idealmente, sarebbero dovuti venire dal padre in via principale. Purtroppo queste domande sono destinate a rimanere mere speculazioni.

[436] T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., p. 64 ss.

[437] T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., p. 66.

affermazione del principio per cui ad una donna non è possibile esigere il *tueri*, in quanto essenza dell'ufficio tutorio.

8. L'affidamento dei figli

Riteniamo qui opportuno rielaborare le informazioni forniteci dalla lettura dei testi in una prospettiva più linearmente diacronica. Si rende necessario tale passaggio non solo al fine di consentire una migliore comprensione del fenomeno, ma soprattutto perché solo una puntuale indagine cronologica può permettere di cogliere le sottigliezze con cui l'ordinamento andava definendo il ruolo che spettava ad una madre.

Dopo la disposizione di Claudio, che aboliva la tutela legittima, tutti i successivi atti, che permettevano l'acquisto di nuovi diritti alle donne, furono indirizzati alle sole madri. Nel frattempo, nel corso dell'intero I sec. d.C., inizia la definitiva erosione della famiglia agnatizia in favore di quella mononucleare: lo strumento adoperato dalla cancelleria imperiale e dai giuristi per dirigere, sul piano giuridico, questo processo è quello della *pietas*. La solidarietà, conseguenza del legame di sangue, è il principio che consente di riplasmare le rigide categorie precedenti, sì da garantire una maggiore equità. Questo processo non è lineare, perché si frammenta in un pulviscolo di casi, istituto per istituto, elaborazione per elaborazione, fattispecie per fattispecie, in un lento, ma inesorabile, processo, che, pertanto, mai si concreta in nette linee di frattura.

All'inizio del II secolo, Adriano, imperatore che si caratterizza per una politica volta a promuovere la tutela della famiglia e dei minori in special modo, e, forse, perfino più sensibile riguardo alle esigenze femminili rispetto ad alcuni suoi predecessori, emana il senatoconsulto Tertulliano, dando luogo alla successione civile anche dal lato materno. Nello stesso periodo, se propendiamo per la genuinità del passo di Nerazio, si apre uno spiraglio alla possibilità di contemplare la tutela femminile, perché un principe, sia pur in via eccezionale, avrebbe potuto concederne l'esercizio a una donna. Risalirebbe ad Antonino Pio un rescritto che stabiliva che, in casi di incompetenza paterna, i figli minori potessero essere affidati alla cura della madre, a seguito del divorzio dei genitori[438]. L'imperatore si premura, però, di specificare che tale scelta non doveva, in alcun modo,

[438] Vedi pagine successive.

inficiare la *potestas* paterna[439]. Seguirono, a tal riguardo, altri rescritti di Marco Aurelio e di Settimio Severo, che stabilirono la possibilità, per la madre, di opporre un'eccezione nel caso in cui il padre avesse richiesto l'*interdictum de liberis exhibendis / ducendis*[440].

A Marco Aurelio vanno poi attribuiti il completamento della successione civile per linea materna: tramite l'emanazione del senatoconsulto Orfiziano, che fa dei figli i primi eredi della donna, benché posti nella categoria dei *legitimi* e non dei *sui* (*liberi*). Lo stesso imperatore fu poi il primo che ad assumere quel nuovo atteggiamento nei confronti dello *ius vetus*[441], utilizzato come strumento di romanizzazione giuridica delle province, che in precedenza abbiamo descritto; tuttavia il più esplicito cambio di rotta in tal senso si registrò con Settimio Severo[442].

Lo stesso imperatore dedicò grande attenzione al tema della tutela, deciso a risolvere le problematiche che la crisi della famiglia agnatizia aveva creato, lasciando esposti a maggior rischio i minori. A lui sono infatti da attribuire sia l'estensione alla madre della possibilità di accusare il tutore sospetto, sia la norma che impediva ai tutori di alienare beni immobili del pupillo senza un'apposita autorizzazione da parte del magistrato[443]. Papiniano[444], che era membro del suo consiglio e suo stretto collaboratore, fu il più rigido nel definire le eccezioni alla tutela: biasimò i governatori provinciali troppo tolleranti verso le tradizioni locali; negò efficacia alla volontà paterna se volta a sollevare il tutore dalle sue

---

[439] D. 43.30.3.5 Ulp. 71 ad ed.: «*Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur*».

[440] D. 43.30.1.3 Ulp. 71 ad ed.: «*Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aeque subveniendum ei erit per exceptionem*».

[441] A. SPINA, *Q. Cervidius Scaevola,* cit., p.4

[442] Sul rapporto tra i due imperatori e il giurista Scevola, nonché sull'opera dello stesso, in particolar modo sulla sua capacità di rinnovare il diritto, ma rimanendo sempre entro i confini dell'*interpretatio* A. SPINA, *Q. Cervidio Scaevola,* cit., pp. 7 ss e 19 ss.

[443] D. 27.9.1.pr-2 Ulp. 35 *Ad Ed.*: «*Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis et sunt verba eius huiusmodi:"Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo"*». A parere di T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., p. 74, nel testo originario della costituzione era prevista anche l'ipotesi di cattiva amministrazione da parte delle madri. Sull'accusa al tutore sospetto e la legislazione di Settimio Severo in materia G. RIZZELLI, *Pietate necessitudinis ductae.Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus,* in *Quaderni Lupiensi,* 2018, pp.147-173.

[444] Per un'abbondante bibliografia a conferma, nonché in materia della vita e delle opere del giurista si consiglia A. SICARI, *Leges Venditionis: uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano,* Bari, 1996, p. 23 nt.2 e p. 24 nt. 4.

responsabilità o a legittimare l'amministrazione femminile. Scevola, giurista dell'ultima età antonina, scrive proprio in quel periodo in cui, a seguito di un relativamente lungo periodo di tempo di aperture e di innovazioni, la crisi delle precedenti strutture familiari iniziava a mostrare in maniera lampante le lacune della disciplina familiare.

Paolo e Ulpiano, entrambi allievi di Papiniano, in tale materia sembrano accogliere, più pacificamente di Papiniano, quei meccanismi che dovevano permettere lo svuotamento della tutela, pur lasciandone intatte le forme. È ad Alessandro Severo (222-235) che si devono alcune costituzioni che mettono in luce altrettante tendenze di sviluppo dell'ordinamento finora rimaste sotto traccia. Se da un lato infatti è proprio quest'imperatore che, con nettezza, esclude le donne dall'ufficio tutorio, forse abrogando anche quella procedura eccezionale cui faceva cenno Nerazio, dall'altro stabilisce che a lei vanno affidati i figli, affinché siano educati e, in alcune circostanze, perfino contro l'esplicita volontà paterna. Allo stesso sembra anche da attribuire la generalizzazione del meccanismo di promessa d'indennità, che permetteva l'amministrazione materna, purché non si instaurasse un rapporto di responsabilità diretta con il figlio.

Occorre, adesso, dedicare una sia pur veloce riflessione all'affidamento dei figli a seguito del divorzio dei genitori. È un tema al quale il Digesto non dedica una specifica *rubrica*, ma appaiono comunque rilevanti alcuni frammenti in materia di *interdicta de liberis exhibendis vel ducendis*:

D. 43.30.3.5 Ulp. 71 *ad ed.*: *Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit, idque decretis divi Pii quibusdam continetur: optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.*

Nel passo si riferisce il contenuto di un decreto di Antonino Pio: l'imperatore stabilì che, in caso di malvagità del padre, un giudice, valutata la causa, poteva affidare i minori alla madre. Questo tuttavia non comporterà una diminuzione della *patria potestas.* La chiusa del frammento ha suscitato un certo dibattito, perché non risulta facile stabilirne il significato giuridico. Le difficoltà aumentano coordinando il frammento con:

D. 43.30.1.3 Ulp. 71 *ad ed.*: *Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aeque subveniendum ei erit per exceptionem.*

Si ripete la regola per cui un giudice, per giustissima causa, potrà affidare i figli alla madre; inoltre si fa di nuovo cenno agli interventi di Antonino Pio, cui si aggiungono quelli di Marco Aurelio e Settimio Severo. Infine, alla madre affidataria, sarà anche concessa un'eccezione per opporsi agli interdetti. In tal modo il padre perdeva ogni mezzo di tutela alla propria pretesa di riavere i figli. È chiaro come l'esistenza dell'eccezione leda ancora di più l'integrità della *potestas* di quanto non lo facesse la possibilità che il padre potesse non vedersi affidati i figli contro la propria volontà (che comunque già ne erodeva la sostanza). Per questa ragione si è sostenuto che forse la chiusa di D. 43.30.3.5 si riferisse al fatto che, con il primo intervento, non si era garantito alla madre un mezzo a tutela della propria posizione. Altri, invece, hanno ritenuto che questa fosse più una "clausola di stile", necessaria per non corrodere troppo un istituto in decadenza, ma a cui attribuire valenza più ideologica che sostanziale[445].

Il fatto che la testimonianza più risalente sia collocabile sotto gli Antonini e che, come risulta evidente, la possibilità di affidare i *filii* a qualcuno differente dal *pater*, contro la sua volontà, sia in palese contrasto con il concetto stesso di *patria potestas*, ha indotto la storiografia a ritenere che proprio quell'imperatore abbia introdotto tale novità in materia, non contemplabile in precedenza[446]. Testimonianze di prassi anteriori non ne possediamo, se si esclude la disciplina in materia di educazione ed affidamento di pupilli, attribuita sempre al pretore[447]. Non sono però discipline sovrapponibili, perché risulta chiaro come l'intervento pretorio appaia necessario, qualora il padre non abbia lasciato disposizioni e vi sia disaccordo tra il tutore e un altro familiare o amico. È vero che, in D. 27.2.1.1[448], si legge che al pretore è, talvolta, concessa la facoltà di allontanarsi dalla volontà paterna, ma la disciplina descritta da Ulpiano non fa riferimento ad opinioni precedenti: sicché non

---

[445] F. GORIA, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli,* pp. 124 ss.

[446] A. BISCARDI, *La protezione interdittale,* cit., p. 43; G. LONGO, *Diritto Romano,* III, cit., p. 139; A. MASI, *Interdictum de liberis exhibendis seu ducendis,* in *NNDI*, VIII, 1962, p. 801; R. BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano,* in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa,* Bologna, 1973, p. 51; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi costituzionali nel II sec. d.C,*, Milano, 1974, p. 172 nt. 116; F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma,* in *Studi in onore di Francesco Guizzi.* Civitas et civilitas, Torino, 2013, pp. 3 ss.; F. GORIA, *La costruzione giuridica nel rapporto tra madre e figli,* cit., pp. 118 ss. Contraria M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli,* in *Iura,* LVI, 2006, pp. 123-135, l'autrice tuttavia non porta prove concrete a favore di una antecedenza.

[447] D. 27.2.1.pr *Ulp*. 34 *ad ed*.: «*Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris*».

[448] D. 27.2.1.1 *Ulp.* 34 *ad ed*.: «*Et solet ex persona, ex condicione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit: et nonnumquam a voluntate patris recedit praetor. denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educetur, imperator Severus rescripsit praetorem aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum: id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et educetur*».

possiamo affermare, con certezza, che tale possibilità fosse antica e non rappresentasse, invece, una più recente evoluzione in materia, necessaria per adeguare l'istituto al nuovo parametro di riferimento assunto dalla giurisprudenza, dalla giurisdizione pretoria e dalla cancelleria imperiale[449].

---

[449] Il tema si inserisce all'interno dello spinoso dibattito che investe la linea di evoluzione della *patria potestas.* A partire dalla fine dell'800 è andata formandosi la cd. scuola storica, la quale sostiene che sia possibile leggere l'evoluzione del diritto di famiglia alla luce della progressiva erosione dei poteri paterni. Sarebbe quindi possibile individuare una frattura nell'elaborazione giuridica che separerebbe il prima dal dopo. Nel corso del secolo scorso tale linea interpretativa ha trovato diversi interpreti e goduto di notevole espansione, seppure con rilevanti diversificazioni. Negli anni '90 RICHARD SALLER (*Patriarchy, Property and Death in the Roman Family,* Cambridge, 1997; ID., *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare,* in Aa.Vv., *Storia di Roma* 4. *Caratteri e morfologie,* Torino, 1989, pp.515-555) mise in discussione tale costruzione, sostenendo che, nonostante le rigide enunciazioni normative, le fonti riportano una rappresentazione della famiglia romana più incentrata sul concetto di *pietas*. La formazione mononucleare avrebbe quindi da sempre rivestito un ruolo centrale nella società. In favore l'autore portava una lunga lista di testimonianze, in particolare di origine declamatoria, che proverebbero l'effettivo sottodimensionamento dell'arbitrio paterno (sulle notizie giuridiche forniteci dalle fonti retoriche: M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina,* Bologna, 2014. Il limite di tali testimonianze risiede nella difficoltà di attribuirvi uno specifico valore: anche recentemente sono state infatti utilizzate a supporto di posizioni opposte vd. N. HÖMKE, *"Not to win but to please". Roman Declamation beyond Education,* in L. Calboli Montefusco, *Papers on Rhetoric viii. Declamation, Proceedings of the Seminar Held at the Scuola Superiore di studi umanistici, Bologna (February-March 2006),* Roma, 2007, pp. 103-127, ritiene che rappresentino una via di fuga dal potere paterno; B. BREJI, *Vitae necisque potestas in Roman Declamation,* in *Advances in the History of Rhetoric,* 9, 2006, pp. 56-79, le usa quale prova della sua perdurante estensione; E.GUNDERSON, *Declamation, Paternity and Roman Identity: Authority and Rhetorical Self,* Cambridge, 2003, sostiene ne dimostrino l'indebolimento). Tale tesi "mononuclearista" è stata oggetto di contestazioni, in quanto si è ritenuto che lo studioso svalutasse eccessivamente le fonti giuridiche e il ruolo che il diritto gioca nel costruire la realtà sociale in cui opera (E. CANTARELLA, *La famiglia romana tra demografia sociale e diritto,* in *Milazzo,* 2014, pp. 3-21, in part. p.9. Per un buon riassunto sulle diverse opinioni sul tema T.A.J. MCGINN, *La familia e i poteri del pater,* in F.Cursi, *XII Tavole. Testo e commento,* I, Napoli, 2018, pp. 189-229, in part. pp. 190-206). All'incirca nello stesso periodo, è andata formandosi una diversa dottrina, inaugurata da YAN THOMAS (*Roma: padri cittadini e città dei padri (II secolo a.C.-II secolo d.C.),* in A. Burgière, C. Klapisch-Zuber, M. Seagalen, F. Zonabend, *Storia universale della famiglia* 1. *Antichità. Medioevo. Oriente antico,* Milano, 1987, pp. 197-235; ID., *La divisione dei sessi,* cit., pp. 115 ss.; ID., *Fictio legis,* cit., pp. 44 ss.; ID., *La mort du père,* cit., pp. 35 ss.), che, all'opposto, sosteneva la perdurante rilevanza della *patria potestas* ancora in epoca imperiale. I giuristi romani avrebbero, cioè, proceduto nell'innovare la disciplina dei diversi istituti, senza però mai negare il principio potestativo. Tramite peculiari costruzioni formali (in particolar misura attraverso lo strumento della fictio), gli interpreti avrebbero garantito la necessaria duttilità del sistema, mantenendone sostanzialmente invariati i paradigmi originari. Ciò almeno fino al IV sec. d.C. Questa impostazione è quella che si ritiene più corretta: si è infatti mostrato, proprio in relazione alla tutela, che i giuristi dell'impero, pur accettando meccanismi di svuotamento funzionale, non permisero alle donne l'accesso all'ufficio. Ugualmente, in relazione all'obbligazione alimentare, l'estensione al ramo femminile fu, non solo probabilmente successiva, seppur di non molto, ma necessitava un'esplicita menzione e si attivava solo in casi, per così dire, patologici. La visione della famiglia rimane così ancorata formalmente al principio agnatizio; esemplare in tal senso il discorso di Marcello riportato in Vat. Fr. 195: la parentela per via femminile assume rilevanza solo quale eccezione. Come si è sottolineato in capitolo I§5 le innovazioni in tema di riconoscimento ed alimentazione dei figli, tra l'altro, possono essere sussunte in quel fenomeno, che si instaura nella tarda repubblica, di sostituzione della *lex* al *mos*. In tale ottica si può perciò constatare una continuità nel rapporto dialettico tra "pubblico" e "privato". In altre parole: già in età repubblicana la società romana accettava la possibilità di un controllo esterno sull'azione paterna. Tale controllo, ricordando Dionigi di Alicarnasso (3.22.10), era anche più invasivo di quello presente in altre società; nondimeno il mezzo utilizzato era atipico e non assimilabile. Da tale prospettiva, quindi, con il principato e con l'impero, si avrebbe solo una mutazione nello strumento scelto dall'ordinamento nell'attuarlo, e non una nuova dinamica potere pubblico-potere paterno. Va tuttavia sottolineato, che, tra I e

