



Università degli Studi di Milano - Bicocca

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in Diritto romano e diritti della
antichità

Ricerche sulla *tutela mulierum*



Chiara Medici

Matricola: **055257**

XXIV Ciclo - a.a. **2011/2012**

Piazza Ateneo Nuovo, 1 - 20126 Milano

SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO EPOCA ARCAICA E DECEMVIRALE ORIGINE E STRUTTURA

Introduzione.	I
1. Presentazione generale dell'istituto.	1
2. La tutela <i>ex lege</i> .	4
2.1. La tutela degli agnati e dei gentili.	
2.1.1. <i>Usus maritalis, trinoctium</i> e tutela legittima.	5
2.1.2. la vedova del <i>pater familias</i> .	11
2.2. <i>Patroni</i> e liberte.	12
2.3. <i>Parentes manumissores</i> ed emancipate.	14
3. La tutela <i>ex testamento</i> : XII Tab. V,3.	16
4. Natura originaria della <i>tutela mulierum</i> .	25
4.1. La tesi bonfantiana dell'erede-tutore.	26
4.2. Una <i>potestas</i> su persone <i>alieni iuris</i> ?	29
4.3. <i>Ius tutelae</i> su persone <i>sui iuris</i> ?	33
4.3.1. <i>In iure cessio tutelae</i> .	38
5. La capacità patrimoniale della donna nei primi secoli.	48
5.1. Successione <i>ab intestato</i> .	
5.2. <i>Testamenti factio</i> passiva.	57
6. <i>Consortium ercto non cito</i> .	62

CAPITOLO SECONDO

FUNZIONE

1. Funzionamento dell'istituto.	69
1.1. Funzioni del <i>tutor mulieris</i> .	
1.2. Atti <i>cum</i> e <i>sine tutoris auctoritate</i> .	73
1.2.1. La <i>testamenti factio</i> attiva.	84
2. L'esenzione dalla tutela per le Vestali: datazione e ragione.	89
3. Funzione storica dell'istituto.	100
3.1. <i>Ratio</i> apparente: la debolezza d'animo muliebre.	
3.2. Scopo reale: la difesa degli interessi patrimoniali degli agnati.	107
3.2.1. Priorità della tutela testamentaria fin dal V sec. a. C.	110

CAPITOLO TERZO

MEDIA E TARDA REPUBBLICA

1. La <i>lex Atilia de tutore dando</i> e la tutela muliebre.	118
1.1. Premessa.	
1.1.2. Casi in cui la liberta era senza tutore.	120
1.2. I requisiti essenziali per un'efficace nomina del tutore atiliano: la <i>petitio</i> muliebre e il consenso del tutore scelto.	122
1.3. La funzione della tutela decretale muliebre.	128
2. Il tutore scelto dalla donna.	134
2.1. <i>Tutoris optio</i> .	136
2.1.1. La disciplina della <i>tutoris optio</i> .	141
2.1.2. Modalità di esercizio della <i>tutoris optio</i> .	145
2.1.3. I privilegi concessi ad Ispala Fecenia e l'origine della <i>tutoris optio</i> .	148
2.2. La <i>coemptio</i> fiduciaria <i>tutelaevitandae causa</i> .	161
2.2.1. Il <i>coemptionator</i> : marito o <i>extraneus</i> .	164
2.2.2. Il procedimento di sostituzione del tutore.	168
2.2.3. Sorte del patrimonio della donna <i>conventa in manum fiduciae causa</i> .	171
3. Evoluzione della <i>testamenti factio</i> attiva.	
La <i>coemptio</i> fiduciaria <i>testamenti faciendi gratia</i> .	179
3.1. Ragione dell'obbligatoria attuazione della <i>coemptio</i> a fini testamentari.	181
3.1.1. Il requisito della <i>capitis deminutio</i> per avere il <i>ius testandi</i> .	183
3.1.2. Le <i>personae exceptae</i> in Gai.1,115a.	185

3.2. <i>L'auctoritas tutoris</i> alla <i>coemptio testamenti faciendi gratia</i> .	190
3.3 <i>Ius testandi</i> muliebre dopo la riforma adrianea.	192
4. Le restrizioni introdotte in ambito successorio.	198
4.1. La <i>lex Voconia</i> .	
4.2. L'esclusione dall' <i>hereditas</i> delle <i>agnatae</i> non consanguinee <i>voconiana ratione</i> .	208
5. L'orazione di Ortensia e la tassazione dei patrimoni muliebri.	217
5.1. Antefatto.	
5.2. Emanazione del decreto triumvirale.	218
5.3. Il tentativo di "mediazione familiare".	219
5.4. L'arringa di Ortensia.	220
5.4.1. <i>Incipit</i> .	221
5.4.2. Le famiglie perdute e le necessità economiche delle matrone.	222
5.4.3. L'esclusione della vita pubblica e dall'imposizione fiscale.	223
5.4.4. L'inesistenza di un reale pericolo per la patria e la deplorabile guerra civile.	225
5.5. Reazione dei triumviri e correzione del provvedimento.	226
6. La <i>laudatio Turiae</i> e la tutela.	231
6.1. L.13: <i>Temptatae</i> : il coinvolgimento della <i>soror Turiae</i> nella disputa testamentaria.	238
6.1.1. Il lascito in favore della sorella di Turia.	243
6.2. Effetti del testamento paterno sulla tutela della figlia.	246
6.3. Ambito del raggio pianificato dagli aspiranti alla tutela dell'ereditiera.	255

CAPITOLO QUARTO PERIODO CLASSICO E POSTCLASSICO

1. Il <i>ius liberorum</i> .	263
1.1. Requisiti per conseguire il <i>ius liberorum</i> .	266
1.1.1. Tre o quattro figli.	
1.1.2. Figli nati da <i>iustae nuptiae</i> o anche <i>vulgo quaesiti</i> ?	268
1.1.3. Tempo della nascita e vitalità della prole.	270
1.1.4. Il <i>nominum dies</i> e la <i>professio in albo</i> o la <i>testatio</i> .	273
1.2. Casi controversi.	277
1.2.1. Il parto trigemino.	
1.2.2. <i>Partum monstruosum vel portentosum</i> .	279
1.3. Concessione graziosa del <i>ius liberorum</i> .	281
1.4. Il <i>ius liberorum</i> nelle epigrafi.	283
2. La sostituzione del tutore incapace o assente.	285
3. La <i>lex Claudia</i> e l'abolizione della tutela legittima agnatzia: una <i>lex ad personam</i> ?	291
4. Statuti municipali e tutela muliebre: <i>lex Imitana</i> .	298
4.1. Il " <i>ius tutoris optandi</i> ".	299
4.2. <i>Manumissio tutore auctore</i> .	301

4.3. Il <i>ius tutoris dandi</i> dei duoviri.	302
4.3.1. <i>Datio tutoris</i> alla donna.	303
4.3.2. Il procedimento <i>ex decreto decurionum</i> .	304
4.3.3. Questioni relative al <i>caput XXIX</i> .	306
5. Critica gaiana alla giustificazione storica dell'istituto in rapporto alla realtà del suo tempo.	309
5.1. Pudentilla la moglie di Apuleio: un caso concreto a confronto con Gai. 1,190.	313
6. La madre tutrice e la scomparsa della <i>tutela mulierum</i> .	317
Epilogo	328
Indice delle fonti.	330
Bibliografia.	344

INTRODUZIONE

Nell'ambito del diritto privato la tutela muliebre è l'istituto che caratterizza la condizione giuridica della donna *sui iuris* dai primordi dello *ius civile* all'epoca classica avanzata. Raramente in dottrina l'istituto è stato preso in considerazione in tutti i suoi vari aspetti. E ciò non sarà possibile nemmeno nel presente lavoro, soprattutto a causa della carenza di fonti relative all'istituto. L'approccio utilizzato sarà prevalentemente cronologico, individuando, contemporaneamente, i temi cardine della disciplina dell'istituto. L'obiettivo principale sarà quello di chiarire la natura e la funzione della tutela con particolare attenzione ai suoi modi di costituzione originari.

Sarà necessario, preliminarmente, identificare le varie situazioni in cui una donna risultava essere *sui iuris*, in modo da stabilire la sfera di applicazione della tutela e l'ambito familiare in cui l'istituto dispiegava i suoi effetti.

Il passo successivo consisterà nell'indagare la connessione fra tutela muliebre e capacità patrimoniale della donna,

perché ritengo che in essa si riveli il fine della sottoposizione della *mulier* al controllo tutorio. In particolare cercherò di dimostrare che l'istituto tutelare, che presenta chiari connotati arcaici, ha avuto origine in concomitanza con l'acquisto della capacità della donna di succedere *ab intestato*. In questa fase, necessariamente, ci si muoverà sul piano delle ipotesi, mettendo in un confronto dialettico gli elementi presenti nelle fonti giuridiche e letterarie; in tal modo si cercherà di prendere posizione, con considerazioni costruttive, sul dibattito dottrinale relativo a queste tematiche.

Bisognerà accostarsi in modo critico ai pregiudizi, originati dalla giurisprudenza e dalla letteratura repubblicana e classica, che hanno caratterizzato l'immagine della donna in epoca storica ma anche moderna, in particolare giustificando la sua sottoposizione al controllo maschile, fino ai primi decenni del secolo scorso.

Questa visione ha esercitato la sua influenza, come vedremo, anche su una parte cospicua della dottrina romanistica meno recente, portandola ad esprimere la convinzione che la *mulier* (oltre che l'impubere) per i primi secoli non conseguisse mai la capacità giuridica,

restando sottoposta ad una *potestas* agnatizia analoga a quella paterna, mentre la tutela in senso proprio non sarebbe anteriore alla *lex Atilia de tutore dando*.

Una simile concezione della tutela arcaica è oggi abbandonata dalla dottrina dominante, la quale ritiene, come si vedrà, che la tutela legittima abbia salvaguardato le aspettative ereditarie degli agnati sul patrimonio della donna in modo efficace senza che ci fosse bisogno di “snaturare” la tutela trasformandola in una “*potestas tutoria*” su donne *alieni iuris*. E lo stesso discorso varrà per la *datio tutoris* testamentaria.

La tutela legittima e testamentaria sulle donne subirà, come si vedrà, una serie di trasformazioni e di adattamenti che si possono considerare il risultato della dialettica fra il presunto scopo protettivo dell’ inferiorità e incapacità femminile, proclamata dalle fonti, e gli effettivi progressi dell’ autonomia riconosciuta di fatto alle donne, che si collega all’ affermarsi del matrimonio *sine manu* e all’ accresciuto ruolo economico delle *mulieres*, derivante, fra l’ altro, dall’ accumulazione di beni per via ereditaria in seguito all’ accentuata mortalità maschile provocata dalle guerre, dapprima esterne e poi civili, negli ultimi secoli della Repubblica.

Per tali motivi, anche la tutela decretale muliebre non ebbe scopo protettivo, ma servì alla donna solo per compiere gli atti per cui era prevista l'*auctoritas* del tutore nel caso in cui non avesse nè *tutor legitimus* nè *testamentarius*.

Messi in luce i punti cardine della disciplina della tutela muliebre, saranno più comprensibili, di conseguenza, i motivi per cui la sua è una storia di graduale decadenza, che porterà alla scomparsa dell'istituto. Questo processo storico è dovuto essenzialmente all'affievolimento dello scopo della tutela stessa, in risposta ai cambiamenti e alle esigenze sociali ed economiche. A partire dalla media repubblica, infatti, la legislazione, la giurisprudenza e la magistratura, direttamente o per via indiretta, diedero avvio ad iniziative volte a favorire l'autonomia negoziale della donna, indebolendo l'istituto tutelare. D'altro canto, contemporaneamente, si vedrà il tentativo di limitare, con scarso successo, la capacità successoria della donna, per evitare, probabilmente, che le *mulieres sui iuris* delle classi dominanti approfittassero dell'accentuarsi della loro autonomia per gestire in quasi assoluta libertà ingenti ricchezze. In tal senso è emblematica la preoccupazione espressa da Catone nel suo discorso contro l'abolizione della *lex Oppia sumptuaria*: “ le donne, quando avranno la

parità ci comanderanno” in Livio 34,28,8 (...*ex templo simul pares esse coeperint superiores erunt.*). I giuristi e i letterati, per tale motivo, verosimilmente, iniziarono una “campagna” per giustificare l’istituto della tutela muliebre: la *mulier* doveva essere affiancata da un tutore a causa della sua debolezza d’animo.

Quando il *tutor* era futuro erede della tutelata poteva, ancora in epoca tardo repubblicana e classica, limitare fortemente le sue decisioni. Tuttavia, all’inizio del periodo classico, la donna prolifica fu esentata dalla tutela; inoltre, a metà del I sec. d.C., anche la tutela agnatizia fu abolita, ma l’istituto, profondamente legato all’immagine della donna, continuò a sussistere, anche se ormai svuotato di ogni effetto sostanziale, salvo che nelle residuali ipotesi di tutela *ex lege*: quella *patronorum* e l’analoga tutela esercitata dai *parentes manomissores*. Questo fino a quando, in epoca tardo classica, ci fu un ribaltamento di prospettiva, riconoscendo alla donna il ruolo di tutrice dei suoi figli. La società romana, a quel punto, aveva raggiunto un progresso che non fu raggiunto nemmeno dalle prime codificazioni moderne. Basti accennare che nei codici preunitari italiani era prevista, sul modello del Code Napoléon artt.215 ss., l’autorizzazione maritale, una vera e

propria tutela muliebre applicata alle sole donne sposate: le mogli non potevano compiere gli atti di straordinaria amministrazione senza che il marito concorresse all'atto o prestasse il suo consenso per iscritto; e ciò anche in regime di separazione dei beni, che in Italia era la regola. Nello Stato pontificio e nel granducato di Toscana anche le donne nubili erano sottoposte a tutela; faceva eccezione il territorio lombardo-veneto, dove si applicava il codice civile austriaco del 1811, che sanciva l'uguaglianza giuridica degli uomini e delle donne. Anche i codici russo, svedese e prussiano non introdussero disposizioni limitative della capacità d'agire muliebre. Non si può affermare lo stesso per la codificazioni olandese, portoghese e spagnola, che mutuarono anch'esse il modello francese. Lo stesso fece il primo codice civile unitario italiano, che prevede l'autorizzazione maritale all'art.134. L'istituto rimase in vigore per cinquantaquattro anni, fino alla sua abolizione con la L. 1176 "*disposizioni sulla capacità giuridica della donna*" del 17/7/1919, nove anni dopo la Francia, che abrogò l'autorizzazione maritale nel 1910.

Senza contare che, a tutt'oggi, nel mondo esistono ancora "zone d'ombra" dove non sono riconosciuti non solo i

diritti civili e politici alle donne ma nemmeno quelli fondamentali; si segnala che in Arabia Saudita la donna, pur potendo studiare e lavorare, ricoprendo anche ruoli importanti, è ancora sottoposta alla tutela maschile, non potendo nemmeno guidare se non accompagnata e, men che meno, lasciare lo stato senza l'autorizzazione del tutore. Se la donna cerca di espatriare senza assenso tutorio, il tutore riceve su telefono cellulare un messaggio, con il quel viene informato dell'allontanamento della donna, i cui spostamenti sono monitorati tramite microchip.

CAPITOLO PRIMO

EPOCA ARCAICA E DECEMVIRALE

ORIGINE E STRUTTURA

1. Presentazione generale dell'istituto. 2. La tutela *ex lege*. 2.1. La tutela degli agnati e dei gentili. 2.1.1. *Usus maritalis, trinoctium* e tutela legittima. 2.1.2. la vedova del *pater familias*. 2.2. *Patroni* e liberte. 2.3. *Parentes manumissores* ed emancipate. 3. La tutela *ex testamento*: XII Tab. V,3. 4. Natura originaria della *tutela mulierum*. 4.1. La tesi bonfantiana dell'erede-tutore. 4.2. Una *potestas* su persone *alieni iuris* ? 4.3. *Ius tutelae* su persone *sui iuris* ? 4.3.1. *In iure cessio tutelae*. 5. La capacità patrimoniale della donna nei primi secoli. 5.1. Successione *ab intestato*. 5.2. *Testamenti factio* passiva. 6. *Consortium ercto non cito*.

1. Presentazione generale dell'istituto.

Le donne *sui iuris*¹, perciò libere dalla *patria potestas*, dalla *manus* o dal *mancipium*², acquistavano la capacità di

¹ Sul concetto di *sui iuris* vd. *Tit. ex corp. Ulp. 10,2: Morte patris filius et filia sui iuris fiunt: morte autem avi nepotes ita demum sui iuris fiunt, si post mortem avi in potestate patris futuri non sunt, velut si moriente avo pater eorum aut etiam decessit aut de potestate dimissus est: nam si mortis avi tempore pater eorum in potestate eius sit, mortuo avo in patris sui potestate fiunt.*

² Nel primo libro delle sue *Institutiones* Gaio ci ricorda che coloro i quali non si trovavano né *in potestate*, né *in manu*, né tantomeno *in mancipio* o erano sottoposti a tutela oppure a curatela o, in alternativa, erano liberi da qualsiasi vincolo. *Gai.1,142: Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure*

essere titolari di diritti, ma erano considerate dall'ordinamento romano parzialmente incapaci d'agire, per cui erano soggette a tutela come i maschi impuberi. Le Istituzioni gaiane³ sottolineano la particolarità che distingueva la tutela femminile da quella maschile: la tutela non cessava con il raggiungimento dell'età pubere; perciò le *mulieres* vi erano sottoposte per tutta la vita, senza mai raggiungere il diritto di disporre con piena autonomia dei propri beni⁴. La tutela *mulierum* romana è un istituto tipico del *ius civile*, le cui radici⁵ risiedono nella struttura familiare agnazia⁶.

tenentur. Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint: ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.

³ Cfr., oltre a dare altre informazioni sull'istituto, che si analizzeranno in seguito, Gai.1,144 e 145: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento <tuto>res dare: masculini quidem sexus inpuberibus, <feminini autem sexus cuiuscumque aetatis, puberibus quo>que, cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. 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.*

⁴Cfr. anche Tit. ex corp. 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.*

⁵ Come si avrà modo di approfondire nel seguito della trattazione.

⁶ ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I. *Profili funzionali*, Torino, 1976, 42.

Le fonti pervenuteci riconducono le notizie più antiche riguardo all'istituto alle XII Tavole. I modi di costituzione della tutela originari sono due: *ex lege* ed *ex testamento*. Ci si occuperà prima della tutela legittima e poi della testamentaria.

2. I tutori *ex lege* e le circostanze in cui le donne erano sottoposte a tutela.

2.1. La tutela degli agnati e dei gentili.

La tutela spettava, ai sensi delle XII Tavole⁷, ai futuri eredi *ab intestato* delle donne, seguendo l'ordine dei successibili; quindi erano tutori gli agnati, i parenti della tutelata più vicini in grado⁸ in linea maschile⁹, ed, in

⁷Gai. 1,155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

Cfr. XII tab. V,6. Vd. CANTARELLA E., *La vita delle donne*, in *Storia di Roma*. 4. Caratteri e morfologia, a cura di A. MOMIGLIANO e A. SCHIAVONE, Torino, 1989, 568 e nt. 42.

Gai.1, 157: *Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae quod ad feminas attinet, tales tutelas sustulit; itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patrum habet tutorem, femina vero talem habere tutorem non potest.*

⁸ Gai. 1,164: *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximo gradu sunt.*

Se la donna aveva più agnati dello stesso grado la tutela era esercitata da tutti collettivamente.

⁹ Gai.1,156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo. at hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus; et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur.*

mancanza di questi, i gentili¹⁰. Per una più chiara visione d'insieme, è bene individuare quali figure di donne erano sottoposte alla tutela muliebre.

Le *mulieres*, che divenivano *sui iuris*, alla morte del *pater familias*, erano le *filiae familias* e la vedova *in manu* del defunto.

Dalle conoscenze che si hanno in merito a quest'epoca, si può ritenere che lo *status* di *filia familias sui iuris* era molto raro, dato che le ragazze venivano date in sposa da giovanissime¹¹. Generalmente i matrimoni venivano celebrati con il raggiungimento della pubertà dei nubendi o poco dopo: la fanciulla, dopo le nozze, restava *alieni iuris* oppure, se *sui iuris* al momento del matrimonio, perdeva inevitabilmente tale *status*, poiché la regola arcaica voleva che l'unione coniugale fosse accompagnata dalla *conventio in manum* attuata attraverso la *coemptio*, la *confarreatio* o l'*usus maritalis*.

2.1.1. *Usus maritalis, trinoctium* e tutela legittima.

A proposito dell'ultima modalità citata di acquisto della *manus*, non è di poco conto, ai nostri fini, il riferimento ad un istituto di matrice decemvirale, tema della legge sesta contenuta nella tavola VI, che impediva la maturazione del tempo necessario al perfezionamento dell'*usus maritalis*: il

Tit.ex corp.Ulp. 11,4: *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes, eiusdem familiae, veluti patrum, fratres, filii fratris patruelis.*

¹⁰ Gaio fa riferimento solo agli agnati, ma la *laudatio Turiae* (vd. *infra* cap. 3 § 6) dimostra che all'inizio dell'epoca classica esisteva ancora la tutela dei gentili.

¹¹ CANTARELLA E., *La vita delle donne*, cit., 559 ss.

“*trinoctium*”¹². La forma più utilizzata per acquistare la *manus* era la *coemptio*, ma gli sposi potevano iniziare la convivenza in un regime di *iustum matrimonium* senza *conventio in manum*, dato che quest’ultima non era un elemento costitutivo del vincolo coniugale.

Gaio ci informa che, anche in tal caso, si poteva verificare l’acquisto della *manus* dopo un anno di matrimonio:

Gai.1,111: *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotanti trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumpet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

Tuttavia, se la donna avesse interrotto il decorso annuale, allontanandosi per tre notti dalla casa coniugale, l’*usus maritalis* non si sarebbe perfezionato, perciò la donna avrebbe continuato a far parte della sua famiglia d’origine. L’*usus* e l’escamotage per eluderlo non erano più in vigore in epoca gaiana.

Gaio sembra attribuire alla *mulier* un ruolo attivo¹³, ma non è verosimile che la donna, prima dell’epoca repubblicana, potesse autonomamente prendere l’iniziativa

¹² CANTARELLA E., *La vita delle donne*, ultimo cit., 562 ss.

¹³ ZANNINI P., *Gaio antifemminista?*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche del diritto romano*, Torino 1976, 302; PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 102 s.

di impedire la costituzione della *manus maritalis* mediante l' *usurpatio trinoctiis*.

Molto probabilmente l' *usus* era un istituto antecedente alla normativa decemvirale, recepito dalle XII tavole¹⁴. Il dibattito sull'origine dell' *usurpatio trinoctii*, nonostante il riferimento gaiano alle XII tavole, è stato molto acceso in dottrina¹⁵, che l'ha datata sia prima che molto dopo l'emanazione della normativa decemvirale: tuttavia sembra da escludere che il *trinoctium* sia riconducibile ad epoca tarda.

Per quanto riguarda i vantaggi dati dal *trinoctium*, l'interruzione dell' *usus* acquisitivo della *manus* poteva essere conveniente quando la famiglia d'origine era interessata a mantenere il legame agnatizio con la *mulier*. Ciò poteva verificarsi in due casi: *in primis*, quando il *pater familias* intendeva conservare la *patria potestas* sulla figlia, in modo da poterla dare in sposa nuovamente, in caso di scioglimento del primo matrimonio, per creare nuove alleanze familiari e politiche. L'altro caso poteva verificarsi quando a essere sposata era una donna *sui iuris*: i parenti prossimi della donna avrebbero, infatti, avuto l'interesse a non perdere le loro aspettative ereditarie¹⁶. Ogilvie¹⁷ ha addirittura pensato che i tutori legittimi potessero “rivendicare” il loro potere sulla donna anche dopo il perfezionarsi dell' *usus maritalis*. È di opinione

¹⁴ Cfr. FRANCIOSI G., *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, 26 nt.63.

¹⁵ Vd. PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana*, cit., 101s. ntt. 54 s.

¹⁶ VENTURINI C., *Variazioni in tema di tutela mulierum*, in *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, VI Congreso Internacional de Derecho Romano, Universidad de Huelva, 2004, 820; 823s.

¹⁷ OGILVIE R.M., *The maid of Ardea*, in *Latomus* 21(1962), 482.

diversa Volterra¹⁸, il quale, seguito da Zannini¹⁹, osserva, giustamente, che la costituzione della *conventio in manum* avrebbe determinato l'estinzione della tutela, perciò coloro che erano stati i tutori della donna non avrebbero più avuto alcun diritto su di lei. Wolff e Kaser²⁰ ipotizzano che i tutori potessero costringere la donna ad effettuare l'*usurpatio trinoctii*. A sua volta Zannini replica che la tutela non prevedeva poteri personali sulla sottoposta²¹, perciò sembra maggiormente verosimile che, semplicemente, le “suggerissero” di allontanarsi per tre notti dalla casa coniugale prima dello scadere dell'anno di matrimonio, in modo da evitare che il marito acquistasse la *manus* su di lei attraverso l'*usus*.

Per prendere posizione sul dibattito che ho sommariamente riferito, appare decisiva una fonte ciceroniana, la quale sembra dimostrare che l'istituto dell'*usus maritalis* fosse precluso nel caso in cui le donne avessero dei tutori legittimi. Cicerone, infatti, difendendo Flacco dall'accusa di essersi appropriato illegittimamente dell'eredità intestata di Valeria, moglie di Andro Sestilio, il quale sosteneva di aver acquistato la *manus* sulla moglie, così dice:

Cic., *pro Flacco*, 84: *At enim Androni Sextilio gravis iniuria facta est et non ferenda, quod, cum esset eius uxor Valeria intestato mortua, sic egit eam rem*

¹⁸ VOLTERRA E., *Sul diritto familiare di Ardea nel V sec. a.C.*, In *Studi in onore di A. Segni*, 4, Milano, 1967, 668 s. nt.20 (= *Scritti giuridici*, 3, Famiglia e successioni, Napoli, 1991, 118 s. nt.20).

¹⁹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 134 s.

²⁰ WOLFF H.J., *Trinoctium*, in *RHD* 16 (1939), 177s.; KASER M., *Ehe und “conventio in manum”*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, I (1950), 95 ss..

²¹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 135.

Flaccus quasi ad ipsum hereditas pertineret. In quo quid reprehendas scire cupio. Quod falsum intenderit? Qui doces? 'Ingenua,' inquit, 'fuit.' O peritum iuris hominem! Quid? ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt? 'In manum,' inquit, 'convenerat.' Nunc audio; sed quaero, usu an coemptione? Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui. Coemptione? Omnibus ergo auctoribus; in quibus certe Flaccum fuisse non dices.

L'Arpinate afferma che non si poteva ottenere la *manus* sulla donna attraverso l'*usus*, “poiché la tutela legittima non poteva venir meno senza il consenso di tutti i tutori”. Ciò non significa che i tutori dovessero dare il proprio consenso all'*usus maritalis*, come pensava la dottrina ottocentesca²²: in effetti non si poteva acconsentire all'*usus*, perché non si realizzava con un unico atto, come la *coemptio*, ma era il risultato di una situazione continuativa e non interrotta²³.

È verosimile, addirittura, che l'*usus maritalis*, oltre ad intervenire in caso di mancata *coemptio*, avesse anche la funzione di sanare i casi di *coemptio* irregolare. Tuttavia anche parte della dottrina più recente²⁴ condivide

²² JHERING R., *L'esprit de droit romain dans les diverses phases de son développement*, ed.2, Paris, 1886, 184 s.; GIDE P., *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, ed. 2, Paris, 1885, 113s.

²³ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, 127s.

²⁴ VOLTERRA E., *Nuove ricerche sulla “conventio in manum”*, in *Lincci- Mem. Scienze morali* (1966) Ser. VIII, vol. XII. 4, 306; WATSON A., *The law of persons in the later roman republic*, Oxford, 1967, 21 ss.

l'opinione più risalente, sostenendo che, per l'acquisto della *manus* tramite *usus*, bastasse il consenso tutorio al matrimonio, senza tener conto della mancanza di un atto costitutivo dello stesso in diritto romano. Quest'ultima ipotesi è da scartare anche, in generale, perché la tutela non influiva sulla libertà matrimoniale della donna²⁵: basti considerare che, nel dare il proprio consenso alla *coemptio*, i tutori non autorizzavano il matrimonio ma la fuoriuscita della donna dalla famiglia d'origine, con cui si perfezionava la *conventio in manum*. Dalle fonti si evince che il matrimonio si perfezionava con il solo consenso dei nubendi, se *sui iuris*, o, nel caso in cui fossero *alieni iuris*, dei loro *patres familias*. Monaco²⁶ ipotizza che Cicerone sia portavoce di una situazione più antica, fatta risalire da Gaio ad epoca decemvirale, la quale prevedeva un maggior controllo dei tutori, a cui spettava la decisione di interrompere l'*usus maritalis*; tale fase fu seguita da un periodo di maggior autonomia, che Gaio, a parere dell'autrice, omette di distinguere, in cui fu la *mulier* a decidere se attuare o meno il *trinoctium*.

Tuttavia, sulla base dell'affermazione ciceroniana, mi sembra proprio che l'*usus maritalis* fosse precluso nel caso in cui la donna fosse sottoposta a tutela legittima, perciò nemmeno si poneva la necessità di impedirlo attraverso il *trinoctium*. I diritti ereditari dei tutori-eredi erano salvaguardati a priori, potendo essi rinunciarvi solo acconsentendo alla *coemptio*. Solo così, alla luce delle riflessioni fin qui svolte, si dà un senso coerente alle parole di Cicerone.

²⁵ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, 137 s.

²⁶ MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 120.

A mio parere, quindi, non si deve escludere l'acquisto della *manus usu* su tutte le donne *sui iuris*: la *manus* sarebbe stata, probabilmente, acquistata se la donna avesse avuto un tutore che non fosse suo erede *ab intestato*; l'attuazione del *trinoctium*, in tal caso, poteva favorirla, se si conta che, in questo modo, avrebbe evitato di perdere la sua condizione di *sui iuris*²⁷. In ogni caso, legiferando in merito all'istituto in questione, le XII Tavole hanno dato il via ad un profondo mutamento, che porterà, in epoca successiva, alla caduta in desuetudine del *matrimonium cum manu* e all'affermazione di quello *sine manu*. È troppo estrema l'idea di Wolff²⁸, che crede tipico della donna *sui iuris*, già in epoca antica, il matrimonio *sine manu*.

2.1.2. La vedova del *pater familias*.

Dato che, come si è osservato, le *mulieres* contraevano matrimonio non appena raggiunta l'età pubere, in antico il caso più significativo e frequente di sottoposizione al controllo di un tutore era quello che interessava la *uxor in manu*, la quale, alla morte del marito-*pater familias*, diveniva *sui iuris*. La stessa, prima della vedovanza, si trovava nella condizione giuridica di *alieni iuris*, poiché era *filiae loco* presso il proprio marito. La *vidua* non tornava a far parte della famiglia d'origine, ma si trovava automaticamente assoggettata alla tutela *ex lege* degli agnati, i quali costituivano la sua famiglia da coniugata. Se

²⁷ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., 102.

²⁸ WOLFF H.J., *Trinoctium*, cit., 171.

la donna aveva prole, la tutela legittima sarebbe spettata ai figli maschi, giuridicamente considerati come suoi fratelli, che erano *adgnati proximi* della propria madre²⁹ e, spesso, erano *impuberi*³⁰. Le donne in tale situazione conservavano, per la maggior parte, lo *status* di *sui iuris*, dato che, *ab antiquo*, era raro che la vedova contraesse seconde nozze, come confermano le lodi costantemente tributate all'*univira*. Tale ultimo attributo, infatti, si ritrova come titolo onorifico nelle epigrafi, poiché era considerato una virtù femminile ancora in epoca classica, perciò si può supporre che tali attestazioni rispecchino una prassi di origine antica.

2.2. Patroni e liberte.

Oltre che alle donne *ingenuae* anche alle liberte era assegnato un *tutor legitimus*. Gaio spiega che questa tutela non era stata espressamente prevista dalla normativa decemvirale:

²⁹ FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, 520.

³⁰ PEROZZI S. (*Il tutore impubere*, in *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze morali. Sezione giuridica*, Bologna, 1918, 59 ss, (= in *Scritti giuridici*, 3. *Famiglia successione e scritti vari*, Milano, 1948, 183ss) ritiene che non esistesse il requisito della capacità d'agire nemmeno per il tutore degli *impuberi*, basando la sua tesi sulla presunta alterazione di Gai. 1,157. L'autore è stato efficacemente smentito da SOLAZZI S., *L'età del tutore*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 64 (1920), 17 (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli, 1955, 322).

Gai.1,165: *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et inpuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: eo enim ipso quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosque eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.*

La tutela *patronorum*, in effetti, fu desunta dall'interpretazione delle XII Tavole, perciò "è come se fosse stata introdotta dalla legge stessa". I *veteres*, infatti, dopo aver osservato che, ai sensi della normativa decemvirale, gli agnati erano i futuri eredi delle donne e degli impuberi nati liberi³¹ e che la stessa posizione successoria *ab intestato* era ricoperta nei confronti delle schiave liberate e dei liberti impuberi dal patrono e dai suoi figli³², diedero luogo ad un sillogismo: se i tutori legittimi degli *ingenui*³³ erano i loro eredi *ab intestato* e gli *heredes* dei liberti erano il patrono ed i suoi figli, allora, secondo le XII Tavole, il *patronus* ed i *liberi sui* dovevano essere i tutori dei liberti impuberi e delle liberte puberi³⁴.

³¹ XII Tab. V, 4.

³² XII Tab. V, 8.

³³ XII Tab. V, 6.

³⁴ SIGNORINI R., *Adsignare libertum. La disponibilità del patronatus tra normazione senatoria e interpretatio giurisprudenziale*, Milano, 2009, 39 ss.

2.3. *Parentes manumissores* ed emancipate.

Le *filiae familias* emancipate dal proprio *pater* erano le uniche donne *ingenuae* sottoposte a tutela maschile non in seguito alla morte del *pater familias* ma per altra causa. La procedura che liberava la *filia* dalla *patria potestas* era la seguente: tramite una sola *mancipatio* in favore di un terzo, il quale era persona di fiducia del *pater*, si dava luogo a una *capitis deminutio*. Il passaggio successivo consisteva nella *remancipatio* che il fiduciario compiva a vantaggio del *pater familias* della donna; da ultimo, il *pater*, che intendeva liberare la *filia* dal *mancipium*, la manometteva. Gaio ci rende noto che, attraverso questa operazione, il *parens manumissor* acquistava un ruolo di tutore analogo a quello del *patronus*:

Gai. 1, 175: *Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui ex eo quod ipse sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est. Huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur; patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.*

Il *parens manumissor*, manomettendo la sottoposta dopo la *remancipatio*, acquistava la tutela legittima su di lei: infatti l'ascendente-manomissore, per aver liberato la *filia* dal *mancipio* ed in ragione della sua qualità di ex titolare della *patria potestas*, era tutore ed erede della *mulier*³⁵, mentre la *capitis deminutio* estingueva i diritti successori della

³⁵ VENTURINI C., *Note in materia di emancipata e di parens manumissor*, in *Φιλία- Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, IV, Napoli, 2007, 2770.

donna nei confronti della famiglia d'origine. Gaio prosegue specificando che i figli del *parens* non esercitavano la stessa specie di tutela che era propria del loro genitore, ma erano considerati *tutores fiduciarii*, a differenza dei figli del patrono, a cui si trasmetteva la tutela legittima. Infatti alla morte del patrono il titolo di tutore era ereditato dai suoi figli: di conseguenza i nuovi patroni sarebbero stati, a loro volta, eredi della tutelata, mentre nessun vincolo giuridico legava l'emancipata a coloro che, prima dell'*emancipatio*, erano stati suoi fratelli ed ora le erano *extranei*.

Come hanno sottolineato in particolare Peppe e Venturini, l'emancipazione poteva avere, appunto, lo scopo di sottrarre la figlia "ad una probabile rapace futura tutela agnatzia dei fratelli³⁶", conservando i propri diritti sul patrimonio di lei³⁷. A parere di chi scrive, tuttavia, è maggiormente verosimile che il *pater familias* emancipasse la sottoposta con lo scopo di diminuire il numero dei suoi futuri eredi in modo da evitare l'eccessivo frazionamento del *patrimonium*.

³⁶ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana*, cit., 62.

³⁷ VENTURINI C., *Note in materia di emancipata e di parens manumissor*, ultimo cit.

3. I tutori scelti dal *pater familias* nel testamento: XII Tab., V,3.

Il *pater familias* poteva dare un tutore *ex testamento* ai propri sottoposti, derogando, così, alla tutela *ex lege*. Per quanto riguarda le donne erano il padre o il marito a scegliere un tutore testamentario quando pensavano che ciò fosse opportuno nell'interesse sia del gruppo agnazio sia della tutelata. Il testatore optava per un fiduciario *extraneus* o un familiare che considerava adatto al ruolo. Nominare un tutore testamentario poteva rivelarsi particolarmente utile quando la tutela *ex lege* sarebbe spettata a soggetti impuberi, figli della *uxor in manu* o fratelli della *filia*, a pazzi o a muti.

Nelle Istituzioni giurine troviamo una sintetica trattazione del *ius tutoris dandi* del *pater familias*:

Gai.1,144: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento <tuto>res dare: masculini quidem sexus inpuberibus, <feminini autem sexus cuiuscumque aetatis, puberibus quo>que, cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. 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.*

Da sottolineare che, in questi primi paragrafi, in cui introduce la disciplina della tutela *mulierum*, Gaio fa un immediato riferimento proprio alla tutela testamentaria, ma non spiega da quando il *pater familias* ebbe il *ius tutoris dandi*. In Gai.1,144 l'autore si limita a scrivere che agli ascendenti *permissum est* (quindi già in un tempo antecedente a quello in cui viveva ma imprecisato) dare per testamento dei tutori ai discendenti che hanno in loro potestà. In Gai.1,145 il giurista spiega che, se il *pater* avesse dato un tutore alla figlia impubere, con il raggiungimento della pubertà la tutela sarebbe proseguita. Nel paragrafo 148, Gaio specifica poi che il testatore poteva scegliere il tutore per tutte le donne in sua potestà³⁸: la *uxor in manu*, le figlie, le nuore e le nipoti:

Gai.1,148: *Uxori quae in manu est proinde ac si filiae, item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti tutor dari potest.*

Il giurista Paolo, trattando l'argomento *de quo*, aggiunge la possibilità di dare un tutore anche ai figli concepiti e non ancora nati, ma anch'egli non fornisce informazioni storiche³⁹:

Fragm. Vat. 229 (*Paulus libro singulari de testamentis*): *Parentibus licet liberis suis in potestate manentibus testamento tutores dare, masculis quidem*

³⁸ Vd. anche la formula della *datio tutoris* trascritta in Gai. 1,149: *Rectissime autem tutor sic dari potest: L. Titium liberis meis tutorem do, L. Titium uxori meae tutorem do. Sed et si ita scriptum sit: liberis meis vel uxori meae Titius tutor esto, recte datus intellegitur.*

³⁹ Così anche Gai.1,147.

inpuberibus, feminis vero etiam puberibus, et tam iam natis quam etiam postumis.

I ragguagli forniti nelle Istituzioni sono poi completati dallo stesso Gaio in un passo del Digesto riferito alla tutela testamentaria:

D.26,2,1pr. (*Gaius, libro duodecimo ad edictum provinciale*): *Lege duodecim Tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.*

Il giurista, in questo caso, aggiunge un elemento prezioso, quello temporale, informandoci del fatto che fu la legge decemvirale a conferire al capostipite della *familia* la possibilità di scegliere in prima persona il tutore per i suoi *fili familias*, i quali, a causa dell'età o dell'appartenenza al sesso femminile, avevano bisogno dell'affiancamento di tale figura tutelare.

La *lex duodecim Tabularum* in questione si suppone che sia la terza della tavola quinta⁴⁰, che Pomponio riporta e commenta nel seguente frammento del Digesto:

D.50,16,120 (*Pomponius, libro quinto ad Quintum Mucium*): *Verbis Legis duodecim Tabularum his “uti legassit suae rei, ita ius esto”⁴¹ latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id*

⁴⁰ Meglio conosciuta come norma decemvirale “*uti legassit*”.

⁴¹ Questa versione di *Tabula V,3* è stata tramandata anche da Gai. 2,224 e Inst.2,22pr.

interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

“Con le parole della legge delle XII Tavole “*uti legassit suae rei, ita ius esto*” risulta attribuito un potere molto ampio sia di istituire un erede, sia di dare legati e libertà ed anche di costituire tutele. Ma la portata del principio è stata ristretta attraverso l’interpretazione delle leggi o dall’autorità che costituisce i diritti.” La legge delle XII tavole, quindi, pare abbia riconosciuto validità ed efficacia a tutto ciò che avesse disposto il *de cuius* nel suo testamento, sia per quanto riguarda i beni sia in merito alla tutela e alle altre disposizioni a titolo particolare. L’Epitome *Ulpiani* propone un’altra versione della norma decemvirale, inserendo esplicitamente nel precetto il riferimento alla *datio tutoris*:

Tit. ex corp. Ulp. 11,14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: “uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto”: qui “tutores dativi” appellantur.*

Una terza ed ultima variante è riportata da Cicerone nel *De inventione* II, 148 e dall’*auctor* di *Rhetorica ad Herennium* I, 23⁴².

Queste diverse ricostruzioni del precetto hanno dato luogo ad un amplissimo dibattito dottrinale, che ora prendo in considerazione per sommi capi.

La dottrina dominante⁴³, in genere accogliendo la versione ulpiana⁴⁴, non ha dubbi sulla ricostruzione storica della

⁴² “*pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*”.

facoltà data al *pater familias* di nominare il tutore nel proprio testamento, sia esso *tutor mulieris* o *impuberis*⁴⁵, considerando come acquisita la sua origine in epoca decemvirale. In particolare, Bonfante e Solazzi⁴⁶ credono che il principio “*uti legassit*” si debba riferire alle sole disposizioni legatarie e tutelari, quindi non all’istituzione d’erede, la quale aveva già luogo prima che fossero redatte le XII tavole. Perozzi⁴⁷, invece, restringe la novità del precetto alla sola *tutoris datio*.

⁴³ La dottrina da citare in proposito è amplissima. Vd. bibliografia in ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum* II. *Profili strutturali e vicende storiche dell’istituto*, Milano, 1979, 63 ss. nt. 3 e 4.

⁴⁴ La redazione ulpiana della norma è quella preferita dagli editori delle XII tavole e dalla maggioranza della dottrina. Cfr. COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Scritti di diritto romano*. 2, Milano 1973, 624 nt.43(= in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7 (1956)).

⁴⁵ La visione unitaria della tutela romana alle sue origini costituisce un punto fermo dell’insegnamento tradizionale. *Contra* ZANNINI P. (*Studi sulla tutela mulierum*. II, cit., 61) crede che, a partire dall’età decemvirale la tutela del sesso e quella dell’età abbiano iniziato a seguire diversi cammini, poiché, a parere dell’autore, la normativa delle XII tavole si occupò solo degli impuberi nel sancire il *ius tutoris dandi* in capo al *pater familias*; questa facoltà ebbe come diretta conseguenza la priorità della tutela testamentaria su quella legittima, ma solo se ad essere tutelato era l’impubere. Cfr., più approfonditamente, *infra* cap.2 § 3.2.1.

⁴⁶ BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma 1925 (Rist. a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano 1963), 555; ID., *Le affinità greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, in *Scritti giuridici varii*. 1, Torino, 1916, 362 nt.1; SOLAZZI S., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932, 45 s..

⁴⁷ PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*. II. *Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni*, ed.2 riveduta e ampliata, Milano, 1947, 362 nt.1.

Altra parte della dottrina⁴⁸ preferisce adottare la redazione della norma presentata da Pomponio. Significativamente Appleton⁴⁹, seguito da Coli⁵⁰, pensa che sia maggiormente attendibile la formulazione “*uti legassit suae rei, ita ius esto*” di D. 50,16,120, considerando inutile la menzione della tutela nel principio decemvirale, poiché nella “*latissima potestas*” era compresa anche la facoltà di costituire tutele. Solazzi⁵¹, invece, pensando che il frammento di Pomponio non sia genuino e nemmeno la sua versione del principio decemvirale, considera *Tit. ex corp. Ulp.* 11,14 come la prova che i classici abbiano attribuito alle XII Tavole l’introduzione della *datio tutoris*. Tutti questi studiosi, indipendentemente dalla fonte su cui fondano le loro osservazioni, concordano nel ritenere che

⁴⁸ Fra gli altri BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, ed.2, Milano, 1955, 40 e 182; MASCHI C.A., *Il Diritto romano. I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, 2 ed. ampliata, Milano, 1966, 709; MAGDELAIN A., *Les mots “legare” et “heres” dans la loi des XII tables*, in *Hommages à R. Schilling*, Paris, 1983, 164 s. (= *Ius, imperium, auctoritas. Étude des droit romain, Collection de l’École française de Rome*, 133 (1990), 666 s.).

⁴⁹ APPLETON C., *Le testament romain. La methode du droit comparé et l’authenticité de XII Tables*, Paris 1903, 59.

⁵⁰ COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Scritti di diritto romano. 2, cit.*, 634 ss.; ID., *Lo sviluppo delle varie forme di legato in diritto romano*, in *Scritti di diritto romano, I*, Milano, 1973, 97.

⁵¹ SOLAZZI.S., *La legge delle XII tavole sulla tutela e un’ipotesi del Bonfante*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Modena*, 30 (1928): *Scritti vari dedicati a C. Arnò*, 50 nt.2 (= *Scritti di diritto romano. III*, Napoli, 1955, 222 nt.9); ID., *Diritto ereditario romano*, (corso a. acc. 1931-32) Napoli 1932, 38 ss.

la tutela testamentaria risalga quanto meno alle XII Tavole.

Un altro filone dottrinario, purtuttavia autorevole, ritiene, invece, che il versetto decemvirale non sia riferibile allo *ius tutoris dandi*. Fadda, Costa e Voci⁵² limitano l'incidenza della norma decemvirale ai soli legati e ritengono che la giurisprudenza pontificale abbia esteso in via interpretativa la norma decemvirale alle altre tipologie di disposizione testamentaria a titolo particolare.

Altri studiosi ancora, discostandosi dalle opinioni fin qui riportate, pensano che il versetto in questione abbia riconosciuto l'esistenza della *mancipatio familiae* senza fare riferimento alla tutela testamentaria. Tra questi vanno ricordati almeno Talamanca e Albanese. Talamanca⁵³ pensa che Tab.V,3 si riferisse alla *mancipatio familiae*: questa alle origini comprendeva solo i legati e le manomissioni e solo successivamente si sarebbe estesa a comprendere *l'heredis institutio* e la tutela testamentaria. Albanese⁵⁴ dà un diverso significato al termine "tutela" di Epit. Ulp. 11,14, riferendolo alla "custodia", affidata al *familiae emptor*, del patrimonio oggetto della *mancipatio familiae*.

⁵² FADDA P., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*.1,Milano, 1949, 54ss.; COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, I. *Il diritto privato*, ed. 2, Bologna, 1927 (Rist. Roma 1964), 71; VOCI P., *Linee storiche del diritto ereditario romano*. I. *Dalle origini ai Severi*, in ANRW, 2, 14 (1982), 395 s.

⁵³ TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 718.

⁵⁴ ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in AUPA. 20 (1949), 434 ss.; ID., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 437 nt.25; ID., *Ossevazioni su XII Tab. 5.3.(Uti legassit...ita ius esto)*, in AUPA XLV. I (1998), 58 ss.

Da un altro punto di vista Sacchi ha, di recente, anch'egli negato che le XII tavole abbiano sancito il *ius tutoris dandi*⁵⁵, poiché, a parere dell'autore, Pomponio, in D.50,16,120, avrebbe affermato l'origine postdecemvirale delle tutele. L'autore considera un'aberrazione ritenere che Gaio, in D.26,2,1pr., abbia attribuito alla legislazione decemvirale l'origine della tutela testamentaria⁵⁶.

Da ultimo prendo in considerazione l'opinione di Arces⁵⁷. Questi richiama prima di tutto l'attenzione sui due periodi individuati da Pomponio: il primo di "*latissima potestas*", che ebbe origine dalle XII tavole, già descritto da Quinto Mucio, a cui fa séguito quello restrittivo dei diritti testamentari, aggiunto da Pomponio. Quindi, ritenendo che il precetto "*uti legassit*" includesse il conferimento dello *ius tutoris dandi*, Arces attribuisce valore dirimente alla versione che ne offre Cicerone, la più antica e presumibilmente scevra da rimaneggiamenti, in cui si legge "*pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*". Arces sottolinea in particolare il carattere di signoria unitaria e personale su *res* e *personae* che è proprio della *patria potestas*, concludendo che il *pater familias* avrebbe potuto "*dicere legem*" in relazione alle persone (*familia*), fra cui quelle bisognose di tutela, e alle cose (*pecuniaque*) sotto la sua *potestas*. L'autore pensa, quindi, che nel precetto non ci fosse scritto "*uti*

⁵⁵ SACCHI O., *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità*, in *SDHI LXVIII* (2002), 612.

⁵⁶ SACCHI O., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali* (Gai.1.145). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in *RIDA L* (2003) 335 nt. 45.

⁵⁷ ARCES P.F., *Riflessioni sulla norma "uti legassit"* (Tab. V.3), in *Rivista di Diritto Romano IV*(2004), 13 s.

legassit super pecunia tutelave”, perchè così avrebbe escluso le manomissioni.

A mio parere D. 26,2,1pr dimostra che la tutela testamentaria, sia muliebre che pupillare, è stata prevista dal dettato decemvirale, come quella agnatizia. Il precetto che ha come oggetto le disposizioni testamentarie in generale è XII Tab., V,3. Quindi la norma non può non riguardare anche la *datio tutoris*, indipendentemente dalla versione, fra quelle fornite dalle fonti, che si preferisce accogliere; anche se quella dell'Arpinate, nell'interpretazione di Arces, mi convince maggiormente.

4. Natura originaria della tutela.

Sulla natura originaria della tutela muliebre sono state formulate diverse teorie che purtroppo non trovano una conferma esplicita nelle fonti: per tale motivo tutte, pur suggestive o convincenti che siano, possono essere considerate solo supposizioni.

La dottrina tradizionale⁵⁸ descrive la tutela alle sue origini come una *potestas*, da intendersi come potere,

⁵⁸ Fra gli altri DÉCLAREUIL J., *Rome et l'organisation du droit*, Paris, 1924, 152; DE VISSCHER F., “*Potestas*” et “*cura*”, in *Studi in onore di S. Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, 401 s. (= *Étude de droit romain*, Paris, 1931, 11 s.); SOLAZZI S., *Istituti tutelari*, Napoli 1929, 9 ss; SOLAZZI S., *Diritto ereditario romano*, I, cit., 186; SACHERS E., v. “*tutela*”, in A. PAULY – G. WISSOWA, *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, VII A, ed.2, (1948), 1589; JÖRS P.-KUNKEL W.-WENGER L., *Römisches Recht. Römisches Privatrecht.*, ed.3, Berlin, 1949, 296 ss; MONIER R. - CARDASCIA G. - IMBERT J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen Age*, Paris, 1955, 493; VILLERS R., *Le statut de la femme à Rome jusqu'à la fin de la République*, in *Recueils de la Société Jean Bodin. Vol. XI. La femme I.*, Bruxelles, 1959, 179; GAUDEMET J., *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, in *Recueils de la Société Jean Bodin. Vol. XI. La femme*, Bruxelles 1959, 194; FUCHS J. G., *Die rechtliche Stellung der Frau im alten Rom*, in *Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Max Gerwig*, Basel 1960, 46; WATSON A., *The law of persons in the later roman Republic*, cit., 102, 108; IGLESIAS J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, ed.6, Barcelona, 1972, 577 ss; GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. 8 revue et mis à jour par F. SENN, Vaduz Liechtenstein, 1978, 51 ss.; MASIELLO T., *La donna tutrice, modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*; Napoli 1979, 10 s.

sostanzialmente assimilabile a quello del *pater* o del marito titolare della *manus*, esercitato dal tutore su donne ed impuberi. Anche la possibilità data al *pater familias* di nominare un tutore nel suo testamento era collegata in modo molto stretto al suo ruolo: solo il titolare di *patria potestas*, in effetti, poteva scegliere colui che avrebbe esercitato su un suo sottoposto una potestà sostituiva della sua, “quale era ritenuta la tutela nella sua originaria concezione⁵⁹”.

4.1. La tesi bonfantiana dell’erede-tutore.

In questa linea si colloca la teoria bonfantiana⁶⁰ dell’erede-tutore, avente come presupposto la connessione tra tutela

⁵⁹ FAYER C., *La familia romana*, I, Roma 1994, 404.

⁶⁰ BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, I, cit., 553 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*. Parte generale, Roma 1930, (Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1974), 148 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, v. 1, ed.10, Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1987, 555; ID., *Teorie vecchie e nuove sull’origine dell’eredità*, ora in *Scritti giur. varii*, I. *Famiglia e successione*, Roma 2007 (Rist. corr. G. CRIFÒ e A. MANCINELLI), 429 ss. Seguito da COSTA E. *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, v.2, Torino 1925, 103 ss; SOLAZZI S., *La legge delle XII tavole sulla tutela e un ipotesi del Bonfante*, cit., 46ss (= *Scritti cit.*, III, 219 ss); ID., “*Da tutorem do*” a “*tutore esto*”, in SDHI 13-14 (1947-1948), 301ss. (= *Scritti*, 6, 559 ss); ID., *Diritto ereditario romano*, cit., 126 ss.; LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, 121 ss.; BETTI E., *Diritto romano*. I, Padova 1935, 142 ss; ID., *Istituzioni di diritto romano*. I, ed.2, Padova 1947, 65 ss; LONGO G., *Diritto romano*. III. *Diritto di famiglia*, Roma 1940, 251 s.; LÉVI-BRUHL H., *La*

ed eredità *ab origine*. Questa tesi estrapola la connotazione potestativa della tutela originaria dalla capacità testamentaria del *pater familias*: il *de cuius, ab antiquo*, prima che fosse emanato il provvedimento decemvirale “*uti legassit...*”, non aveva la possibilità di nominare un tutore diverso dall’erede, perciò sceglieva il suo *heres* fra i *sui*. L’erede testamentario, a parere di Bonfante, acquistava il potere sovrano sul gruppo familiare, la *patria potestas*, che includeva anche la funzione protettiva sugli impuberi e sulle donne della famiglia. Solo dopo l’emanazione delle XII tavole, data la connotazione patrimoniale del testamento, fu possibile la nomina di un tutore diverso dall’erede: perciò quella che in origine si identificava in una vera e propria *potestas* poté trasformarsi in un potere distinto dalla *patria potestas*. Bonfante e i suoi seguaci credono che solo a partire da quel periodo sia stato utilizzato il termine tutela per indicare un istituto autonomo; tale circostanza coincise con la disgregazione dell’unità politica della *familia communi iure* e la conseguente attribuzione della posizione di *sui iuris* ai tutelati.

Il Costa⁶¹, aderendo all’ipotesi di Bonfante, crede addirittura che la tutela su donne ed impuberi abbia acquistato autonomia, distaccandosi dalla *patria potestas* o dalla *manus*, non in epoca decemvirale ma solo a partire dalla fine del III sec. a.C., ossia dopo l’emanazione della

tutelle de XII tables, in *Studi on. S. Solazzi*, Napoli 1948, 318. La tesi bonfantiana è stata, recentemente, ripresa da FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al principato*, ed.3, Torino 1989, 86 ss.

⁶¹ COSTA E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, cit., 104 e nt.2; ID., *Cicerone giureconsulto*, cit., 66, 71 s.

*lex Atilia de tutore dando*⁶²; con questa legge, come è noto, lo Stato, in mancanza di delazione legittima o testamentaria, si fece carico del compito della *delatio* di tale potestà, che assunse il nome di tutela derivandolo dalla sua nuova funzione protettiva.

A sua volta Sacchi⁶³, muovendo dalla tesi bonfantiana e ritenendo probante il tenore della disputa sui *genera tutelarum* accennato in Gai.1,188, pensa anch'egli che la giurisprudenza, incentivata dall'approvazione della *lex Atilia*, abbia iniziato dalla seconda metà dell'età repubblicana a elaborare la disciplina della tutela, che trovò la sua piena definizione nell'opera di Quinto Mucio, il giurista più antico fra i *veteres* citati, appunto, da Gaio. Al giureconsulto del I sec. a.C., a parere di Sacchi, si deve anche l'estensione della tutela legittima ai patroni⁶⁴.

Non ritengo necessario procedere qui ad una critica approfondita della teoria bonfantiana. Ai nostri fini è sufficiente osservare che essa è da considerarsi superata⁶⁵. Pensare alla *familia* romana arcaica come ad un gruppo politico, di cui il capo potesse disporre tramite la nomina diretta del suo successore nella sovranità del gruppo

⁶² Vd. *infra* cap.3 § 1.

⁶³ SACCHI O., *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità*, cit., 621 ss..

⁶⁴ Si crede ad un'origine giurisprudenziale di poco successiva all'introduzione della normativa decemvirale Vd. *supra* § 2.2.

L'affermazione di Sacchi è subito smentita anche dall'insegnamento gaiano in merito alla *lex Atilia*, che si rivolgeva anche alle liberte senza il patrono-tutore: vd. *infra* cap. 3§ 1.1.2.

Lo stesso Sacchi (, *l'antica eredità*, cit., 624 nt. 161) riconosce valore storico alla *datio tutoris* richiesta, come narra Livio 39.9.7, dalla liberta Ispala Fecennia dopo che il suo patrono era morto.

⁶⁵ Si veda per un esame della dottrina degli ultimi sessant'anni ARCES P.F., *Riflessioni sulla norma "uti legassit"*, cit., 23 nt.176.

medesimo, raffigura un quadro che non corrisponde alla realtà del mondo romano. Tutto lascia, infatti, pensare che la famiglia originaria non rimanesse unita sotto il controllo di un nuovo capo, ma subisse una scissione in una pluralità di *familiae*, corrispondenti al numero dei *fili* esistenti al momento della morte del *pater familias*. Appare difficile, soprattutto, che il *pater* potesse sottoporre un *filius* alla *patria potestas* di un altro *filius*. Volterra⁶⁶, in particolare, ha affermato che nessuna fonte attesta che, anticamente, solo i *fili familias* potessero essere istituiti eredi testamentari. Inoltre è innegabile che l'*hereditas* abbia sempre avuto una connotazione patrimoniale, essendo oggetto unitario della *vindicatio hereditatis* e di negozi giuridici, quali la *mancipatio familiae* e l'*in iure cessio hereditatis*.

4.2. Una *potestas* su persone *alieni iuris* ?

Una larga parte della dottrina⁶⁷, pur considerando superata la concezione familiare di Bonfante, nonostante la

⁶⁶ VOLTERRA E., *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli 1937, rist. 1983, 204 nt.1.