Una seconda importante notazione è che, mentre in D. 43.30.3.5, si riferisce di *nequitia* del padre, in D. 43.30.1.3 si parla di una più generica giustissima causa. Ciò lascia supporre che, progressivamente, siano state aggiunte ulteriori singole motivazioni. Ovviamente l'affidamento alla madre viene ancora presentato come eccezionale, mentre quello al padre continuava a rappresentare la prassi corrente, anzi anche automatica (il padre cioè non doveva ricorrere alla statuizione del giudice per rivendicare il proprio diritto). Abbiamo ulteriori fonti a conferma di un ulteriore sviluppo di questa fattispecie:

C. 5.25.3 Divi fratres AA. Tatianae: *Si competenti iudici eum, quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. idem, an apud eum educari debeat, aestimabit.* (a. 162)

Marco Aurelio e Lucio Vero, rispondendo ad una donna di nome *Tatiana*, affermano che, qualora si provi che il figlio è effettivamente di Claudio, allora questi dovrà provvedere ad alimentarlo. Il giudice dovrà, inoltre, valutare se affidarlo al padre. Quantunque si affermi che sarà il giudice a stabilire dove educare il minore, dalla costruzione sintattica si evince che la priorità è comunque riservata all'uomo (non si dice infatti che deciderà chi, ma valuterà se da lui). Inoltre, si è evidentemente in una situazione in cui il presunto padre ha ragioni di dubitare della filiazione; pertanto sarà meno propenso a prendersi cura del bambino, qualora se lo vedesse attribuire. È chiaro come questa innovazione normativa fosse determinata non solo dalla mutata concezione della *patria potestas,* riconsiderata alla luce della *pietas*, ma anche della sempre maggiore attenzione prestata alla protezione dei minori. A conferma leggiamo:

II sec. d.C. si assiste però contemporaneamente ad un cambiamento della ragione giustificatrice della *potestas* e, di conseguenza, del suo contenuto. La centralità della *pietas,* concetto risalente ma attualizzato e reso diritto esso stesso (G. RIZZELLI, *La potestas paterna,* cit. pp. 125 ss. in part. nt. 93), impone un cambiamento, non sul principio patriarcale, bensì sugli obiettivi a cui deve tendere. In questo senso si può affermare che la stessa *patria potestas* si mostra duttile: persistendo nella sua "capacità assorbente" rimane funzionale alle nuove evoluzioni (L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia,* cit., pp. 187). La somma del nuovo strumento (*lex*) tramite cui l'azione paterna è contenuta, nonché il nuovo scopo, che questa si prefigge, portano così, a circa quattro secoli di distanza dalle prime avvisaglie, a situazioni di fatto nettamente in contrasto con il passato. Contemporaneamente, proprio la specificità dei mezzi con cui tale evoluzione si attua, permettono sia di evitare cesure formali, sia di mantenere il concetto di *patria potestas* quale contenitore di principi giuridici. In quest'ottica anche la chiusa di D. 43.30.3.5 "*…sine deminutione patriae potestatis.."* assume un significato giuridico: se infatti il potere paterno consiste nella *pietas* (D. 48.9.5.pr), solo al *pater* che non si attenga a tale principio può essere negato il figlio (infatti il suo comportamento è informato alla *nequitas*). Questo perché è lui stesso a rifiutare l'istituto, e non l'istituto ad essere intaccato. Le innovazioni, quindi, si esplicano nel piano della frequenza con cui sono concesse e dei parametri a cui esse vengono legate, non necessitando così un ribaltamento dei principi alla base. Ovviamente, col passare dei secoli, il piano di realtà contrasta in maniera sempre maggiore con la costruzione ideologica, i ragionamenti giuridici, quindi, devono farsi sempre più fini (arrivando, a tratti, ad apparire speciosi). Prendere una posizione in tale questione risulta, pertanto, complesso: l'aporia tra piano fattuale e piano giuridico, nell'epoca degli ultimi Severi, raggiunge, probabilmente, la sua massima evidenza.

D. 43.30.3.5 Ulp. 71 *ad ed.*: *In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, Praetextatum eumque, qui proxime Praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. proxime aetatem Praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.*

Viene qui stabilito che, nel caso in cui la causa per determinare se il padre meriti l'affidamento si protragga, il pretore può stabilire che tutte le figlie femmine e i figli maschi adolescenti siano affidati temporaneamente ad un terzo, una *mater familias,* intesa quale donna di nota autorevolezza. Al di là di tutto, si assume come obiettivo la tutela del minore. Lo si desume anche da:

D. 27.2.5.pr Ulp. 3 *de off. procons.*: *Si disceptetur, ubi morari vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id praesidem statuere oportebit. in causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberi possunt insidiari.*

Il passo si riferisce alla scelta della persona affidataria in caso di tutela; tuttavia, coerentemente con la generale evoluzione dell'ordinamento, il riferimento alla *nequitas* quale primo motivo per toglierli al padre, il principio per cui occorre evitare che i minori crescano con persone che ne possano insidiare la pudicizia, sembra poter assumere valenza generale. Pertanto il magistrato dovrà valutare che il suo sviluppo non venga compromesso da pessimi esempi. Inoltre, di poco successiva al testo ulpianeo è una costituzione di Alessandro Severo, pur sempre in materia pupillare, che ci consente di cogliere in quale direzione proceda, a tal riguardo, l'ordinamento:

C. 5.49.1. Alex. A. Dionysodoro: *Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est.* (a. 223)

L'imperatore invita i tutori ad affidare il pupillo alla madre, perché nessun'altra persona risulta più di lei adeguata, posto che ella non si risposi. Questa enunciazione, nonostante la sua concisione, riassume tutte le diverse tendenze che si sono progressivamente affermate nel corso del II sec. d.C.: si coinvolge, legalmente, la madre nell'educazione dei figli, un'attività che deve conformarsi al valore della *pietas*. Proprio l'aver posto tale principio a fondamento della *patria potestas,* indirettamente, permette il sorgere del ruolo materno. Se infatti la donna non potrà mai, fino a Giustiniano, essere un soggetto idoneo a creare la propria *familia,* identificare una delle prerogative del ruolo genitoriale nella protezione della prole, apre la via ad una posizione femminile. L'essere genitore, inteso non in senso biologico e perciò istantaneo, ma attraverso la lente di quelle aspettative sociali che definiscono la figura, e che, perciò, devono quotidianamente

manifestarsi nel corso della vita del figlio, diventa quindi un ruolo cui anche le donne possono assurgere. Non vi sarà mai una completa parificazione, perché i ruoli (padre e madre) rimangono non sovrapponibili. Tuttavia si constatata un avvicinamento.

Infine, nell'aggiunta della clausola che vieta le seconde nozze[450], si intravede il germoglio dei successivi sviluppi. Essere "madre", termine via via più carico dei nuovi oneri che esso comporta, necessita una completa dedizione alla prole e, pertanto, è opportuno che la donna eviti situazioni che possano distoglierla da tale compito. Si sottolinea, però, che tale ulteriore evoluzione non arriverà ad assumere contorni definiti prima di Giustiniano.

Riguardo alla materia dell'affidamento dei figli, Diocleziano giunge a una prima sintesi[451]:

C. 5.24.1.pr Diocl./Maxim. AA. et CC. Caelestinae: *Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debent.* (a. 294)

Il giudice dovrà valutare in ogni caso quale sia il genitore più adatto ad educare il figlio. Parrebbe, dunque, che, almeno a tal riguardo, i due genitori siano stati posti quasi su di un piano di parità. Il processo ovviamente prosegue, andando ad investire ogni ambito del rapporto matrimoniale. Rilevante, ai fini della nostra ricerca, sottolineare come, con

---

[450] Qui per la prima volta introdotto, come si è già visto il tema ritorna con Costantino e diventa prevalente nel tardo impero.

[451] A questo imperatore sono attribuite altre tre costituzioni, in cui alcuni autori hanno visto un riferimento a tale fattispecie. La prima, C. 8.4.6.9, in cui l'imperatore risponde a Nicagora (di cui abbiamo già trattato nel capitolo precedente) trattando dei mezzi con cui si può riconoscere un figlio. Dal testo è purtroppo difficile cogliere quale fosse la specifica domanda, quindi la costituzione non può essere usata quale fonte affidabile. Per le diverse posizioni sul punto M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, cit., pp. 131 ss. La seconda C. 8.8.3 *Diocl./Maxim. AA. et CC. Euodiae.*: «*Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris, rector aditus provinciae suam vobis accomodabit notionem*» (a.293) è invece di maggiore interesse: in particolar modo è stata utilizzata per sostenere che l'imperatore avesse concesso alla madre di beneficiare anche lei dell'interdetto *de liberis exhibendis vel ducendis*, nel caso i figli fossero stati affidati a lei, purtroppo, nonostante l'opinione alternativa (che ci si riferisse ad un caso in cui il marito chiedeva l'esibizione della moglie al *pater* di lei) non sembri molto fondata, la brevità del testo e il fatto che significherebbe ammettere l'azionabilità dell'interdetto anche da parte di persone prive di potestà non permettono la completa certezza in materia. Sul punto F. GORIA, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli,* p. 125 nt. 48. La terza costituzione C. 8.8.2 *Diocl./Maxim. AA. et CC. Cyrillae*: «*Adi praesidem provinciae ac postula filios tuos exhiberi*» (a. 293) sembra propendere in favore della possibilità che, tramite *cognitio extra ordinem* anche alla madre fosse concesso di utilizzare dell'interdetto per l'esibizione. Il passo è stato però diversamente interpretato dal BONFANTE, *Corso di diritto romano I,* p. 280, il quale ha ritenuto che questa provasse invece la titolarità femminile a chiedere gli alimenti in nome del figlio (l'ambiguità sta nella duplicità di significato del termine *exhibere*). Tuttavia già i compilatori del codice, inserendola sotto la rubrica «*De liberi exhibendis seu ducendis seu de homine libero exhibendo*» sembravano interpretarla nel senso dell'interdetto.

Teodosio, l'abitudine, già da tempo percepibile, di chiedere anche alla madre di dar la propria approvazione alle nozze, viene resa obbligatoria per le orfane di padre, femmine e minori di venticinque anni[452]. Giustiniano, in seguito, interverrà sul tema nuovamente nella Nov. 117.7[453], insistendo ulteriormente sulle capacità morali della persona che si dovrà occupare di allevare i figli: ma è un tema, quest'ultimo, che fuoriesce dai nostri confini temporali[454].

[452] C. 5.4.20.pr *Honor./Theodos. AA. ad Theodorum*: «*In coniunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium: si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque exploretur adsensus. si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium*» (a. 408-409). Sul punto F. GORIA, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli,* cit., pp. 125-126, nt. 49 e 50.

[453] Nov. Iust. 117.7: «Κἀκεῖνο δὲ διατυπῶσαι συνείδομεν, ἵνα εἴ ποτε τὸν μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς γάμον λυθῆναι συμβαίη, οἱ ἐκ τοῦ τοιούτου γάμου γεννηθέντες παῖδες μηδενὶ τρόπῳ βλαβῶσιν ἐκ τῆς διαζεύξεως τοῦ γάμου, ἀλλὰ πρὸς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν καλείσθωσαν ἐκ τῆς τοῦ πατρὸς οὐσίας ἀναμφισβητήτως ἀποτρεφόμενοι. καὶ εἰ μὲν ὁ πατὴρ τὴν πρόφασιν τῆς διαζεύξεως παρέσχε καὶ ἡ μήτηρ εἰς δεύτερον οὐκ ἦλθε γάμον, παρὰ τῇ μητρὶ τρέφεσθαι, τὰς δαπάνας τοῦ πατρὸς παρέχοντος, εἰ δὲ παρ' αἰτίαν τῆς μητρὸς δείκνυται λελύσθαι τὸν γάμον, τότε παρὰ τῷ πατρὶ καὶ οἰκείτωσαν οἱ παῖδες καὶ τρεφέσθωσαν. εἰ δὲ συμβῇ τὸν μὲν πατέρα ἄπορον εἶναι, τὴν δὲ μητέρα εὔπορον, παρ' αὐτῇ πενομένους τοὺς παῖδας μένειν καὶ παρ' αὐτῆς τρέφεσθαι παρακελευόμεθα. ὃν γὰρ τρόπον οἱ παῖδες εὐποροῦντες ἀναγκάζονται τὴν μητέρα δεομένην τρέφειν, οὕτω δίκαιον κρίνομεν καὶ παρὰ τῆς μητρὸς εὐπορούσης τοὺς παῖδας ἀποτρέφεσθαι. ὅπερ δὲ περὶ τοῦ τρέφεσθαι τὴν μητέρα καὶ τοὺς παῖδας διωρίσαμεν πενομένους, τοῦτο δὴ καὶ ἐπὶ πάντων τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων προσώπων ἑκατέρας φύσεως κρατεῖν κελεύομεν».

[454] Per un'approfondita analisi sul punto nella legislazione tardo antica F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma,* cit., pp. 10 ss.; di particolare interesse quando sottolinea, in riferimento alla normativa teodosiana in materia, che «è proprio la tutela dell'interesse dei figli ad imporre, infatti, secondo gli imperatori, che lo scioglimento del matrimonio venga reso più difficile dal punto di vista formale» (*ivi*, p. 12), mostrando in che modo la continua rielaborazione della sostanza dei principi permette innovazioni senza formali cesure; F. GORIA, *La costruzione giuridica nel rapporto madre figli*, cit., pp. 130 ss.

CONCLUSIONI

È necessario, in queste *Conclusioni*, tirare le fila di quanto finora detto, cercando di individuare la linea lungo la quale ha proceduto l'evoluzione sociale, a Roma e nell'Impero, e verificare, al contempo, quali conclusioni possono trarsi, alla luce dei mutamenti normativi che sono stati rilevati in questa rassegna a proposito della costruzione dell'identità femminile.

Nostro punto di partenza è il concetto di *materfamilias.* Esso ha sempre rappresentato il vertice dell'ideale femminile. In altre parole, il fine esistenziale di ogni donna consisteva nell'essere identificata come tale. Tuttavia, quantunque il termine *mater* si riconnetta senza dubbio all'idea di maternità[455], il titolo di *materfamilias* non implicava che la donna avesse effettivamente partorito figli. Esso, in origine[456], indicava esclusivamente la moglie del *pater*, differenziandola, in tal modo, dalle altre *uxores* (quelle dei *filii* e dei *nepotes*) della medesima *familia*. Era questa posizione a garantirle una condizione sovraordinata a quella di ogni altra donna. Ma, a partire dalla tarda repubblica (stante la progressiva scomparsa dei matrimoni *cum manu*), il significato del termine mutò, andando a indicare, a seconda dei casi, o una donna *sui iuris* di rinomata *honestas/dignitas* o l'*uxor*[457]. Tale secondo significato però, soprattutto a seguito alle leggi augustee in materia matrimoniale, venne comunque associato a un comportamento eticamente corretto. Così, per esempio, era definita *materfamilias* la donna con la quale poteva integrarsi il reato di *stuprum* o di adulterio, ovverosia la donna ingenua di comprovata onestà[458]. La maternità quindi, seppur rilevante per la *materfamilias* che volesse realizzare concretamente gli ideali sottesi alla figura della donna onorata, era soltanto una delle caratteristiche che concorrevano alla costruzione dell'identità di genere. Al di là della grande considerazione data al parto, alla

---

[455] L. PEPPE, *Civis Romana,* p. 291

[456] Per un'approfondita analisi circa il significato che tale termine aveva nella Roma arcaica, nonché il suo sviluppo nei secoli successivi R. FIORI, *Materfamilias,* Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scajola, Vol XCVI-XCVII, pp.455-498, in particolare pp.475 ss.

[457] R. FIORI, *Materfamilias,* p. 488 ss.

[458] D. 48.5.9. *Marcian*. 2 de *adult*. *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur*. D. 48.2.3.3 *Paul.* 3 *de adult. Sed et si aliud crimen obiciat, veluti quod domum suam praebuit, ut stuprum mater familias pateretur, quod adulterum deprehensum dimiserit, quod pretium pro comperto stupro acceperit, et si quid simile, id ipsum libellis comprehendendum erit.*

luce delle leggi matrimoniali augustee e dell'ambito privilegio dello *ius liberorum*, questo non rappresentava, pertanto, una necessaria premessa perché una donna potesse ritenersi socialmente realizzata[459].

Ma vi è di più. Come già sottolineato all'inizio di questo elaborato, i figli, almeno fino al principato, non intrattenevano, una volta avvenuto il parto, con la madre alcun rapporto giuridico. Le vicende della madre, a differenza di quelle del *pater*, non interferivano, in alcun modo, con lo status o la condizione dei *filii*. Essere madre significava, perciò, partorire eredi legittimi per il marito, ed era solo una delle tante e varie attività richieste per assurgere al grado più alto di rispettabilità sociale cui una donna potesse elevarsi[460].

Un esempio di quanto appena sostenuto si individua nella cosiddetta *Laudatio Turiae*[461]. Il testo costituisce l'esempio più notevole di elogio funebre scritto da un marito in onore e in ricordo della propria moglie. Vi si esaltano le differenti virtù della donna, rappresentata come perfetto esempio di matrona romana e del suo corretto comportamento[462]. Si propone, in questo testo epigrafico, una serie di richiami a virtù tipicamente associate all'ideale della figura femminile: pudicizia, modestia, affabilità. È ricordata anche la filatura della lana e la costante lealtà di Turia nei confronti del marito e della famiglia. Si ricordano alcuni episodi della vita della donna: quando, per esempio, dopo la morte del padre ella difese il patrimonio ereditario dalle mire di un maligno parente;

---

[459] D'altra parte, anche l'uomo, per dirsi *pater* non necessitava di discendenti. Sul punto F. LAMBERTI, *Patria potestas tra antichità e riletture moderne,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 25-37, in part. pp. 25 s.

[460] Sul fatto, in particolare sulla comparazione con lo stato della donna greca, che la donna romana avesse una maggiore "dignità": L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana,* Milano, 1984, pp. 10 ss; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno, Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana,* Feltrinelli, Milano, 2010, pp. 200 ss.

[461] *CIL* VI, 1527, 31670, 37053 = *ILS* 8393 (*Laudatio Turiae*) 11. 30-34. Il nome Turia è convenzionale: T. MOMMSEN, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit Augustus und Hadrianus,* in *Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin,* Berlino, 1865, pp. 455 ss. anche in ID., *Gesammelte Schriften,* I, Berlino, 1905, pp. 393 ss.

[462] La letteratura è parzialmente divisa in materia. Si è notato, infatti, che Turia parrebbe possedere alcuni caratteri anticonformistici, in quanto, non solo nel suo elogio la sua personalità risulta maggiormente tratteggiata che in altre testimonianze analoghe (*Laudatio Claudiae*: *CIL* I 1211 = *CIL* VI 15346 = *ILLRP* 973; *Laudatio Muriae: CIL* VI 10230 = *ILS* 8394: in questa il figlio, autore, afferma che le vite delle donne sono tutte simili, per tale ragione i loro elogi subiscono meno variazioni), ma le sue azioni sembrano eccedere la tradizionale sfera domestica della rappresentazione femminile. Sul punto F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale,* cit., pp. 62 ss. Al contempo, si è sottolineato che tale "emancipazione" sia invero di facciata: la donna, infatti, esce dalla sfera strettamente domestica solo in contesti in cui non vi è un uomo che possa agire al suo posto. La sua intraprendenza cessa (o almeno non ci è riportata) nel momento in cui al marito è concesso il ritorno. Infine, ogni azione che viene esaltata è compiuta in favore della *familia*, per cui rientra perfettamente nelle doti di *fides* e *pietas*. L. FONTANA, *Laudatio Turiae e propaganda augustea: quando anche la morte è politica,* Milano, 2021. Cfr: P. GIUNTI, *...per te tamen haberem…Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale,* in Aa. Vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato,* IV, Napoli, 2011, pp.243 ss.

allorché, condannato il marito all'esilio nel corso delle guerre civili, si preoccupò di fornirgli ogni aiuto e di curare i suoi beni, nonché di nasconderlo durante il conflitto tra Pompeo e Cesare. Si premurò, inoltre, di perorare la sua causa a Roma, chiedendo clemenza, e, quando Ottaviano decretò la fine del suo esilio, ella stessa, in prima persona, si recò da Lepido, l'unico dei triumviri presente a Roma, per chiedere la conferma del provvedimento. A dispetto delle umiliazioni inflittele dall'uomo, Turia ottenne, infine, la revoca dei provvedimenti assunti contro suo marito. La donna, ovviamente, fu *univira*, ma non partorì mai un figlio per il proprio marito. Consapevole di questa sua oggettiva mancanza, offrì al coniuge la possibilità di divorziare, per il tempo necessario ad avere figli dalla nuova moglie, per poi, eventualmente, risposarsi una seconda volta. Una volta partoriti, si sarebbero ricongiunti e lei avrebbe trattato i figli come fossero suoi. Ma, per amore, il marito rifiutò[463].

Pertanto, per essere considerata una perfetta *materfamilias*, la gravidanza e la maternità non apparivano indispensabili[464]. Assunsero, invece, un rilievo decisivo altri aspetti e, in determinati contesti, perfino la cura e l'assistenza prestate al marito. Il che poteva implicare il compimento di attività di decisiva importanza sul piano economico e sociale, purché si conservassero le virtù della *pudicitia* e della modestia e, di conseguenza, il rispetto delle tradizionali gerarchie familiari[465]. Lì dove si celebra la centralità e la sacralità della figura

---

[463] Sul testo vd. J.OSGOOD, *The laudatio Turiae,* New York, Oxford University Press, 2014, *passim*; circa l'attendibilità delle notizie storiche da esso forniteci C. FRANCO, *La donna e il triumviro. La cd. Laudatio Turiae,* in *Matronae in domo et in re publica agente. Spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero,* F. Cenerini, F. Rohr (a cura di), Trieste, EUT, 2016, pp.137-163. Per una sua comparazione con altri modelli femminili riportatici nelle epigrafi F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale,* cit., pp. 63 ss.

[464] Pur rimanendo questa un'attività quasi dovuta.

[465] Qualora lo avessero fatto sarebbero state qualificate come virago, donne che assumono comportamenti maschili a causa della loro mancanza di virtù. Questo, nella letteratura romana, comporta di conseguenza lo scivolamento in una lunga lista di altri vizi, cui sono comunemente accusate tutte le donne che tentano di esercitare (troppo o in maniera troppo diretta) il potere. Apoteosi della degenerazione cui poteva giungere una donna che si fosse rifiutata di rispettare i limiti del proprio sesso è senza dubbio Agrippina Minore: i ritratti che ci sono pervenuti di lei infatti calcano sul fatto che la *spes dominationis* (Tac. *Ann.* 14.2.2), che fin da giovane la guidava, la condusse ad indicibili comportamenti di crudeltà e dissolutezza (Tac. *Ann.* 12.7.3). Diversamente, figure come Livia e Plotina, che sicuramente furono estremamente attive nell'influenzare la vita politica dei loro tempi, essendo riuscite a non travalicare mai in maniera eccessiva il loro ruolo, ricevono descrizioni ambigue (per Livia: Valleio Patercolo 2.75.3 offre un'immagine estremamente positiva; in Cassio Dione 57.12.2 e 60.5.2 la sua raffigurazione è ambigua; per Svetonio, *Tib.,* 50.2 quasi insignificante; Tacito, *Ann.*1.10.5 e 2.71.2 e 5. 1-3, è, invece, estremamente negativo nei suoi confronti. Plotina invece viene esaltata in Plinio, *Paneg.* 84.6-7; anche l'autore di *Epitome dei Cesari* 42.21 ne offre una rappresentazione positiva; al contrario è criticata duramente da Cassio Dione 69.1, che la accusa di aver manovrato la successione di Adriano, nonché di compiere attività sessuali riprovevoli. La stessa immagine ce la fornisce anche *Hist. Aug. Adriano,* 4.10). Anche Antonia Minore viene descritta dalle fonti con la stessa ambivalenza; sorte migliore spetta a Matidia Maggiore, della quale ci è arrivato l'elogio funebre pronunciato da Adriano (*CIL,* XIV, 3579), in cui l'imperatore la loda per la morigeratezza, dimostrata dal

del *pater,* l'identità della donna, *mater* e *uxor*, deve necessariamente conformarsi al rispetto di quest'ideale.

Nella definizione del ruolo femminile, anche il diritto interpreta una parte, a dir poco, fondamentale. In età arcaica una donna poteva essere, sul piano giuridico, o una *filia* o una *soror.* Figlia e sorella nella famiglia nella quale era nata, ma pur sempre figlia e sorella in quella nella quale, in quanto *uxor*, si era trasferita; perché, nel matrimonio *cum manu,* ella era giuridicamente equiparata a una *filia* del marito (*loco filiae*), nonché a una *soror* dei propri figli. Come è ovvio la sua posizione, in concreto, differiva significativamente da quella dei figli. Tuttavia ciò non aveva precise rispondenze sul piano giuridico[466]. Va sottolineata, inoltre, una seconda importante conseguenza di carattere socio-antropologico che discende dalla originale costruzione di Roma quale città di *patres.* Il principio di subalternità femminile era altrettanto accettato a Roma, quanto nelle città greche: e, invero, in alcun momento della storia dell'urbe, tale premessa è stata davvero posta in discussione. Anche Gaio[467], pur facendo notare che invocare la loro presunta debolezza d'animo appariva una ragione speciosa per sottoporre le donne a tutela, non procede, però, mai oltre nella sua *feministische Rechtskritik*. La loro inferiorità era un dato di fatto non contestato e non contestabile. Tutto ciò, comunque, non impedì alle donne romane di raggiungere una posizione privilegiata rispetto ad altri, analoghi contesti del mondo antico, e, soprattutto, di conquistare un'impressionante libertà di iniziativa economica. Ciò emerge dalla lettura delle fonti giuridiche e letterarie, alla luce delle quali la casistica delle *mulieres* impegnate in siffatte attività assume tali proporzioni da non poterla giustificare ricorrendo alla consueta categoria dell'"eccezione alla regola"[468]. Tutto ciò successe, inoltre, in assenza di

---

fatto che la donna, nonostante la sua posizione, non provò mai ad abusare della loro vicinanza. Sfortunatissima Faustina Minore, la quale non ebbe che parole positive dai contemporanei (in particolare Frontone, *Lettere all'imperatore Marco Aurelio,* 1.1.3 e i), ma si macchiò della colpa di aver generato Commodo, della cui cattiveria doveva essere responsabile (*Hist. Aug. Marc.* 19.1-6 e 19.11 e 26.5 e 29. 1-3; *Commodo* 8.1).

[466] In proposito R. FIORI, *Materfamilias,* pp. 466 ss, provando a fornire una definizione giuridica del termine, indica alcune fonti letterarie che potrebbero indicare una posizione privilegiata della moglie del *pater*. Tuttavia non ci sembra riesca a dimostrare appigli giuridici che supportino tale idea. Va infatti ricordato che i rapporti familiari interni, fino alla fine della repubblica, furono soggetti solo al *mos* e non alla *lex,* per questa ragione, nonostante la quasi sicura maggiore dignità di cui godeva la *materfamilias,* non si ritiene probabile vi fossero conseguenze giuridiche che la differenziassero dai figli.

[467] Gai. 1.190

[468] F. CENERINI, *Dive e donne,* cit. pp. 66-67, p. 93, p.96, pp. 113 ss..; J. GARDNER, *Women in Business Life: Some Evidence from Puteoli,* in P. Setälä, L. Sauven, *Female Networks and the Public Sphere in Roman Society,* Roma, 1999, pp. 11-27; F. REDUZZI, *Le donne nei documenti della prassi campana,* in *Index,* 40, 2012, pp. 380-386; questi lavori dimostrano come l'attività economica femminile sia trasversale a tutte le classi sociali. Sulle donne "grandi imprenditrici": F. CHAUSSON, A. BUONOPANE, *Una fonte della ricchezza delle Augustae. Le figline urbane,* in A. Kolb, *Augustae. Machtbewusste Frauen am römischen Kaiserhof,* Berlino, 2010, pp. 91-110.

un qualsiasi movimento di emancipazione[469] e in una società che ribadì costantemente il principio patriarcale fin quasi al suo definitivo esaurimento. Ci permettiamo di suggerire che, forse, questa palese aporia può essere ridimensionata, guardando ai concreti meccanismi normativi utilizzati per riaffermare, nonostante tutto, tale subalternità.

Fin dalle origini, all'interno della società romana, si riscontra una profonda divisione tra le stesse persone libere: vi erano cittadini di prima categoria, i *patres,* e quelli che tali non erano (i *filii familias,* le donne *sui iuris*). L'inferiorità femminile non si esplicava, pertanto, in una serie di diversi e specifici divieti: bastava constatare che una donna, in quanto principio e fine della propria famiglia, non avrebbe mai potuto rivestire il ruolo di *pater*. Sappiamo, inoltre, che l'elezione alle magistrature implicava la convocazione dei comizi, ai quali, *in primis* se si guarda ai comizi centuriati[470] che eleggevano i magistrati maggiori, potevano prender parte esclusivamente gli uomini. Tra una donna e un uomo *alieni iuris* si riscontra, dunque, l'esistenza di tanti punti di divergenza, innanzi tutto perché il secondo poteva servire nell'esercito e prender parte alle attività politiche, ma anche di non pochi punti di convergenza[471]. È una peculiarità tipicamente romana: ed essa fa sì che

[469] L'unico esempio di una forma di rivendicazione/protesta si ebbe con Ortensia. Nel contesto delle lotte civili i triumviri imposero una tassa speciale sui grandi patrimoni femminili. Le matrone della città, scontente, provarono prima a perorare la loro causa con le parenti donne dei politici, fallendo chiesero di essere sentite formalmente. Sostennero quindi che, mentre erano concordi su pagamenti eccezionali fatti in favore dell'esercito, in quanto questo garantiva l'urbe da nemici esterni, quella specifica tassazione si inseriva meramente in un contesto politico. Non avendo loro diritto a concorrere per il potere, allora i loro soldi non potevano essere usati a tale scopo. A prescindere da come si concluse la questione (riduzione del numero di donne tenute al pagamento ed estensione a patrimoni maschili) il principio che sta alla base del ragionamento è lo stesso che sostiene tutte le rivendicazioni politiche avute in Europa nei secoli successivi: *no taxation without rapresentation.* In questo caso, però, in alcun modo le promotrici pretesero alcuna forma di partecipazione, l'unico scopo era l'eliminazione della tassa. Ci riportano l'episodio App. *Guerre civili* 4.32-34; Val. Max. *Factorum et dictorum memorabilium* 9.8.3.3. Sull'avvenimento E. CANTARELLA, *Passato Prossimo,* cit., p. 95

[470] Assemblea che idealmente doveva essere una rappresentazione dell'esercito. Sull'argomento, a mero titolo esemplificativo: R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati. Diritto costituzionale e diritto augurale,* Vienna-Colonia, 2014; A. GUARINO, *Fabio e la riforma dei comizi centuriati,* Napoli, 1963; F. GALLO, *La riforma dei comizi centuriati,* Roma, 1952. Sull'importanza del legame tra funzione militare e rappresentanza "democratica", nonché sulle conseguenze di questa dinamica sulla definizione della famiglia e della figura del *pater* nella Roma pre-civica: L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *La patria potestas ed i molti significati di 'famiglia',* in Aa.Vv., *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp.37-53, in part. p.45; A.L.PROSDOCIMI, *Forme di lingua e contenuti costituzionali nella Roma delle origini,* 1, Padova, 2016.