⁶⁷ GUARINO A. (, *Le "XII Tabulae" e la "tutela"*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 31 ss (= *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, [Biblioteca di Labeo 5], Napoli 1973, 237 ss), (= in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 146 ss.), partendo da un ipotesi dell'ARANGIO-RUIZ V., *Erede e tutore*, cit., 123 ss. (= *Raiora*, cit., 156 ss) (= *Scritti 2*, cit., 277 ss.) sostiene che, *ab antiquo* e fino all'epoca postdecemvirale, la capacità d'agire e quella giuridica non fossero ancora due concetti differenti; di conseguenza, Guarino crede che a quell'epoca gli impuberi e le donne non solo non potessero validamente compiere in autonomia

atti giuridici, ma che nemmeno fossero titolari di situazioni giuridiche soggettive: da tale condizione derivava la loro sottomissione, come *alieno iuri subiecti*, alla *potestas* dell'erede testamentario o, in subordine, degli agnati e, in loro assenza, dei gentili. La svolta si verificò, non dopo l'emanazione delle XII tavole, che non legiferarono sulla tutela, ma quando agli impuberi e alle donne fu riconosciuta la capacità giuridica, intesa come titolarità di diritti. Cfr. anche ID., *Notazioni romanistiche*. IV. *Il "furiosus e il "prodigus" nelle "XII tabulae"*, in *Annali Catania*, III (1949), 194 (= *Le origini quiritarie*. cit., 244); ID., *Storia del diritto romano*, ed. 5, Napoli 1975, 133 s e ID., *Diritto privato romano*, ed.11, Napoli 1997, 609.

Ammettono la sottoposizione in epoca arcaica degli impuberi e delle donne ad una *potestas* familiare, che rendeva la loro condizione del tutto simile a quella dei *fili familiae* anche: MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. 6, Paris, 1947 (Rist. Aalen 1970), 315; VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, in *BIDR* 48 (1941) 80 ss. (= *Scritti giuridici*. 2, Famiglia e successioni, Napoli 1991, 75ss.); ID., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1977, 108; ID., *Nuove ricerche sulla "conventio in manum*, cit., 324, anche se in quest'ultimo contributo l'a. sostiene la sua tesi più cautamente.

Cfr. anche BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1943, 94,118; AMBROSINO R. *Successio in ius - successio in locum - successio*, in *SDHI*, 11 (1945), 177 nt.209; BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950, 13s.; KASER M., *Ehe und "conventio in manum"*, cit., 89 ss.; ID., *La famiglia romana arcaica* (conferenze romanistiche), in *Annali Trieste*, XX, 1 (Milano 1960), 53; GALLO F., *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De francisci*. II, Milano 1956, 223; ID., *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino 1958, 81 nt. 120; GARCIA GARRIDO M., *Ius uxorium- el regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma- Madrid 1958, 141 ss; GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, Napoli 1968, 172 s., 175 s. e 186 ss; CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*

manca di fonti⁶⁸, mantiene ferma la congettura, che, nel diritto più antico, le donne e gli impuberi, anche se privi di ascendenti, alla morte del *pater familias* non divenissero *sui iuris*, poiché non era loro riconosciuta la capacità giuridica, ma permanessero nella condizione di *alieno iuri subiecti*, mantenendo, sostanzialmente, uno *status* analogo a quello dei *fili familias*. Gli *impuberes* fino alla pubertà e le *mulieres* per tutta la vita sarebbero stati soggetti ad una *potestas*, esercitata dal *tutor* designato nel testamento del *de cuius-pater familias*, oppure dai loro tutori ed eredi legittimi. Tale *potestas* trovava la sua *ratio* nell'esigenza dell'antichissimo gruppo familiare di salvaguardare la sua unità e il suo patrimonio⁶⁹. La natura potestativa della tutela sarebbe attestata da Livio:

Liv., *Ab Urbe condita* XXXIV,2,11: *Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum.*

[Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo, 42]. I, Milano 1969, 221 nt.133; KASER M., *Das römische Privatrecht*, München 1971., 83 s.; JOLOWICZ H. F. - NICHOLAS B., *Historical introduction to the study of Roman Law.*, ed.3, Cambridge, 1972, 116 nt.2; HUMBERT M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, 182 nt.3; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid 1972, 19 ss.; SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino 1976, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 27 (1976), 175; MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, cit., 75 s.

⁶⁸ FAYER C., *La familia romana*, cit., 389 e BERRINO N. F., *Mulier potens: realtà femminili nel mondo antico*, Lecce 2006, 22.

⁶⁹ Così FAYER C., *La familia romana*, cit., 532.

Nelle parole che Livio attribuisce a Catone, pronunciate nell'orazione contro l'abolizione della *lex Oppia sumptuaria*, il termine *manus* sarebbe da tradurre come *potestas* propria dei padri, dei fratelli, *agnati proximi* delle sorelle, o dei mariti sulle donne.

Cicerone stesso afferma, in *pro Murena* 12,27:

Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt.

A partire dall'epoca repubblicana, con l'indebolirsi dei vincoli agnatizii e gentilizi, fino alla dissoluzione delle *gentes* in epoca imperiale, quando iniziò a disgregarsi il senso di appartenenza ad un'unica *familia communi iure*, quella che era una vera e propria *potestas* sulla persona e sul patrimonio del sottoposto perse d'intensità e si trasformò in un istituto autonomo: la tutela legittima o testamentaria⁷⁰; di conseguenza, in quel periodo, le donne e gli impuberi, alla morte del *pater familias*, ottennero lo *status* di *sui iuris* e, con esso, la titolarità della propria quota ereditaria relativa al patrimonio appartenuto al *de cuius*. Tali autori credono, quindi, ad un progressivo affermarsi dei diritti successori muliebri e del pupillo, inesistenti nel periodo antico in quanto non facenti capo a persone dotate di capacità giuridica, di pari passo con la graduale evoluzione della posizione sociale, economica e giuridica della donna stessa⁷¹. La tarda tutela *mulierum*

⁷⁰ Cfr., in particolare, VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, cit., 84.

⁷¹ Così LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., 174 s., ID., *La sostituzione pupillare*, cit., 293 ss.

sarebbe, quindi, una parvenza residuale dell'antica *potestas* sulle *mulieres* e sugli *impuberi*⁷².

4.3. *Ius tutelae* su persone *sui iuris* ?

Il primo a distanziarsi, in parte, da questa ricostruzione fu lo Scialoja⁷³, il quale affermò che la potestà tutoria, già *ab origine*, non impediva alla sottoposta di esser titolare di diritti, poiché in questo doveva consistere ciò che la differenziava dalla *patria potestas*.

A lui è ricollegabile la dottrina più recente⁷⁴, che, escludendo che l'istituto tutelare sia emerso non prima dell'epoca postdecemvirale o addirittura repubblicana, attribuisce, invece, l'origine della tutela all'epoca antica;

⁷² Cfr. GUARINO A., *Diritto privato romano*, cit., 609.

⁷³ SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, I, Roma 1934, 14.

⁷⁴ ZANNINI, *Studi*, I, cit., 49 ss., 52, 168 ss.; ID., v. *Sesso* (Diritto romano) in *Enciclopedia del diritto* (XLII 1989) 3 e nt. 12; ID., v. *Tutela* (Diritto romano), in *Enc. Dir.* (XLV 1992) 306. Cfr. anche VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, parte generale, ed. 2, Milano 1967, 76, 393, 409; ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 354, 530 s.; PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 50 ss.; ID., *Storia di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in SDHI (LXIII 1997), 142s.; TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 708, 721; CANTARELLA E., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996, 66; EAD., *La vita delle donne*, cit., 600 s. e nt.2; EAD., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1983 (1 ed. dell' "Universale economica Feltrinelli"- saggi 2010, 181 ss.).

questa dottrina, recuperando l'insegnamento di Savigny⁷⁵, riconosce, sin *ab antiquo*, alle donne, qualora non avessero ascendenti, lo *status* di *sui iuris*⁷⁶ con la piena capacità giuridica. Fra gli studiosi più recenti che aderiscono a questa tendenza, particolare attenzione merita, a mio parere, l'opinione di Zannini⁷⁷. Questi, partendo dai presupposti di cui si è detto, ha visto nella tutela muliebre una natura non potestativa ma patrimoniale, assimilandola ad un diritto del tutore legittimo, basato sulle sue aspettative successorie in merito ai beni muliebri, nell'interesse della famiglia *communi iure*⁷⁸.

Respingendo la tesi della dottrina tradizionale, Zannini⁷⁹, pur credendo che Livio, in *Ab Urbe condita* XXXIV,2,11, abbia riferito fedelmente il pensiero antifemminile catoniano⁸⁰, ritiene che siano inattendibili giuridicamente le parole di Catone; esse non offrirebbero, infatti, una valida testimonianza in merito alla portata dell'istituto, in quanto la natura originaria della tutela femminile si stava

⁷⁵ Le tutele e le curatele suppliscono alla capacità d'agire di chi ha la capacità giuridica. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di V. Scialoja, I, Torino 1886, 362.

⁷⁶ Riconduce ad epoca remotissima l'esistenza di donne *sui iuris* anche CORBINO A., *Schemi giuridici di appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in AA. VV., *La proprietà e le proprietà* (Pontignano, 30 Settembre – 3 Ottobre 1985), a cura di E. Cortese, Milano 1988, 14 ss.;

⁷⁷ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 23 ss.; ID., II, 1 ss. Cfr. già HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la république romaine*, (=Collection Latomus, 67), Bruxelles 1964, 16.

⁷⁸ Tutela che non si trasformò mai in un ufficio con carattere protettivo nei confronti della tutelata, come accadde a vantaggio dell'impubere. Vd. *infra* cap.3 § 1.3.

⁷⁹ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 53 ss.

⁸⁰ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 56.

dissolvendo per lasciare spazio ad una visione della donna come soggetto debole e bisognoso di protezione; concezione quest'ultima, come vedremo meglio più sotto, che si sarebbe affermata in quel periodo per influenza greca occultando l'antica concezione patrimoniale dell'istituto.

Sitzia⁸¹, non convinto da questa ricostruzione, non riesce a spiegarsi come Catone abbia potuto sostenere senza alcun fondamento la natura di *potestas* dell'antica tutela, accomunandola così chiaramente agli altri due istituti potestativi.

Il testo di Livio non brilla per chiarezza espositiva, ma, di sicuro, non può provare la condizione di *alieni iuris* della donna dopo la morte del *pater familias*. Infatti, come sottolinea Venturini⁸², nella prima parte del frammento, Catone attribuisce ai *maiores* il riconoscimento alle donne del diritto di *privatam...rem agere...tutore auctore*, che sottintende la capacità giuridica della donna come anche la sua capacità d'agire, sia pur limitata dalla necessaria *auctoritas* del tutore. Non bisogna, quindi, trascurare questa affermazione, prendendo, invece, in eccessiva considerazione la sommaria assimilazione della tutela legittima dei *fratres* alla *manus* maritale e alla *patria potestas*.

Mi sembra, quindi, da condividere la posizione di Zannini, il quale giustamente respinge la concezione della tutela come un potere sulla donna *alieni iuris*. A parere di chi scrive, infatti, il carattere di potere della tutela non risiede nell'essere una *potestas* su persone *alieni iuris*, ma proprio nell'essere un diritto patrimoniale, tipico della tutela

⁸¹ SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. I., cit., 175.

⁸² VENTURINI C., *Variazioni in tema di tutela mulierum*, cit., 809.

legittima, predisposto, non nell'interesse della tutelata, ma a favore del tutore-erede. La tutela nacque come *legitima*, quindi come istituto collegato alla coincidenza fra la qualità di tutore e di erede del tutelato; tale connessione è evidenziata più volte nelle fonti e, da ultimo, molto significativamente, nelle *Institutiones* gaiane:

Gai. 1, 192: *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat. Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

Questo testo di Gaio, pur occupandosi degli unici due casi di tutela legittima rimasti in vigore nel II sec. d.C., custodisce la “chiave” della natura originaria della tutela legittima, intesa come un potere (*vis*), che obbligava la donna, ancora in epoca classica, a richiedere l'autorizzazione al *tutor*, per fare testamento, alienare le *res Mancipi* e assumere un debito. Il giureconsulto continua, dichiarando esplicitamente che l'istituto era nato a favore degli eredi *ab intestato* della donna⁸³, al fine di evitare l'esclusione dei medesimi dalla successione

⁸³ Patroni e *parentes manumissores* nel periodo gaiano, dopo l'abolizione della tutela agnaticia da parte di una *Lex Claudia*. Vd. *infra* cap.4 § 3.

muliebre o il conseguimento di un'eredità impoverita dalla vendita delle cose di maggior pregio (*pretiosiores*) e dai debiti contratti.

Già Servio Sulpicio Rufo aveva descritto la tutela come *vis*, in una definizione attribuitagli da Paolo:

D.26.1.1pr. (*Paulus, libro trigesimo octavo ad edictum*): *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero...*⁸⁴

La tutela era un potere su una persona libera, da intendersi come *sui iuris*. Quindi, anche se è innegabile che l'istituto tutelare sia nato *ex lege* con il fine di salvaguardare gli interessi patrimoniali della famiglia agnatizia, avendo, per tale motivo, un carattere di potere (*vis ac potestas* nella definizione di Servio e *vis* in Gai.1,192) sulla donna, non si può escludere, come vorrebbe la *communis opinio* tradizionale, che l'istituto sia nato *ab antiquo* con la capacità successoria muliebre, come si cercherà di dimostrare nel seguito della trattazione. Sembra, però, che le donne, nubili o vedove, rimaste nel gruppo familiare originario dopo la morte del *pater familias*, pur con capacità giuridica e potenziale capacità d'agire, in realtà fossero in uno stato di subalternità nei confronti degli uomini della famiglia nell'ambito del *consortium ercto non cito*⁸⁵.

⁸⁴ Paolo prosegue nel passo, scrivendo *ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa*, perché si sta occupando della tutela dell'impubere. All'antica e originaria concezione potestativa della tutela si affianca quella assistenziale, prevalsa a vantaggio dei pupilli dopo l'introduzione della tutela dativa. Per il contrasto, su questo punto, in dottrina vd. *infra* cap.3 § 1.3.

⁸⁵ Vd. *Infra* § 6.

Il fatto che i tutori *ex lege* potessero anche essere incapaci d'agire conferma che la tutela legittima era un diritto che competeva all'agnato come tale.

Un'ulteriore prova consiste nella possibilità data al *tutor ex lege* di cedere l'esercizio della tutela mediante l' *in iure cessio tutelae*.

4.3.1. *In iure cessio tutelae*.

L'esistenza dell'istituto dell'*in iure cessio tutelae*, reso noto dalle Istituzioni gaiane e dall'Epitome *Ulpiani*, non conferma la natura di *potestas* simile a quella paterna della tutela legittima, come vorrebbe la dottrina tradizionale, ma, invece, dimostra proprio che si trattava di un potere di controllo sugli atti dispositivi muliebri, da intendersi come diritto patrimoniale che il tutore esercitava nel suo interesse e in quello della famiglia agnatizia:

Tit. ex corp. Ulp. 11,6: Legitimi tutores alii tutelam in iure cedere possunt.

Tit. ex corp. Ulp. 19,11: In iure cedi res etiam corporales possunt, veluti ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.

La legge consentiva al *tutor legitimus* di astenersi, tramite cessione, dall'esercitare la tutela⁸⁶, ma non era possibile cedere il "diritto di tutela", poiché per esserne titolare era requisito essenziale la qualità di agnato, quindi di successibile *ab intestato*; inoltre, il titolo di tutore

⁸⁶ ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 533.

legittimo era irrinunciabile⁸⁷. Il *tutor* a cui era ceduto l'esercizio della tutela era detto *cessicius*⁸⁸.

Il tutore cessionario pronunciava *in iure* la sua *vindicatio*⁸⁹ e il pretore, dinanzi al silenzio del cedente, disponeva l'*addictio* della tutela a colui che la reclamava come sua. In questo modo il tutore legittimo sceglieva un sostituto a suo piacimento⁹⁰.

Tale facoltà non sussisteva, come spiega Ulpiano, nel caso in cui la tutela riguardasse gli *impuberi*⁹¹:

⁸⁷ Il diritto del tutore legittimo, anche nel caso in cui avesse ceduto la tutela, restava connaturato al titolo di *agnatus proximus* della donna e la posizione familiare era irrinunciabile: si estingueva solo *mortis causa* o per *capitis deminutio*.

⁸⁸ Gai. 1,169: *Is autem cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur*.

⁸⁹ Sulla base della formula “*Hanc ego tutelam ex iure Quiritium meam esse aio*”.

⁹⁰ Cfr. SOLAZZI S., *Curator impuberis*, Roma 1917, 71 e nt.3. Come se si trattasse di una sorta di mandato. Cfr. BONFANTE P., *Corso*. I, cit., 583.

⁹¹ Cfr. SOLAZZI S., *Curator impuberis*, ultimo cit.; ID., *L'età del tutore*, cit., 13 e nt.1 (= *Scritti*. 2, cit., 321 e nt.18); BONFANTE P., *Corso*. I, cit., 560; PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*. I, Roma 1928, 494 nt.2; GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 219 nt.3 e 239; ALBERTARIO E., *Il diritto romano*, Milano 1940, 144; SACHERS E., v. “*tutela*”, cit., 1533; JÖRS P.-KUNKEL W.- WENGER L., *Römisches Recht*. cit., 297, 300; MONIER R. - CARDASCIA G. - IMBERT J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux*, cit., 495; DEVILLA V., s.v. *in iure cessio*, in *NNDI VIII* (1962), 704; D'ORS A., *Derecho privado romano*, Pamplona 1968, 289 nt.15; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 28 e 116; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, ed.3, Torino 1982, 284 e FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. I, cit., 555. *Contra*, pensano che la tutela pupillare non sia mai stata cedibile WATSON A., *The law of persons*, cit., 122 e 146) e

Tit. ex corp. Ulp.11, 8: *Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit, quoniam permissum erat in iure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum; feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum*⁹².

Ab origine è probabile che anche la tutela legittima pupillare fosse trasferibile mediante *in iure cessio*⁹³, ma la normativa mutò in epoca successiva, quando si decise di salvaguardare gli interessi degli impuberi, la cui tutela iniziava ad essere considerata un *munus* e non più solo un diritto: la scelta di un altro tutore, se quello legittimo non voleva gestire la tutela, fu affidata al magistrato.

Anche Gaio mette a confronto la possibilità di cedere la tutela muliebre con il divieto di cessione della tutela per i *tutores* degli impuberi, riferendone la ragione:

Gai.1,168: *Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*

Il giurista vede nell'istituto in esame un mezzo fornito al tutore della donna, per liberarsi da un onere⁹⁴, ritenuto

ZANNINI P., *Studi*. II, cit., 33, 42 e 43), che si allontana, così, dalla comune visione unitaria della tutela alle sue origini.

⁹² In merito alla *lex Claudia*, che abolì, nel I sec. d. C., la tutela agnatizia e, con essa, la facoltà di cederne *in iure* l'esercizio, vd. *infra* cap.4 § 3.

⁹³ L'ufficio tutelare fu obbligatorio per il tutore legittimo, salvo i motivi di scusa, solo a partire dal IV d.C. Cfr. SOLAZZI S., *Curator impuberis*, cit., 71 e nt.3.

⁹⁴ ZANNINI P., *Studi*. II, cit., 35.

particolarmente gravoso a causa della sua perpetuità, a differenza della tutela pupillare, che durava solo fino a quando il tutelato avesse raggiunto l'età pubere.

La motivazione proposta da Gaio, a parere della dottrina⁹⁵, non è credibile, dato che la tutela pupillare era certamente più onerosa, anche se di minor durata⁹⁶; infatti la competenza del *tutor mulieris* non prevedeva la *negotiorum gestio*, ma solo l'*auctoritatis interpositio*⁹⁷ per la validità di alcuni atti di disposizione tassativamente fissati⁹⁸. Proprio la mancata gestione dei beni della tutelata dispensava il tutore da qualsivoglia responsabilità. L'affermazione di Gaio appare ancor meno attendibile, se si considera che al suo tempo l'istituto tutelare muliebre era ormai ridotto ad essere solo una formalità⁹⁹.

Sempre dalle Istituzioni gaiane si apprende che, a parere di alcuni giuristi, i tutori fiduciari non avevano il *ius cedendae tutelae*, poiché avevano volontariamente assunto l'ufficio tutelare:

⁹⁵ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 36 ss. Cfr. anche SOLAZZI S., *L'«abdicatio tutelae» e BGU.1113*, in *RIL XLVIII* (1915), 986 nt.5 (= *Scritti* II, cit., 94 nt.5); ID., *L'età del tutore*, cit., 43 nt.2 (= *Scritti*. II, cit., 344 nt.59); ID., *Glosse a Gaio, Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*. I, Palermo, 1936, 179ss (= *Scritti*. VI, Napoli 1972, 256 ss), anche se l'autore in quest'ultimo contributo arriva a credere all'interpolazione postclassica di Gai. 1, 168 e Tit.ex corp. Ulp. 11.8; PEROZZI S., *Il tutore impubere*, cit., 94 nt.3 (= *Scritti giuridici*, 3, cit., 200 nt.2); SITZIA F., *Rec. di P. ZANNINI, Studi sulla tutela mulierum*. II. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano 1979, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 30 (1979), 174.

⁹⁶ BONFANTE P., *Corso*. I, cit., 583.

⁹⁷ Tit. ex corp. Ulp. 11, 25 e Gai. 1, 191. Vd. *infra* cap.2 § 1.1.

⁹⁸ Tit. ex corp. Ulp. 11, 27. Vd. *infra* cap.2 § 1.2.

⁹⁹ Vd. *infra* cap.4 § 5.

Gai. 1,172: *Sed fiduciariorum quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur: et non minus huic quam patronis honor praestandus est.*

A Zannini¹⁰⁰ pare che Gaio abbia voluto discostarsi dal pensiero della tutela intesa come un onere. Sembra, più che altro, che il giureconsulto, pur non respingendo l'opinione degli altri giuristi, abbia voluto dare un'altra spiegazione all'esclusione dei tutori fiduciari dal beneficio in esame. L'unico ad avere il diritto di attuare l'*in iure cessio tutelae* era il tutore legittimo in quanto tale¹⁰¹, non solo per il fatto di non aver scelto di essere tutore. Infatti Gaio precisa che il *parens manumissor*, pur avendo per sua volontà emancipato e manomesso la figlia, la nipote o la pronipote, poteva cedere, davanti al magistrato, la tutela, poiché era considerato *tutor ex lege* avente lo stesso *honor* dei patroni. A conferma di ciò si può considerare, anche se la fonte non lo contempla, il caso del figlio del *parens manumissor*, che, pur non avendo spontaneamente assunto la tutela, essendo tutore fiduciario per il diritto, non poteva cedere *in iure tutelam*, a differenza del figlio del patrono, il quale ereditava la qualifica di *tutor legitimus* dal padre. Il *ius cedendae tutelae* competeva al solo tutore legittimo, poiché era l'unico ad essere titolare di un vero e proprio

¹⁰⁰ Cfr. ZANNINI Studi, II, cit., 40 nt.66, ma in merito all'analisi di "quod etsi placeat".

¹⁰¹ ZANNINI P., Studi, II, cit., 42.

diritto, basato sulla sua aspettativa ereditaria determinata dal vincolo d'agnazione che lo legava alla tutelata.

Tuttavia non sono in accordo con Zannini¹⁰², il quale pensa che la tutela legittima, in quanto diritto patrimoniale ad esclusivo vantaggio del tutore, fosse trasmissibile per sua natura: egli ritiene infatti, in base a *Tit. ex corp. Ulp. 11,1* che fosse possibile disporne, cedendo il vero e proprio diritto e non solo l'esercizio della tutela¹⁰³. Ciò che continuava in capo al cedente, a parere di Zannini, non era lo *ius tutelae*, ma lo *status* familiare che costituiva il presupposto del diritto ceduto¹⁰⁴. Continuo nell'analisi delle fonti, da cui, a mio modo di vedere, si evince che ad essere ceduto era solo l'esercizio della tutela.

Infatti un altro elemento molto rilevante per comprendere la natura dell'istituto in esame è quello messo in luce da Ulpiano nel passo riportato qui di seguito:

Tit. ex corp. Ulp.11,7: Is, cui tutela in iure concessa est, "cessicius tutor" appellatur; qui sive mortuus fuerit, sive capite minutus, sive alii tutelam porro cesserit, redit ad legitimum tutorem tutela. Sed et si legitimus decesserit aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela extinguitur.

Si apprende che nel caso in cui si fosse verificata la morte o la *capitis deminutio* del cessionario si sarebbe attuato il ritorno della tutela al cedente. Il verificarsi degli stessi eventi in capo al cedente avrebbero causato l'estinzione della posizione del *cessicius* ed il passaggio della tutela "piena" all'altro agnato a cui competeva per prossimità di

¹⁰² Cfr. ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 35 e nt.58.

¹⁰³ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 46 e 49.

¹⁰⁴ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 51 nt.90.

grado. Quindi il *tutor legitimus* restava titolare del “*nudum ius tutelae*” e lo stesso era trasmissibile agli altri agnati.

Zannini¹⁰⁵, nonostante la chiarezza dell’epitome *Ulpiani*, resta convinto che il cedente potesse rinunciare definitivamente al proprio diritto. L’autore, pur identificando le circostanze descritte da Ulpiano come un’apparente anomalia, tuttavia, crede che non rappresentassero un ostacolo all’alienazione dello *ius tutelae*, poichè il diritto del cessionario era fondato sullo stesso titolo di *tutor legitimus* del cedente, perciò, proprio per questo, non poteva che seguirne le sorti.

Contro l’opinione di Zannini mi sembra che vadano, però, accolte le perplessità di Sitzia¹⁰⁶ in merito alla prospettata apertura della successione muliebre a vantaggio del *tutor cessicius*. In assenza di fonti esplicite, Sitzia sottolinea l’estrema difficoltà di concepire la disposizione per atto *inter vivos* di un diritto, che si sostanzia in un’aspettativa di acquisto del patrimonio della donna ancora vivente, aspettativa che dipendeva appunto dalla posizione familiare del tutore cedente. Innegabile è anche la forte aleatorietà di tale aspettativa ereditaria, la quale si sarebbe realizzata solo se la vita della *mulier* fosse stata più breve di quella del *tutor ex lege*, perciò il rischio di non acquisire nulla sarebbe stato molto probabile nel caso in cui il tutore cedente fosse stato anziano o malato e la donna giovane e in salute. Lo stesso Sitzia¹⁰⁷ non attribuisce particolare rilevanza all’analogia messa in luce da Zannini¹⁰⁸ fra l’istituto in esame e l’*in iure cessio hereditatis* impropria

¹⁰⁵ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 50.

¹⁰⁶ SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. II, cit., 174s..

¹⁰⁷ SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. II, cit., 175 e nt.6.

¹⁰⁸ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 50.

posta in essere dall'erede *post aditionem*, poiché il regime delle due fattispecie è estremamente diverso; infatti, colui che cedeva l'*hereditas* trasferiva al cessionario un diritto di cui il medesimo poteva godere immediatamente, quindi molto differente da un'aspettativa ereditaria aleatoria legata, peraltro, alla conservazione della posizione familiare del futuro erede *ex lege* nei confronti della sottoposta a tutela; inoltre l'oggetto della cessione dell'eredità erano solo le *res corporales*, tant'è che i crediti ereditari si estinguevano e il cedente continuava a rispondere in prima persona del passivo ereditario.

Si segnala inoltre che dall'analisi delle fonti Van Oven¹⁰⁹, giustamente, aveva già osservato che, da quanto apprendiamo da Gaio e da Ulpiano, la cessione *in iure* della tutela non era un passaggio del diritto di tutela dalle mani del cedente a quelle del cessionario, ma l'oggetto della *cessio* era solo l'esercizio della tutela medesima. Van Oven, con ragione, vede nel *tutor cessicius* non un tutore nel pieno dei suoi poteri ma un rappresentante del *tutor legitimus*. La *ratio* dell'istituto, ad avviso dello studioso, era quella di essere a servizio del *tutor legitimus*, il quale non voleva o non poteva, per varie ragioni, esercitare la tutela. L'*in iure cessio* era solamente uno strumento per attribuire al proprio rappresentante una posizione giuridica incontestabile. Il ruolo del *tutor cessicius* era, senza dubbio, limitato: non poteva, a sua volta, cedere l'esercizio della tutela; in caso di decesso o *capitis deminutio* la tutela tornava al cedente; se gli stessi eventi colpivano il *cedens* la tutela *cessicia* veniva meno e il diritto e l'esercizio della tutela passavano all'agnato di grado ulteriore. Van Oven

¹⁰⁹ VAN OVEN J. C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, in *RIDA* 3[Mélanges De Visscher II] (1949), 385.

conclude in modo molto persuasivo, affermando che i giureconsulti regolarono con precisione il ruolo del *cessicius tutor*, in modo di evitare il rischio che lo stesso facesse suo il diritto tipico del *tutor legitimus*.

Quindi, da quanto documentato dalle fonti, è da considerare molto più credibile e meno problematico che l'oggetto della cessione della tutela dovesse riguardare l'esercizio della medesima e non il diritto stesso, che, come attestano Gaio e Ulpiano, era strettamente legato alla qualità di erede del tutelato, alla quale il *tutor legitimus* non poteva rinunciare. Ponendosi in questa prospettiva, divengono molto più comprensibili gli effetti descritti in *Tit. ex corp. Ulp. 11,7*, i quali non sono da considerarsi anomali, ma rappresentano il ritorno di tutti i poteri propri della tutela muliebre in capo al futuro erede della donna, nel caso in cui venisse meno, per le ragioni di cui sopra, il rapporto fra cedente e cessionario.

Dal seguente passo gaiano si apprende che il tutore testamentario poteva, invece, porre in essere l'*abdicatio tutelae*, allo scopo di rinunciare definitivamente ad un potere di cui era stato investito, tramite *datio tutoris*, non derivante, quindi, dall'essere erede della donna¹¹⁰.

Tit. ex corp. Ulp. 11,17: Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam; sed si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor. "Abdicare" autem est dicere, nolle se tutorem esse; in iure cedere autem tutelam testamento datus non potest; nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.