[471] Ovviamente anche una donna poteva diventare *sui iuris* e non vi sono prove per non ritenere originale l'autonomia patrimoniale femminile (L.PEPPE, *Posizione giuridica,* cit., p. 166). Tuttavia tale condizione di indipendenza non era in alcun modo assimilabile alla *potestas* del padre, né al suo ruolo sociale. Ulteriormente bisogna anche tenere conto che il matrimonio *in manu* era la prassi, per cui la donna indipendente sarebbe stata nella maggior parte dei casi solo la vedova. Da ultimo, anche l'origine potestativa della tutela va tenuta in considerazione.

non esistessero divieti espliciti da superare[472], almeno in ambito economico[473], ma soltanto "controlli da ammorbidire"[474]. Aggiungiamo, inoltre, che la figura del *pater* differiva profondamente da quella paterna propria di altre culture, perché l'estensione della sua *potestas* costituiva, per tanti riguardi, un autentico *unicum*[475]. La famiglia non si configurava, dunque, come un semplice gruppo di persone legate dal sangue, ma come un'entità più vasta, caratterizzata dall'esistenza di un organo con funzioni dirigenziali e poteri punitivi[476], nonché responsabile economico della stessa. La *materfamilias,* in quanto compagna del padre, acquisiva così non una semplice funzione di cura, ma di vero e proprio supporto ad un "potere" (che non può facilmente classificarsi nella categoria di "privato"), da svolgere, però, secondo forme appropriate (*pudicitia*)[477].

Quando, durante il IV e il III sec. a.C., la società romana si trovò ad affrontare grandi mutamenti sociali e soprattutto un consistente aumento delle ricchezze delle famiglie aristocratiche, i patrimoni femminili, al pari di quelli maschili, divennero sempre più ragguardevoli. Nel frattempo il *ius honorarium* contribuì a superare i limiti intrinseci allo *ius civile*, consentendo di aggirare una serie di ostacoli che avrebbero, altrimenti, oggettivamente impedito l'autonomia economica delle donne. La *lex Voconia*, nel 169 a.C., tentò di porre un argine all'accumulo delle ricchezze in mani femminili. Non pare, tuttavia, che, essa, come tanti altri provvedimenti dello stesso segno emanati in seguito, abbia avuto

---

[472] Ad esempio, il divieto di postulare in giudizio o quello di intervenire a favore di terzi o la *Lex Voconia* dovettero essere emessi appositamente per limitare l'azione femminile.

[473] Essi invece erano presenti e assoluti in ambito politico, tale limite, tra l'altro, non venne mai valicato nell'intera storia di Roma.

[474] Non possiamo non scordare inoltre che il primo caso in cui fu concesso alle donne di scegliersi il tutore fu non tramite una concessione ad esse diretta, ma ammettendo che il marito potesse aggiungere tale clausola nel testamento. Il bene tutelato era formalmente la volontà paterna. Allo stesso modo, l'aumento dei negozi che potevano essere posti in essere senza l'*auctoritas* tutoria, si deve allo sviluppo dello *ius honorarium,* avvenuto per ragioni commerciali. La libertà negoziale femminile ne fu una conseguenza non prevista.

[475] Sulle ragioni della specificità della posizione del *pater familias* sono dedicate un numero amplissimo di opere. Per una parziale bibliografia si veda nt.13 di questo elaborato. Già nell'800 molti studiosi, su spinta della scuola storica, avevano dedicato la loro attenzione alla componente antropologica, che portò a tale peculiare costruzione giuridica. Tali ricerche avevano l'obiettivo di dimostrare l'origine, per così dire, pubblicistica del *pater.* Per un brillante riassunto delle diverse posizioni, in special modo quelle di Jhering, Maine e Morgan (massimi esponenti in tal senso),nonché per una valutazione circa la loro attualità: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell'800,* Roma, 1997, *passim*. L'autore, comunque, concorda nel ritenere che il *pater,* nella Roma pre-civica, rivestisse il ruolo di un'istituzione pubblica e che questo avesse riflessi antropologici nella rappresentazione della stessa nella società successiva. Iconica in tal senso sarebbe Sen. *De Clem.* 1.11.4.

[476] Circa la questione della non utilizzabilità delle categorie di pubblico e privato nel mondo romano, probabilmente fino all'esaurirsi della repubblica; sulla diversa funzione e natura di *lex* e *mos;* nonché sulla differenza dello stesso da un generico "controllo sociale" vd. Infra cap.I, § 5.

[477] È stato fatto notare che tale caratteristica assume un ruolo di maggiore centralità proprio tra il finire della Repubblica e l'inizio del principato; epigrafi F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale,* cit., p. 66.

qualche efficacia pratica, almeno nel lungo periodo[478]. Al contrario, a tal riguardo è utile ricordare un'opinione che Pomponio espresse in relazione all'attribuzione della dote in seguito a divorzio: era opportuno che la moglie la ottenesse, in quanto la sua capacità patrimoniale era necessaria affinché le donne potessero riempire la città di figli[479].

Rielaborando, si potrebbe affermare che, poiché l'originaria figura del *pater* assommava a sé sia caratteristiche pubbliche che private[480], nel successivo processo di evoluzione, che impose ad una progressiva definizione delle stesse (in ragione di una più complessa struttura sociale), gli interpreti procedettero ad una "patrimonializzazione"[481] di alcune di esse. Si assiste, così, ad una "privatizzazione dell'economia"[482], per cui il parametro qualificante per esservi partecipi è identificato nell'essere *sui iuris*. Le donne che lo integravano, perciò, non avevano ragione per esservi formalmente escluse (sebbene coadiuvate da una figura esterna). Di conseguenza, la capacità economica femminile, non trovando una limitazione giuridica, anzi aiutata involontariamente dai nuovi strumenti, poté crescere notevolmente. L'opposizione a tale fenomeno, mossa soprattutto da ragioni morali, fu fallimentare, tanto che, nel II sec. d.C., si ebbe una formale accettazione della ricchezza femminile, sebbene questa dovesse essere giustificata quale necessario rimedio alla denatalità. Il processo verso l'indipendenza femminile è, in questo senso, opposto a quello dei *filii familias*. Questi, infatti, otterranno prima rilevanza pubblica[483], potendo partecipare alle magistrature, e solo più tardivamente il riconoscimento di una certa autonomia economica[484].

---

[478] F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti,* in *Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica,* Torino, 2014, pp. 17 ss.; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare,* Milano, 2008, pp. 83 ss; T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law: Past, present and future,* Michigan, 2012, p. 229 nt. 78; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana,* Milano, 1984, p. 166.

[479] D. 24.3.1.pr Pomp. 15 *ad Sab. ... nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*

[480] Purtroppo, per ragioni di chiarezza, è necessario ricorrere a categorie moderne, pur riconoscendo la loro non applicabilità alla società di allora.

[481] Questo è quello che sarebbe successo all'*hereditas,* C.VENTURINI, *Ereditiere ed ereditande (Appunti a margine di una recente ricerca),* in *BIDR*, 100, 1997, pp. 617-670.

[482] Le transazioni commerciali, cioè, vengono spogliate dal quel "alone pubblico" che derivava dal fatto che le uniche persone originariamente autorizzate a compierle (i *patres*) ricoprivano una duplice funzione (pubblica e privata).

[483] Ambito che, come si è detto, traeva la sua origine dal mondo militare.

[484] Va ovviamente sottolineato che tale sviluppo non fu mai consapevolmente direzionato, non si vuole perciò affermare che durante gli albori della Repubblica i Pontefici scelsero una precisa linea di politica del diritto.

Augusto inaugura una nuova era. Il principe, in quanto restauratore dei *mores*, pone le premesse giuridiche per il definitivo mutamento della concezione della famiglia[485]. Alle donne della dinastia, ossia a quelle della *domus Augusta*, fu perfino garantita una qualche "visibilità politica"[486]. Livia (destinataria, quantunque donna, di una serie notevole di onori e riconoscimenti[487]), per esempio, finanziò, tra le altre cose, opere pubbliche in favore della *civitas*. È un modello che si ripropose anche nei municipi italici e, in seguito, in tante città dell'Impero. Molte donne, titolari di considerevoli patrimoni, beneficarono le proprie comunità d'origine mediante la costruzione di opere pubbliche destinate al divertimento o al benessere dell'insieme dei propri concittadini[488]. Questa nuova rappresentazione del potere (che andava via via a coincidere con la figura del *princeps* e con la sua *domus*) ebbe un duplice effetto: da un lato fornì una funzione pubblica femminile; dall'altro re-incardinò saldamente le donne all'interno dello spazio familiare.

Contemporaneamente, la *patria potestas* fu costretta a mutare parzialmente contenuti, in conseguenza fu limitato l'esercizio di alcune delle sue precedenti prerogative[489]. Basti ricordare, a tal riguardo, la celebre affermazione, adrianea secondo la quale essa "*in pietate*

---

[485] Ovviamente tale mutamento si stava già diffondendo a livello sociale Cfr: F. ROHR VIO, *Children for the family. Childern for the State. Attitude towards the Offspring during the triumvirate",* Zaragoza, 2020, pp. 171-192; Id., *Matronae and politics in the Repubblican Rome,* in *A Companion to the political Cultur of the Roman Republic,* New Jersey-Oxford, 2022, pp. 362- 373.

[486] In particolare si introduce il ruolo di *Augusta.* Tale figura, rimanendo ovviamente priva di qualsiasi tipo di prerogativa politica, assume, nei secoli successivi importanza nell'ambito della rappresentazione e propaganda del potere. Titolo inizialmente dato a donne vicine al principe, quale conferimento onorifico, nel II sec. assume una specifica funzione dal punto di vista sociale. Plinio il giovane, infatti, nel suo Panegirico a Traiano, esalta la modestia di Plotina e Marciana che rifiutano l'attribuzione di *Augustae,* tuttavia, afferma, che a prescindere dal conferimento, esse lo sono già (Plin., *Paneg.,* 84.6-7). Anche nelle testimonianze numismatiche si coglie l'importanza della coppia imperiale, rappresentata al pubblico quale garanzia di concordia. Sul punto H. TEMPORINI-GRÄFIN VITZTHUM, *Frauen im Bild der domus Augusta unter Traian,* in E.Schallmayer, *Traian in Germanien. Traiani im Reich. Bericht des dritten Saalburgkolloquiums,* Bad Homburg, 1999, pp.45-53. Tale nuova simbologia sociale impatta ovviamente anche a fini identitari, in tal senso S.CAMPESE, P. MANULI, G. SISSA, *Madre materia. Sociologia e biologia della donna greca,* Torino, 1983, *passim*.

[487] Assieme ad Ottavia ottenne, nel 35 a.C. la *sacrosantitas,* che le escludeva dalla tutela (Cass. Dion. 49.38.1), poi riconfermata solo a lei nel 9 d.C. (Cass. Dion. 55.2.5). Claudio la divinizzerà, nella ricorrenza del suo matrimonio con Augusto, e le dedicherà una statua posta al centro del tempio eretto in onore del principe (Cass. Dion. 60.5.2)

[488] Cfr: F. CENERINI, *Dive e donne,* cit., p.96; ID., *Le madri delle città,* in A. Buonaparte, F. Cenerini, *Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica,* Faenza, 2005, pp. 481-489.Tramite tali donazioni esse poterono acquisire dei *merita* pubblici, accrescendo il prestigio della loro famiglia, permettendo così ai parenti maschi di aspirare a più alte cariche. In tal senso anche M.T. RAESPET-CHARLIER, *Les sacerdoces des femmes senatoriales sous le Haut-Empire,* in M.F. Baslez, F. Prévot, *Prosopographie et histoire religieuse. Actes du colleque tenu en l'Université Paris XII-Val de Marne les 27&28 octobre 2000,* Parigi, 2005, pp. 283-304; E. MELCHOR GIL, *Mujeres y evergetismo en la Hispania romana,* Faenza, 2009, *passim*.

[489] Si veda: pp. 88-90; nt. 449; nt. 233; e p. 155 di questo elaborato.

debet, non atrocitate consistere"[490]. Non si può non sottolineare come questa riflessione del *princeps* sposti l'angolo visuale dal quale si guarda alla famiglia: al centro dell'obiettivo non si colloca più una *patria potestas* direzionata unicamente dal padre, ma l'interesse dei figli[491].

Quale conseguenza di questa nuova centralità della prole e dell'inserimento della figura del padre all'interno di una sfera che, se adoperassimo una terminologia del nostro presente, potremmo definire privata (o prevalentemente privata), anche la madre poté trovare una nuova collocazione nel mondo del diritto. A tale figura, nel I sec.d.C. sono dapprima riconnessi privilegi derivanti dal *ius liberorum,* tuttavia la maternità rileva ancora solo quale mero evento temporalmente ristretto. Con l'emanazione del sc.Planciano, alla donna, in qualità di *venter,* è permesso agire in favore del nascituro, ma nuovamente la sua azione è limitata ad un lasso di tempo preciso. Nel periodo che intercorre tra Adriano e Alessandro Severo, per effetto del concepimento e del parto, le si iniziano ad attribuire una serie di compiti (alimenti, obbligo di richiedere un tutore, affidamento) e acquista facoltà che un tempo non le competevano (successione intestata con conseguenze sulla querela), che, però, richiedono uno svolgimento continuativo. La madre, quindi, non è più semplice moglie del *pater*: la sua posizione giuridica assume definizione. Importante, inoltre ricordare, che nel rescritto con cui Antonino Pio le attribuiva il diritto di regresso nei confronti del padre, qualora avesse versato lei gli alimenti al figlio, il *princeps* stabilisce che tale tutela avverrà nella forma dell'*actio negotiorum gestorum*. La madre, perciò, si configura come un soggetto che può, entro certi limiti, sostituirsi, o meglio supplire, al padre, nel rapporto con i discendenti[492]. Nessuna parificazione dei genitori, sia chiaro. La figura della madre rimane sempre sullo sfondo, pur assumendo una più specifica

---

[490] D. 48.9.5.pr Marcian. 14 *inst.*: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

[491] Così A. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet,* in *Index,* 35, 2007, pp. 159-174; M. RIZZI, *Brevi riflessioni storiche e attuali sul principio patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere,* in *Revista del la facultad de Derecho de Mexico,* Vol. 72, 2002; F. GORIA, *La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figlio,* cit., pp. 130 ss; B. SANTORELLI, *Poteram quidem fortiter dicere: "Pater Iussi". L'autorità paterna a scuola fra retorica e diritto,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 73-89; G. RIZZELLI, *La potestà paterna fra leges, mores e natura,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 89-152, in part. p. 125 ss. Il punto si inserisce nel difficile dibattito tra chi difende l'impostazione della scuola storica tradizionale, e chi si informa alle teorie espresse da Saller alla fine degli anni '90. Sul punto si veda nt. 449 di questo elaborato.

[492] Importantissimo, in questo contesto, sottolineare l'importanza della terminologia: padre e *pater* non sono assolutamente due concetti fungibili, così come non lo sono madre e *materfamilias*. Nella trasposizione del *mos* in *lex* e nella modificazione contenutistica della *patria potestas* si ha anche una progressiva "privatizzazione" della figura paterna.

consistenza. Sicché non meraviglia leggere in Ulpiano "*pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur*"[493].