¹¹⁰ SOLAZZI S., *Curator impuberis*, cit., 71 e nt.3.

È molto significativo che Gaio abbia dato ad “*abdicare*” il significato di “dichiarare di non voler essere tutore” e che al *tutor legitimus* fosse preclusa questa facoltà; ciò conferma che al medesimo era vietata la rinuncia definitiva al proprio diritto. Il *tutor* scelto per testamento, inoltre, non perdeva la tutela se subiva una *capitis deminutio minima*, proprio perché il suo ruolo non dipendeva dall’essere *heres* della sottoposta. Il tutore testamentario abdicante abbandonava il suo ruolo, recidendo qualsiasi relazione con la tutelata, mentre il *tutor legitimus* cedente conservava i suoi diritti e il suo titolo, potendo potenzialmente riottenere la tutela piena¹¹¹.

¹¹¹ ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, ed. 14, Napoli 1966, 496 nt.1.

5. La capacità patrimoniale della donna nei primi secoli.

Nell'indagine sulla configurazione originaria della tutela muliebre sarebbe molto importante individuare l'epoca precisa a partire dalla quale la *mulier* ebbe la possibilità di avere beni propri; l'introduzione dell'istituto tutelare, in effetti, ha coinciso con il riconoscimento della soggettività patrimoniale della donna, da cui discese la necessità di salvaguardare l'aspettativa successoria degli eredi muliebri già durante la vita della donna tramite il controllo diretto degli eredi/tutori sui suoi atti di disposizione, con la conseguenza che tali atti dovevano essere considerati nulli se compiuti *sine tutore auctore*¹¹².

5.1. Successione *ab intestato*.

Il caso più frequente, se non l'unico, in cui originariamente la *mulier* diventava titolare di un patrimonio, era la partecipazione all'*hereditas* del *pater familias*, padre o marito che l'aveva *in manu*. Come sottolinea Biondi¹¹³, per l'ordinamento romano qualunque soggetto di diritto, libero, cittadino e *sui iuris*, poteva avere eredi ed essere *heres ab intestato*.

Occorre quindi chiedersi se la capacità successoria della donna e la tutela a cui di conseguenza, secondo l'ipotesi di

¹¹² PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., 50.

¹¹³ BIONDI B., *Diritto ereditario romano*, parte generale, Milano 1954, 190.

cui vogliamo verificare l'attendibilità, era soggetta hanno avuto origine in epoca antica.

Non si possono avere certezze per il periodo predecemvirale, ma alcune fonti, nell'interpretare il precetto delle XII tavole¹¹⁴, si esprimono come se, già *ab antiquo*, fosse stata riconosciuta la qualità di *suae heredes* e di *agnatae* alle donne, ricomprendendo nel maschile anche il femminile. In questo senso vanno le attestazioni di alcuni fra i più autorevoli giuristi del periodo classico: Gaio, Ulpiano e Paolo.

Nelle sue Istituzioni Gaio afferma che le eredità intestate spettavano, ai sensi delle XII tavole, ai *sui heredes*:

Gai.3,1: Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent.

Nei paragrafi successivi, Gaio precisa che i *sui heredes* erano coloro che si trovavano in potestà del *de cuius*, comprese le donne, elencandoli tutti dettagliatamente:

Gai.3,2 : Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione: nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit,

¹¹⁴ Tab. V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. 5. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam [habento].*

nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.

Gai.3,3: Uxor quoque, quae in manu est, sua heres est, quia filiae loco est. Item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu est, cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicemus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.

Le donne succedevano *ab intestato* in qualità di *filiae*, di nipoti in linea maschile, in caso di premorienza paterna, e di *uxores in manu*. Il contenuto di questi ultimi due paragrafi richiama e conferma quello di Gai. 2, 156 e 159¹¹⁵.

Anche Ulpiano si è occupato dell'identificazione degli eredi legittimi:

Tit. ex corp. Ulp 26,1: Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in

¹¹⁵ Gai. 2,156: *Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.*

Gai.2,159: *Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est.*

liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae: id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: "si intestato moritur, cui suus heres nec est, agnatus proximus familiam habeto".

Pure in questa fonte troviamo il riferimento a XII Tab.V.4., ma Ulpiano, oltre ad occuparsi dei *sui*, accenna al regime agnatizio, il quale, come si vedrà in seguito, a partire, probabilmente, dal II sec.a.C., aveva sancito che le *agnatae* ereditassero solo dai fratelli e dalle sorelle.

A conferma della tarda introduzione di queste limitazioni in ambito ereditario, Paolo, riferendosi alla normativa decemvirale, sostiene che la stessa aveva previsto gli stessi diritti successori per gli agnati e le agnate, contrapponendo questa disciplina a quella di epoca successiva:

Paul. Sent., IV, 8, 20 (= Coll. XVI, 3, 20): Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum¹¹⁶. Ceterum lex XII tabularum nulla discretionem sexus adgnatos admittit.

Si può, dunque, concludere che i giuristi di epoca classica non mettevano in dubbio la capacità successoria della donna già dall'epoca delle XII tavole.

Dal periodo decemvirale e fino alla tarda repubblica l'unica discriminazione esistente in campo ereditario fu la

¹¹⁶ Della *Voconiana ratio* si dirà *infra* cap.3§ 4.2.

rilevanza giuridica della sola parentela maschile¹¹⁷. La donna, quindi, non aveva *sui heredes* e non ereditava dai propri figli come dichiara Ulpiano, occupandosi dei senatoconsulti *Orphitianum* e *Tertullianum*, in premessa:

Tit. ex corp. Ulp. 26, 7: *Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; 8. Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet.*

Quindi l'unica successione ad essere esclusa dalla normativa decemvirale era quella fra madre e figli.

Un altro autorevole riferimento alla legge dei decemviri attestante l'origine antica dei diritti ereditari *ab intestato* muliebri si trova nelle fonti giustiniane¹¹⁸: nelle Istituzioni si annuncia il ripristino del regime successorio delle XII tavole, conforme alla semplicità amica delle leggi, che chiamava all'eredità gli agnati e *agnatae* prossimi dello stesso grado:

I. 3,2,3a: *Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat...*

¹¹⁷ Cfr. CANTARELLA E., *La vita delle donne*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*. IV. Caratteri e morfologie, Torino 1989, 601.

¹¹⁸ Vd. *infra* cap.3 § 4.2. le stesse fonti in merito alle restrizioni riconducibili alla *media iurisprudencia*, la quale introdusse il *ius consanguinitatis*, che consisteva nell'esclusione dall'*hereditas legitima* delle *agnatae* oltre il grado dei consanguinei.

L'Imperatore, anche nel *Codex*, menziona la normativa delle XII tavole, affermando che tale legge aveva considerato allo stesso modo maschi e femmine legittimi. Sulla base del ricordato principio decemvirale Giustiniano eliminò nel 531 d. C., il *ius consanguinitatis* al fine di stabilire che non ci dovessero essere discriminazioni nelle successioni a danno delle *adgnatae*¹¹⁹:

C. 6,58,14 pr.: *Lege duodecim tabularum bene romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successione nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successione habito, cum natura utrumque corpus edidit, ut maneat suis vicibus immortale et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur.* * Iust. a. Iohanni pp. * <a 531 d. v k. dec. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.>

Tre anni dopo Giustiniano richiama la Costituzione 14:

C. 6,58,15 pr.: *Meminimus antea divinam promulgasse constitutionem, per quam ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima subole descendente sive masculinam sive femininam legitimo iure hereditatem adipisci sanximus, ut, quemadmodum ipsis a legitimis succeditur, ita et ipsae legitimarum personarum amplectantur successionem.* * Iust. a. Iohanni pp. * <a 534 d. id. oct. Constantinopoli dn. Iustiniano a. pp. III et Paulino vc. cons.>

¹¹⁹ Vd. nt. precedente.

La dottrina prevalente¹²⁰, sulla base di queste fonti e della mancanza di riferimenti in merito ad una concessione più tarda dei diritti successivi alle donne, crede ad un'originario *ius capiendi ab intestato* femminile, perlomeno dall'emanazione delle XII tavole. A titolo esemplificativo si menzionano le autorevoli opinioni di Scialoja, Voci e Talamanca. Per Scialoja¹²¹ è indubitabile che la donna avesse la capacità ereditaria, perché tale posizione dipendeva solo ed esclusivamente dalla possibilità di avere un patrimonio. Voci¹²² sottolinea che il *ius capiendi ab intestato* delle *mulieres* non pregiudicava in alcun modo la coerenza del sistema familiare, poiché i

¹²⁰ Tra gli altri PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., 455; VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, cit., 76 ss (= *Scritti giuridici*. 2, cit. 69 ss.); BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1952, 705 ss.; VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, ed.2, Milano 1967, 76 e nt. 199; VILLERS R., *Rome et le droit privé*, Paris 1977, 59; ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 247; MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 791 ss; THOMAS Y., *La divisione dei sessi in diritto romano*, in DUBY- M. PERROT, *Storia delle donne. L'antichità*, a cura di P. SCHMITT PANTEL), Bari 1990, 122; ZABLOCKI J., *Appunti sul "testamentum mulieris" in età arcaica*, in *BIDR*, 1991-1992(94-95), 159, 172 s. e nt.48; VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, ed.4, Milano 1994, 561 ss; CANTARELLA E., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, cit., 63 ss e 133ss.; Id., *La vita delle donne*, cit., 600 ss.; Id., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, 1985, (ried. 2010), 181 s.; GOUREVITCH D., RAEPSAET- CHARLIER M.T., *La donna nella Roma antica*, Milano 2003, 61; MARTINI R., *Appunti di diritto romano privato*, ed. 2, Padova 2007, 95.

¹²¹ SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano*, cit., 116 s;

¹²² VOCI P., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in *Studi di diritto romano II*, Padova 1985, 13.

beni non uscivano dalla parentela agnatizia, essendo gli agnati tutori della donna e suoi eredi dopo la sua morte.

Talamanca¹²³ ritiene che l'originaria capacità successoria femminile rappresenti un forte elemento di diversità fra la cultura romana e quella greca; il diritto greco, infatti, prevedeva che, in presenza di figli maschi, le femmine non godessero di alcun diritto successorio, ottenendo, eventualmente, come previsto nell'ordinamento di alcune *pòleis*, il solo diritto alla dote.

Sempre nell'ambito di questa tendenza dottrinaria alcuni autori¹²⁴ affermano che le prime e uniche restrizioni in campo successorio siano state introdotte a causa dell'interpretazione giurisprudenziale della *lex Voconia*¹²⁵. Occorre, tuttavia, segnalare che altri studiosi¹²⁶, *contra*, pensano che la capacità giuridica sia stata riconosciuta alla donna in epoca medio o tardorepubblicana e che solo allora la *mulier* abbia iniziato a partecipare alla successione intestata.

¹²³ TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 708.

¹²⁴ VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 710s., ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., 538; VOCI P., *Il diritto ereditario*, cit., in *Studi* II, 28.

¹²⁵ Vd. *infra* cap. 3 § 4.

¹²⁶ SEGRÈ A., *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma 1930, 63 ss.; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, VI, cit., 96 ss., 121 s.; LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, 130 ss. e 172 ss., ID., *La sostituzione pupillare*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento*. III, Milano 1930, 293 ss; LÉVY-BRUHL H., *Hères*, in *Mèl. De Visscher*. 2 (= in *RIDA*. 3 (1949) 136 ss.; SOLAZZI S., *Diritto ereditario romano*, I, 186 ss.; FRANCIOSI G., *Corso istituzionale di diritto romano*, ed.3, Torino 2000, 227; MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 3, 50 s., 107 ss., 122, 201ss; CENERINI F., *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2002, 33s), che cita Monaco.

Il contrasto dottrinale in materia di diritto successorio, esposto per sommi capi, è collegato all'altrettanto vivo dibattito sulla natura della tutela muliebre¹²⁷. Chi crede che la donna, per i primi secoli dell'urbe, sia stata totalmente incapace giuridicamente e, quindi, soggetta ad una *potestas* agnazia la esclude dall'*hereditas*, fino a quando la tutela non perse la sua connotazione potestativa¹²⁸, per trasformarsi, infine, in *munus publicum* a difesa degli impuberi e delle donne¹²⁹. Per l'altra corrente dottrinale il potere degli agnati non era mai stato una *potestas* simile a quella esercitata dal *pater familias*, ma era, piuttosto, uno *ius tutelae*, che non permetteva alla donna di disporre liberamente del suo patrimonio, ma non le toglieva la possibilità di ereditare. La capacità successoria della donna costituiva proprio la ragione per cui era stata prevista una disciplina di controllo, nell'esclusivo interesse degli agnati, che aveva preso il nome di tutela. Anche l'elencazione degli atti di disposizione sottoposti a controllo tutorio, contenuta in *Tit. ex corp. Ulp. 11,27*¹³⁰, la quale include pure l'alienazione delle *res mancipi*, dimostra che l'istituto tutelare deve aver avuto origine nell'antico *ius civile* in relazione alla capacità successoria riconosciuta alla *filia familias*, alla *uxor in manu* e all'agnata.

¹²⁷ Vd. *supra* § 4.

¹²⁸ Per tutti MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 75 ss..

¹²⁹ Fra questi studiosi, però, Monaco¹²⁹ (*Hereditas e mulieres*, cit., 95 e 97 s.) ammette che la concezione assistenziale della tutela era nata in funzione degli impuberi ed era poco adatta alla tutela delle donne. Già Bonfante (*Corso*, I, 558) ha negato che la tutela muliebre abbia avuto carattere protettivo, specificando che proprio per l'impossibilità di trasformarsi in un *munus* perse di rilievo fino a scomparire.

¹³⁰ Vd. *infra* cap.2 § 1.2.

5.2. *Testamenti factio* passiva.

Se pare che la donna potesse ereditare dal *pater* e dai parenti prossimi *ab intestato* già *ab antiquo*, perché le fonti sembrano essere a favore di tale *ius capiendi*, risulta, invece, ben più difficoltoso ricondurre all'epoca antica la capacità delle donne di ricevere per testamento, anche se dalle fonti non risultano riferimenti legislativi che attestino un'incapacità della donna di essere beneficiata con atto di ultima volontà.

Infatti per quanto riguarda la *testamenti factio* passiva, occorre chiedersi da quando il testatore potè nominare la donna erede o riservarle comunque dei beni in via testamentaria. La dottrina¹³¹, che non riconosce lo *status* di *sui iuris* alla donna per il periodo più antico esclude che la *mulier* potesse essere istituita erede o che potesse essere beneficiaria di legati.

Come è noto, l'unica forma di testamento, oltre a quella *in procinctu*¹³², risalente a prima che fossero emanate le leggi delle XII tavole, era quella *calatiis comitis*.

Le fonti¹³³ forniscono poche informazioni sul contenuto e la forma dell'atto in esame:

¹³¹ Vd. *supra* § 4, 4.1 e 4.2.

¹³² Per quanto riguarda il contenuto di questo tipo di testamento le notizie sono scarsissime e, comunemente, si crede che si trattasse di una variazione del *testamentum calatiis comitis*, poiché l'esercito schierato rappresentava i comizi centuriati ed è verosimile che potesse fare le veci dei *comitia curiata*.

¹³³ Le due forme testamentarie antiche sono richiamate anche da Tit. ex corp. Ulp. 20, 2 e Inst. 2,10,1.

Gai. 2,101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Gell. XV,27,3: *Isdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libram adhiberetur.*

Da Gaio e Gellio si viene a sapere che l'assemblea popolare si riuniva, presieduta dal Pontefice massimo, per permettere ai cittadini romani di testare, solo in due giorni dell'anno. L'atto era senz'altro molto solenne: si realizzava, in effetti, presso la sede della più antica assemblea popolare, integrato dalla presenza del massimo esponente del collegio sacerdotale competente in materia giuridico-religiosa. Nessun'altra informazione certa si può ricavare dai testi antichi per gettare luce sul contenuto del testamento presentato di fronte ai comizi curiati¹³⁴.

¹³⁴ COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7 (1956), 41 ss (= *Scritti di diritto romano*. 2, Milano 1973, 631ss.); KASER M., *Das römische Privatrecht*. I, ed.2, München 1971, 166 ntt. 6 e 13; VOCI P., *Linee storiche del diritto ereditario romano*. I. *Dalle origini ai Severi*, in *ANRW*, 2, 14 (1982), 394 ss e ALBANESE B.,

L'opinione dottrinale ad oggi prevalente¹³⁵ crede che il *testamentum calatis comitiis* desse modo al *pater familias*, privo di *sui heredes*, di assegnare ad un altro *pater familias* pubere la fittizia posizione di *filius familias*, in modo che quest'ultimo ottenesse il ruolo di *heres mortis causa* e così, pur essendo *extraneus* alla famiglia, acquistasse il patrimonio del *de cuius*. L'*iter* successorio appena descritto raffigura come fortemente limitata la capacità testamentaria del *pater familias* a causa dell'intangibilità della posizione dei *sui heredes*, la quale caratterizzava il periodo arcaico prima del 450 a.C., epoca in cui ancora la diseredazione non era ammessa dal diritto e l'esistenza di eredi legittimi pare non consentisse al *pater familias* di disporre *mortis causa* dei suoi beni.

La dottrina, quindi, crede che il contenuto del testamento antico fosse analogo all'*adrogatio*¹³⁶; infatti anche questa forma di adozione si attuava alla presenza dei comizi curiati e del Pontefice massimo. Dalla somiglianza formale, come sopradescritta, questi autori sussumono anche quella sostanziale, per cui l'efficacia del testamento antico derivava dalla votazione ad opera dei comizi curiati

Prospettive negoziali romane arcaiche, in *Poteri, negotia, actiones nell'esperienza romana arcaica*, Atti del convegno di diritto romano, Copanello 12 – 15 maggio 1982 (Napoli 1984), 109 s.

¹³⁵ Fra gli altri APPLETON C., *Le testament romain*, cit., 59 s. nt.1; ARANGIO - RUIZ V., *Le genti e le città*, Messina 1914, 61s. (= *Scritti*. I, 577 s.); GANDOLFI G., *Sulla evoluzione della "hereditas" alla luce del regime dei "sacra"* (*Cic. De legibus*, 2, 19-20, 47-49), in *SDHI*, 21 (1955), 243; ARANGIO - RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, ed.14, Napoli 1960, 520ss.; VOCI P., *Diritto ereditario romano*.cit., 16 ss., ID., *Linee storiche del diritto ereditario romano*, cit., 395; TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 716 s.; GUARINO A., *Diritto privato romano*, ed.9, Napoli 1992, 442.

¹³⁶ Vd. Gai. 1,99.

sulla base della proposta del *Pontifex*: in concreto, si trattava di un'*adrogatio mortis causa*. Il *pater familias* pubere nominato per testamento, acquisita la posizione di *filius familias*, diveniva *suus heres* del *de cuius*. In base alla ricostruzione sopraesposta, Monaco¹³⁷, basandosi su Gell. 5.19.10, Gai. 1.101 e Ulp.8.5¹³⁸, afferma che le donne non potessero essere arrogate *per populum*, a causa della ragione indicata da Gellio nella mancanza di *comitiorum communio*. Quindi, con ogni probabilità, si deve escludere che la donna potesse essere istituita erede tramite *testamentum calatis comitiis*. Altra parte della dottrina¹³⁹ ritiene, invece, che Gellio si sia riferito propriamente all'*adrogatio* e non al testamento; tuttavia mi pare difficile negare la probabile comunanza di disciplina dei due istituti.

Un'apertura verso l'ottenimento di beni *mortis causa* a favore delle donne potrebbe trovarsi nella *mancipatio familiae*¹⁴⁰, se si segue quella dottrina¹⁴¹, la quale crede

¹³⁷ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 152.

¹³⁸ Gell. 5,19,10: *Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae dicioni subiciant.*

Gai. 1,101: *Item per populum feminae non adoptantur: nam id magis placuit; apud praetorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumve etiam feminae solent adoptari.*

Tit. ex corp. Ulp. 8,5: *Per praetorem vel praesidem provinciae adoptari tam masculi quam feminae, et tam puberes quam inpuberes possunt. per populum vero romanum feminae quidem non arrogantur; pupilli autem quidem non poterant arrogari, nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini.*

¹³⁹ SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano*, cit., 349 ss; ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 178 ss.

¹⁴⁰ Gai.2,102.

che la *mancipatio familiae* sia stata riconosciuta dalle XII Tavole come autonomo negozio *mortis causa* costituito non dall'*heredis institutio* ma da disposizioni a titolo particolare, la cui attuazione era affidata al *familiae emptor* da parte del *de cuius*, che incaricava il fiduciario di destinare in un certo modo i cespiti ereditari. Si potrebbe credere che il *de cuius*, già in epoca decemvirale, potesse disporre lasciati a favore delle *filiae* e della moglie in *manu*. Tuttavia bisogna considerare che è ancora aperto un acceso dibattito sull'origine e sulla natura di questo atto.

Solo con l'introduzione del *testamentum per aes et libram* fu superata l'intangibilità della posizione dei *sui heredes* e fu, quindi, possibile nominare un terzo come erede, senza che lo stesso dovesse ricoprire la posizione fittizia di *filius familias*. Fu a quel tempo che, sicuramente, anche la donna poté essere istituita erede oltre ad essere beneficiata tramite legati. Questo *testamentum*, oltre a prevedere la nomina dell'erede, tipica del testamento comiziale, conservava la struttura e la finalità della *mancipatio familiae*.

¹⁴¹ Fra gli altri COSTA E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, ed.2, Torino 1925, 545 s.; LÉVY- BRUHL H., *La tutelle des XII Tables*, cit., 319 nt.4; ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico*, cit., 433 ss; ID., *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 437 nt.25; AMELOTTI M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 33; TALAMANCA M., *Istituzioni*, cit., 718 e 736; FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 81.

6. Il *Consortium ercto non cito*.

La donna, con ogni probabilità, poteva ottenere beni tramite successione *ab intestato* già dal V sec. a.C. se non prima ed *ex testamento* dalla seconda metà del IV a.C.; perciò, da titolare di beni, era sottoposta al controllo dei tutori. È necessario, a questo punto, inquadrare il rapporto fra la *mulier sui iuris* e i tutori legittimi, suoi coeredi, nell'ambito familiare. A tal fine si deve vedere come cambiava l'assetto della famiglia dopo la morte del *pater*, partendo da un passo del Digesto attribuito ad Ulpiano:

D. 50,16,195,2 (*Ulpianus, libro quadragensimo sexto ad edictum*):...*Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt.*

Il frammento ulpiano testimonia che, dopo la morte del *pater familias*, i suoi *fili* divenivano *sui iuris*, costituendo una pluralità di *familiae proprio iure*.

La donna, non avendo *sui heredes*, era *caput et finis familiae suae*:

D.50,16,195,5 (*Ulpianus, libro quadragensimo sexto ad edictum*): *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.*

Nonostante fossero divenuti *sui iuris*, i discendenti mantenevano i reciproci legami familiari come attesta D. 50,16,195,2:

...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.

Le persone sottoposte in precedenza al potere dello stesso *pater familias*, in effetti, pur creando singoli nuclei familiari, continuavano ad essere uniti dal vincolo della parentela agnatizia e l'insieme di agnati costituiva la *familia* detta "di diritto comune".

La valenza potestativa della tutela legittima, oltre a trovare *humus* nella condizione subalterna della donna romana all'interno della famiglia arcaica e nella necessità di mantenere integro il patrimonio agnatizio, è confermata dalla diffusa applicazione, *ab antiquo*, del *consortium ercto non cito*: un istituto di origine arcaica¹⁴², il cui regime è messo in luce da Gaio nei frammenti delle sue Istituzioni rinvenuti ad Antinoe¹⁴³:

Gai. 3,154a: *Est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum. Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est; unde caedere et secare et dividere dicimus.*

¹⁴²Cfr. MASCHI C.A., *Il Diritto romano*. I, cit., 173.

¹⁴³ Pubblicati da ARANGIO-RUIZ V., 1182. *Frammenti d Gaio*, in *Pubblicazioni della Società italiana per la ricerca di papiri greci e latini*, 11 (1935).

Il giurista, vissuto all'epoca degli Antonini, in questo primo paragrafo, riferisce che, un tempo, fra gli eredi *ab intestato* del *pater familias* si creava una *societas* legittima e naturale, la quale era detta di “ dominio non diviso”. Quindi, anticamente, le persone sottoposte alla *patria potestas* o alla *manus* del *de cuius-pater familias*, alla morte del medesimo, gli succedevano su un piano di uguaglianza e fra loro si stabiliva, in automatico¹⁴⁴, il *consortium* succitato.

Questa particolare comunione evitava la disgregazione del patrimonio che era appartenuto al *pater*.

I *consortes*, da coeredi e comproprietari, subentravano nella titolarità dell'asse ereditario, lasciandolo indiviso e godendo dello stesso in comune. Le Istituzioni gaiane forniscono altre informazioni in merito al regime patrimoniale che si instaurava tra i *consortes*:

Gai. 3, 154b: ... *In hac autem societate fratrum (...)*
illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem
servum manumittendo liberum faciebat et omnibus
libertum adquirebat: item unus rem communem
mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat...

Gaio spiega che ciascuno dei *consortes* poteva disporre singolarmente di ogni bene afferente al patrimonio stesso, poiché era titolare dell'eredità indivisa¹⁴⁵. La dottrina

¹⁴⁴ MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 35 e 37. Per l'esistenza del *consortium* non era necessario un atto costitutivo: lo stesso si creava con il verificarsi del fatto giuridico della morte del *pater familias* e si manteneva integro salvo volontà contraria dei *sui heredes*.

¹⁴⁵ FAYER C., *La familia romana*, cit., 26 ss.

ritiene che, come il singolo coerede aveva diritto di disporre per l'intero, il singolo *consors* dovesse essere dotato anche di uno *ius prohibendi*; quindi della facoltà di opporre il proprio veto agli atti sgraditi che gli altri *consortes* volessero attuare¹⁴⁶.

Le quote patrimoniali delle *mulieres sui iuris*, nubili o vedove, restavano anch'esse nel comune asse ereditario.

È verosimile che le donne facenti parte del *consortium* rimanessero, anche se *sui iuris*, in una condizione personale e patrimoniale subalterna, sottoposte alla tutela dei *consortes*, loro *fratres*, figli o fratelli del marito, gli unici ad essere, in concreto, titolari del potere di disporre del patrimonio familiare.

I tutori della donna erano i *consortes*, quindi, nella loro qualità, in tutti i casi, potevano agire in proprio¹⁴⁷.

All'interno del *consortium* la volontà dei *tutores* non integrava quella della donna, ma costituiva l'elemento unico e determinante per porre in essere qualsivoglia atto. Il ruolo della donna era per così dire neutralizzato: la si può cioè considerare come un soggetto passivo e non attivo all'interno della comunione ereditaria¹⁴⁸.

La donna *sui iuris* acquistava la limitata capacità dispositiva concessale dal diritto solo se e dal momento in

¹⁴⁶ Fra gli altri FREZZA P., *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario*, (1899-1948), Napoli 1948, 536 s; ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano*, Napoli 1950, 12; GALLO F., *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, cit., 231 e 236; SERRAO F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*.I, Napoli 1984, 76; FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 11.

¹⁴⁷ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 40.

¹⁴⁸ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, ultimo cit., 39.

cui fosse stata realizzata la divisione del patrimonio paterno; in tal caso, come attestano le fonti pervenuteci¹⁴⁹, per il perfezionamento di qualsivoglia negozio giuridico afferente ai beni muliebri, salvo quelli di scarsa importanza economica, sarebbero stati necessari la presenza e la volontà della donna, oltre all'*auctoritas* dei tutori, perché solo la *mulier* avrebbe avuto la titolarità del patrimonio di cui disporre. La donna, quindi, prima della *divisio*, risultava proprietaria di una potenziale titolarità ereditaria, come se si trattasse di una sorta di “nuda proprietà” su una quota parte di un tutto.

È errato, invece, vedere nel *consortium* un elemento probante dell'esclusione delle *mulieres*, *ab antiquo*, dalla successione *ab intestato*¹⁵⁰ e/o della permanenza delle stesse nella condizione di *alieno iuri subiectae*. Questa opinione è stata sostenuta da ultimo da Monaco¹⁵¹, la quale, per escludere che le donne abbiano fatto parte della *societas* consortile, fa leva sul fatto che Gaio abbia citato i *fratres* e non le *sorores*; tuttavia, a parere di chi scrive, il dato linguistico non si può considerare decisivo.

Pensare alle donne come membri passivi di una *societas*, la quale si creava in automatico fra coloro che erano stati soggetti alla potestà di un unico capostipite, non appare inverosimile, se si tiene conto che la donna avrebbe potuto ottenere l'autonomia tipica dell'essere erede e *sui iuris* tramite la *divisio* del patrimonio comune. Certo, la divisione in quote individuali delle ricchezze paterne

¹⁴⁹ Vd. *infra* cap.2 § 1.2.

¹⁵⁰ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, ultimo cit., 31s.. L'autrice crede che l'allagamento del diritto successorio a favore delle donne non sia riferibile all'età arcaica.

¹⁵¹ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, ultimo cit., 32.

potrebbe anche non avvenire¹⁵², poichè la comunione era conforme all'interesse superiore di mantenere integro il patrimonio della *familia communi iure*; interesse da cui, come abbiamo visto, era fortemente influenzata la configurazione stessa dell'istituto tutelare primitivo. In ogni caso è certo che, a partire dall'ultimo secolo della Repubblica, il *consortium hereditatis* non cado in desuetudine¹⁵³.

A sostegno di questa tesi mi sembra importante l'argomentazione formulata da Peppe¹⁵⁴, partendo dalla lettura di un paragrafo gaiano.

Gai. 2,47: *Item mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: et ita lege XII tabularum cautum est.*

La norma relativa all'inusucapibilità delle *res mancipi* appartenenti a una donna è stata recepita dalle XII Tavole. Peppe non analizza il tema oggetto di Gai. 2,47¹⁵⁵, ma parte dal dettato del paragrafo, per dimostrare che la donna, già prima dell'emanazione della legge decemvirale, poteva essere proprietaria di *res mancipi*, quindi, per

¹⁵² Da sottolineare che serbare le ricchezze paterne indivise garantiva l'iscrizione dei *consortes* alla stessa classe censitaria a cui era appartenuto il *pater familias* defunto, mantenendo intatta l'importanza della *familia* in ambito sociale. Cfr. FAYER C., *La familia romana*, cit., 27 e 28.

¹⁵³ FAYER C., *La familia romana*, cit., 28.

¹⁵⁴ PEPPE L., Rec. di L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, LI (2000), 212.

¹⁵⁵ Vd. *infra* p.76 e nt.171.

essere tale, doveva esserle proprio lo *status* di *sui iuris*. L'autore, perciò, non ha dubbi nell'affermare che la donna partecipasse in modo subalterno al *consortium*, avendo la stessa capacità successoria degli altri *consortes*. La tutela legittima, in effetti, secondo Peppe, impediva alla donna la sola disponibilità dei beni comuni, ma non di appartenere alla società consortile¹⁵⁶.

Considerando come presupposto la capacità illimitata della donna a ricevere *mortis causa ab intestato*, mi pare, dunque, che sia da accogliere la concezione del *consortium* come una *societas* in cui, probabilmente, in una dimensione di convivenza agnatizia, l'uomo agiva per la donna, l'adulto per l'impubere e il presente per l'assente¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. anche in PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana*, cit., 150 s.

¹⁵⁷ Cfr. VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 554. L'Autore, inoltre, è convinto che la donna fosse dotata di una piena capacità successoria fin dalle origini.

CAPITOLO SECONDO

FUNZIONE

1. Funzionamento dell'istituto. 1.1. Funzioni del *tutor mulieris*. 1.2. Atti con *auctoritas* e *sine tutoris auctoritate*. 1.2.1. La *testamenti factio* attiva. 2. L'esenzione dalla tutela per le vestali: datazione e ragione. 3. Funzione storica dell'istituto. 3.1. *Ratio* apparente: la debolezza d'animo muliebre. 3.2. Scopo reale: la difesa degli interessi patrimoniali degli agnati. 3.2.1. Priorità della tutela testamentaria fin dal V sec. a. C.

1. Funzionamento dell'istituto.

Per quanto riguarda la concreta incidenza della tutela sulla sfera negoziale della donna ci sono giunte solo delle notizie giurisprudenziali tarde, dalla cui analisi è possibile dedurre soltanto ipotesi in merito al regime precedente.

1.1. Funzioni del *tutor mulieris*.

Incominciamo la nostra analisi sul ruolo del *tutor* da un passo ulpiano:

Tit. ex corp. Ulp. 11, 25: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.*

Per l'antico *ius civile* il tutore assumeva la funzione di controllo su tutti i più importanti negozi giuridici di

disposizione che la donna avrebbe, dunque, potuto compiere validamente solo con il suo consenso¹⁵⁸; tuttavia la ^{donna}, a differenza dei pupilli, ^{amministrava da sé il proprio patrimonio}¹⁵⁹. La *mulier*, in effetti, compiva personalmente i singoli atti giuridici con l'approvazione del tutore¹⁶⁰, anche se non tutta la dottrina è d'accordo su questo punto. Mi riferisco in particolare al recente lavoro di Casado Candelas¹⁶¹, la quale sostiene che, per il diritto più antico, la disciplina della tutela muliebre fosse in tutto identica a quella del corrispondente istituto pupillare; quindi, secondo l'autrice, erano previsti la *negotiorum gestio* e il relativo regime di responsabilità anche in capo al tutore muliebre. A ciò si può obiettare che, nei primi secoli, anche la tutela dell'età non prevedeva queste funzioni per il *tutor*; tant'è vero che la madre, la quale si occupava anche dell'educazione dei fanciulli, amministrava il suo patrimonio ed anche quello dei suoi figli impuberi, fino a quando la *Lex Atilia* decretò, innovando, che il tutore assumesse obbligatoriamente anche l'incarico di gestire le sostanze pupillari, con la conseguente introduzione dell'*actio tutelae*: questa era un'azione di rendiconto diretta e contraria, il cui presupposto era, da parte del tutore, l'effettiva amministrazione del patrimonio del minore. L'azione era esperibile contro il tutore inerte o che avesse posto in essere una cattiva amministrazione. Poteva agire in giudizio con l'*actio directa* l'ex pupillo, una volta raggiunta la pubertà, o il nuovo tutore, quando il precedente avesse cessato l'ufficio prima che il minore

¹⁵⁸ BONFANTE P., *Corso di diritto romano*. I. cit., 561.

¹⁵⁹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 58 e 74 ss.

¹⁶⁰ La figura della donna è simile a quella del *pupillus pubertati proximus*.

¹⁶¹ CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 69 ss

avesse compiuti i quattordici anni di età. L'obbligo di gestire il patrimonio del minore interessò, per primo, il tutore decretale, avendo il medesimo il dovere di proteggere gli interessi del minore; tale regime di responsabilità fu esteso, in età classica, al tutore testamentario e, in periodo postclassico, a quello legittimo a causa dell'avvicinamento dei tre tipi di tutela¹⁶².

I compiti originari del tutore degli impuberi erano, dunque, limitati, come sempre fu per il *tutor mulierum*, alla prestazione dell'*auctoritas*, la quale era prevalentemente diretta a tutelare le aspettative del tutore e della famiglia. Per quanto riguarda gli atti formali, l'*auctoritatis interpositio* doveva essere rilasciata in forma solenne. Quando invece prevalse l'elemento del *munus*, il consenso fornito dal *tutor* in campo negoziale assunse un ruolo integrativo della volontà dell'impubere. Quindi, *ab antiquo* e fino all'epoca classica, il tutore, che non fosse decretale, molto spesso si limitava a sorvegliare la gestione del patrimonio pupillare portata avanti dalla madre-educatrice. Tornando alla tutela *mulierum*, l'assenza di responsabilità del tutore nei confronti della *mulier* in ogni tempo è confermata dalle Istituzioni gaiane:

Gai.1,191: *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt.*

La donna, poiché gestiva da sé il suo patrimonio, non poteva intentare l'*actio tutelae* contro il tutore; l'azione, appunto, aveva come presupposto la gestione dei beni del tutelato; allo stesso modo e per la medesima motivazione,

¹⁶² TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 163ss.

anche i restanti mezzi giuridici a difesa del pupillo contro una inetta o dolosa amministrazione del tutore, quali *l'accusatio suspecti tutoris*, la *cautio rem salvam fore* e *l'actio rationibus distrahendis*, non riguardavano le *mulieres*¹⁶³. Si distanzia dalla *communis opinio* Guzman¹⁶⁴, il quale, nonostante il chiaro dettato del frammento gaiano, ritiene che la donna potesse esperire *l'actio tutelae* contro il tutore. L'autore basa, principalmente, la sua opinione su un passo del Digesto attribuito a Paolo:

D. 26,8,17 (Paulus, VI ad edictum): *si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturum consequitur.*

Guzman osserva che il tutore doveva risarcire il pupillo nel caso in cui il suo patrimonio avesse subito pregiudizio a causa del comportamento del *tutor*, il quale non aveva prestato *l'auctoritas* agli atti.

Da ciò l'autore deduce che anche la *mulier*, almeno nel caso in cui il pretore fosse già intervenuto a favore della donna ed il *tutor* insistesse a non autorizzare l'atto, potesse intentare l'azione di tutela. Tuttavia Guzman stesso precisa che questa è solo un'ipotesi, poiché, in effetti, *l'actio tutelae* era intentata dal pupillo *finita tutela*, perciò bisognerebbe pensare a degli escamotage che legittimassero la donna ad agire.

¹⁶³ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 58 nt.13 e 75 ss; ID., *Studi*.II, cit., 38 e nt.64.

¹⁶⁴ GUZMAN A., *Sobre la responsabilidad del "tutor mulieris"*, in *ADHE*, XLVI (1976), 145 ss.

Inoltre aggiungo che se il tutore era stato obbligato dal pretore a prestare *l'auctoritas* doveva darla, a quel punto, solo *dicis causa*, perciò il suo consenso non influiva più sulla validità dell'atto, dato che la donna era stata autorizzata dal pretore a compiere il negozio. Quindi, anche per questo motivo, non è pensabile che la *mulier* avesse bisogno di intentare un' *actio* contro il tutore.

Per concludere sottolineo che, in questo caso, il regime previsto per l'impubere era esattamente opposto rispetto a quello per le *mulieres*. La donna, almeno da una certa epoca, come si vedrà meglio in seguito, potè rivolgersi al pretore, per ottenere la *coercitio* del consenso tutorio ad *actum*, mentre non poteva agire con *actio tutelae*, a causa dei motivi specificati *supra*. Perciò basti considerare che nel caso in cui il tutore fosse stato anche amministratore del patrimonio muliebre, i rapporti fra le parti si sarebbero regolati sulla base del mandato o della gestione d'affari.

Invece per quanto riguarda il pupillo, come ci spiega Paolo in D. 26,8,17, “il pretore non poteva costringere il tutore a prestare *l'auctoritas*, perché sarebbe stato ingiusto, sia se ciò convenisse al pupillo che in caso contrario, in quanto l'impubere sarebbe stato risarcito tramite *actio tutelae*.”

1.2. Atti con *auctoritas* e *sine tutoris auctoritate*.

Chiarito quale fosse il ruolo del tutore muliebre, vediamo quali erano gli atti giuridici rientranti nella sfera di controllo del *tutor*, ancora in epoca classica, Ulpiano elenca i principali ambiti in cui la donna doveva agire *tutore auctore*:

Tit. ex corp. Ulp. 11,27: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec Mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.*

Per quanto riguarda la legittimazione a stare in giudizio, alla *mulier sui iuris*, senza l'*auctoritas* del tutore, non era consentito intentare una *legis actio* o un *legitimum iudicium*. La donna che volesse promuovere una lite o difendersi in giudizio doveva farlo affiancata dal tutore, mentre poteva agire autonomamente nei *iudicia imperio continentia*. Quindi, *ab antiquo*, l'intervento del *tutor* deve essersi reso necessario nell'allora unico processo per *legis actiones*, formalmente abolito da Augusto nel 17 a.C. con la *lex Iulia iudiciorum privatorum*¹⁶⁵.

Sempre in materia processuale, si apprende dalle Istituzioni gaiane che, *olim*, quando era in vigore il sistema processuale delle *legis actiones*, qualora la lite vedesse la donna o il pupillo contrapposti al tutore, poiché il *tutor* non poteva svolgere il suo ruolo *in rem suam*, si dava un altro tutore che prestasse l'*auctoritas* nel processo:

Gai.1, 184: *Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur; qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam*

¹⁶⁵ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 92 ss.

putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.

Tale *tutor* era detto *praetorius*, perché dato dal pretore urbano¹⁶⁶. La giurisprudenza si era divisa fra coloro che consideravano questa nomina necessaria solo per le *legis actiones* e altri giureconsulti, i quali asserivano che l'affiancamento del *tutor praetorius* fosse ancora necessario per i *iudicia legitima*. È questa seconda opinione ad essere corretta, perché, come si è visto nell'Epitome *Ulpiani*, la donna aveva bisogno dell'*auctoritas* del tutore “*si lege aut legitimo iudicio agant*”.

Passiamo ora alla materia negoziale.

La donna non poteva compiere in autonomia qualunque negozio e contrarre una qualsivoglia obbligazione inerenti alla sfera dell'antico *ius civile*: si voleva infatti evitare che potesse indebitarsi o depauperare il suo patrimonio¹⁶⁷.

L'Epitome *Ulpiani*, in merito all'aspetto obbligatorio e negoziale, è piuttosto generica, mentre Gaio, in vari paragrafi delle sue Istituzioni, specifica i particolari atti che la donna non poteva porre in essere senza il consenso tutorio: innanzitutto la *mancipatio* o l'*in iure cessio*. Perciò le era vietato, in autonomia, alienare le *res Mancipi*¹⁶⁸,

¹⁶⁶Cfr. Tit.ex corp. Ulp.11,24: *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest), qui " praetorius tutor" dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit.*

¹⁶⁷ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 99 ss..

¹⁶⁸ Gai. 2,80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutore auctore rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.*

come specificato in Tit. ex corp.Ulp.11,27, ed effettuare una *manumissio*¹⁶⁹. L'usufrutto su un fondo, pur non essendo *res Mancipi*, si costituiva mediante *in iure cessio*, perciò rientrava fra gli atti *cum tutoris auctoritate*; lo stesso valeva per la costituzione di una servitù prediale urbana¹⁷⁰.

Le *res Mancipi* che appartenevano alle donne, come stabilito dalle dodici Tavole, non potevano essere usucapite. Faceva eccezione solo il caso dell'alienazione di *res Mancipi* tramite *traditio tutore auctore*¹⁷¹. L'*usucapio*, in questa fattispecie, fungeva da rimedio all'alienazione irregolare, la quale, pur essendo avvenuta non tramite *mancipatio* ma con la semplice consegna del bene, era stata però compiuta con il consenso del tutore¹⁷². Questa regola si modificò gradualmente ad opera della giurisprudenza tardo repubblicana e classica¹⁷³, la quale

¹⁶⁹ Tit.ex corp. Ulp.1,17: *Mulier, quae in tutela est, item pupillus et pupilla manumittere non possunt.* Vi è un accenno all'affrancamento di schiavi anche in Cicerone, *Pro Caelio*, 68, ove si legge che Clodia aveva liberato dei servi con il consenso e l'*auctoritas* dei suoi nobil e illustrissimi parenti. In *Fragmentum Dositheanum* 15, conservato in *FIRA*, 2, 620s., si accenna alla facoltà di manomettere autonomamente schiavi delle donne con *ius liberorum*. Ci si occuperà di quest'ultimo istituto, di epoca augustea, *infra* cap.4 § 2.

¹⁷⁰ *Fragm.Vat.45* (Paulus, *lib. II manualium ex tribus*): *Tametsi usus fructus fundi Mancipi non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienare eum mulier non potest, cum aliter quam in iure cedendo id facere non possit nec in iure cessio sine tutoris auctoritate fieri possit. Idemque est in servitutibus praediorum urbanorum.*

¹⁷¹ Gai. 2,47: *Item mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: et ita lege XII tabularum cautum est.*

¹⁷² Cfr. BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, 2 ed., Torino 2011, 294.

¹⁷³ BONFANTE P., *Corso*, I, cit., 561.

stabilì che il terzo a cui la donna aveva alienato una *res Mancipi sine tutoris auctoritate* o che aveva ricevuto scientemente quella di un falso tutore, visto che la donna poteva alienare liberamente il possesso, otteneva i frutti della cosa, secondo alcuni giuristi *pro emptore*, secondo altri *pro possessore*¹⁷⁴. Giuliano, infine, ammise l'*usucapio ex Rutiliana constitutione* della *res Mancipi* nel caso in cui l'acquirente avesse pagato il prezzo, a meno che la donna, interrompendo il termine, non offrisse di restituire la somma¹⁷⁵.

Erano sottoposte al controllo dei tutori anche la *conventio in manum*, nella forma della *coemptio*¹⁷⁶, dato che provocava la rottura dei legami agnatizi e gentilizi con la conseguente perdita dei diritti ereditari *ab intestato*¹⁷⁷, la costituzione di dote¹⁷⁸, perché poteva essere composta da

Così Fr. Vat. 1: *Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.*

¹⁷⁴ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, Napoli 2006, 135.

¹⁷⁵ PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., 511 nt. 5.

¹⁷⁶ Gai., 1,115 e Gai.1,195a. Un accenno in Cic., *pro Flacco*, 84.

¹⁷⁷ Vd. più approfonditamente *infra* cap. 3 § 2.2. e § 3 in tema di *coemptiones fiduciariae*.

¹⁷⁸ Gai. 1,178 e 180. Cfr. anche Tit. ex corp.Ulp. 11,20 e 21. Vd. *infra* cap. 4 § 2 dove si analizzeranno queste fonti in merito alla sostituzione del tutore incapace o assente prevista nel I sec. d.C..

res Mancipi o prevedere l'assunzione di obbligazioni, l'*aditio hereditatis*¹⁷⁹, poiché l'eredità avrebbe potuto implicare anche dei debiti¹⁸⁰.

La donna necessitava dell'affiancamento del tutore non solo per creare obbligazioni ma anche per estinguerle, quindi nel caso in cui volesse compiere una *acceptilatio*¹⁸¹. In *Tit. ex corp. Ulp.* 11,27 si legge, inoltre, che la patrona non poteva permettere a una propria liberta di unirsi in contubernio con uno schiavo altrui senza il consenso del tutore. Zannini¹⁸² ha visto in quest'ultimo impedimento un'applicazione del veto di alienare le *res Mancipi* senza l'*auctoritatis interpositio* tutoria. Tuttavia Sitzia¹⁸³, giustamente, replica che la condizione libertina nulla aveva a che vedere con quella servile; perciò l'unico depauperamento che il patrimonio muliebre avrebbe subito, se l'*ex domina*, con il consenso tutorio, avesse permesso ad una propria liberta di iniziare una convivenza permanente con uno schiavo altrui, sarebbe consistito nella perdita del diritto alle *operae*¹⁸⁴, dato che la donna di

Accenni sulla nullità della dote costituita senza l'*auctoritas* del tutore in Cic. *Pro Flacco*, 86 e ID., *Pro Caecina*, 72.

¹⁷⁹ Gai. 1,176 e anche *Tit. ex corp. Ulp.* 11,22. Vd. *infra* cap. 4 § 2.

¹⁸⁰ Cfr. ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit, 109.

¹⁸¹ Gai.2,85 e Gai.3, 171 (in nt. 186).

¹⁸² ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit, 92.

¹⁸³ SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. I. cit., 172 nt. 10.

¹⁸⁴ Si sottolinea che era l'unico caso in cui la patrona avrebbe perso questo diritto, poiché, a differenza del patrono (D.38,1,48pr. (Hermogenianus, *libro secundo iuris epitomarum*): *Sicut patronus, ita etiam patroni filius et nepos et pronepos, qui libertae nuptiis consensit, operarum exactionem amittit: nam haec, cuius matrimonio consensit, in officio mariti esse debet*), lo conservava quando aveva dato il consenso alle *iustae nuptiae* della liberta.

condizione libertina sarebbe stata oggetto di una *capitis deminutio maxima* per effetto del senatoconsulto Claudiano¹⁸⁵.

Inoltre, la *mulier* non era nemmeno libera di disporre autonomamente dei propri beni *mortis causa*¹⁸⁶.

Alla donna, come al pupillo, era consentito, viceversa, l'acquisto di diritti patrimoniali vantaggiosi; perciò i tutelati potevano acquistare sia *res Mancipi* che *res nec Mancipi*¹⁸⁷ senza l'*auctoritas* del tutore.

Le limitazioni alla capacità d'agire femminile erano, comunque, ridotte rispetto a quelle previste per l'impubere: è sicuro che la donna potesse autonomamente ricevere un pagamento¹⁸⁸ ed alienare le *res nec Mancipi*¹⁸⁹; tale ultima categoria di cose, infatti, costituiva semplice

Cfr. D.38,1,48,2 (Hermogenianus, *libro secundo iuris epitomarum*): *Patronae, item filiae et nepti et pronepti patroni, quae libertae nuptiis consensit, operarum exactio non denegatur, quia his nec ab ea quae nupta est indecore praestantur.*

¹⁸⁵ Come afferma GIDE P., *Étude sur la condition privée de la femme*, cit., 106 nt. 3, richiamato dallo stesso Zannini in *Studi sulla tutela*, 1, cit., 90 nt.18.

¹⁸⁶ Relativamente alla *testamenti factio* attiva muliebre si argomenterà *infra* § 1.2.1.

¹⁸⁷ Gai.2,83: *Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutore auctore solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutore auctore concessum est.*

¹⁸⁸ Gai.2,85: *Mulieri vero etiam sine tutore auctore recte solvi potest: nam qui solvit, liberatur obligatione, quia res nec Mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutore auctore possunt. Quamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam; at si non accipiat, et habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutore auctore liberare, non potest.*

Gai.3,171: *Quamvis autem fiat acceptilatio imaginaria solutione, tamen mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest, cum alioquin solvi ei sine tutore auctore possit.*

¹⁸⁹ Gai.2,80 (in nt.166) e Gai. 2,85.

ricchezza per la *familia* arcaica e non fattore indispensabile per la sussistenza della stessa¹⁹⁰. Da quest'ultima possibilità derivava la facoltà di concedere del denaro a mutuo¹⁹¹.

Un discorso a parte merita la *solutio indebiti*, istituto generalmente trascurato dalla dottrina in relazione al nostro tema, ma esaminata da Gaio nelle sue *Institutiones*:

Gai. 3,91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

A parere di alcuni giuristi, da cui Gaio sembra prendere le distanze, il pupillo o la donna, a cui sia stato pagato un indebito per errore, senza che fossero affiancati dal tutore, non erano tenuti alla restituzione di quanto ricevuto, come non lo erano se ricevevano del denaro a mutuo. Si potrebbe obiettare che la donna, a differenza del pupillo, poteva dare del denaro a mutuo senza il consenso del tutore, ma bisogna considerare che, viceversa, non era obbligata a restituire il *tantundem* se aveva contratto un

¹⁹⁰ TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 167 ss.

¹⁹¹ Gai.2,81: *Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutore auctore dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet ea pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.*

mutuo passivo *sine tutore auctore*. Tuttavia Giuliano, in un passo conservato nel Digesto, non sembra avere dubbi sull'obbligo di restituzione in capo alla donna che aveva ricevuto un pagamento per conto altrui, quando non fosse intervenuta la ratifica del *dominus negotii*:

D.16,1,15 (Iulianus, *libro quinquagesimo primo digestorum*): *Si mulieri solvero id quod tibi debebam et ab ea ratam rem te habiturum stipulatus fuero et forte te ratum non habente agere ex stipulatu instituero, exceptio senatus consulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri: non enim videri potest alienam obligationem recusare, cum maneam debito obligatus, et ipsa de lucro agat ac potius reddere cogatur quod non debitum acceperat, quam pro alio solvere.*

Giomaro¹⁹², dopo aver osservato che in questo caso non si fa riferimento alla presenza di un tutore e che, più che altro, si contravviene al divieto di *pro alio solvere*, spiega l'efficacia della *constitutio indebiti* contro la donna con il fatto che l'indebitum non entra in proprietà del ricevente, perciò con la sua restituzione la donna non alienava ciò che era suo. Inoltre l'autrice, giustamente, pensa che Gaio *Inst.* 3,91 si sia distanziato dall'opinione di chi pensava che la donna e il pupillo non fossero obbligati alla restituzione dell'indebitum ricevuto *sine tutoris auctoritate*, spiegando che il mutuo è un contratto mentre (*sed*) il pagamento dell'indebitum è un'obbligazione che non si fonda su un *contractus*, perciò deve avere effetti diversi,

¹⁹² GIOMARO A., *Unde quidam putant* (Gai.3,91): *non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, 298 ss., 302, 319 ss.

compreso l'obbligo per la donna ed il pupillo di restituire quanto indebitamente ricevuto. Quindi con questo paragrafo il giureconsulto, spiegando che la *solutio indebiti* non è un'obbligazione *ex contractu*, sembra sostenere che accettare un indebito è diverso da ottenere del denaro a mutuo; perciò la *mulier* e l'impubere, in tal caso, dovevano restituire quanto ricevuto indebitamente anche se ciò era avvenuto *sine tutore auctore*.

Tentiamo ora di ricavare dall'analisi della disciplina dei singoli negozi un giudizio complessivo sull'autonomia gestionale della donna nel periodo di transizione fra epoca arcaica ed età repubblicana. A tal proposito secondo Melillo¹⁹³ gli ambiti di autonomia riconosciuti alla donna non sembrano compatibili con il regime antico della tutela agnaticia "troppo attento alla conservazione del patrimonio femminile per consentire l'esercizio di situazioni economiche rilevanti". L'autore sostiene che questi diritti muliebri siano emersi con il passare dei secoli, quale effetto di una graduale differenziazione delle capacità dell'adulta rispetto a quelle dell'impubere, con l'apertura verso negozi giuridici non formali.

Non si deve pensare, tuttavia, che la libera alienazione delle *res nec Mancipi* sia incompatibile con l'epoca antica, riducendo la donna, per le origini, ad una condizione analoga a quella del pupillo. Tuttavia occorre tener conto del fatto che, in epoca antica, i patrimoni, in effetti, erano composti prevalentemente da *res Mancipi*: quindi il controllo tutorio, come *condicio sine qua non* per il compimento degli atti sopra elencati e comprovati dalle fonti, di fatto impediva alle *mulieres* di alienare i loro beni più preziosi sia *inter vivos* che *mortis causa*. Le donne

¹⁹³ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 138s.

potevano disporre del solo reddito derivante dal proprio patrimonio¹⁹⁴. Fino alla media repubblica, in concreto, il potere del tutore mantenne sotto controllo l'intero patrimonio della donna.

Il regime limitativo della capacità di agire della *mulier* e la stessa esistenza dello istituto tutelare risposero palesemente alle esigenze dell'economia agricola propria dell'epoca antica; ciò spiega chiaramente i motivi per cui, a partire dai secoli intermedi del periodo repubblicano, quando i cambiamenti di natura economica e sociale si fecero più accentuati, si iniziò ad avvertire la difficoltà di comprendere la *ratio* secondo la quale la donna potesse, senza il consenso tutorio, alienare *res nec Mancipi* di elevatissimo valore, mentre dovesse necessitare dell'*auctoritatis interpositio* tutoria per trasferire la proprietà di uno schiavo o di un animale, che valevano, a quell'epoca, qualche centinaio di sesterzi¹⁹⁵. Gaio andò oltre questa perplessità di età repubblicana, criticando apertamente, in Gai. 1,190¹⁹⁶, la giustificazione dell'istituto e la sua stessa esistenza ancora in epoca classica. Gaio era, dunque, consapevole che la disciplina dell'istituto non si era adeguata allo sviluppo sociale, ma si era cristallizzata, perdendo sempre più rilievo ed utilità, a

¹⁹⁴ CANTARELLA E., *Passato prossimo*, cit., 67.

¹⁹⁵ Così TALAMANCA M., *Istituzioni*, cit., 169.

¹⁹⁶ 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.* Sul contenuto fortemente critico del passo ed il suo confronto con Gai. 1, 144 si dirà al cap.4 § 5.

causa dell'affievolirsi dei vincoli familiari e dei mutamenti economici e commerciali.

1.2.1. *La testamenti factio* attiva.

Dopo aver analizzato¹⁹⁷ la capacità di ricevere della donna *ab intestato* ed *ex testamento*, si cercherà, nel presente paragrafo, di fare chiarezza sulla *testamenti factio* attiva muliebre, altro atto da compiersi *cum tutoris auctoritate*.

Consideriamo prima di tutto la possibilità per una donna di servirsi delle forme testamentarie antiche: *calatis comitiis* e *in procinctu*.

Escludendo senz'altro che la *mulier* potesse testare davanti all'esercito schierato prima della battaglia, la dottrina si è molto interrogata sulla possibilità o meno per la donna di accedere ai comizi al fine di testare. È noto che alla *mulier* non era riconosciuto alcun diritto pubblico, pur essendo *civis*, perciò non era membro delle assemblee popolari e pare difficile, da quanto osservato in tema di capacità di ricevere *ex testamento*, che potesse parteciparvi per dichiarare le proprie ultime volontà. A parere della dottrina dominante¹⁹⁸ la donna non poté testare prima

¹⁹⁷ Vd. *supra* cap.1 § 5.

¹⁹⁸ Cfr. APPLETON C., *Le testament romain. La methode du droit comparè*, cit., 65; LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento* cit.,130 ss. e 174 ss., ID., *La sostituzione pupillare*, cit., 293 ss; GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 868; SEGRÉ A., *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma 1930, 64; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, cit., 194; MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 464; VOCI P., *Diritto ereditario romano*, cit., 393; WATSON A., *The law of persons in the later roman republic*, cit., 153; ID., *The*

dell'introduzione del *testamentum per aes et libram*, a causa dell'esclusione dai comizi. Voci¹⁹⁹, in particolare, sottolinea che la donna avrebbe avuto la possibilità di fare testamento con il consenso dei tutori, ma la sua non sarebbe stata una "libera" *testamenti factio*²⁰⁰. Biondi e Maschi²⁰¹, invece, si distanziano nettamente dall'opinione dominante, poiché pensano che le donne non abbiano potuto testare nemmeno dopo l'introduzione del *testamentum per aes et libram*, non essendo l'atto di ultima volontà attuabile dalla *mulier* con l'*auctoritas* del tutore²⁰². Si deve, inoltre, segnalare che alcuni autori²⁰³ in merito all'atto di ultima volontà compiuto davanti al popolo riunito, soffermandosi sul termine *testamentum*, derivante dal verbo *testor*, che significa prestare o chiedere testimonianza, hanno pensato che il testamento fosse una

law of succession in the later roman Republic, Oxford 1971, 23; CANTARELLA E., *Passato prossimo*, cit., 63 ss e 133ss.; EAD., *La vita delle donne*, cit., 600 ss.; EAD., *L'ambiguo malanno*, cit., 181 s.; MONACO L., *Hereditas*, cit., 152.

¹⁹⁹ VOCI P., *Diritto ereditario romano*, cit., 393.

²⁰⁰ Secondo l'autore le donne avrebbero ottenuto tale libertà tramite la *coemptio fiduciaria*, che causava una *capitis deminutio*. Vd. *infra* cap. 3 § 3.