La donna non è più, in quanto mera genitrice, la protagonista di un evento circoscritto nel tempo, ma assume una funzione più pervasiva, occupandosi della cura dei figli e della loro vita. Alessandro Severo[494] inaugura, infine, un nuovo indirizzo normativo: e, in effetti, egli stabilì che il tutore, potendo, doveva affidare il minore alla madre, purché ella non si risposasse. La "genitrice" non esercita più la cura dei figli, quale mera attività affettiva, ma, sia pur soggetta al controllo del tutore dell'impubere, potrà far comunque valere, almeno in certe circostanze (lì dove il padre sia premorto) il proprio punto di vista nella gestione del patrimonio ereditato dal figlio. Costantino, proseguendo lungo questa linea, individuerà inoltre una serie di comportamenti meritevoli di sanzione, ove la madre non si occupasse, come dovuto, di quanto le competesse. Un'attività socialmente opportuna diventa così un compito legalmente richiesto (e sanzionabile). Giustiniano amplierà, infine, il numero di comportamenti femminili punibili, qualora non conformi al ruolo materno[495].

La maternità, per il diritto, non è più soltanto un'attività di mero servizio, che si compie, nella *familia* governata dal *pater*, allorché una donna determini, con il concepimento in

---

[493] D. 27.10.4.pr. Ulp. 38 *ad Sab. Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur.* In proposito M.E. ROCCIA, *La costruzione giuridica dell'identità materna in Ulp. 38 ad Sab. D.27.10.4,* in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana,* Iuss Press, Pavia, pp. 273-281 dimostra in maniera molto chiara come il riferimento alla *potestas* materna abbia mero valore retorico e che di conseguenza non si possa mai parlare di un effettivo potere della madre.

[494] C. 5.49.1

[495] Assistiamo anche alla sanzione di alcuni comportamenti paterni, tuttavia, la principale differenza tra posizione maschile e femminile è che alla prima non è imposto uno scopo sociale unitario. È infatti importante separare atteggiamenti o caratteristiche che la società incoraggia a tutti i componenti di quel genere (per voler esemplificare: ambizione, assertività, per gli uomini; discrezione, grazia, per le donne) e scopi che essa prefigge. Fino a tempi recenti le donne erano accomunate da un unico scopo primario, diventare ed "essere madre", intesa quale attività totalizzante, o comunque che non accettava distrazioni. A ciò potevano aggiungersi una serie di comportamenti a corollario, spesso differenziati per classi. Al contrario, nella costruzione dell'identità maschile, se possiamo rintracciare caratteristiche comuni, manca l'identificazione di uno scopo generale di genere; tale obiettivo, infatti, risulta essere maggiormente determinato dallo stato sociale del singolo. Se anche l'avere figli può essere considerato anche un obbligo maschile, al "padre" non è culturalmente richiesto di identificarsi esclusivamente in tale ruolo. Nel modo romano non sembra mai mancare uno scopo femminile, ed invero, le due posizioni di moglie e madre rimangono quali uniche opzioni della vita femminile. Tuttavia è riscontrabile un inversione di grado tra le due (prima moglie, di conseguenza madre; poi madre, di conseguenza moglie). Nel periodo di transizione, il lemma *mater familias* (definizione stabile e continuativa dell'ideale femminile, sebbene muti parzialmente il contenuto) appare leggermente più ancorato alle qualità intrinseche del singolo soggetto e al loro esercizio verso la comunità. Rimane, tuttavia, un'identità incardinata sulla relazione ad un familiare (marito-figli), per cui la propria esistenza è costruita in funzione di un'altra. Sulla rilevanza degli impliciti dell'ordinamento nella definizione dell'identità: A. SCALES, *Towards a Femminist Jurisprudence,* Indiana, 1981; G. MINDA, *Post Modern Legal Movement. Law and Jurisprudence at Century's End,* New York, 1995; C. COLLI, *Teorie postmoderne del diritto,* Bologna, 2001; C. MACKINNON, *Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory,* in *Signs*, 7, 1982, pp. 515 ss.; ID., *Marxism, Method and the State: Towards Feminism Jurisprudence,* in *Signs,* 8, 1983, pp. 635.

iustae nuptiae, la paternità del marito, sicché questi possa "fabbricarsi" il proprio figlio legittimo, ma si identifica con il supremo fine sociale del "ruolo femminile". La "genitrice" non è più soltanto la semplice partoriente: le si riconosce, anche sul piano del diritto, un compito ulteriore – la cura della prole – che conferisce alla donna una nuova dimensione, destinata a esser ancor meglio determinata, nei propri contorni, in età tardoantica.

Concludendo, si ritiene di poter affermare che, nel corso della storia di Roma, l'identità femminile rimane effettivamente vincolata alle immagini di moglie e madre. Tuttavia, assistiamo all'inversione nella loro gerarchia: inizialmente moglie, di conseguenza madre; nel tardo antico madre, perciò moglie. La mutazione rimane sottotraccia in quanto l'*idealtypus* è continuativamente associato al termine *materfamilias*, che, però, evolve anch'esso nel suo significato: moglie del *pater,* donna di indiscutibili capacità etiche e morali, infine "madre".

BIBLIOGRAFIA

A.

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

E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *St. dir. Rom.* 1. *Persone e famiglia,* Milano, 1933.

E. ALBERTARIO, *Studi sugli alimenti*, in *Studi*, I, Milano 1933.

E. ALBERTARIO, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche,* 1925, ora in *Scritti di diritto romano,* III, Milano, 1936.

E. ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria,* ora in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933.

J. M. ALBURQUERQUE, *Notas, conjecturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio acerca de la prestación de alimentos en derecho romano*, Coruna, 2006.

J.M. ALBUQUERQUE, *La prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Madrid, 2010.

A. ALEXANDRIS, *Die Frauen des römischen Kaiserhauses. Eine Untersuchung ihrer bildlichen Darstellung von Livia bis Iulia Domna,* Maiz, 2004.

ALIBRANDI, *De bonorum possessionibus commentarius,* Roma, 1869.

J.L. ALONSO, *El cobro de los creditos de la herrencia yacente,* in *Labeo,* 47, 2001, pp. 230 ss.

P. ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae,* in *BIDR,* 71, 1968.

C. APPLETON, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables,* Parigi, 1903.

V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore,* in *ANA,* LIII, 1930 (anche in *Raiora,* Roma, 1946, e in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974).

V. ARANGIO RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri,* Milano, 1930.

V. ARANGIO RUIZ, *Studi formulari*, in *BIDR*, 32, 1922.

F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003.

F. ARCARIA, *Praetor vel Praeses. I libri de omnibus tribunalibus di Ulpiano,* Napoli, 2022.

A. ARJAVA, *Die römische Vormundschaft und das Volljährigkeitsalter in Ägypten,* in *ZPE,* 126, 1999.

B.

M.P. BACCARI, voce *Alimenti (dir. rom.)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, direz. E. Sgreccia e A. Tarantino, I, Napoli, 2009.

M.P. BACCARI, *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira),* in *Studi in onore di Remo Martini,* I, Milano, 2008.

J.J. BACHOFEN, *Il potere femminile. Storia e teoria,* a cura di E. CANTARELLA, Milano, 1977.

M. BALESTRI FUMAGALLI, *s.v. Matrimonio nel diritto romano,* in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civile,* 11, 1994.

J.BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess.II. Die adjektcischen Klagen,* Berlino, 1882.

N. BENKE, *Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis,* in *ZSS,* 105, 1988.

N.W. BERNSTEIN, *Ethics, Identity and Community in later roman declamation,* Oxford, 2013.

G. BESELER, *Miszellen,* in *ZSS.* 45, 1925.

G. BESELER, *Einzelne Stellen,* in *ZSS*, 47, 1927.

E. BIANCHI, *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea,* Padova, 1997.

I. BIEZUNSKA-MALOWist, *Études sur la condition juridique et sociale de la femme grecque en Égypte gréco-romaine,* Lwow, 1939.

B. BIONDI, *Aspetti morali della tutela,* in *Fest. Schulz,* Weimar, 1951.

B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano,* Vol I-III, Milano, 1954.

B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni,* Milano, 1955.

B. BIONDI, *Lex e ius*, in *RIDA*, 12, 1965.

A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano,* Milano, 1938.

J. BLEICKEN, *Zum Regierungsstil des römischen Kaiser: eine Antwort auf Fergus Millar,* in *Sitzungbereichten Wiss. Ges. an des I.W. Goethe-Univ., Frankfurt* 18.5, 1982.

M.T. BOATWRIGHT, *Faustina the Younger, Mater Castrorum,* in R. Frei-Stolba, A. Bielman, O. Bianchi, *Les femmes antiques entre sphere preivée et sphere publique,* Berna, 2003, pp. 249-268.

P. BONFANTE, *La gens e la familia*, in *BIDR*, I, 1888, pp. 236 ss., (anche in *Scritti*, I, Roma 2007).

P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia,* Roma 1925, rist. corretta della 1ª ed. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1963.

P. BONFANTE, in nota a Glück, *Commentario alle Pandette,* XIV-XV, Milano, 1888-1909.

R. BONINI, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, 1973.

R. BONINI, *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano,* in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa,* Bologna, 1973.

F. BOZZA, *Ius Quiritium*, in *Studi Senesia*, 64, 1952.

B. BREIJ, *Vitae necisque potestas in roman deckamation,*in *Advances in the History of Rhetoric,* 9, 2006, pp. 1-26.

B. BREIJ, *Dilemma of pietas in Roman deckamation,* in A.P.M.H. Landinais, J.H. Blok, M.G.M. Van der Poel, *Sacred Words. Orality, literacy and Religion,* Leiden-Boston, 2011, pp. 329-348.

M. BRETONE, *Storia del diritto romano,* Roma-Bari, 1987.

F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator. L'acquisto del possesso e della proprietà,* Milano, 2007.

A. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano,* Torino, 1926.

P. BUONGIONO, F. RUGGIO, *Per una datatazione del senatus consultum Velleianum,* in *Rivista di Diritto Romano,* 5, 2005.

A. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali,* Milano, 1973.

G.C. BURCHARDI, *Diritto romano privato,* I, Napoli, 1857.

C.

S.CAMPESE, P. MANULI, G. SISSA, *Madre materia. Sociologia e biologia della donna greca,* Torino, 1983.

R. CANTALAMESSA, *Etica Sessuale e matrimonio nel cristianesimo delle origini*, Milano, 1976.

E. CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica,* Roma, 1985.

E. CANTARELLA, *La vita delle donne,* in E. Gabba, A Schiavone, *Storia di Roma*, vol. IV, Torino, 1989.

E. CANTARELLA, *Famiglia e parentela,* in AA. VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico,* a cura di A. Schiavone, Torino, 2003.

E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, 2010.

E. CANTARELLA, *La famiglia romana tra demografia sociale, antropologia e diritto,* in F. Milazzo, *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato,* Milano, 2014, pp. 3-21.

E. CANTARELLA, *Women and Patriarchy in Roman Law,* in P.J. Du Plessis, C. Ando, K. Tuori, *The Oxford Handbook of Roman Law and Society,* Oxford, 2016, pp. 419-431.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "Iura Praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Patria Potestas* in *Enciclopedia del diritto,* XII, Milano 1982.

L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *La patria potestas ed i molti significati di 'famiglia',* in Aa.Vv., *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp.37-53.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell'800,* Roma, 1997.

O. CARRELLI, *L'actio quasi institoria,* in *Studi in onore di Bernardino Scorza,* Roma, 1940.

P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano,* Napoli, 2018.

F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato,* Napoli, 1976.

F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980.

A. CENDERELLI, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustinianeo*, in *Scritti romanistici*, Milano, 2011.

F. CENERINI, *Dive e donne*, Imola, 2009.

F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà,* Bologna, 2009.

F. CENERINI, *Le madri delle città,* in A. Buonaparte, F. Cenerini, *Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica,* Faenza, 2005, pp. 481-489.

D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche,* in *SDHI,* 72, 2006, pp. 157-195.

D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare,* in *TSDP,* 6, 2013, pp. 1-39.

F. CHAUSSON, A. BUONOPANE, *Una fonte della ricchezza delle Augustae. Le figline urbane,* in A. Kolb, *Augustae. Machtbewusste Frauen am römischen Kaiserhof,* Berlino, 2010, pp. 91-110.

T. J. CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter,* in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte. Romanitische Abteilung,* 111, 1994.

T. J. CHIUSI, *Zur Wechselwirkung zwischen römischen Recht und provinzialen Rechten anhand von Dokumenten aus dem Archiv der Babatha,* in *Vielfalt und Einheit in der Rechtsgeschichte. Festgabe für Elmar Walde zum 65. Geburstag* (herausgegeben von T. Gergen), Köln-Berlin-München, 2005.

T. J. CHIUSI, *Babatha vs. the guardians of her Son: A struggle for guardianship- Legal, and Practical Aspect of P. Yadin 12-15,* 27, in *Law in the Documents of the judean Desert* (edited by K. Katzoff and D. Schaps), Leisen-Boston, 2005.

A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht,* Berlino, 1973.

G. CLEMENTE, *I censori e il senato. I mores e la legge,* in *Athenaeum,* 104, 2016.

R. COHNFELD, *Lehre vom Interesse nach römischem Recht,* Leipzig, 1865, ed. anastatica, Roma 1971.

C. COLLI, *Teorie postmoderne del diritto,* Bologna, 2001.

U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole,* in *Iura*, VII, 1956.

P. CORIAT, *Le prince législateur. Le technique législative des Sévères et lesles méthodes de création du droit impérial à la fin du Pincipat,* Roma, 1997.

C. CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, LXXVII, 2011.

E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927.

H.M COTTON, *Roman Official in Judaea and Arabia and Civil Jurisdiction,* in *Law in the Documents of the Judean Desert,* in R. Katzoff, D. Schaps, *Law in the Documents of the Judean Desert,* Leiden, 2005.

H.M COTTON, *The Guardianship of Jesus Son of Babatha. Roman ad Local Law in the Province of Arabia,* in *JRS*, 83, 1993.

M.H. CRAWFORD, *Roman statutes* (BICS. Supplement), I, Londra, 1996.

S.V. CRISALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma,* in AA. VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali,* Torino, 2014.

J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad titulum X.de Carboniano edicto. Lib XXXVII Digest.* In *Opera omnia,* VIII, Napoli, 1758.

E. CUQ, *Manuel des intitutions juridiques des romains*, Parigi, 1928.

G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico,* Milano, 1965.

D.

D. DALLA, *Ricerche di diritto delle persone,* Bologna, 1995, (anche in *Le fonti giuridiche*, *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico* 2, a cura di U. Mattioli, Bologna, 1995).

L. D'AMATI, *Ancora su parentes alere,* in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e di unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina,* 39, 2018, pp. 289-310.

J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome,* Parigi, 1912.

A.M. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di patria potestas e cognazione*, in *Studi Segni*, Milano 1957.

M.L. DE FILIPPI, *Subvenire pupillis,* in *Labeo,* 26, 1980, pp. 61-73.

M. DE FILIPPI, *Ratihabitio,* Bari, 2002.

A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, XLVII, 2001.

A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in AA.VV., *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002.

G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato,* Torino, 1989.

P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959.

G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz, 1872.

A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960.

F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937.

F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.1, Napoli 1974.

L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore,* Milano, 1955.

M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere,* in *AUPA,* 55, 2012, pp.321-384.

M. DE SIMONE*, Studi sulla patria potestas: il filius familias designatus rei publicae civis*, Torino, 2017.

M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie,* in *AUPA*, 54, 2010-2011.

N. DONADIO, *Iudicium domesticum. Riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas,* in *Index,* 40, 2012.

E.

A. EHRHARDT, *Zum objective Tatbestande der negotiorum gestio,* Friburgo, 1935.

F.

C. FADDA, *Studi e questioni di diritto,* I, Napoli, 1910.

F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma,* in *Studi in onore di Francesco Guizzi.* Civitas et civilitas, Torino, 2013.

C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari,* Roma 1994.

C. FAYER, *La familia romana,* Vol. III, Roma, 2005.

J.L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera,* Roma-Bristol, 2018.