²⁰¹ BIONDI B., *Successione testamentaria*, cit., 92s.; MASCHI C.A., *Il Diritto romano*. I, cit., 170s.; Cfr. anche KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, cit., 324 e 683.

²⁰² Perciò la donna, al fine di testare, avrebbe dovuto liberarsi dalla tutela per mezzo della *coemptio fiduciaria*. Vd. *infra* cap. 3 § 3.

²⁰³ Cfr. MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 458; COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, cit., 41 ss (= *Scritti*.II, 631 ss); LONGO G., *Manuale elementare di diritto romano*, ed.2, Messina 1953, 322; GRELLI F., v. *Comitia*, in *NNDI*, III (Torino 1959), 602 s.; AMELOTTI M., *Il testamento romano*. I, cit., 30; GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 190 nt.99; ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 178s.

semplice dichiarazione solenne, non essendo i membri dell'assemblea chiamati ad esprimere nessun voto, ma solo ad ascoltare, in qualità di testimoni, quali fossero le ultime volontà del testatore. In particolare Volterra²⁰⁴, accogliendo quest'ultima ipotesi e respingendo la tesi del testamento-adozione, non esclude che la donna, anche se non ammessa ai comizi, potesse testare, presentandosi davanti all'assemblea, dove i presenti ascoltavano in qualità di testimoni la sua solenne dichiarazione di voler disporre *mortis causa* dei propri beni, senza che fosse prevista alcuna votazione al riguardo. Nello stesso ordine di idee, in contrasto con l'opinione dominante, vanno ricordati altri studiosi²⁰⁵, che si basano su un testo di Gellio:

Gell. 15, 27, 3... *Isdem comitiis, quae "calata" appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebat. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatiis comitiis in populi contione fieret...*

Questo passo viene confrontato con un altro brano delle *Noctes Atticae*, Gell. 13,6,3, in cui l'autore afferma che la *contio* consisteva nel "*verba facere ad populum sine ulla rogatione*". La dottrina *de qua*, sottolineando che Gaio utilizza la dicitura *calatis comitiis in populi contione*, ritiene che le dichiarazioni testamentarie fossero

²⁰⁴ VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, cit., 77 nt.6 e 79.

²⁰⁵ COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, cit., in *Scritti*. II, cit., 642 ss.; ZABLOCKI J., *Appunti sul "testamentum mulieris" in età arcaica*, cit., 173 ss e ARCES P.F., *Riflessioni sulla norma "uti legassit"*, cit., 23 e nt.176.

pronunciate durante una fase preliminare, ossia precedente i comizi veri e propri, detta *contio*, in cui il popolo si riuniva senza suddivisione in curie, centurie o tribù e si potevano porre in essere atti soggetti all'approvazione popolare senza alcuna votazione.

Per concludere, alla luce delle varie opinioni sopraesposte sembra plausibile che la donna non potesse fare testamento nelle forme arcaiche di natura pubblicistica. La *testamenti factio* attiva, così come quella passiva, fu perciò riconosciuta alle donne solo a partire dalla seconda metà del IV sec. / inizio III sec. a.C., quando fu introdotto il *testamentum per aes et libram*. Bisogna, in effetti, considerare che non è individuabile nelle fonti l'esistenza di un'incapacità di testare del genere femminile in sé e per sé considerato²⁰⁶. Tuttavia, dato che, sicuramente, il testamento era un atto *cum tutoris auctoritate*, in concreto era precluso a colei che avesse per tutori i suoi futuri eredi *ab intestato* salvo eccezionale espressa rinuncia dei suoi aventi causa. Gli agnati tutori salvaguardavano i loro diritti di successione attraverso il presupposto dell'*auctoritas* al testamento²⁰⁷. Lo stesso valeva per i patroni e i loro figli, come si legge chiaramente in Gai. 3,43²⁰⁸ in merito al testamento delle liberte. Come sottolinea Cantarella²⁰⁹, i Romani avevano escogitato una strategia coerente e raffinata per mantenere i beni in famiglia: la donna era erede *ab intestato*, ma non poteva disporre liberamente dei

²⁰⁶ ZANNINI P. *Studi*, I, cit., 190 s.

²⁰⁷ Cfr. WATSON, *The law of persons in the later roman republic*, cit., 153 s. e ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 162 nt.9.

²⁰⁸ Gai.3,43: *In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore.*

²⁰⁹ CANTARELLA E., *la vita delle donne*, cit., 601.

suoi beni, né *inter vivos* né *mortis causa*, essendo sottoposta ad una *potestas* tutoria, che serviva per impedirle di intaccare il patrimonio familiare. La *mulier*, scrive l'autrice, era detentrica provvisoria della sua quota ereditaria, che, dopo la sua morte, sarebbe stata trasferita all'*agnatus proximus*. Ancora ai tempi di Gaio, il pretore non poteva costringere i tutori *ex lege, parens manumissor* e patrono, ad acconsentire al testamento²¹⁰. La tutela *ex lege* era un diritto assoluto dei futuri eredi della donna, che rimase immutato per secoli. I testamenti muliebri devono essere stati molto rari fino a quando non fu abolita la tutela agnaticia nel I sec. d.C..

2. L'esenzione dalla tutela per le vestali: datazione e ragione.

²¹⁰ Vd. Gai.1,192. Cfr. MONACO L., *Hereditas*, cit., 99 s.

Un fenomeno storico peculiare al mondo romano può costituire un argomento a conferma della connessione fra tutela sulle donne e aspettative successorie degli agnati: mi riferisco alla particolare condizione delle vestali. Gaio ricorda, nelle *Institutiones*, che tali sacerdotesse erano le uniche donne *sui iuris* a non essere sottoposte a tutela:

Gai.1,145: *...Loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est.*

Le vestali, raggiunta l'età pubere, non ricadevano sotto la tutela *mulierum*, così come da impuberi non erano sottoposte al controllo di un tutore.

Il primo problema che si pone è quello relativo al periodo storico a cui far risalire l'esenzione delle Vestali dalla tutela. Il dibattito dottrinario si incentra in particolare sull'interpretazione da dare al riferimento ai *veteres* nel passo di Gaio testé citato.

Nel testo in esame “gli antichi” sono menzionati prima del riferimento alla normativa decemvirale. Come è stato dimostrato da Guizzi²¹¹ in modo convincente, il termine *veteres* può assumere diverse accezioni: quindi il testo di Gai 1.145 si deve ritenere genuino²¹², trovando d'altronde riscontro nell'uso dello stesso termine anche in Gai. 1,144:

... Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.

²¹¹ GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 11.

²¹² Cfr. anche ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 11ss.; MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 163.

Con ogni probabilità, l'intento di Gaio fu quello di sottolineare la "spiccata arcaicità dell'istituto"²¹³: perciò "veteres" nei passi in esame si deve intendere nel senso di "maiores"²¹⁴.

E' pur vero che Solazzi²¹⁵ aveva, precedentemente, osservato come, solitamente, il termine in questione fosse utilizzato dai giuristi classici per indicare gli interpreti postdecemvirali. Quest'ultimo autore ha quindi ritenuto che anche nel paragrafo in esame Gaio abbia voluto usare *veteres* in questo senso. Di conseguenza ha concluso per l'interpolazione di Gai. 1, 145 per quanto riguarda il frammento "*itaque etiam lege XII tabularum cautum est*". Il medesimo Solazzi, in un altro contributo sul tema²¹⁶, sempre evidenziando il contrasto fra "*etiam veteres... voluerunt*" e il riferimento successivo alle XII Tavole, ha ipotizzato, che potesse essere spurio "maiores", frutto

²¹³ GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 28.

²¹⁴ Anche Cic. *Pro Mur.* XII, 27 e Liv., *Ab Urbe condita* XXXIV,2,11 attribuiscono alla volontà dei *maiores* la tutela muliebre.

²¹⁵ SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, cit., 168 ss. (= *Scritti* 6, cit., 245 ss.); ID., *La liberazione delle Vestali dalla tutela in Gai 1.145*, in *SDHI* 9 (1943), 113 ss. (= *Scritti* 6, 556 ss.).

Contra, oltre a Guizzi, il quale considera l'interpretazione del termine *veteres* ad opera di Solazzi troppo restrittiva, si schierano a difesa dell'autenticità della testimonianza gaiana anche BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario dalla nascita*, Milano 1939, 203 nt.2 (= *Scritti*, II, Milano 1965, 133 s. nt. 3); KASER M., Rec. di F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, in *ZSS*, 86 (1969), 502; BISCARDI A., *Postille gaiane. 3. Gaio e i "veteres"* in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico*, Napoli 1966, 20 e ZANNINI P., *Studi*. I, cit., 19 s.

²¹⁶ SOLAZZI S., *La liberazione delle Vestali dalla tutela*, 114.

dell'errore di un compilatore postclassico. La dottrina successiva²¹⁷ ha tuttavia respinto la presa di posizione del Solazzi, la cui debolezza è dimostrata dalle oscillazioni espresse dal suo stesso sostenitore.

Un contributo importante al chiarimento della questione è dato da altre fonti di carattere storico-letterario. Mi riferisco in particolare a Gellio e a Plutarco.

Gellio ricorda che l'ordine sacerdotale fu istituito dal re Numa Pompilio:

Gell., *Noctes Atticae*, 1.12.10: *antiquiores non extant, nisi, quae capta prima est, a Numa rege esse captam.*

Anche Plutarco attribuisce a Numa Pompilio il provvedimento che esentò le sacerdotesse di Vesta dalla tutela:

Plutarchus , *Numa X*, 5²¹⁸: *Τιμάς δέ μεγάλας απέδωκεν αὐταίς, ὧν ἔστι καί τό διαθέσθαι ζωντος ἐξείναι πατρός καί ταλλά πράττειν ἀνευ προστάτου διαγούσας, ὡσπερ αἱ τριπαιδές.*

Perciò, osserva sempre Guizzi²¹⁹, i *veteres* di Gai.1,145 potrebbero trovare una collocazione convincente all'inizio del periodo monarchico. Si nota che lo storico di

²¹⁷ Cfr. GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 7ss.; BISCARDI A., *Postille gaiane*, cit., 18 ss.; CASADO CANDELAS M.J., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 128 ss.

²¹⁸ GIRARD P.F.- SENN F., *Les lois des romains. Textes de droit romain*, ed.7, v.2, Napoli 1977, 15 s.

Trad. latina: *Magnos vestalibus dedit honores, inter quos testandi vivo patre ius, et reliqua sine tutore agendi, ut viverent ad exemplum matrum trium liberorum.*

²¹⁹ GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 19.

Cheronea, vissuto in età traiana, compara le vestali alle sole altre donne che poterono agire senza un tutore, le madri di tre figli, anche se questo fu un privilegio concesso da Augusto molti secoli dopo²²⁰. Ciò non deve sorprendere, perché pure in Gai.1,145 le due eccezioni sono presentate insieme, pur avendo avuto origine in epoche diverse.

Passiamo ora all'opinione degli autori che non danno credito alla testimonianza plutarchea. Mi riferisco in particolare al pensiero di Sacchi²²¹, il quale osserva prima di tutto che Gellio, contrariamente a Plutarco, non menziona il privilegio in esame nella sua trattazione sulla vita delle vestali²²². Sacchi ritiene quindi che i *veteres* citati da Gaio non siano giuristi di epoca predecemvirale, ma che appartengano alla giurisprudenza tardo repubblicana, osservando che Gaio, alla fine del primo libro delle sue Istituzioni, quindi proprio in tema di tutela, utilizza solo quattro volte il termine *veteres*: in Gai.1,144 e 145, ma anche nel successivo 165, con il significato di “interpreti del codice decemvirale” in materia di tutela patronale, e, da ultimo, in 188, occupandosi della disputa sui *genera tutelarum* a cui parteciparono Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo, Labeone ed altri. Sacchi considera, appunto, decisiva quest'ultima identificazione dei *veteres*; afferma, quindi, che i giuristi romani abbiano riconosciuto il principio in questione in un periodo compreso fra la fine del II sec. a.C. e l'inizio del I d.C..

²²⁰ Vd. *infra* cap.4 § 1.

²²¹ SACCHI O., *Il privilegio dell'esonazione dalla tutela per le vestali*, cit., 329ss.

²²² Come si vede, in particolare, in *Noctes Atticae*, I,12,9, dove è scritto solo che la fanciulla, dopo la *captio* del Pontefice Massimo, usciva dalla *patria potestas* Vd. *infra* p. 95.

Quanto al riferimento gaiano alle XII Tavole, Sacchi²²³ non lo ritiene da espungere, ma ne dà un significato diverso da quello comunemente addotto: il principio che volle le vestali immuni dalla tutela, secondo l'autore, è frutto dell'interpretazione giurisprudenziale, non postdecemvirale ma ancora successiva, che estese la portata della normativa delle XII tavole, creando anche la disciplina della tutela stessa.

A sostegno della sua tesi, Sacchi cita un altro passo delle *Noctes Atticae*:

Gellius, *Noctes Atticae*, I,12,18: *Praeterea in commentariis Labeonis, quae de duodecim tabulas composuit, ita scriptum est: virgo vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt. Id quo iure fiat, quaeritur.*

La sacerdotessa, spiega Gellio, era esclusa dalla successione legittima, quindi poteva ricevere o disporre *mortis causa* solo *ex testamento*. Sacchi²²⁴ sottolinea che lo storico non si occupa dell'esenzione dalla tutela nemmeno qui dove cita i *commentarii* di Labeone alle XII tavole, a dimostrazione che, probabilmente, tale principio mancava nel codice decemvirale e non era ancora stato introdotto dalla giurisprudenza fino all'inizio dell'età augustea.

Concludendo il suo ragionamento, Sacchi²²⁵ pensa che le vestali siano state esentate dalla tutela dalla *Lex Iulia et*

²²³ SACCHI O., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali*, cit., 333ss.

²²⁴ SACCHI O., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali*, cit., 350s.

²²⁵ SACCHI O., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali*, cit., 352 ss.

Papia de maritandis ordinibus, poiché Dione Cassio, storico di età severiana, rende noto nella sua *Storia di Roma* 56.10.2, che Augusto concesse il *ius liberorum* alle vestali.

A proposito di questo ultimo punto, tuttavia, occorre tener conto dell'opinione, largamente rappresentata in dottrina²²⁶, e che in buona sostanza condivido, secondo cui il *ius liberorum* non esentò le Vestali dalla tutela, da cui erano escluse già *ab antiquo*, ma fu concesso per evitare che le sacerdotesse fossero colpite dalle restrizioni previste dalla legislazione familiare augustea in materia successoria. In particolare Gardner²²⁷ crede che la concessione augustea *de qua* salvaguardasse la vestale quando, dopo trent'anni dalla *captio*, decidesse di lasciare il sacerdozio²²⁸: la donna, senza il *ius liberorum*, si sarebbe trovata sotto tutela e, per giunta, penalizzata dai limiti successori previsti per chi non aveva figli.

Ulteriori argomenti contro la tesi di Sacchi possono essere ricavati da un passo di Gellio, testimonianza di cui lo stesso Sacchi non può fare a meno di tenere conto²²⁹:

Gellius, *Noctes Atticae*, I,12,9: *Virgo autem vestalis, simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine*

²²⁶ BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, cit., 203 nt.2 (= *Scritti*, II, cit., 133 nt.2); GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 19 nt.42; seguiti da ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 21 nt.20; GARDNER J.F., *Woman in Roman Law & Society*, London, 1986, 24 e MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 162 nt.9.

²²⁷ GARDNER J.F., *Woman in Roman Law & Society*, cit., 25.

²²⁸ Vd. *infra* p. 98 s.

²²⁹ SACCHI O., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali*, cit., 356s.

emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciundi adipiscitur.

Il regime normativo di epoca pontificale aveva previsto la fuoriuscita delle vestali dalla *patria potestas* e l'acquisizione della *testamenti factio* attiva già *vivo patre*. Sembra quindi che lo *status* della vestale, così descritto, non sia compatibile non solo con la soggezione alla *patria potestas*, ma nemmeno con un'ipotetica potestà del *Pontifex Maximus*²³⁰ sulla *virgo*, come vorrebbe parte della dottrina²³¹, né infine con la sottoposizione della donna a tutela: la sacerdotessa non aveva più agnati e gentili, quindi non si poteva dar luogo alla tutela legittima. Sacchi stesso, infatti, è costretto a riconoscere che, già *ab antiquo*, era prevista l'esclusione dalla tutela, ma l'autore, insistendo sulla sua tesi, afferma che si trattava di una realtà di fatto, la quale sospendeva le regole dell'ordinamento valevoli per le donne comuni a vantaggio delle fanciulle consacrate a Vesta; si trattava, secondo questo autore, di una situazione simile a quella del

²³⁰ Cfr. GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 160 ss., che ha sottolineato la natura sacrale del rapporto, costituito dalla *captio* fra le vestali e il Pontefice massimo.

²³¹ Fra gli altri PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 515 nt.1; BUCKLAND W.W., *A tex-book of roman law from Augustus to Justinian*, ed.2, Cambridge 1950, 130; HERMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes*, cit., 32. VOLTERRA è convinto che le vestali fossero da considerarsi *sui iuris* e libere dalla tutela in *Sulla capacità della donna a far testamento*, cit., 78 nt.7, ma si smentisce in *Istituzioni di diritto romano*, 108 nt.1, affermando che la tutela non riguardava le vestali, perché erano sotto la *potestas* del Pontefice massimo.

prigioniero di guerra in base al regime del *postliminium*²³²: questa prassi operò fino a prima della rielaborazione e laicizzazione tardo repubblicana del diritto.

Concludendo sulla questione della datazione dell'esonazione dalla tutela della vestale, mi sembra di poter affermare quanto segue: non è certo che l'esonazione della tutela sia stata prevista contemporaneamente all'istituzione del sacerdozio; ma, essendo consequenziale alla condizione giuridica della vestale, appare molto più verosimile che già i pontefici l'abbiano riconosciuta e che i decemviri l'abbiano recepita nelle XII Tavole.

Vediamo ora di passare in rassegna le opinioni avanzate in dottrina, per spiegare le ragioni del privilegio in questione, che assicurava alle vestali una condizione giuridica diversa dalle altre donne. Infatti non è solo la sua estraneità alla tutela muliebre ma proprio la globale condizione giuridica di questa donna, libera da qualsiasi potestà o controllo, quindi antitetica rispetto a quella delle altre donne²³³, a rappresentare un'eccezione.

Gellio, in *Noctes Atticae* 1,12,9, spiega bene il meccanismo attraverso cui le vestali acquisivano il loro particolare *status* giuridico: la *virgo*, ancora in tenera età²³⁴, usciva dalla *patria potestas* non per effetto dell'*emancipatio* o della *capitis deminutio*, ma a causa della *captio* attuata dal Pontefice massimo.

²³² SACCHI O., *Il privilegio dell'esonazione della tutela per le vestali*, cit., 357 nt.107.

²³³ GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 186.

²³⁴ GELLIUS, *Noctes Atticae* I,12,1: *Qui de virgine capienda scripserunt, quorum diligentissime scripsit Labeo Antistius, minorem quam annos sex, maiorem quam annos decem natam negaverunt capi fas esse.*

La fanciulla destinata al sacerdozio di Vesta, di conseguenza, era libera dai vincoli agnatizii che fino a quel momento l'avevano legata alla famiglia d'origine²³⁵.

La vestale perdeva la capacità attiva e passiva alla successione *ab intestato*²³⁶ e otteneva, di contro, la facoltà di far testamento (*ius testamenti faciundi*).

Gaio e Plutarco imputano il privilegio alla posizione sociale di grande considerazione che ricoprivano le sacerdotesse di Vesta: l'*honor sacerdotii*.

Per quanto riguarda la dottrina, l'autore che si è maggiormente occupato di questa tematica è senz'altro Zannini²³⁷: questi pur non disconoscendo l'importante motivazione addotta da Gaio e Plutarco, collega l'esonazione dalla tutela delle Vestali soprattutto a un fattore tecnico giuridico: ossia al fatto che tali donne, divenute sacerdotesse, uscivano dal gruppo agnatizio,²³⁸

La fuoriuscita della vestale dalla sua famiglia d'origine provocava, come conseguenza, il venir meno della ragion d'essere dell'istituto tutelare a causa del dissolvimento delle aspettative successorie, che giustificavano il potere di controllo dei tutori agnatizii, eredi legittimi, sul patrimonio della donna divenuta *sui iuris*²³⁹.

²³⁵ Tit. ex corp. Ulp. 10,5: *In potestate parentum esse desinunt et hi, qui flamines diales inaugurantur, et quae virgines vestae capiuntur.*

Gai. 1,130: *Praeterea exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines diales inaugurentur et feminini sexus, si virgines vestales capiantur.*

²³⁶ GELLIUS, *Noctes Atticae*, I,12,18. Vd. *supra* p. 93.

²³⁷ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 24. Cfr. già GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 173 nt. 49.

²³⁸ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 24.

²³⁹ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 23 e 26.

Tuttavia mi pare opportuno sottolineare che nemmeno le vestali erano pienamente libere, infatti, pur avendo il diritto di disporre dei propri beni senza ingerenze altrui, non potevano scegliere che tipo di vita condurre. Il ruolo di sacerdotessa, anche se privilegiato, poteva essere sgradito alla donna. Non bisogna dimenticare che non erano le fanciulle a scegliere liberamente di far parte dell'ordine sacerdotale: in effetti la vestale era destinata al sacerdozio, quando, ancora bambina, era priva di soggettività giuridica.

Basti, in questa sede, accennare alla potenziale non perpetuità della condizione sacerdotale: in effetti, alla scadenza del trentennio di "servizio" la vestale poteva scegliere di permanere nello stato sacerdotale o, in alternativa, abbandonarlo, per iniziare una vita laica. Tale seconda scelta era posta in essere attraverso l'atto dell'*exauguratio*²⁴⁰; tuttavia la credenza popolare sconsigliava alla sacerdotessa di abbandonare la sua condizione, ammonendola che ciò l'avrebbe resa infelice e nostalgica, poiché avrebbe rimpianto il sacerdozio²⁴¹.

In concreto, indipendentemente dalle superstizioni, dovevano essere rari i casi in cui le vestali optavano per l'abbandono della loro condizione privilegiata per iniziare una vita comune di moglie. Basta pensare al fatto che la sacerdotessa a cui era permesso di allontanarsi dal sacro fuoco di Vesta era quasi quarantenne, perciò aveva ormai raggiunto un'età matura e le sarebbe stato difficile integrarsi ed adattarsi alla vita da *matrona*, anche se, come

²⁴⁰ GELLIUS, *Noctes Atticae* VII,7,4: *Praeterea si quadraginta annos nata sacerdotio abire ac nubere voluisset, ius ei potestasque exaugurandi atque nubendi facta est munificentiae et beneficii gratia, quod campum Tiberinum sive Martium populo condonasset.*

²⁴¹ Plut. *Numa* X, 4.

sembra, sarebbe stata libera dalla tutela a partire dal I sec. d.C..

3. Funzione storica dell'istituto.

Dopo aver esaminato le caratteristiche fondamentali della tutela muliebre in età arcaica, cercheremo di prendere posizione su quale fosse la funzione che la tutela era

destinata a svolgere nel quadro dell'organizzazione familiare romana.

La tutela, concepita fin dall'origine come *vis ac potestas* sulle persone *sui iuris* qual'era, era stata istituita con uno scopo facilmente individuabile, alla luce delle osservazioni fin qui svolte, anche se occultato sotto una giustificazione apparente, che ora ci si appresta ad appalesare.

3.1. *Ratio* apparente: la debolezza d'animo muliebre.

In linea generale, la *mulier* è dipinta come affetta da una minorità perpetua: le viene infatti attribuita una scarsa capacità di giudizio e deliberativa, a causa della sua volubilità, avventatezza, carente avvedutezza, fragilità di senno, incostanza, inaffidabilità e mutevolezza d'animo. Si tratta di caratteristiche espresse con diversi epiteti e in vari contesti da giuristi²⁴², retori e letterati²⁴³ dal I a.C. al II

²⁴² *Propter sexus infirmitatem* in NERAZIO D.27,10,9; PAOLO D.22,6,9pr; MARCIANO D.48,16,1,10; D. 49,14,18pr. ULPIANO: *Sexus imbecillitas* in D.16,1,2,2 e *infirmitas feminarum* in D.16,1,2,3. Figura *infirmitas mulierum* in una Costituzione di ALESSANDRO SEVERO del 224 d.C. conservata in Cod. *Iust.* 4,29,5; mentre in una *Constitutio* dello stesso imperatore e del medesimo anno si utilizza *sexus faminae infirmitatis*: Vd. Cod. *Iust.* 5,35,1.

²⁴³ CICERONE in *Pro Flacco* XXX 72 utilizza *mulier imbecilli consilii*; SENECA fa sua quest'ultima espressione in *Controversiae*, I,6,5; ID., *Ad Marciam de consolatione* I,1: *infirmitas mulieris animi*; QUINTILIANO in *declamationes* 327: *infirmior sexus*; 368 : *imbecillior sexus*; VALERIO MASSIMO in *Facta et dicta memorabilia* IX,1, 3: *imbecillitas mentis*; TACITO, *Annales* III,33, 2(Severus Caecina): *imbecillus sexus* e 34 (Valerius Messalinus): *imbecillus animus*.

d.C.: *levitas animi, imbecillitas feminarum, imbecillitas mentis, imbecillitas animi, imbecillitas sexus, infirmitas mulierum, infirmitas sexus, fragilitas sexus, forensium rerum ignorantia...etc...*

Sembra che ribadire nelle fonti, attraverso attributi negativi, l'idea della fragilità femminile, non solo fisica ma anche psicologica, dimostri che il modello ideale di donna gradito all'uomo, ancora in epoca tardo repubblicana e classica, era quello della *mulier* arcaica: subordinata ed inferiore. L'intento degli autori antichi, a cui abbiamo fatto un rapido riferimento in nota, era quello di mantenere attuale tale concezione della donna anche se, come si vedrà in seguito, non corrispondeva ormai da tempo alla realtà della condizione femminile; tuttavia, con questo pregiudizio di comodo, le donne dovettero sempre fare i conti²⁴⁴.

Cicerone e Gaio, in linea con la visione generale della donna, presentano la sua incapacità di decidere per se stessa, per riassumere il significato di tutte le diverse locuzioni utilizzate dagli autori, come *ratio* "ufficiale" della tutela muliebre attribuita alla volontà dei *maiores* o *veteres*:

Cicerone in *Pro Murena*, 12.27 annuncia che

... *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt.*

Gaio scrive nel noto *Inst.*, 1, 144

²⁴⁴ Cfr. CENERINI F., *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2002, 153.

... *Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, **propter animi levitatem** in tutela esse.*

Ulpiano spiega che erano assegnati dei tutori agli impuberi maschi, a causa dell'incapacità *propter aetatem*, mentre la sottoposizione a tutela delle donne di qualunque età era necessaria per via della loro *infirmitas* a causa del sesso e per l'ignoranza in merito agli affari forensi:

Tit. ex corp. 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.***

Forensium rerum ignorantia si potrebbe intendere come inesperienza non solo inerente alla sfera dello *ius* ma, in generale, in merito alle attività proprie della vita pubblica. Il passo dell'*Epitome Ulpiani* da ultimo riportato è stato oggetto di attenta esegesi in dottrina. Solazzi²⁴⁵ ritiene interpolato il passo in esame. L'autore sottolinea l'incongruenza dell'espressione che porta a giustificazione della tutela delle pupille l'*infirmitas sexus* come per le donne puberi, in contrapposizione rispetto all'*infirmitas aetatis* dei pupilli, quando la tutela degli impuberi maschi e femmine non aveva una diversa *ratio*. Solazzi, inoltre, sottolinea che anche gli impuberi, forse più delle donne puberi, erano ignari delle cose forensi, perciò, secondo l'autore, Ulpiano, in realtà, volle dire semplicemente che erano sottoposti a tutela i maschi impuberi e le femmine

²⁴⁵ SOLAZZI S., "*Infirmitas aetatis e "infirmitas sexus"*", in AG 104 (1930) 3s. (= *Scritti cit.* III, 358 s.).

sia impuberi che puberi. Si riporta qui di seguito la parte del frammento “salvata” dall’insigne Maestro: “ *sed masculi quidem dumtaxat impuberibus; feminis autem tam impuberibus quam puberibus*”. L’autore crede, comunque, quasi sempre spurie le locuzioni *infirmitas sexus* e *infirmitas aetatis*. Contrariamente Zannini²⁴⁶ nega l’interpolazione dei concetti in esame, sottolineandone la diffusione in molti testi giuridici e letterari²⁴⁷: egli respinge quindi le considerazioni di Solazzi, pur ammettendo che il passo “non è certo un modello di stile e di purezza sintattica”, perché considera poco verosimile il risultato della “depurazione” dai presunti rimaneggiamenti dell’epitomatore da quest’ultimo formulata. Zannini, quindi, conclude, sostenendo che Epit. *Ulp.*11,1, insieme ad alcuni frammenti del Digesto²⁴⁸, dimostra che Ulpiano fu portavoce della visione, diffusa da secoli nella coscienza sociale, della donna come soggetto debole e inferiore all’uomo.

Questo atteggiamento nei confronti delle donne accomunò in linea di principio Roma alla Grecia, ma ciò non dimostra, come vorrebbe Zannini²⁴⁹, che lo stesso sia emerso nel territorio romano solo in epoca relativamente recente per influenza ellenica. Secondo questo studioso i giuristi e i retori, come, del resto, i letterati, non conoscendo la ragione storica, ormai dissolta, della *tutela*

²⁴⁶ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*. I, cit., 46 ss.

²⁴⁷ Vd. *supra* ntt. 242 e 243.

²⁴⁸ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*. I, ultimo cit., 46 e 47 nt.5. I frammenti del Digesto a cui si riferisce l’autore sono: D. 16,1,2,1(...*cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum*...); D. 16, 1,2,2-3 (*sexus imbecillitas e infirmitas feminarum*); e D. 50,17,2pr (vd. *infra* nt. 250) e D. 1, 9, 1pr(...*quia maior dignitas est in sexu virili*..).

²⁴⁹ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 38 nt.16; 60, 64 ,65 e 69.

mulierum, giustificavano l'istituto, al loro tempo, con criteri artificiosi, eterogenei, generali ed astratti, che costituivano un'interpretazione in chiave antifemminile dell'istituto in esame, gettando ancor più nell'oblio la sua funzione originaria. E' certamente vero che l'antico *ius civile* escludeva le donne dalle magistrature, dalle assemblee popolari e dalle funzioni pubbliche in generale; tali occupazioni, significativamente, erano denominate *officia civilia*²⁵⁰ o, emblematicamente, *officia virilia*²⁵¹. A questo proposito è da sottolineare in particolare la posizione presa da Paolo in merito all'esclusività maschile delle funzioni pubbliche:

D.5,1,12,2 (Paulus, *libro septimo decimo ad edictum*):
Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

²⁵⁰ D.50,17,2pr (Ulpianus, *libro primo ad Sabinum*): *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.*

Ulpiano informa che, al suo tempo, le donne erano escluse da ogni funzione civile o pubblica e, quindi, non potevano essere giudici in liti tra privati, né rivestire magistrature, né proporre istanze giudiziarie nell'interesse di altri, né essere garanti di obbligazioni altrui e nemmeno rappresentare in giudizio altre persone.

²⁵¹ D.3,1,1,5 (Ulpianus, *libro sexto ad edictum*) e D.16,1,2,1(Ulpianus, *libro vicensimo nono ad edictum*).

Il giurista motiva l'esclusione delle donne e dei servi dal ricoprire il ruolo di *iudex* non attraverso l'esistenza di un'incapacità loro propria, ma perché i costumi degli antichi li estromisero dall'esercizio delle funzioni civili²⁵². Ma anche con riferimento al diritto privato l'opinione dei più autorevoli giuristi sembra unanime. Basti citare qui Papiniano, il quale constata, non è chiaro se con l'intenzione di esprimere un giudizio critico, la peggiore condizione femminile rispetto a quella maschile, voluta dallo *ius civile* :

D.1,5,9 (Papinianus, *libro trigensimo primo quaestionum*): *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*

E' probabile che le limitazioni a cui abbiamo accennato, citando passi significativi dei giuristi romani, si spieghino naturalmente con il ruolo esclusivo di madre e moglie che la donna ebbe nei primi secoli dell'Urbe: la *mulier* viveva solo in ambito familiare.

Proprio per questo, a parere di chi scrive, gli antichi non avevano bisogno di giustificare che la donna fosse sottoposta a tutela. Forse gli stessi *veteres*, se prendiamo per buona l'asserzione di Cicerone e Gaio, coniarono il *topos* dell'*infirmitas sexus* in correlazione con l'*infirmitas aetatis*, al fine di dare una spiegazione formale

²⁵² Cfr. RIZZELLI G., *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Lecce 2000, 38; QUADRATO R., *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, in AA.VV., *Scientia et iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano*, 2002, (a cura di F. Sini e R. Ortu), 192 s.) osserva che Giustiniano, in C.6,58,14,1, ricorda Paolo come colui che *apertissime docuit* l'ingiusta differenza successoria fra i sessi. Vd. *infra* p. 213 s.

all'esistenza di un *tutor* per le *mulieres* e gli *impuberi*; ma la vera necessità di legittimare l'istituto si fece sentire a partire dalla fine del II sec. a.C.²⁵³, quando la tutela iniziò ad indebolirsi e ad essere sentita come un peso dalle tutelate emancipatesi fino ad assumere, progressivamente, un ruolo autonomo nel panorama economico. Allora si cercarono giustificazioni, con il fine, vano, di riaffermare l'opportunità di un istituto che, ormai, si avviava verso un inevitabile declino. La visione della donna come soggetto debole era un pregiudizio di antico retaggio: i giuristi lo applicarono alla tutela, non perché non conoscessero l'effettivo scopo dell'istituto, ma perché volevano celarlo sotto l'apparente necessità di proteggere la donna da se stessa.

Come abbiamo detto, questa visione della *mulier* corrispondeva senza dubbio alla realtà del periodo arcaico²⁵⁴, caratterizzato dalla condizione segregata in cui la medesima viveva *ab antiquo*²⁵⁵; ma non può costituire la ragione della specifica disciplina della tutela muliebre. Basti pensare al fatto che, come è noto, il tutore legittimo poteva essere incapace d'agire. Questo dato è sufficiente per criticare e smentire, come farà Gaio, con altre argomentazioni, in *Inst.* 1,190, in merito al suo tempo²⁵⁶, la tanto dichiarata volontà di guidare e sorreggere le donne *sui iuris*, in quanto facilmente aggirabili in campo negoziale a causa della loro leggerezza di giudizio, di

²⁵³ TALAMANCA M., *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80 (1977), 301 nt. 226.

²⁵⁴ Non si può sostenere lo stesso in merito alla tarda repubblica, come si approfondirà in seguito.

²⁵⁵ TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Tutela mulierum, une institution rationnelle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4 série 84 (2006), 424.

²⁵⁶ Vd. *infra* cap.4 § 5.

senno e di carattere, che faceva di loro delle eterne incapaci.

3.2. Scopo reale: la difesa degli interessi patrimoniali degli agnati.

L'effimero bisogno di protezione della donna cela lo scopo dell'istituto, che trova fondamento nella struttura della famiglia agnaticia: si è visto che tale gruppo, anche se ciascuno, una volta *sui iuris*, aveva formato il proprio nucleo familiare, manteneva il patrimonio ereditario nell'ambito della *familia* di diritto comune. Da questa realtà si evince la necessità di proteggere le quote ereditarie delle donne e degli impuberi, essendo le stesse parti del patrimonio agnaticio e possibili cespiti di cui sarebbero stati titolari gli agnati tutori in caso di premorte della persona tutelata.

Zannini²⁵⁷, giustamente, distinguendosi dall'approccio della dottrina tradizionale nei confronti dell'istituto, afferma che la tutela muliebre legittima, nata nello esclusivo interesse dei futuri eredi della donna, ebbe l'unica funzione storica di salvaguardare le aspettative ereditarie degli agnati-tutori sul patrimonio della donna²⁵⁸, che, divenuta *sui iuris*, con piena capacità giuridica e

²⁵⁷ ZANNINI P., *Studi I. cit.*, 8 e 9, 12 nt.1, 23 e 114; ID., *Studi II, cit.*, 1; ID., *Quelques observations sur la tutelle des femmes a Rome*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 204 (1984), 726 e ID., s.v. *Tutela*, in *ED, cit.*, 312.

²⁵⁸ Cfr. già BONFANTE P., *Corso*, I, 558; BETTI, *Diritto romano*. I, Padova 1935, 145 pur nell'ambito della loro tesi sulla natura originaria della tutela. Cfr. pure MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, ed.2, Palermo 1994, 277.

d'agire, era *caput et finis familiae suae*. Si trattava cioè di salvaguardare l'interesse patrimoniale superiore della *familia communi iure*. Mai la donna poté compiere atti giuridicamente rilevanti, soprattutto *mortis causa, invito tutore legitimo*, poiché i diritti ereditari del tutore *ex lege* erano sempre prevalenti. Tale principio, come si è visto in Gai.1,192, era ancora attuale nel II sec. d.C.

Il punto di vista di Zannini trova già autorevoli precursori in dottrina. Ricordo in particolare l'opinione di Maschi²⁵⁹, secondo cui la donna *sui iuris* rappresentava un pericolo per gli interessi della *familia* d'origine, poiché, se lasciata libera di disporre, a causa della sua scarsa avvedutezza, avrebbe potuto sottoporre ad un rischio notevole l'integrità del patrimonio familiare.

L'esclusiva ragione economica a fondamento della tutela muliebre trovava un'adeguata soddisfazione anche nel caso, probabilmente non raro, in cui il tutore della donna fosse un impubere, oppure nelle altre fattispecie di incapacità del *tutor*, poiché si otteneva l'efficacissimo risultato di "congelare" il patrimonio femminile e di impedire alla *mulier* di porre in essere qualsivoglia atto di straordinaria amministrazione.

È bene sottolineare, comunque, che nel caso in cui il tutore-futuro erede fosse stato in grado di svolgere adeguatamente il suo ruolo, perché capace d'agire, tutore legittimo o scelto come *tutor ex testamento* fra una pluralità di agnati dello stesso grado, nel curare il proprio interesse, quindi con la finalità di conservare per sé il patrimonio, in via indiretta avrebbe avvantaggiato anche la tutelata, tramite un accorto supporto nei confronti della

²⁵⁹ MASCHI C.A., *Il Diritto romano*. I, cit., 172 ss; Cfr. anche HUMBERT G., in DAREMBERG e SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *Tutela*, Tomo V, 1969, 557 ss.

mulier. Tale aiuto poteva far comodo, in epoca risalente, alla donna inesperta in campo negoziale²⁶⁰, bisognosa di consigli in particolare per gli atti di disposizione patrimoniale.

Ulpiano, nell'occuparsi della tutela degli impuberi, infatti, considera ottimo che la legislazione delle XII tavole avesse deferito la tutela legittima agli eredi *ab intestato*; ma si tratta di una motivazione che può benissimo applicarsi anche alla tutela muliebre nell'ultimo caso prefigurato:

D.26,4,1pr. (Ulpianus, *libro quarto decimo ad Sabinum*): *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.*

3.2.1. Priorità della tutela testamentaria fin dalle origini dell'istituto.

Dall'esito del dibattito su quale fosse l'effettiva funzione della tutela muliebre in età arcaica discendono,

²⁶⁰ TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Tutela mulierum, une institution rationnelle*, cit., 434, la quale, però, collega questa opinione anche ai tempi tardo repubblicani e classici, in cui la tutela era ormai avvertita come un peso dalle donne, che, come ammette la stessa autrice, cercavano di agire liberamente in campo negoziale, anche grazie all'appoggio del pretore.

ovviamente, conseguenze importanti riguardo al modo in cui tale tutela si configurava.

In questa prospettiva mi sembra qui opportuno prendere le mosse da un lavoro che ha indubbiamente rinnovato la discussione in materia. Mi riferisco ancora una volta all'opera di Zannini, il quale difende la sua tesi, che attribuisce all'istituto uno scopo esclusivamente patrimoniale, mettendosi, spesso in netta opposizione con la dottrina più risalente.

Zannini nega che la normativa decemvirale abbia introdotto la facoltà di nominare un tutore testamentario per la donna, perché crede che la *datio tutoris* sia in contrasto con la funzione storica dell'istituto: perciò considera la disciplina della tutela muliebre disgiunta da quella pupillare.

Per suffragare questa sua opinione Zannini²⁶¹ fa leva soprattutto su D.26,2,1 pr.. A suo parere questo frammento ha come oggetto la sola tutela dell'età; l'attuale contenuto del passo sarebbe quindi frutto di una dimenticanza dei compilatori, i quali, nel trascriverlo, avrebbero omesso di aggiungere il requisito dell'impubertà per i *liberi* che si trovava nell'originale gaiano. Correggendo così il testo attuale, ne risulterebbe che le XII tavole, in realtà, avrebbero dato al *pater familias* la facoltà di scegliere il tutore solo per i figli impuberi, maschi e femmine, mentre le *filiae familias* puberi e *sui iuris*, dalle origini fino alla tarda Repubblica, sarebbero ricadute, automaticamente, sotto la tutela legittima degli agnati o dei gentili, loro unici possibili tutori, in quanto eredi *ab intestato*²⁶².

²⁶¹ ZANNINI P., *Studi*, II. cit., 69 ss.

²⁶² ZANNINI P., *Studi*, II., cit., 62.

D.26,2,1pr.(Gaius, *libro duodecimo ad edictum provinciale*): *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.*

Zannini considera inoltre un indizio a favore della sua tesi anche la mancanza di riferimenti alla disciplina decemvirale in Gai.1,144 e in *Fragm. Vat.* 229²⁶³.

Inoltre egli crede²⁶⁴, come già accennato, che la giustificazione della *levitas animi* per la tutela muliebre non sia originaria, ma abbia visto la luce su influsso della concezione greca della donna e che vada quindi collocata tra la fine del III e i primi decenni del II secolo a.C., con l'inizio del processo di ellenizzazione della cultura romana. In questo periodo non solo sarebbe emersa la concezione della donna debole e bisognosa di tutela di stampo greco²⁶⁵, ma si iniziò a pensare alla tutela muliebre come ad un istituto che potesse avere anche matrice protettiva, con la conseguente, progressiva, unificazione dei modi di costituzione delle due tutele, in concomitanza con l'indebolimento dei legami agnatizii e gentilizi²⁶⁶.

Questa nuova considerazione della *tutela mulierum*, ad avviso di Zannini, portò la giurisprudenza a considerare iniqua la possibilità, che spesso si concretizzava, della caduta della *uxor in manu* sotto la tutela dei propri figli impuberi.

²⁶³ ZANNINI P., *Studi*, II., cit., 105.

²⁶⁴ ZANNINI P., *Studi*, II., cit., 108 e ID., *Studi sulla tutela*. I, cit., 60 e 64.

²⁶⁵ ZANNINI P., *Studi*, II., cit., 62.

²⁶⁶ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 70.

Quindi Zannini crede che, dopo l'inizio della decadenza dell'antica solidarietà familiare²⁶⁷, la prima a poter essere sottratta alla tutela legittima tramite *datio tutoris* testamentaria fu la *uxor in manu*²⁶⁸. Zannini pensa, infatti, che fosse più sentita l'esigenza di un'efficace protezione degli interessi agnatizi nella famiglia d'origine, sulla base del fatto che, poco dopo, solo al marito fu permesso di lasciare alla donna la facoltà di scegliersi il tutore, anche per evitare che la stessa ricadesse sotto la tutela dei suoi figli. Infatti, appena successivamente, fu introdotta anche la stessa *tutoris optio*²⁶⁹. Solo in un periodo più avanzato *permissum est* al *pater* di esercitare il *ius tutoris dandi* anche nei confronti delle *filiae* nubili e puberi in sua potestà²⁷⁰: a partire da allora avvenne il superamento della concezione tutelare come istituto ad esclusiva salvaguardia del patrimonio familiare e si verificò “ l'eliminazione del nesso inscindibile fra la posizione di tutore e quella di successibile *ab intestato* della donna²⁷¹”. Pertanto la priorità della tutela *mulierum* testamentaria, a parere di Zannini, si sarebbe riscontrata solo a partire dall'epoca tardo-repubblicana.

Vediamo ora quali echi ha avuto nella dottrina successiva questo punto di vista.

²⁶⁷ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 100.

²⁶⁸ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 83.

²⁶⁹ Facoltà di scelta del tutore data dal marito alla moglie *in manu*, la cui disciplina è spiegata da Gai. 1,150 a 154, databile agli albori del II a.C. cfr. ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., 61 e ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 83. Vd. *infra* cap.3 § 2.1.

²⁷⁰ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 110.

²⁷¹ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 99.

Monaco²⁷², sulla base dell'analisi delle fonti e dei rilievi di Zannini, crede che la tutela testamentaria sia stata introdotta dalla giurisprudenza postdecemvirale.

Secondo Sitzia²⁷³, se si ritiene assodata, come fa la dottrina maggioritaria²⁷⁴, la derivazione decemvirale di questa forma tutelare, perde di rilievo la tesi secondo la quale la tutela *mulierum* non potesse spiegarsi se non in funzione della salvaguardia delle aspettative successorie degli *agnati* tutori sul patrimonio della donna "nell'interesse superiore della *familia* intesa quale organismo solidale destinato a perpetuarsi attraverso i propri discendenti maschi²⁷⁵"; ed è questo il motivo per cui Zannini avrebbe cercato di posticipare il più possibile l'ingresso della *tutoris datio* nella sfera dell'istituto tutelare muliebre.

Sitzia²⁷⁶, fortemente critico verso questa opinione di Zannini, che considera una forzatura dei dati storici, obietta che già da almeno due secoli rispetto alla tarda introduzione della tutela testamentaria voluta dall'autore, tramite *il testamentum per aes et libram*, il *pater* poteva vanificare le aspettative successorie del gruppo agnatizio con la nomina di un erede estraneo o scegliendo un unico erede all'interno della *familia*, perciò, se lo scopo dei romani fosse stato quello di salvaguardare con ogni mezzo e totalmente le aspettative ereditarie degli agnati, sarebbe stata necessaria l'esclusione non solo della tutela testamentaria, ma anche della possibilità della successione *ex testamento*, senz'altro pregiudizievole rispetto agli interessi del gruppo agnatizio o di alcuni agnati.

²⁷² MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 83s..

²⁷³ SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*. II., cit., 175 s.

²⁷⁴ Vd. *supra* cap.1 § 3.

²⁷⁵ Così ZANNINI P., v. *Tutela*, in *ED*, cit., 312.

²⁷⁶ Cfr. SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi*. II, cit., 177.

Aggiungo che ai primordi dell'istituto anche la tutela *impuberum* era atta esclusivamente alla salvaguardia degli interessi patrimoniali familiari, poichè solo con l'istituzione della tutela dativa l'istituto pupillare divenne un *munus publicum*, mutando radicalmente il suo scopo in quello di non lasciare senza assistenza i minori privi di agnati e gentili, a cui non era stato affiancato neppure un tutore testamentario, si nota che Zannini non avrebbe dovuto ammettere neanche la tutela testamentaria pupillare per l'epoca antica, perché la stessa avrebbe "disturbato" anche i parenti prossimi dei pupilli,

Ritengo, in base alla disamina della dottrina testé condotta, di avere a disposizione elementi sufficienti per esprimere un mio parere.

La ricostruzione dello Zannini, secondo me, non è suffragata da argomentazioni convincenti, basandosi essenzialmente sulla supposta interpolazione del frammento gaiano conservato nel Digesto. A me pare, infatti che gli elementi addotti dall'autore non siano sufficienti a negarne la genuinità.

Qualora, come vorrebbe Zannini²⁷⁷, Gaio avesse voluto descrivere la sola *tutela impuberum*, che senso avrebbe avuto la menzione delle due categorie di genere laddove è di tutta evidenza la sottoposizione alla tutela dell'età di tutti gli impuberi *sui iuris*? L'unico requisito richiesto per la nomina testamentaria del tutore, come si evince chiaramente dal passo del Digesto in questione, era che il futuro tutelato, maschio o femmina che fosse (*sive feminini sive masculini sexus*), si trovasse in potestà del testatore (*si modo in potestate sint*). Dunque non avrebbe avuto senso lo specificare *sive feminini sive masculini sexus* in D.26,2,1pr., se Gaio non avesse voluto riferirsi alle due

²⁷⁷ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 59 ss e 105 ss.

forme di tutela, come ad un unico istituto. Mi sembra opportuno ricordare, a proposito dell'interpretazione del nostro passo, l'autorevole opinione di Solazzi²⁷⁸, il quale, pur riconducendo la *tutela mulierum* testamentaria all'epoca decemvirale, pensa che l'omissione dell'esplicito e chiaro riferimento alle due forme di tutela sia frutto di un rimaneggiamento compilatorio, perciò ricostruisce²⁷⁹ D.26,2,1pr. nel modo seguente:

Lege duodecim Tabularum permissum est parentibus liberis suis feminini <quidem sexus etiam puberibus>, masculini <autem> sexus <impueribus>, si modo in potestate sint, tutores testament dare.

Tuttavia, può darsi che, più semplicemente, Gaio, nell'informarci che le *leges duodecim Tabularum* hanno istituito anche la tutela testamentaria e non solo quella agnatzia, non abbia ritenuto necessario rendere esplicito il riferimento alle due figure tutelari, pur volendosi effettivamente riferire ad entrambe.

È senz'altro meno verosimile che la tutela testamentaria sia stata introdotta secoli prima per i pupilli e solo molto tempo dopo per le donne.

Il fatto che il rigore dell'istituto si conservasse unicamente se l'esercizio del medesimo fosse stato affidato ai tutori legittimi²⁸⁰ non contraddice per nulla la priorità della tutela testamentaria già a partire dalle XII Tavole. Non si vuole negare che la nomina di un tutore testamentario potesse,

²⁷⁸ SOLAZZI S., *Studi sulla tutela. II. Sulle tracce del "tutor mulieris"*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, 9 (1925), 14, (= *Scritti*, cit. III,94);

²⁷⁹ Tale ricostruzione è stata accolta anche da LONGO G., *Diritto romano. III*, cit., 281.

²⁸⁰ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 78 nt.23 richiama il Bonfante.

potenzialmente, pregiudicare le aspettative successorie degli agnati, soprattutto se lo stesso non fosse stato scelto fra i parenti della donna, ma nulla ci porta a pensare che ciò non potesse avvenire per la *mulier* pubere come per gli impuberi.

Tuttavia sia Sizia che Zannini vedono nella tutela testamentaria non una risorsa ma solo una minaccia per gli eredi *ex lege*, senza tener conto della possibilità che i diritti ereditari dei parenti prossimi della donna, che in alcun modo si sarebbero estinti, avrebbero addirittura potuto trovare beneficio dall'azione di un tutore testamentario oculato, soprattutto nella fattispecie in cui il tutore legittimo fosse incapace d'agire.

È verosimile che il *pater familias*, il quale ritenesse di dover affidare le quote ereditarie dei propri *fili impuberes* e *filiae* al controllo di una persona di fiducia, un *agnatus* scelto o un terzo estraneo alla *familia*, spesso in base, presumibilmente, anche ad una valutazione di opportunità per la *familia communi iure*, avesse la facoltà di spezzare l'automatismo della tutela legittima. Il *pater* poteva considerare non vantaggioso che non si potesse disporre della quota patrimoniale che la sottoposta avrebbe ereditato dopo la sua morte, a causa dell'impossibilità del suo tutore a prestare l'*auctoritas* a qualsivoglia atto di disposizione; in caso di pluralità di tutori era sufficiente che uno solo di essi non fosse in grado di prestare l'*auctoritas* per "bloccare" l'atto. Tale ipotesi non è stata presa in considerazione da Zannini.

Una possibilità, in caso di tutore impubere, potrebbe essere anche quella della tutela testamentaria interinale, fino al raggiungimento della pubertà dei titolari della tutela.

CAPITOLO TERZO

MEDIA E TARDA REPUBBLICA

1. La *lex Atilia de tutore dando* e la tutela muliebre. 1.1. Premessa. 1.1.2. Casi in cui la liberta era senza tutore. 1.2. I requisiti essenziali per un'efficace nomina del tutore atiliano: la *petitio muliebre* e il consenso del tutore scelto. 1.3. La funzione della tutela decretale muliebre. 2. Il tutore scelto dalla donna. 2.1. *Tutoris optio*. 2.1.1. La disciplina della *tutoris optio*. 2.1.2. Modalità di esercizio della *tutoris optio*. 2.1.3. I privilegi concessi ad Ispala Fecenia e l'origine della *tutoris optio*. 2.2. La *Coemptio fiduciaria tutelae evitandae causa*. 2.2.1. Il *coemptionator*: marito o *extraneus*. 2.2.2. Il procedimento di sostituzione del tutore. 2.2.3. Sorte del patrimonio della donna *conventa in manum fiduciae causa*. 3. Evoluzione della *testamenti factio* attiva. La *coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia*. 3.1. Ragione dell'obbligatoria attuazione della *coemptio* a fini testamentari. 3.1.2. Le *personae exceptae* in Gai.1,115a. 3.2. L'*auctoritas tutoris* alla *coemptio testamenti faciendi gratia*. 3.3. *Ius testandi* muliebre dopo la riforma adrianea. 4. Le restrizioni introdotte in ambito successorio. 4.1. La *lex Voconia*. 4.2. L'esclusione dall'*hereditas* delle *agnatae* non consanguinee *voconiana ratione*. 5. L'orazione di Ortensia e la tassazione dei patrimoni muliebri. 5.1. Antefatto. 5.2. Emanazione del decreto triumvirale. 5.3. Il tentativo di "mediazione familiare". 5.4. L'arringa di Ortensia. 5.4.1. *Incipit*. 5.4.2. Le famiglie perdute e le necessità economiche delle matrone. 5.4.3. L'esclusione della vita pubblica e dall'imposizione fiscale. 5.4.4. L'inesistenza di un reale pericolo per la patria e la deplorabile guerra civile. 5.5. Reazione dei triumviri e correzione del provvedimento. 6. La *laudatio Turiae* e la tutela. 6.1. L.13: *Temptatae*: il coinvolgimento della *soror Turiae* nella disputa testamentaria. 6.1.1. Il lascito in favore della sorella di Turia. 6.2. Effetti del testamento paterno sulla tutela della figlia. 6.3. Ambito del raggio pianificato dagli aspiranti alla tutela dell'ereditiera.

1. La *lex Atilia de tutore dando* e la tutela muliebre.

1.1. Premessa.

Nei primi secoli di Roma si riscontra una lacuna normativa che penalizzava pesantemente le *mulieres* nel caso in cui non avessero né tutore legittimo né *testamentarius*; le donne, che si trovavano in questa condizione, non potevano superare le limitazioni di natura privatistica che le colpivano.

Questa situazione fu risolta dalla *lex Atilia de tutore dando*, emanata non oltre l'inizio del III sec.a.C., che introdusse il terzo modo di costituzione della tutela, vediamo i tratti caratteristici, quali sono delineati da Gaio e Ulpiano:

Gai. 1,185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum lege Iulia et Titia.*

Tit. ex corp. Ulp. 11,18: *Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos " tutores atilianos" appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et Titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores.*

I giuristi sopracitati spiegano che, nel caso in cui le donne e i pupilli fossero stati privi di tutori di ogni sorta, il *tutor*, a partire dall'entrata in vigore della normativa soprarichiamata, era dato loro dal pretore urbano e dalla maggioranza dei tribuni della plebe. La *lex Iulia et Titia* prescrisse che in provincia tali tutori fossero nominati dai governatori.

Sicuramente la legge che prevede la nomina magistratuale del *tutor* interessò, in un primo periodo, in cui i legami agnatizi e gentilizi erano estremamente saldi, coloro che erano estranei alle *gentes*, poiché solo per tali persone si poteva verificare il caso di assenza di qualcuno a cui spettasse di diritto assumere la tutela. Perozzi²⁸¹ sostiene, in maniera che considero persuasiva, che la normativa in questione sia intervenuta a sanare una sperequazione, che riguardava, soprattutto, la plebe. L'Urbe, infatti, era formata da una federazione di *gentes*, alla quale era aggregata la folla plebea. La mancanza del tutore era una situazione che, *ab antiquo*, non interessava le donne patrizie, dato che in assenza di agnati subentravano i gentili; tale eventualità, tuttavia, si profilò anche per queste *mulieres* con il dissolvimento dei legami gentilizi²⁸².

L'ulteriore prova a sostegno della tesi di Perozzi sarebbe il fatto che, come scritto da Gaio e Ulpiano, ad affiancare il pretore urbano nel compito di assegnare il *tutor* intervenissero proprio i tribuni della plebe. Tale sperequazione risultò, comunque, in parte attenuata già nel

²⁸¹ PEROZZI S., *Il tutore impubere*, cit., 92 nt.2 (= *Scritti III*, cit., 197 nt.2).

²⁸² ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 136 nt.33.

V a.C. con l'abolizione del divieto matrimoniale tra patrizi e plebei²⁸³.

E' inoltre verosimile che la legge in esame, in epoca repubblicana, abbia riguardato non solo le plebee senza agnati, ma anche, ancor più spesso, le liberte, che, per ragioni di vario genere, erano senza patrono, quindi sprovviste di un *tutor legitimus*.

1.1.2. Casi in cui la liberta era senza tutore.

Le *Institutiones* gaiane descrivono puntualmente i diversi casi particolari, che riguardavano le donne di condizione libertina:

Gai. 1,195: *Potest autem pluribus modis libertina alterius generis tutorem habere, veluti si a femina manumissa sit; tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem, vel in provinciis e lege Iulia et Titia : nam in patronae tutela esse non potest.*

La prima causa per cui la liberta aveva bisogno di richiedere un tutore decretale si verificava quando era stata manomessa da una donna; la patrona, infatti, ovviamente, non poteva esserle tutrice.

Gai. I,195b: *Item si patronus eiusve filius in adoptionem se dedit, debet liberta e lege Atilia vel Iulia et Titia tutorem petere.*

²⁸³ *Lex Canuleia* del 445 a.C.

Se il patrono o il *filius patroni*, subentrato nella tutela dopo la morte del padre, si davano in adozione, in base alle leggi in esame la liberta doveva chiedere la nomina di un tutore, poiché la *capitis deminutio minima* subita dal *tutor legitimus* aveva causato l'estinzione della tutela.

Gai.1.195c: *Similiter ex isdem legibus petere debet tutorem liberta, si patronus decesserit nec ullum virilis sexus liberorum in familia reliquerit.*

Allo stesso modo la liberta doveva invocare la *lex Atilia* o la *lex Iulia et Titia*, se il patrono moriva senza lasciare discendenti maschi.

Un caso concreto reso noto da Livio, risalente al 186 a. C., ci consente di confermare l'esistenza di questa regola e di stabilire un termine *ante quem* per la sua datazione:

Livius, *ab Urbe condita*, XXXIX, 9, 7: *Quin eo processerat consuetudine capta ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribuni et praetore petito, cum testamentum faceret, unum Aebutium institueret heredem.*

Livio narra che Ispala Fecennia²⁸⁴, residente a Roma, dopo la morte del patrono, essendo *sui iuris* e volendo fare testamento, al fine di istituire come unico erede l'amante Ebuzio, chiese al pretore e ai tribuni che le fosse assegnato un tutore²⁸⁵.