C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi,* Milano, 1889.

G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio,* Cassino, 2003.

R. FIORI, *Materfamilias,* Bullettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scajola, 96/97, 1996, pp.455-498.

R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati. Diritto costituzionale e diritto augurale,* Vienna-Colonia, 2014.

G. FLAMINI, *Hermeneumata pseudodositheana leidensia,* München-Leipzig, 2004.

L. FONTANA, *Laudatio Turiae e propaganda augustea: quando anche la morte è politica,* Milano, 2021.

C. FRANCO, *La donna e il triumviro. La cd. Laudatio Turiae,* in *Matronae in domo et in re publica agente. Spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero,* F. Cenerini, F. Rohr (a cura di), Trieste, 2016.

P. FREZZA, *La donna tutrice e la donna amministratrice dei negozi tutelari nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi,* in *Studi Economico-Giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Cagliari,* 22, 1933-1934.

P. FREZZA, *La capacità delle donne all'esercizio della tutela nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi,* in *Aegyptus,* 11, 1930-1931.

G.

L. GAGLIARDI, *La pietas al tempo di Augusto. Tra sentimento e diritto,* in *Augusto dopo il bimillenario. Un bilancio,* a cura di S. Segenni, Milano, 2018.

L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολουθήτρια: osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, in *Index,* 40, 2012.

F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale,* in *SDHI,* 68, 1982.

F. GALLO, *Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, 16, 1970.

F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi P. De Franciscia*, II, Milano, 1956.

F. GALLO, *La riforma dei comizi centuriati,* Roma, 1952.

J.F. GARDER, *Family and familia in Roman Law and Life,* Oxford, 1998.

J. GARDNER, *Women in Business Life: Some Evidence from Puteoli,* in P. Setälä, L. Sauven, *Female Networks and the Public Sphere in Roman Society,* Roma, 1999, pp. 11-27.

G. GERACI, *Le dichiarazioni di nascita e di morte a Roma e nelle province*, in *MEFRA*, 112.2, 2001.

V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano,* Bari, 1993.

C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane,* Roma, 1955.

C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della "patria potestas",* in *Nuovi Studi di diritto greco e romano,* Roma, 1980

P. F. GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain,* Parigi, 1906.

P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma Antica,* Milano, 2010.

P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index*, 40, 2012.

P. GIUNTI, *...per te tamen haberem…Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale,* in Aa. Vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato,* IV, Napoli, 2011.

C.F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, 25, trad. it., Milano, 1907.

W. GORDON, *Agency and Roman Law,* in *Roman Law, Scotts Law and Legal History,* Oxford, 2007.

F. GORIA, *La costruzione giuridica del rapporto tra madre e figlio nel diritto romano fino all'Ecogla di Leone III,* in *A Pierliugi Zanniti. Scritti di diritto romano e giusantichistica,* a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio, Milano, 2018.

R. GREINER, *Opera Neratii,* Karlsruhe, 1973.

F. GRELLE, *Datio tutoris e organi cittadini del basso impero,* in *Labeo,* 6, 1960.

F. GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria della prassi municipale,* Napoli, 1972.

G. GROSSO, *Congetture di glossemi pregiustinianei nei frammenti dei 'Libri Regularum' di Nerazio contenuti nel Digesto,* in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXVII, 1932.

G. GROSSO, *I legati,* Torino, 1962.

G. GUALANDI, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *RISG*, 89, 1952-53.

G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza,* II, Milano, 1963.

A. GUARINO, *Notazioni romanistiche. II. La "Lex XII Tabularum" e la "tutela",* in *Studi in onore di S. Solazzi,* Napoli, 1948.

A. GUARINO, *Fabio e la riforma dei comizi centuriati,* Napoli, 1963.

A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, 12, 1966.

A. GUARINO, *Tollere liberos*, in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli 1995.

A. GUARINO, *Diritto privato romano,* Napoli, 1997.

A. GUARINO, *Notazioni romanistiche. I. La genesi storica della "auctoritas patrum" [=OQ. 152-161= PDR. III 197-206];II. La "Lex VII Tabularum" e la "tutela" [OQ. 237-242 = PDR IV 146-153]; III. "In iure cessio hereditatis"[= PDR. VI 503-511],* in *Studi in onore di S.Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento ereditario (1899-1948),* Napoli, 1948, pp. 21-46.

E.GUNDERSON, *Declamation, Paternity and Roman Identity: Authority and Rhetorical Self,* Cambridge, 2003.

H.

H. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft un der väterlichen Gewalt,* in *ZSS,* 90, 1973.

K. HACKL, *Praeiudicium,* in *Klassischen Römischen Recht,* Salzburg-München, 1979.

G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano,* in *Index,* 9, 1980.

C. HERMANN, *Le role judiciaire et politique des femmes sous la république romaine,* in *Collection Latomus,* 67, 1964.

M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la "tutela impuberum". Protecion procesal a través de la "actio rationibus distrahendis" y la "acusatio suspecti tutoris",* Madrid, 2019.

N. HÖMKE, *"Not to win but to please". Roman Declamation beyond Education,* in L. Calboli Montefusco, *Papers on Rhetoric viii. Declamation, Proceedings of the Seminar Held at the Scuola Superiore di studi umanistici, Bologna (February-March 2006),* Roma, 2007, pp. 103-127.

S.R. HÜBNER, D.M. RATZAN, *Fatherless antiquity? Perspectives on "fatherlessness" in the ancient Mediterranean,* in *Growing up Fatherless in Antiquity,* Cambridge, 2009.

M. HUMBERT, *Le remariage. Ètude d'histoire juridique et sociale,* Milano, 1972.

J.

R. JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei,* in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrecht,* 12, 1873.

D. JONES, *Age Rounding, illiteracy and social differentiation in the Roman Empire,* in *Chiron,* VII, 1997.

K.

M. KASER, *Der Inhalt der patria potestas,* in ZSS, 58, 1938.

M. KASER, *Ruhende und verdraengende Hausgewalt in aeltern roemischen Recht*, in *ZSS*, LIX, 1939.

M. KASER, *Das römische Privatrecht* 2, München, 1975.

M. KASER, *Römisches Privatrecht. Ein studienbuch*, München, 1989.

M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozesrecht,* München, 1996.

M. KASER, *Stellvertretung und notwendigen Entgeltlichkeit,* in *ZSS,* 91, 1974.

M. KASER, *Zur Geschichte der "capitis deminutio",* in *IURA*, 3, 1956.

E. KEITEL, *Principate and civil war in the Annals of Tacitus,* in *The American Journal of Philology,* 105, 3, 1984, pp. 306-325.

J.U. KRAUSE, *Wittwen und Weisen im römichen Reich* III. *Rechtliche und Soziale Stellung von Waisen,* Stuttgart, 1955.

L. KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis,* in *Festschrift für Wenger,* München, 1945.

H. KRELLER, *Erbrechtliche Untersuchungen aufgrund der gräco-ägyptischen Papyrusurkunden,* Leipzig-Berlino, 1919.

V. W. KUBITSCHEK, voce *Alimenta*, in *RE*. I. 2, 1894.

B. KÜBLER*, Über das "ius liberorum"der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ei Beitrag zur Geschichte der Rezeption des Römischen Recht in Ägypten,* in *ZSS,* 31, 1910.

B. KUBLER, *v. Testament,* in *RE*, 5, 1934.

L.

F. LAMBERTI, *L'identità romana: pubblico privato e famiglia,* in G. Traina, *Storia d'Europa e del Mediterraneo. Sezione III: l'ecumene romana da Augusto a Diocleziano,* 6, Roma, 2009, pp. 667-707.

F. LAMBERTI, *"Mulieres" e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attive e "presenze silezione",* in *Index,* 40, 2012, pp. 244-256.

F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti,* in *Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica,* Torino, 2014.

F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale. Dal "domum servare" e* "*lanam facere" al "meretricio more vivere",* in *Quaderni Lupiensi,* 4, 2014, pp. 61-84.

F. LAMBERTI, *Convivenze ed unioni di fattonell'esperienza romana: l'esempio del concubinato,* in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité,* 64, 2017, pp. 5-24.

F. LAMBERTI, *Patria potestas tra antichità e riletture moderne,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 25-37.

L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano,* I, Padova, 1898.

F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano,* Milano, 1938.

F. LANFRANCHI, "*Ius exponendi" e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*, in *SDHI*. 6, 1940.

F. LANFRANCHI, *Contributi di ricerca esegetica.* I. *Sul diritto agli alimenti*, in *AUMA*. 17, 1948, (anche in *Ricerche romanistiche,* Milano, 1966).

F. LANFRANCHI*, Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano,* Zanichelli, Modena, 1953.

G. LA PIRA, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano,* in *BIDR,* 38, 1930.

R. LA ROSA, *Appunti sull'editto Carboniano,* in *Ann. Catania*, N.S., VII, 1951-53.

M. LAURIA, (*Ricerche su "Pauli sententiarum libri",* in *Annali della R. Università di Macerata,* 6, 1930, pp. 33 ss.

M. LAURIA, *Periculum tutoris,* in *St. Riccobono 3*, Palermo, 1936.

M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana,* Napoli, 1953.

G. LAVAGGI, voce *Alimenti* (*dir. rom.*) in *ED.2,* Milano, 1958.

M. LEMOSSE, *Cognitio. Ètude sur le role de juge dans líinstruction du procés civil antique*, Paris, 1944.

M. LEMOSSE, *Les rèformes procédurales de Marc-Auréle*, in *Labeo*, 36, 1990.

O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* II, Lipsia, 1889.

M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina,* Bologna, 2014.

M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano,* Firenze, 1950.

J.PH. LEVY, *Les actes d'état civil romains*, in *RHD*, 29, 1952.

N. LEWIS, *Hadriani Sententiae,* in *GRBS* 32, 1991.

D. LIEBS, *Die Pseudopaulinische Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie,* in *ZSS* 112, 1995, pp. 151 ss.

D. LIEBS, *Die Pseudopaulinische Sentenze II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausfürung,* in *ZSS,* 113, 1996, pp. 133 ss.

G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas,* 1, Milano, 1984.

G. LONGO, *Diritto romano* 3. *Diritto di famiglia,* Roma, 1940.

G. LONGO, *s.v. Lex Atilia de tutore dando,* in *NNDI,* 9, 1963-1982.

F. LUCREZI, *Leges super principem. La monarchia costituzionale di Vespasiano,* Napoli, 1982.

M.

C. MACKINNON, *Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory,* in *Signs*, 7, 1982, pp. 515 ss.;

C. MACKINNON, *Marxism, Method and the State: Towards Feminism Jurisprudence,* in *Signs,* 8, 1983, pp. 635.

A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENGO, *Herennius Modestinvs. Excvsationvm libri VI,* Roma-Bristol, 2021.

A. MAGDELAIN, *Auctoritas principis,* Parigi, 1947.

A. MAGDELAIN, *Les action civiles,* Parigi, 1954.

A. MAGDELAIN, *Les mots "legare" et "heres" dans la Lois des XII tables,* in *Hommages a R. Schilling,* Parigi, 1983.

G. MAININO, *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia,* Milano, 2019.

G. MANCUSO, *Decretum praetoris,* in *SDHI,* 63, 1997.

A. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana,* Milano, 1977.

A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano,* in *BIDR.* 16, 1904.

A. MARKUS, *Tutela impuberis. Einfluß des Volksrecht auf das klassische römische Vormundschaftsrecht unter besonderer Berüsichtigung der gräko-ägyptischen Papyri,* Marburg, 1989.

V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano,* Torino, 2016.

V. MAROTTA, *La formazione del ius civile*, in *Antiquissima iuris sapientia*. *Saec. VI-III a.C.*, Roma, 2019.

M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano,* in *AUPA*, 24, 1955.

M. MARRONE, *Actio ad exhibendum,* in *AUPA*, 26, 1957.

M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano,* Palermo, 1986.

R. MARTINI, *La vindicatio filii nel pensiero dei giustinianei,* in *Studi Urbinati* 41, 1972-73.

R. MARTINI, *La "cognitio pretoria" in tema di tutela della "patria potestas",* in *SDHI* 39, 1973.

R. MARTINI, *Il problema della "causae cognitio" pretoria,* Milano, 1960.

C.A. MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale),* Milano, 1966.

A. MASI, *Interdictum de liberis exhibendis seu ducendis,* in *NNDI*, 8, 1962.

T. MASIELLO, *La donna tutrice,* Napoli, 1979.

T. MASIELLO, *I "libri excusationum" di Erennio Modestino,* Napoli, 1983.

T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law: Past, present and future,* Michigan, 2012.

T.A.J. MCGINN, *The marriage legislation of Augustus: A Study in Reception,* in *LR. Legal Roots. The international Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law,* 2, 2013, pp. 7-43.

T.A.J. MCGINN, *La familia e i poteri del pater,* in F.Cursi, *XII Tavole. Testo e commento,* I, Napoli, 2018, pp. 189-229.

D. MEDICUS, *Zur Geschichte der Senatus Consultum Velleianum,* Köln, 1957.

E. MELCHOR GIL, *Mujeres y evergetismo en la Hispania romana,* Faenza, 2009.

J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, *Droit officiel et traditions locales en Egypte sous la domination romaine (seminaire 1974-75),* Parigi, 1976.

J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, *La loi des Égypte romaine,* in *Proceedins of the XVIII International Congress of Papyrology, Athens 25-31 May 1986,* II, Atene, 1988 (anche in M. Piérart, O. Curty, *Historia testis. Mélanges d'epigraphie, d'histoire ancienne et de philologie offerts à T. Zawadzki,* Friburgo, 1989, pp. 97 ss.).

J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, *Droit imperial et traditions locales dans l'Égypte romaine,* Aldershot, 1990.

A. METRO, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu,* in *Synteleia Arangio-Ruiz* 2, Napoli, 1964.

M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano,* Milano, 2008.

G. MINDA, *Post Modern Legal Movement. Law and Jurisprudence at Century's End,* New York, 1995.

F. MILLAR, *Triumvirate and principate,* in *The Journal of Roman Studies,* 63, 1973, pp. 50-67.

L.MITTEIS, *Die Lehre von der Stellevertretung nach römischen Recht, mit berücksichtigung des österreischen Rechten,* Vienna, 1885.

L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde I Grundzüge,* Leipzig, 1919.

T. MOMMSEN, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit Augustus und Hadrianus,* in *Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin,* Berlino, 1865, pp. 455 ss. anche in ID., *Gesammelte Schriften,* I, Berlino, 1905, pp. 393 ss.

L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica,* Napoli, 2000.

R. MONIER, *Manuel elementaire de Droit Romain,* I, Parigi, 1943.

U. MÖNNICH, *Frauenschutz für riskanten Geschäften. Interzessionverbote nach dem Velleianischen Senatebeschluß,* Köln, 1999.

O. MONTEVECCHI*, Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto Greco-Romano*, VII, in *Aegyptus,* 28, 1948.

O. MONTEVECCHI, *Una donna "prostatis" del figlio minorenne in un papiro del II;* in *Aegyptus,* 61, 1981.

A. MORDECHAI RABELLO, *Sui mezzi concessi al paterfamilias per il libero esercizio della patria potestas in diritto romano classico,* in *Daube Noster,* Edinburgh-London, 1974.

A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas. Dalle origini al periodo degli Antonini,* Milano, 1979.

K. MORREL, *The tutela mulierum and the Augustan marriage law,* in *Eugesta*, 10, 2020, pp. 89-116.

N.

H. NIEDERMAYER, *Studien z.Edictum Carbonianum,* in *ZSS*, 50, 1930.

D. NÖRR, *Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: Interlocutiones de plano,* in *St. Sanfilippo* 3, Milano, 1983.

O.

J. OSGOOD, *The laudatio Turiae,* New York, 2014.

R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori,* Roma, 1937.

R. ORESTANO, voce *Alimenti* (*dir. rom.*) in *NNDI.* 1, Torino, 1957.

P.

N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano, 1974.

L. PELLECCHI, *La legge e il magistrato. Intorno ad una tecnica normativa romana,* in M. Humbert, *Le dodici tavole. Dai decemviri agli umanisti,* Pavia, 2005.

L. PELLECCHI, *Quae triumviratu iusserat abolevit. Gli esordi del potere normativo di Augusto in materia fiscale,* in J.L. Ferrary, J. Scheid, *Il princeps romano: autocrate o magistrato? Fattori giuridici e fattori sociali del potere imperiale da Augusto a Commodo,* Pavia, 2015.

L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana,* Milano, 1984.

L. PEPPE, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica,* Lecce, 2016.

S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928.

E. PÒLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Budapest, 1986.

C. PRÉAUX, *Le statut de la femme à l'époque hellénistique,* in *La Femme,* I, Bruxelles, 1959.

A.L.PROSDOCIMI, *Forme di lingua e contenuti costituzionali nella Roma delle origini,* 1, Padova, 2016.

G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano: la procedura formulare*, Torino, 1958.

G. PUGLIESE, *Istituzioni,* Torino, 1991.

G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo,* Roma, 1938, p. 137 (rist. Napoli, 2009).

G. PURPURA, *Recensione di C. Sanchez-Moreno Ellart*, *Professio liberorum. Las declarationes y los registros de nascimiento en derecho romano, con especial atenciòn a las fuentes papirològicas*, in *Iura* 52, 2001.

G. PURPURA, *Le dichiarazioni di nascita nell'Egitto Romano,* in *AUPA,* 49, 2004.

G. PURPURA, *Apokrimata Severi et Caracalle del 16/20 marzo 200 d.C. (P. COL. VI, 123): una sintesi,* in A. Palma, *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi,* II, Torino, 2013.

Q.

R. QUADRATO, *s.v. Rappresentanza,* in *Enciclopedia del Diritto,* Milano, 1987.

R.

E. RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians,* in *Festschrifft für Zitelmann,* Leipzig, 1913.

M.T. RAESPET-CHARLIER, *Les sacerdoces des femmes senatoriales sous le Haut-Empire,* in M.F. Baslez, F. Prévot, *Prosopographie et histoire religieuse. Actes du colleque tenu en l'Université Paris XII-Val de Marne les 27&28 octobre 2000,* Parigi, 2005, pp. 283-304.

F. REDUZZI, *Le donne nei documenti della prassi campana,* in *Index,* 40, 2012, pp. 380-386.

S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano,* in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini,* Milano, 1946.

G. RIZZELLI, *Pietate necessitudinis ductae.Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus,* in *Quaderni Lupiensi,* 2018.

G. RIZZELLI, *La potestà paterna fra leges, mores e natura,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 89-152.

G. RIZZELLI, *Padri romani. Discorsi modelli norme,* Lecce, 2017.

M. RIZZI, *Brevi riflessioni storiche e attuali sul principio patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere,* in *Revista del la facultad de Derecho de Mexico,* 72, 2002.

M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935.

M.E. ROCCIA, *La costruzione giuridica dell'identità materna in Ulp. 38 ad Sab. D.27.10.4,* in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana,* Pavia, 2010.

F. ROHR VIO, *Le custodi del potere. Donne e politica alla fine della Repubblica romana,* Roma, 2019.

F. ROHR VIO, *Le donne della domus principis e la legislazione a tutela della famiglia. Augusto e la rivitalizzazione della tradizione aristocratica,* in *Le costume de Prince. Vivre et se conduire en souverain dans la Rome antique d'Auguste à Constantin,* Roma, 2021.

F. ROHR VIO, *Children for the family. Childern for the State. Attitude towards the Offspring during the triumvirate",* Zaragoza, 2020.

F. ROHR VIO, *Matronae and politics in the Repubblican Rome,* in *A Companion to the political Cultur of the Roman Republic,* New Jersey-Oxford, 2022.

I. RUGGERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae,* Milano, 2017.

C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium domesticum e iudicium publicum in Cic. de fin. 1.7.24,* in *SDHI,* 75, 2009, pp. 515-534.

S.

A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare,* Milano, 2008.

A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege,* in *Roma e America. Diritto romano comune* 35, 2014, p. 3-40.

G. SACCONI, *La ́pluris petitio*, Milano, 1977.

E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassichen Zeit*, in *Fest. Schulz* 1, Weimar, 1951.

E. SACHERS, voce *Patria potestas* in *RE*., 22, 1953.

E. SACHERS, *v. "Tutela",* in A. Pauly, G. Wissowa, *Realenzyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft,* 7, 1948.

R. SALLER, *Familia, domus and the roman conception of family,* in *Continuity and Change*, 38, Phoenix, 1986.

R. SALLER, *Patriarchy, property and death in the Roman family,* Cambridge, 1994,

R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare,* in AA. VV., *Storia di Roma,* a cura di E. Gabba e A. Schiavone, 4, Milammp, 1989, pp. 515 ss.

C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *Professio liberorum. Las declarationes y los registros de nascimiento en derecho romano, con especial atenciòn a las fuentes papirològicas*, Madrid, 2001.

C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *Notes in some new issues concerning the birth certificates of Roman citizens*, in *The Journal of Juristic Papyrology*, 34, 2004.

L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent*, in *Rivista di Diritto Romano,* 12, 2013.

M.V. SANNA, *Spes animantis. Da una lex regia ad Adriano,* in *Studia et documenta historiae et iuris,* 79, 2013.

B. SANTORELLI, *Poteram quidem fortiter dicere: "Pater Iussi". L'autorità paterna a scuola fra retorica e diritto,* in Aa.Vv., *Anatomia della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana,* Lecce, 2019, pp. 73-89.

R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in ́AUPA, 30, 1967.

M. SARGENTI, *Matrimonio cristiano e società pagana,* in *AAC,* 8, 1988, pp. 49 ss.

M. SARGENTI, *Studi sul tardo impero,* Padova, 1986.

A. SCALES, *Towards a Femminist Jurisprudence,* Indiana, 1981.

G. SCHERILLO, *D. 6.1.1.2* in *SDHI,* 4, 1938.

S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere,* Milano, 2007.

A.A. SCHILLER, W.L. WESTERMANN, *Apokrimata. Decision of Septimus Severius on legal matters. Text, translation, and historical analysis,* New York-Londra, 1954.

A.A. SCHILLER, "*Alimenta" in the "Sententiae Hadriani"*, in *St. Grosso*, 4, Torino, 1971.

A.A. SCHILLER, *Vindication of a Repudiated Text, Sententae et Epistolae Hadriani,* in *Atti del secondo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto 2,* Firenze, 1981.

F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola, Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel,* Leipzig, 1931.

S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano,* Napoli, 2007.

F. SERRAO, *Il procurator,* Milano, 1947.

H. SIBER, *Praeiudicia als Beweismittel,*in *Festschrift Wenger,* I, Monaco, 1944.

A. SICARI, *Leges Venditionis: uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano,* Bari, 1996.

S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo,* in *BIDR,* 25, 1913.

S. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio,* in *BIDR*, 11, 1898.

S. SOLAZZI, *La legge delle XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante,* in *Scritti vari dedicati a C. Arnò*, *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena,* 30, 1928.

S. SOLAZZI, *Istituti tutelari,* Napoli, 1929.

S. SOLAZZI, *Note di diritto romano* I. *La madre educatrice,* in *Atti della R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli,* 58, 1937.

S. SOLAZZI, *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus,* in *AG*, CIV, 1930.

S. SOLAZZI*, Diritto Ereditario Romano,* Napoli, 1933.

S. SOLAZZI*, Da "tutorem do" a "tutor esto",* in *SDHI,* 13-14, 1947-1948.

S. SOLAZZI, *L'istituto greco-egizio della madre epakoluthetria,* Firenze, 1933.

S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela II,* Modena, 1926.

S. SOLAZZI, *Alle fonti dell'exceptio senatus consulti Velleiani,* in *SDHI,* 19, 1953, pp. 321ss. (ora in *Scritti di diritto romano,* 6, Napoli, 1972, pp. 651 ss.);

R. SOHM - L. MITTEIS - L. WENGER, *Institutiones,* Berlino, 1949.

T. SPAGUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi. Un seminario sull'attività normativa imperiale,* Napoli, 1992.

T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea,* Napoli, 2010.

M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus. Origini e vicende,* Napoli, 2005.

A. SPINA, *Q. Cervidius Scaevola: quaestionum libri XX,* Roma-Bristol, 2021.

E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio,* LED, 2001.

T.

M. TALAMANCA, voce *Processo civile,* in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

M. TALAMANCA, *La storia del senatoconsulto Velleiano,* in *Labeo,* 1, 1958, pp. 101 ss.

R. TAUBENSCHLAG, *Die Alimentationspflicht in Rechte der Papyri* in *St. Riccobono* 1, Palermo, 1936, (anche in *Opera minora* 2, Warszawa – Paris, 1959).

R. TAUBENSCHLAG, *Die "materna potestas"im gräco-ägyptischen Recht,* in *ZSS,* 49, 1929.

R. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des römischen Privatsrechts in Ägypten,* in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento,* I, Milano, 1930.

R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri 332 B.C.-640 A.D.,* Varsavia, 1955.

H. TEMPORINI-GRÄFIN VITZTHUM, *Frauen im Bild der domus Augusta unter Traian,* in E.Schallmayer, *Traian in Germanien. Traiani im Reich. Bericht des dritten Saalburgkolloquiums,* Bad Homburg, 1999, pp.45-53.

G.THIELMANN, *Die Römische Privatauktion,* Berlino, 1961.

C.J. TISSOT, *Contribution a l'histoire de la presumption de paternité,* in *Studio et doc. Hist. et iuris,* Montpellier, 1939.

Y. THOMAS, *La morte del padre. Sul crimine del parricidio a Roma,* Roma, 2022.

Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano,* in *AA.VV. Storia delle donne in Occidente. L'antichità,* Roma-Bari, 1990.

Y. THOMAS, *Origine et Commune Patrie. Etude de droit public romain (89 av. J.C.-212 ap. J.C.),* in *Collectiòn de L'Ecole Francaise de Rome*, Roma, 1996, 221, diffuso in Italia da "L'erma di Bretschneider", Roma, 1996.

Y. THOMAS, *Fictio Legis,* Milano, 2016.

Y. THOMAS (*Roma: padri cittadini e città dei padri (II secolo a.C.-II secolo d.C.),* in A. Burgière, C. Klapisch-Zuber, M. Seagalen, F. Zonabend, *Storia universale della famiglia* 1. *Antichità. Medioevo. Oriente antico,* Milano, 1987, pp. 197-235.

Y.THOMAS, *Origine et commune patrie. Ètude de droit public romaine. (89 av. J.C.-212 ap. J.C.),* Roma, 1996.

S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana,* in *Iura*, 30, 1979.

Così A. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet,* in *Index,* 35, 2007, pp. 159-174.

J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Lex Cicereia. Praeiudicium,* Atene, 1959.

L. TRIPPICIONE, *Note a C.28 (De testamentaria tutela)* 4, in *BIDR,* 35, 1927.

V.

J.C. VAN OVEN, *Le senatusconsulte Velleien et le P.Col. 123,* in *Labeo*, 2, 1956, pp. 85 ss.

C. VATIN, *Recherches sur marriage et la condition de la femme marriée a l'époque helleénistique,* Parigi, 1970.

C.VENTURINI, *Ereditiere ed ereditande (Appunti a margine di una recente ricerca),* in *BIDR*, 100, 1997, pp. 617-670.

P. VEYNE, *La famille et l'amour sous l'haut-Empire romain,* in *Annales (ESC)*, 33, 1968.

P. VEYNE, *Les alimenta de Trajan, Les Empereurs romaine d'Espagne,* Parigi, 1965, pp. 164-179.

G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori,* Torino, 2016.

P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano,* in *Iura,* 31, 1980, pp. 37-100.

H. VOGT, *Studien zum Senatumconsultum Velleianum,* Bonn, 1952.

E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951.

E. VOLTERRA, *Ancora in tema di tollere liberos*, in *Iura*, 3, 1952

E. VOLTERRA, voce *Famiglia (dir. Rom.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967.

E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. La critica del testo*, Olschki, Firenze, 1971.

E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali,* Napoli, rist. 1983.

E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali,* in *Scr. Giur. 6,* Napoli, 1994.

E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a fare testamento,* in *BIDR,* 48, 1942.

V. VUOLANTO, *Women and Property of fatherless Childern in the Roman Empire,* in P. Setälä et al., *Women, Wealth and Power in the Roman Empire,* Roma, 2002.

W.

A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford, 1967.

E. WEISS, *Professio und testatio nach der lex Aelia Sentia und der lex Papia Poppaea,* in *BIDR,* 51-52, 1948.

L. WENGER, *Zur Vormunschaft der Mutter,* in *ZSS*, 26, 1905.

L. WENGER, *Zu den neuen Oxyrhynchus Papyri,* in *Wiener Eranos. Zur Fünfzigesten Versammlung Deutscher Philologen und Schulmänner in Graz,* Vienna, 1909.

F. WICIKS, *"Alimenta" et "victus" dans le droit romain classique,* in *RH*., 50, 1972.

B. WINDSCHEID, *Pandette,* Lipsia, 1902.

M. WLASSAK, *Vindikation un Vindikationslegat,* in *ZSS*, XXXI, 1910.

H.J. WOLF, *Hellenistisches Privatrecht,* in *ZSS,* 90, 1971.

H.J. WOLF, *Das Vulgarrechtsproblem und die Papyri,* in *ZSS,* 91, 1974.

Z.

P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino, 1976

P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto,* Milano, 1979.

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1996.

S.W. ZIMMERN, *Rechtsgeschichte,* 2, Heidelberg, 1826.

M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*. 73 (1970).

M.G. ZOZ, *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Mélanges Fritz Sturm* 1 (Liège 1999) pp. 595-603.

M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli,* in *Iura,* LVI, 2006.

INDICE DELLE FONTI

FONTI DI TRADIZIONE MANOSCRITTA

Afranius
(ed. Ribbeck 332-33)
Comica
326.3: p.5 nt.11

Appianus
Historia Romana
Bella civilia
4.32-34: p.4 nt.4; p.171 nt.469

Apuleius
Apologia
67-74: p.4 nt.5

Cicero
I. *Orationes*
In Verrem
2.1.50.130: p.82 nt.225
pro Murena
27: p.98 nt. 281

II. *Epistulae*
Ad Atticum
9.9.2: p.18 nt.50; p.40 nt.117
14.7.2: p.18 nt.50; p.40 nt.117

III. *Opera rethorica*
De inventione
2.61: p.90 nt 256
2.66: p.90 nt 256
2.148: p.95
Topica
4.18: p.106 nt.303

IV. *Opera philosophica*
De re publica
1.8: p.18 nt.50
5.1.1: p.86 nt.240

Codex Theodosianus
3.17.4.pr: p.102 nt.287
3.17.4.3: p.102 nt.288
3.17.4.4: p.102 nt.289
8.17.1.pr.: p.107 nt.306
8.17.3.pr: p.107 nt.307

Corpus iuris civilis
I. *Institutiones*
1.11.9: p.10 nt.19
1.15.2: p.97
2.22.pr: p.94
3.3.1: p.118 nt.343
4.6.13: p.72; p.75 nt.200

II. *Digesta*
1.4.1: p.117 nt.340
1.5.8: p.60 nt.163
1.6.6.pr.: p.75 nt.201
1.6.10.pr.: p.64
2.4.5.pr.: p.24 nt.67

2.14.30.1: p.148 nt.417
2.13.9.pr.: p.148 nt.418
2.15.8: p.16 nt.45
2.15.8.pr.: p.148 nt.418
3.3.1.pr.: p.148 nt.416
3.5.3.1.: p.129
3.5.3.3: p.129
3.3.40.4: p.148 nt.419
3.3.63.pr.: p.150 nt.424
3.5.3.1: p.129 nt.371
3.5.3.3: p.129 nt.372
3.5.3.9: p.146 nt.411
3.5.5: p.150 nt.424
3.5.5.2: p.135
3.5.5.4: p.149
3.5.8: p. 131 nt.378
3.5.10: p.146 nt.411
3.5.10.pr.: p.146 nt.411
3.5.20.3: p.142 nt.404
3.5.30.pr: p.148 nt.417,419; p.151
3.5.30.6: p.121; p.128; p.131; p.146; p.149: p.151; p.152
3.5.32: p.125 nt.359
3.5.33: p.25; p.31 nt.86; p.51; p.112 nt.323; p.124; p.126; p.128; p.146; p.149; p.152
4.2.8.pr.: p.148 nt.418
4.2.8.1: p.60 nt.163
6.1.1.2: p.68; p.72 nt.194
14.3.5.16: p.150 nt.425
15.3.10.5: p.150 nt.425
16.1.2.1: p.133 nt.382
16.1.2.3: p.146 nt.412
16.1.2.4: p.133 nt.383
16.1.4.pr.: p.130 nt.376
16.1.7.pr: p.147 nt.415
16.1.8.1: p.132; p.133; p.135 nt.388; p.134; p.138; p.141; p.149 nt.420;
16.1.8.2: p.149 nt.420
16.1.8.14: p.149 nt.420
16.1.8.15: p.149 nt.420
16.1.32.3: p.149 nt.420
16.1.11.pr.: p.130 nt.376
16.1.16.pr.: p.130
20.1.3.1: p.24 nt.65
22.3.8: p.70 nt.187
22.3.13: p.60 nt.163
22.3.29.1: p.60
23.2.19.pr.: p.30 nt.83
23.3.73.1: p.33; p.34
24.3.1.pr.: p.173 nt.479
24.3.20.pr.: p.33; p.34; p.35
24.3.22.8: p.34
25.3.1: p.16; p.79 nt.216
25.3.1.pr.: p.52
25.3.1.1: p.52; p.66 nt.170
25.3.1.2: p.25; p.52
25.3.1.3: p.52
25.3.1.4: p.52; p.60; p. 82 nt.225
25.3.1.5: p.55
25.3.1.6: p.55; p.56, nt.160; p.59; p.60
25.3.1.7: p.55
25.3.1.8: p.55; p.59
25.3.1.9: p.55
25.3.1.10: p.53; p.58
25.3.1.11: p.61
25.3.1.12: p.55 nt.159; p.61; p.62
25.3.1.13: p.61; p.62

25.3.1.14: p.61; p.63
25.3.1.15: p.63
25.3.1.16: p.64
25.3.2.pr.: p.16; p.64
25.3.3.pr.: p.65
25.3.3.1: p.41 nt.121; p.58; p.65
25.3.3.2: p.65
25.3.3.3: p.65
25.3.3.4: p.65
25.3.3.5: p.65
25.3.3.6: p.65
25.3.5: p.15; p.71, nt.192; p.79 nt.216
25.3.5.pr.: p.17
25.3.5.1: p.17; p.19; p.21; p.22
25.3.5.2: p.17; p.23; p.30; p.31; p.39 nt.112
25.3.5.3: p.22
25.3.5.4: p.19; p.25; p.30 nt.84
25.3.5.5: p.28; p.30 nt.84; p.50
25.3.5.6: p.24; p.30 nt.84; p.50
25.3.5.7: p.30; p.35; p.50
25.3.5.8: p.80 nt.217
25.3.5.10: p.35
25.3.5.11: p.30
25.3.5.12: p.31 nt.86; p.35
25.3.5.13: p.22 nt.62; p.23; p.38
25.3.5.14: p.20; p.25; p.26
25.3.5.15: p.22 nt.62; p.23; p.38; p.80
25.3.5.16: p.22 nt.62; p.36; p.36 nt.98; p.38 nt.112
25.3.5.17: p.22 nt.62; p.27; p.36 nt.99
25.3.5.21: p.30 nt.84
25.3.6.pr.: p.15 nt.41
25.3.8: p.27; p.28
25.4.1.pr.: p.56 nt.160; p.57 nt.161
25.4.1.1: p.57; p. 83 nt. 229
25.4.1.4: p.57
25.4.1.10: p.56 nt.160; p.76; p.80
26.1.1.pr.: p. 99 nt.282
26.1.16.pr.: p.109; p.113 nt.327
26.1.18: p.109; p.113, nt.326
26.2.1.pr.: p. 95 nt. 264
26.2.20.1: p.95 nt. 264
26.2.26.pr.: p.111
26.3.2.pr.: p.142 nt.403
26.4.1.pr.: p.98 nt. 277; p.108
26.4.1.1: p.108
26.4.6.pr.: p. 97, nt. 272
26.5.12.1: p.51 nt.144
26.6.2.2: p.126
26.6.2.4: p.143 nt.407
26.6.2.5: p.142
26.6.4: p.127
26.6.4.pr.: p.127 nt.368
26.6.4.2: p.127 nt.369
26.6.4.4 p.127 nt.370; p.141 nt.402
26.7.5.3: p.136
26.7.5.7: p.135 nt.386
26.7.5.8: p.112; p.127; p.132
26.7.12.3: p.36 nt.101; p.46
26.7.13.2: p.32
27.1.2.1: p.60 nt.163
27.2: p.17 nt.46; p.80
27.2.1.pr.: p.160 nt.447
27.2.1.1: p.160, nt.448
27.2.2.3-4: p.81 nt. 221
27.2.2.5: p.81 nt. 221
27.2.3.pr.: p.81

27.2.4.pr.: p.31; p.36; p.46; p.81
27.2.5.pr.: p.163
27.3.1.2: p.32; p.45
27.3.1.4: p.40 nt.118; p.44; p.81
27.3.1.6: p.47
27.4.1.1: p.136; p.137 nt.394
27.5.1.pr: p.137 nt.393
27.5.1.1: p.137 nt.392
27.5.2.pr: p.131 nt.378
27.9.1.pr-2: p.158 nt.443
27.10.4.pr.: p.176 nt.493
32.40.14: p.155
34.1.3: p.37 nt.106
34.1.6.pr.: p.35
34.1.7.pr.: p.36 nt.101
34.1.15.pr.: p.156
36.3.18.pr.: p.154 nt.433
37.6.6: p.30 nt.83
37.10.6.5: p.36 nt.101
37.12.5.pr.: p. 91 nt.257
38.2.33.pr.: p.15 nt.41; p.40 nt.119
38.16.1.10: p.10 nt.18
38.16.1.11: p.10 nt.21
38.16.3: p.10 nt.19
38.17: p.127
38.17.2.25: p.127 nt.367; p.135
38.17.2.26: p.127 nt. 366
38.17.2.27: p.127 nt.365
38.17.2.28: p.126 nt. 360
38.17.2.32: p.127 nt.363; p.141 nt.401
38.17.2.34: p.127 nt.363; p.141 nt.401
38.17.2.43: p.127 nt. 364
38.17. 2.45: p.154
38.17.2.46: p.154
43.30.1.pr.: p.69 nt.182
43.30.1.3: p.157 nt.440; p.159; p.162
43.30.3: p.76 nt.205
43.30.3.pr.: p.69 nt.182
43.30.3.3: p.70
43.30.3.5: p.157 nt.439; p.159; p.160 nt.449; p.162
43.30.5: p.70 nt.187
46.3.88.pr.: p.112 nt.323; p.121; p.129; p.131 nt.378; p.149; p.153
48.2.3.3: p.167 nt.458
48.5.9: p.167 nt.458
48.9.5.pr.: p.90 nt. 255; p.161 nt.449; p.175 nt.490
49.14.18.pr.: p. 110 nt.315
50.16.53.pr.: p. 94 nt.261
50.16.120: p.94; p. 95 nt. 265
50.16.195.2: p.11 nt.29
50.16.195.5: p.83
50.17.2.pr.: p.148
50.17.73.pr.: p.108
50.17.191: p.117 nt. 339

III. *Codex Iustinianus*

1.18.11: p.152 nt.430
2.18.11: p. 126 nt.359
2.18.14: p.153 nt.430
2.42.1: p.60 nt.163
4.29.4: p.145 nt.410
4.29.6: p.136 nt.390; p. 137; p.139
5.4.9: p.60 nt.163
5.4.20.pr.: p.164 nt.452
5.24.1.pr.: p.164
5.25.1.pr.: p.50

5.25.2: p.50 nt.142
5.25.3: p.162
5.27.1.pr.: p.24 nt.69
5.35.1: p.110; p.113 nt.327
5.35.2: p.102 nt.290
5.35.3.pr.: p.102 nt. 291
5.37.22.5: p.114; p.115
5.45.1: p.136 nt.391; p.138
5.46.1: p.136 nt.390; p.139; p.141
5.46.2: p.136 nt.391; p.138; p.139; p.140 nt.399
5.46.3: p.136 nt.391; p.139; p.141
5.47.1: p.142 nt.403
5.49.1.pr-2: p.113; p.115; p.163; p.176 nt.494
5.50.2: p.36 nt.101
5.51.9.pr: p.140
6.34.2: p.71 nt.191
7.64.7: p.71 nt.191
8.46.9: p.72; p.75 nt.200
8.47.5: p.10 nt.19
5.49.1: p.176 nt.494
5.50.2: p.36 nt.101
8.4.6.9: p.164 nt.451
8.8.2: p.164 nt.451
8.8.3: p.164 nt.451
8.58.1.pr.: p.107 nt.307
8.58.2.pr.: p.106 nt.305

IV. *Novellae Iustiniani*
22: p.103
89: p.103
94: p.103
117.7: p.164, nt.453
118: p.103; p. 103 nt.295

Dio Cassius
Historiae Romanae
48.44.3: p.13 nt.38
49.38.1: p.174 nt.487
55.2.5: p.174 nt.487
57.12.2: p.169 nt.465
60.5.2: p.169 nt.465; p.174 nt.487
80.1-2: p.143 nt.408

Dionysius Halicarnasensis
Antiquitates Romanae
2.26.4: p.85 nt.233
3.22.10: p.18 nt.50; p.161 nt. 449
20.13.2-3: p.49 nt.139; p. 85 nt.234

Donatus (Tiberius Claudius)
Interpretationes Vergilianae
9.285: p.5 nt.11

Epitome de Caesaribus
42.21: p.169 nt.465

Festus (Sextus Pompeius)
Lexicon
290: p.86 nt.239

Fragmenta Vaticana
195: p.28, nt.74; p.160 nt.449

Fronto
Epistulae
Ad Marcum Caesarem

1.3.1: p.170 nt.468

Gaius
Institutiones
1.5: p.117 nt.340
1.104: p.10 nt.19
1.115: p. 106 nt.302
1.145: p. 105 nt. 298
1.168: p. 98 nt. 278
1.178-181: p. 101 nt. 285
1.190: p.107 nt.308; p. 111 nt.318
2.112: p. 106 nt.301
2.161: p.10 nt.19
2.224: p.94
3.43: p.10 nt.19
3.51: p.10 nt.19
4.44: p.67 nt.178

Hermeneumata Pseudodositheana
Sententiae Divi Hadriani (liber III.I)
§3: p.17 nt.48; p.48
§14: p.17 nt.48; p.48

Iuvenalis
Satirae
6.434-439: p. 105 nt.299

Lex duodecim tabularum
Tab. 3.4: p.35 nt.95

Livius
1.34.12: p.95 nt. 264
32.2.8: p.5 nt.11
34.2.11: p. 98 nt. 280
39.9.2: p.93 nt.259

Pauli Sententiae
1.4.4: p.125 nt.359
2.11.2: p.134, nt.385; p.135 nt.389; p.140
2.24.5: p.16 nt.43
2.24.6: p.16 nt.43

Plinius minor
Epistulae
10.72: p.16 nt.44; p.41 nt.121; p.78 nt.213; p.82 nt.226;
10.73: p.16 nt.44; p. 41 nt.121; p.78 nt.213
Panegyricus Traiani
84.6-7: p.169 nt.465; p.174 nt.486

Plutarchus
Cato maior
16.2: p.49 nt.139
20.1: p.49 nt.139
25.52.6: p.12 nt.33; p.13 nt.36
Cicero
20.39: p.105 nt.299

Quintilianus
Institutiones oratoriae
3.5.11: p.13 nt.35
10.5.15: p.14 nt.35

Rhetorica ad Herennium
1.23: p.95
2.13.19: p.82 nt.225

2.19: p.18 nt.50; p. 90 nt. 256

Scriptores Historiae Augustae
Vita Hadriani,
4.10: p.169 nt.465
7.8: p.78 nt.210
Vita Marci Antonini
19.1-6: p.170 nt.465
19.11: p.170 nt.465
26.5: p.170 nt.465
29.1-3: p.170 nt.465
Vita Commodi Antonini
8.1: p.170 nt.465

Seneca philosophus
De Beneficiis
1.9.3: p.13 nt.37
3.29-38: p.51 nt.146
De Clementia
1.11.4: p.172 nt.475

Seneca rhetor
Controversiae
7.4.3: p.91 nt. 256

Suetonius
De vita Caesarum
Tiberius
50.2: p.169 nt.465

Tacitus
Annales
1.10.5: p.169 nt.465
2.71.2: p.169 nt.465
3.27-28: p.88 nt.248
5.1-3: p.169 nt.465
12.7.3: p.169 nt.465
14.2.2: p.169 nt.465
Historiae
2.63: p.41 nt.121

Tituli ex corpore Ulpiani
6.4: p.30 nt.78
6.5: p.30 nt.79
6.10: p.30 nt.77
11.1: p.110 nt.315
11.14: p. 94 nt.261
11.21 p. 101 nt.285

Valerius Maximus
Facta et dicta memorabilia
9.4.4.incipt: p.7 nt.13
9.8.3.3: p.4 nt.3; p.171 nt.469

Varro
Saturae Menippae
235: p.11 nt.26

Velleius Paterculus
Historia Romana
2.75.3: p.169 nt.465

Zosimus
Historia nova
1.11.1-3: p.143 nt.4

EPIGRAFI

Corpus Inscriptionum Latinarum (*CIL*)

I 1211 = *CIL* VI 15346 = *ILLRP* 973 (*Laudatio Claudiae*): p.168 nt.462

III 755: p.105 nt.300

VI 419=30763: p.118 nt.342

VI 1527, 31670, 37053 = *ILS* 8393 (*Laudatio Turiae*): p.168 e nt.461

VI 1877=*ILS* 1919: p.105 nt.300

VI 10230 = *ILS* 8394 (*Laudatio Muriae*): p.168 e nt.461

VI 10246: p.105 nt.300

VI 10247: p.105 nt.300

VI 15346 = *CIL* I 1211 = *ILLRP* 973 (*Laudatio Claudiae*): p.168 nt.462

XI 6354 = *ILS* 6655: p.105 nt.300

XIV 3579: p.162 nt.447

Inscriptiones Latinae Liberae Rei Publicae (*ILLRP*)

973 = *CIL* I 1211 = *CIL* VI 15346 (*Laudatio Claudiae*): p.168 nt.462

Inscriptiones Latinae Selectae (*ILS*)

8393= *CIL* VI 1527, 31670, 37053 (*Laudatio Turiae*): p.168 e nt.461

1919 = *CIL* VI 1877: p.105 nt.300

6655 = *CIL* XI 6354: p.105 nt.300

8394 = *CIL* VI 10230 (*Laudatio Muriae*): p.168 e nt.461

Supplementum Epigraphicum Graecum (*SEG*)

IV 544: p.105 nt.300

PAPIRI

P. Col. 123

(*Apokrimata* di Settimio Severo)

lin. 18-20: p.129

P. Euphr.

15: p.105 nt. 300

P. Mich.

15: p.105 nt. 300

P. Oxyrh.

12. 1467: p. 105 nt. 300

2. 237: p.118 nt.344

Papiri della Società Italia (PSI)

X 1159 = P.Yadin 15: p.132 nt.376

P.Yadin

15 = PSI X 1159: p.135 nt.387

20.130: p.119 nt. 345

25.31: p.119 nt. 345