²⁸⁴ Sempre in merito alla vicenda di Ispala Fecenia ma in tema di origine della *tutoris optio* vd. *infra* § 2.1.3.

²⁸⁵ Si tratta di una testimonianza preziosa, attestante la richiesta di un tutore decretale: se ne desume che, già in epoca repubblicana, le liberte potevano testare non solo con l'autorizzazione del patrono ma anche eventualmente del tutore atiliano, nel caso in cui non

L'episodio in questione è di data certa, perciò la *lex Atilia* fu emanata, senza dubbio, prima della fine del III sec. a.C.; sempre Livio, in XXVI,33,12, annovera fra i tribuni della plebe del 210 a.C. *Lucius Atilius*, che fu, molto probabilmente, colui che propose la legge in questione²⁸⁶.

1.2. I requisiti essenziali per un'efficace nomina del tutore dativo: la *petitio* muliebre ed il consenso del tutore scelto.

La disciplina della tutela decretale muliebre si differenzia notevolmente da quella dello stesso istituto riguardante il pupillo, prevedendo due requisiti distintivi: come si è avuto modo di osservare per la liberta, la donna stessa doveva richiedere la *datio tutoris*, motivo per il quale il tutore decretale della pupilla decadeva dal suo ufficio quando la stessa raggiungeva l'età pubere²⁸⁷; inoltre, colui che era stato scelto dai magistrati competenti, spesso su proposta della *mulier*, doveva acconsentire alla sua nomina.

avessero patrono. Vd. questo tema più approfonditamente *infra* § 3.1.2 e 3.2.

²⁸⁶ Cfr. ROTONDI G., *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, 275 s. e LONGO G., v. *lex Atilia de tutore dando*, in *NNDI* 9 (1963-1982), 800.

²⁸⁷ Cfr. ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 146 sulla base di D. 26,5,13,2 (Papinianus, *libro undecimo quaestionum*): *Sed si puella duodecimum annum impleverit, tutor desinit esse...* frammento che ha per oggetto la tutela dativa come dimostrato *in primis* da SOLAZZI S., *Studi sulla tutela*, II, cit., 23 ss. (= *Scritti* III, 98 ss.).

Solazzi²⁸⁸ ha sostenuto che la necessità del consenso esplicito del tutore è provata anche dalle Istituzioni gaiane:

Gai.1,173: *Praeterea senatus consulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere. Quo petito prior desinit; nec interest, quam longe aberit is tutor.*

Gaio spiega che un senatoconsulto permise alle *mulieres* di chiedere un altro tutore al posto di quello assente. L'*absens*, così, cessava di essere tutore, non essendo rilevante, a tal proposito, il tempo dell'assenza. Secondo Solazzi, se il pretore avesse perfezionato la nomina di un *tutor* non comparso dinnanzi a lui avrebbe rischiato di doverne scegliere un altro non appena la donna avesse eccepito l'assenza del primo. A mio parere, *in primis*, nulla avrebbe garantito che un tutore presentatosi *in iure* poi non si sottraesse al concreto esercizio del suo ruolo con l'assenza; quindi la donna, provandone l'allontanamento, avrebbe avuto diritto all'assegnazione di un nuovo tutore su sua richiesta. Piuttosto, la presenza dinnanzi al pretore del *tutor atilianus* costituiva il mezzo immediato per informarlo dell'ufficio destinatogli.

Si deve notare, inoltre, che il senatoconsulto menzionato in Gai.1,173 risale, presumibilmente, ad un periodo di poco successivo all'emanazione della legge augustea in tema di diritto di famiglia, come si evince dalla menzione della *lex Iulia et Papia* nel paragrafo gaiano, *Inst.*, 1, 178 e in Tit. ex corp. Ulp. 11,20, che si occupano sempre di

²⁸⁸ SOLAZZI S., *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, in *Aegyptus* 2 (1921), 165 s. (= *Scritti* 2, cit., 410 s.).

sostituzione ma in merito al caso del tutore impubere²⁸⁹. La disciplina del senatoconsulto ricordato da Gai.1,173 si collega solo indirettamente al caso di specie, poiché, anche se di epoca classica, afferiva alla normativa atiliana, estendendo la competenza del pretore in tema di tutela. Per questi motivi non credo che ci possa essere un collegamento fra il requisito del consenso del tutore atiliano alla sua nomina e la possibile sostituzione del tutore assente.

A Roma, dove era predominante l'oralità delle procedure, la donna istante ed il tutore proposto dovevano presentarsi presso il pretore. La dottrina dominante²⁹⁰, infatti, che per il tutore dativo muliebre si applicassero le stesse regole valide per la nomina del *tutor ad litem* dato dal pretore all'impubere, ma che poteva essere affiancato anche alla donna, come attestano Gai.1,184 e *Tit. ex corp. Ulp.*11,24²⁹¹. Ulpiano descrive la procedura per tale nomina, citando Cassio, in un passo del Digesto:

D.26,1,3,2 (Ulpianus, *libro trigesimo septimo ad Sabinum*): *Si pupillus pupillave cum iusto tutore tutorve cum eorum quo litem agere vult et curator in eam rem petitur, utrum ipsis poscentibus datur an vero et adversario? et sciendum est, sive agant sive convenientur, dari hunc curatorem posse, sed non alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Cassius libro sexto scripsit talem curatorem neminem dari posse nisi praesentem neque cuique nisi praesenti et postulanti, itaque infanti non potest dari. Idem Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult,*

²⁸⁹ Vd. *infra* cap.4 § 2.

²⁹⁰ Cfr. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, II, cit., 124s.

²⁹¹ Vd. *supra* p.74 s. e nt.166.

quo minus cum eo agatur, cogi eum a praetore debuisse.

Il giureconsulto tratta del *curator* nominato quando il pupillo o la pupilla agivano o erano convenuti in una controversia in cui la controparte era il tutore. Il curatore poteva essere dato solo su istanza dei pupilli. Cassio nel libro sesto specifica che il curatore doveva essere presente al momento della nomina e che anche il pupillo o la pupilla dovevano essere intervenuti davanti al pretore, proponendo l'istanza. Inoltre, si sa sempre da Cassio, se il pupillo si rifiutava di chiedere il *curator*, per evitare che si agisse contro di lui, il pretore doveva costringerlo a compiere tale richiesta.

Si presume che il termine *curator* sia stato utilizzato dai compilatori, perché, nel V d.C., così si chiamava colui che interveniva nel nuovo sistema processuale *extra ordinem*: una figura analoga al *tutor praetorius*, di cui trattano Gaio e l'*Epitome ulpiani*²⁹², che rappresentava in giudizio gli impuberi e le donne in una *legis actio* o nel sistema del processo formulare. Tuttavia, anche se questa opinione appare più verosimile rispetto a quelle di Solazzi, stabilire analogie fra la nomina del *tutor atilianus* e quella del *tutor praetorius* sfocia in un'argomentazione non del tutto valida, perché la sfera processuale non è analoga a quella privata.

Informazioni certe a conferma dei due particolari requisiti messi in luce, utili anche per capire quale fosse la procedura che si svolgeva a Roma *in iure*, si ottengono,

²⁹² Vd. *supra* p.74 s.

invece, da attestazioni papirologiche egiziane del II sec. d.C. e della metà del III sec. d.C.²⁹³.

I testi²⁹⁴ hanno una struttura pressoché analoga: la *mulier*, presentando la sua richiesta in forma scritta, proponeva già un aspirante tutore al prefetto d'Egitto, ai sensi della *lex Iulia e Titia*, mentre il candidato, per prestare il proprio consenso a ricoprire il ruolo di *tutor*, doveva semplicemente sottoscrivere la *petitio muliebre*²⁹⁵. A volte la donna si avvaleva dell'aiuto di un uomo che scriveva per lei perché analfabeta²⁹⁶. L'istanza poteva essere presentata direttamente dalla *mulier* ma anche da un terzo²⁹⁷, che, presumibilmente, poteva essere *procurator* della donna o il tutore della stessa²⁹⁸: se fosse stato il *tutor*

²⁹³ Da sottolineare che nel 212 d.C. la *Constitutio antoniniana*, conosciuta anche come Editto di Caracalla, concesse la cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi dell'Impero.

²⁹⁴ Pap. Oxy. IV 720 del 247 d.C.. Vd. ARANGIO-RUIZ V., *Fontes iuris romani anteiustiniani*, parte III, *Negotia*, ed. 2, Firenze 1943, n. 24, 66 s. ; P. Oxy. XII 1466, del 21 maggio 245. Vd. EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London and New York 2002, 36.

²⁹⁵ SOLAZZI S., *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, cit., 168 s. (= *Scritti* II, cit., 413 s.); BONFANTE P., *Corso*, I, cit., 560; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 87 s.

²⁹⁶ Vd. P. Oxy. XII 1466.

²⁹⁷ Vd. SB III. 6223 del 198 d.C. in ARANGIO-RUIZ V., *FIRA* parte III, *Negotia*, cit., n. 25, 68s.

²⁹⁸ Queste ipotesi appaiono entrambe verosimili ad ARANGIO-RUIZ V., *FIRA*, cit., 68 s. Cfr. anche GARCIA GARRIDO M., *Iustus tutor y legitimus tutor*, in *AHDE*, XXV (1955), 840 nt.7; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 87. SOLAZZI S., (*Studi sulla tutela*, II, cit., 25 (= *Scritti*, III, cit., 143)), a tal proposito, ricorda che, come attestato da *Fragm. Vat.*

la sua intenzione sarebbe stata quella di essere sostituito con il benessere della tutelata. Il pretore accertava “*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*”, per poi assegnare tramite decreto il tutore alla donna.

È molto interessante una *petitio* seguita dalla *datio tutoris muliebris* scritta su una tavoletta cerata, databile tra il 126 e il 132 sec. d.C.²⁹⁹. In questo caso il richiedente è *Publius Diodorus* nell’interesse di *Erennia Antonia*:

T. Flavius Titianus praef(ectus) Aeg(ypti) postulante Publio Diodoro quo ne ab iusto tutore t[u]tela abeat e l[e]ge Iulia et Titia et ex s(enatus) c(onsulto) Erennia Antonia (sic) fili(ae) Luci Erenni Valentis M. Numisium Longum legitimum tutorem dedit.

In questa fonte “*legitimus*” ha un significato diverso rispetto a quello generalmente impiegato dai giureconsulti classici: “*legitimus*”, riferibile al *tutor* decretale, infatti, è messo in correlazione con “*iustus*”. Bisogna considerare che il magistrato era chiamato ad accogliere la *postulatio* muliebre in virtù della *lex Iulia et Titia* solo quando la donna non avesse già un tutore; verificato quest’ultimo requisito si procedeva alla nomina del *tutor legitimus*,

325 e 327, per la nomina di un *procurator* alla donna non era necessaria l’*interpositio auctoritatis* tutoria.

LUZZATTO G. I. considera più attendibile la seconda supposizione (Vd. *A proposito di una “datio tutoris muliebris” da parte del “Praefectus Aegypti”*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 4, Napoli 1953, 380).

²⁹⁹ Pubblicata da SANDERS H.A., *The Transcript of a Lost Tablet*, *Zeitschrift für die neutestamentliche Wissenschaft*, 37 (1938), 191 ss.; ID., *Appointment of a Guardian by the Prefect of Egypt*, *American journal of Archeology*, 46 (1942), 94 ss.

menzionato come tale perché scelto ai sensi di un provvedimento legislativo³⁰⁰.

1.3. La funzione della tutela decretale muliebre.

La dottrina dominante³⁰¹ ha una visione unitaria della tutela; perciò, crede che, non solo per l'impubere ma anche per quanto riguarda la donna, la tutela atiliana abbia risposto ad una finalità protettiva di una persona considerata incapace. In questo senso, tali autori considerano l'introduzione del modo di costituzione decretale come un punto d'arrivo per l'evoluzione della tutela nelle due applicazioni pupillare e muliebre.

All'opinione dominante, che, a prima vista, troverebbe appoggio nelle fonti giuridiche e letterarie³⁰², le quali accennano ai criteri giustificativi della tutela muliebre³⁰³, si oppone una parte della dottrina rappresenta in particolare da Zannini³⁰⁴. Questo autore, considerando le

³⁰⁰ Così ARANGIO - RUIZ V., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, In *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano 1956, 16.

³⁰¹ Cfr., fra gli altri, COSTA E., *Storia del diritto romano privato*, cit., 104 ss.; GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 223 s., SOLAZZI S., *Istituti tutelari*, cit., 1; ALBERTARIO E., *Il Diritto romano*, cit., 144; MONIER R. - CARDASCIA G. - IMBERT J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen Age*, cit., 496 s.; ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 495; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 80 ss.; VILLERS R., *Rome et le droit privé*, cit., 241 s.

³⁰² Vd. *supra* ntt. 242 s. e p.101 s.

³⁰³ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 133.

³⁰⁴ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 133 s.

fonti riguardanti la tutela decretale ed il suo concreto operare, sostiene che nemmeno questa particolare applicazione dell'istituto fu atta a proteggere la donna³⁰⁵, motivo per cui la tutela *mulierum* e quella *impuberum* devono essere considerate come distinte e non come due esplicazioni di uno stesso istituto.

Chi scrive concorda con queste considerazioni. Infatti, la tutela *mulierum* decretale non fu introdotta per la necessità della donna di essere protetta, dato che l'incapacità d'agire della *mulier* non aveva cause naturali come per il pupillo e la pupilla, ma le fu, invece, per così dire, imposta dall'ordinamento giuridico. Dopo l'introduzione della nomina magistratuale del tutore la tutela pupillare mutò gradualmente la sua funzione da potestativa ad assistenziale, mentre per le donne titolari di un patrimonio l'istituto tutelare fu sempre solo una restrizione all'autonomia negoziale, legata, come si è già avuto modo di osservare, alla struttura dell'antico *ius civile* ed alle esigenze socio-economiche dell'epoca antica.

A conferma di quanto sostenuto si ripropone una più attenta analisi del seguente passo del Digesto:

D.26,1,1pr. (*Paulus, libro trigesimo octavo ad edictum*): *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.*

In questo frammento Paolo riferisce il pensiero di Servio Sulpicio Rufo, contemporaneo di Cicerone, il quale considera la tutela come un istituto ancora potestativo, ma inserisce nella sua definizione anche l'elemento protettivo.

³⁰⁵ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 117.

Questo passo è stato variamente interpretato dalla dottrina : Arangio-Ruiz³⁰⁶ pensa che la fonte descriva la sola tutela legittima, ragione per cui sostiene che il riferimento alla funzione assistenziale della tutela sia frutto di un rimaneggiamento dei compilatori; quindi il testo originario, a parere dell'autore, doveva essere: *<Legitima> tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, iure civile data ac permissa*. A me sembra che Arangio-Ruiz non abbia tenuto conto del fatto che la sua definizione andrebbe bene per descrivere la tutela legittima delle origini ma non quella di epoca repubblicana e classica.

La dottrina dominante³⁰⁷, invece, crede che anche la tutela *mulierum* sia stata interessata nel mutamento di funzione dell'istituto tutelare e legge nel testo paolino una definizione univoca e generale della tutela femminile e pupillare, ricostruendo: *tutela est, ut Servius definit, ad tuendum eum <eamve>, qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, vis ac potestas in capite libero, iure civile data ac permissa*³⁰⁸.

³⁰⁶ ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 495 s nt.3

³⁰⁷ Fra gli altri PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 459 e nt.3; GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 220 nt.2; ALBERTARIO E., *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milano 1935, 46; MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 315 nt.3; LONGO G., *Diritto romano*. III, cit., 251; KASER M., *Das römische Privatrecht*. I, cit., 86 nt.11; CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., 24 nt. 50.

³⁰⁸ Anche BONFANTE P., *Corso*, I, 553 nt.1), aderisce a questa ricostruzione, pur negando che la tutela muliebre si sia trasformata in un istituto protettivo (a p.559).

Biondi³⁰⁹, a mio avviso giustamente, respinge questa correzione, sostenendo che nessun giurista romano, nemmeno dopo l'emanazione della *lex Atilia*, dichiarò mai che la tutela *mulierum* avesse assunto una funzione di assistenza; tantomeno avrebbero potuto pensarlo Servio e Paolo. Il carattere di *ius* non abbandonò mai l'istituto³¹⁰, tant'è che l'immutabilità portò alla sua perdita di rilievo³¹¹.

La tutela *mulierum* fu sempre un diritto connesso alla sua funzione patrimoniale e non si trasformò in un ufficio del tutore³¹². Tale connotazione si notò ancora nella sua pienezza nelle fattispecie della tutela legittima che residuavano in epoca classica: quelle esercitate dal patrono e dal *parens manumissor*.

Quindi, a mio parere, appare maggiormente verosimile che Servio, accennando allo scopo protettivo introdotto dalla *lex Atilia*, abbia voluto descrivere la sola tutela dell'età. La tutela pupillare rimase una *vis ac potestas*, in caso di attribuzione della tutela legittima, ma, comunque, attenuata dall'evoluzione repubblicana e classica del regime di responsabilità del tutore.

Nell'ipotesi in cui la donna *sui iuris* non avesse un tutore testamentario o legittimo, prima dell'entrata in vigore della *lex Atilia*, gli atti di disposizione del suo patrimonio restavano preclusi alla donna. Qualora non esistessero dei

³⁰⁹ BIONDI B., *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, 57(= *Scritti*, 3, Milano, 1965, 85); ID., *Il Diritto romano cristiano*, 2. *La giustizia. Le persone*, Milano 1952, 209.

³¹⁰ TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 169.

³¹¹ BONFANTE P., *Corso*. I, cit., 559; BIONDI B., *Il Diritto romano cristiano*, 2, cit., BERRINO N. F., *Mulier potens*, cit., 22 nt. 66.

³¹² TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, ultimo cit. e FAYER C., *La familia romana*, cit., 395.

potenziali successori muliebri, non solo l'istituto stesso perdeva il proprio scopo, ma i limiti alla capacità negoziale, imposti alla donna *sui iuris*, costituivano una sperequazione priva di fondamento giuridico³¹³ in una realtà in cui le donne, ormai, partecipavano alle attività negoziali, spinte, da un lato, dalle quotidiane esigenze di vita e dallo sviluppo delle attività commerciali e, dall'altro, dal graduale disgregarsi della solidarietà agnaticia. Come sottolinea, giustamente, Zannini³¹⁴, dare un tutore alla *mulier* che ne era priva era il solo mezzo idoneo a eliminare e superare l'ostacolo sopra prefigurato, il quale condizionava, in epoca repubblicana, l'autonomia patrimoniale muliebre in merito a un'ancor considerevole sfera negoziale.

Dal punto di vista socio-economico la grande novità introdotta dalla *lex Atilia* consiste nel fatto che l'affiancamento alla donna di un tutore tramite decreto pretorio salvaguardava unicamente gli interessi propri ed esclusivi della tutelata³¹⁵. È alquanto significativo che nella *petitio* la donna indicasse il nome della persona che lei voleva che le fosse assegnata come tutore: si trattava, senza dubbio, di una persona di fiducia o, addirittura, si può presumere in alcuni casi, di un liberto della *mulier*. Questi in nessun caso avrebbe rifiutato alla donna il

³¹³ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 135 s. Da tener presente che, invece, tale situazione era giustificata nel caso in cui il tutore legittimo fosse, per varie cause, incapace di interporre l'*auctoritas*, perché, in questo modo, era rispettata la funzione della tutela legittima, che sacrificava la volontà muliebre a vantaggio dell'interesse patrimoniale superiore dei futuri eredi della donna. Misure a beneficio della *mulier* in tal caso furono introdotte in epoca augustea. Vd. *infra* cap.4 § 2.

³¹⁴ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 137.

³¹⁵ ZANNINI P., *Studi*, II, cit., 116.

consenso agli atti che la stessa voleva porre in essere. Una situazione di questo genere già da sola basterebbe a smentire la tesi paradossale della funzione di sorveglianza e protezione di una persona ritenuta debole e volubile per sua natura: la donna, in effetti, era libera di chiedere o meno l'assegnazione di un tutore decretale a seconda se avesse oppure no la necessità immediata o il semplice desiderio di poter più ampiamente disporre del proprio patrimonio. Alla *mulier* era lasciata la valutazione esclusiva delle sue necessità e proprio questa libertà di scelta dimostra che la stessa non era giuridicamente considerata alla stregua di un imputere.

Il requisito dell'*auctoritas tutoris* nel caso di specie era svuotato del suo scopo originario e ridotto ad una mera formalità, svolgendo la funzione strumentale di far conseguire alla donna una sostanziale libertà e autonomia negoziale. La donna poteva così porre in essere quei negozi giuridici che necessitavano dell'*auctoritas tutoris* come requisito essenziale per la loro validità ed efficacia.

La natura della tutela decretale *mulieris* era tipicamente volontaria sia in merito alla donna che per quanto riguarda il tutore, in netta antitesi rispetto alla connotazione di ufficio obbligatorio della tutela *impuberis* atiliana.

2. Il tutore scelto dalla donna.

Un ulteriore elemento che intervenne ad alleggerire il peso della tutela sulla donna è rappresentato dalla facoltà di scegliere il proprio tutore. Questa facoltà, data, come si vedrà, dal marito o dai tutori della donna, è stata vista, dall'unanime dottrina, come un segno evidente del decadimento della tutela muliebre. Poiché l'istituto non rispondeva più alle necessità familiari e sociali, la giurisprudenza seppe adattare il diritto antico alle nuove esigenze di vita³¹⁶.

Cicerone, strenuo difensore del *ius civile*, aveva aspramente criticato l'operato della giurisprudenza anche su questo punto nella celebre invettiva contro i giureconsulti, accusati di aver distorto e calpestato gli antichi principi, che si legge nel paragrafo 12.27 dell'orazione *Pro Murena*:

*Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, maiores in tutorum potestate esse voluerunt: Hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur*³¹⁷.

³¹⁶ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova 1876, 111 s.

³¹⁷ Trad. Infatti, se, molto spesso, erano state fissate dalle leggi ottime norme, esse sono state in gran parte corrotte e falsificate dalle invenzioni dei giureconsulti. Gli antichi vollero che tutte le donne, a causa della loro debolezza d'animo, fossero sottoposte al controllo dei tutori. I giureconsulti hanno escogitato delle tipologie di tutori che si trovano in potere delle donne.

Il fatto che, ormai, la donna, attraverso la *tutoris optio* e la *coemptio tutelae evitandae causa*, potesse scegliere il proprio tutore testamentario o cambiare il *tutor* che le fosse stato assegnato e che non gradiva avvalorò l'affermazione dell'Arpinate. Ormai erano i tutori ad essere soggetti, nelle loro funzioni, alla volontà delle *mulieres*. Alcuni studiosi, alla luce dell'affermazione ciceroniana, hanno addirittura ritenuto, come abbiamo accennato sopra, che “spesso le donne sceglieranno come tutori dei liberti propri o del marito, che erano loro socialmente subordinati³¹⁸”.

³¹⁸ Cfr. FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma 2005, 261 s. nt. 245. Due epigrafi, rinvenute a Roma, sembrano testimoniare dei casi in cui le donne avevano un *tutor* liberto. Il primo caso, conservato in CIL VI.2650, dell'inizio del II secolo d.C., riguarda *Furfania Saturnina*, la quale sull'epitaffio della tomba di famiglia cita nella dedica come suo tutore *M. Valerius Hesychus*, il liberto di suo marito *M. Valerius Ismarus*, assieme ad altri ex-schiavi. Anche un altro epitaffio (Vd. CIL VI.7468), dello stesso periodo, illustra, probabilmente, una situazione simile: sull'epigrafe sepolcrale della famiglia di *Ostoria Acte* si legge che *M. Ostorius Lamyrus* è suo tutore. Il fatto che *Acte* e *Lamyrus* abbiano lo stesso *nomen*, che la tomba sia della donna e che il tutore sia nominato insieme ai liberti e alle liberte di *Ostoria Acte* fa presumere che anch'egli sia un suo liberto. Cfr. EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman Empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London and New York, 2002, 32 s.

2.1. La *tutoris optio*.

Osserviamo ora più da vicino la facoltà concessa alla donna di scegliersi il tutore.

Il diritto di scegliere il tutore poteva essere concesso *ex testamento* a discrezione del marito della *uxor in manu*, che, invece di formulare una *datio tutoris*, lasciava alla moglie la scelta del tutore.

Gaio presenta la disciplina dell'*optio tutoris* nel primo libro delle sue *Institutiones* dopo aver descritto il regime della *datio tutoris* testamentaria:

Gai.1, 148: *Quae in manu est proinde ac si filiae, item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti tutor dari potest.*

Gai.1, 149: *Rectissime autem tutor sic dari potest: L. Titium liberis meis tutorem do, L. Titium uxori meae tutorem do. Sed et si ita scriptum sit: liberis meis vel uxori meae Titius tutor esto, recte datus intellegitur.*

Ai nostri fini, in particolare, l'attenzione di chi legge si sofferma sul paragrafo 148, in cui l'autore specifica che il *pater familias* poteva dare il tutore a tutte le donne sottoposte alla sua *potestas* o *manus*; tale precisazione, in effetti, evidenzia l'eccezionalità di quanto scritto al paragrafo 150:

In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae uxori meae tutoris optionem do. Quo casu licet uxori

tutorem optare vel in omnes res vel in unam forte aut duas.

Il *pater familias* poteva decidere di scegliere un tutore testamentario per le figlie, tramite le formule riportate in 1,149; il marito, tuttavia, aveva, in più, la possibilità di “delegare” il diritto di scelta del tutore alla propria *uxor in manu* ma non alle altre donne a lui sottoposte. Gaio lo esprime chiaramente, mettendo in correlazione i frammenti precedenti con quello sopra riportato tramite il *tamen* e l'*etiam*.

Prima di inoltrarsi nell'analisi della disciplina dell'istituto tramandatici da Gaio vorrei interrogarmi sulle ragioni di questa particolare normativa a vantaggio della sola *uxor* futura erede del marito, per arrivare a comprendere per quale motivo le *filiae familias* sono state escluse da tale beneficio. Al riguardo sono state formulate varie ipotesi in dottrina, tutte degne di nota e ragionevoli.

La prima motivazione dell'*optio tutoris* assicurata alla vedova, che fu *in manu* del marito, fa leva sulla condizione familiare della donna che, generalmente, non si risposava e manteneva, quindi, lo *status* di *matrona univira*; tale condizione faceva nascere l'esigenza di evitare che la *mulier* fosse soggetta ad un tutore permanente, legittimo o testamentario che fosse. Questa necessità, e mi rifaccio qui in particolare alle considerazioni di Dernburg³¹⁹, non riguardava la *filia familias*: se la stessa fosse stata sottoposta a tutela, spiega l'autore, lo sarebbe stata solo per un periodo temporaneo in vista di imminenti nozze, le quali avrebbero estinto la tutela medesima. A mio avviso quest'ultima affermazione è senza dubbio corretta nel caso

³¹⁹ DERNBURG H., *Beyträge zur Geschichte der römischen Testamente*, Bonn 1821, 289 nt.11.

in cui la donna *sui iuris* avesse contratto un matrimonio accompagnato dalla *conventio in manum*, ma se la scelta fosse caduta su un'unione *sine manu*, che era ormai la regola in epoca tardo repubblicana, la novella sposa sarebbe rimasta sottoposta al controllo dei suoi tutori in perpetuo, quindi anche a lei avrebbe fatto comodo la possibilità di scegliere a suo piacimento il tutore almeno quanto questa facoltà risultava gradita alla vedova *univira*. Una seconda motivazione risale a Huschke³²⁰, il quale ha ipotizzato che la condizione sfavorevole della *filia familias* fosse causata dalla natura dei beni da lei ereditati dal *pater familias*: alla *filia* spettavano cespiti di esclusiva provenienza paterna, quindi appartenenti al patrimonio agnatizio, mentre alla vedova *in manu*, sostanzialmente, era restituito quanto lei stessa aveva apportato al marito a titolo di dote; tale constatazione può costituire il motivo per cui era meno sentita l'esigenza di mantenere la *vidua* sotto il controllo degli agnati. Tuttavia mi pare che anche questa spiegazione non tenga conto, come la precedente, di alcune circostanze che potevano verificarsi. Innanzitutto non sempre veniva costituita una dote per la *uxor in manu*: perciò non necessariamente la quota che spettava alla donna alla morte del marito- *pater familias* sarebbe stata composta da beni dotali³²¹. Questa motivazione, quindi, può spiegare alcuni casi specifici ma non può costituire

³²⁰ Cfr. HUSCHKE P.E., *De privilegiis Fecenia Hispalae senatusconsulto concessis. Dissertatio*, Göttingen 1822, 55; seguito da ZIMMERN S.W., *Geshichte des römischen Privatrechts bis Justinian*, I, 2, Heidelberg 1826, 871 e RUDORFF A.A.F., *Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwichelt*, I, Berlin 1832, 276 s.

³²¹ Come osserva lo stesso HUSCHKE P.E., Rec. a ZIMMERN *Geshichte des römischen Privatrechts*, cit., *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, V, 2 (1829), 285.

l'unico motivo della ristretta applicazione della tutela optiva.

Facendo leva sul fatto che la donna *conventa in manum* potesse obbligare l'ex marito a liberarla dalla *manus repudio misso*³²², la dottrina successiva ha ritenuto che i vincoli agnatici derivanti dalla *manus* fossero meno stretti rispetto a quelli scaturenti dalla *patria potestas* e che, per questo motivo, alla sola *uxor* potesse essere data la facoltà di scegliersi il tutore. Volterra aggiunge una considerazione molto convincente: probabilmente si riteneva equo che, dopo la morte del marito, la *uxor in manu* potesse scegliere il suo tutore tramite *tutoris optio*, dal momento che già poteva ottenere un *tutor* di sua scelta in caso di scioglimento del matrimonio tramite ripudio, dopo aver obbligato l'ex marito a liberarla dalla *manus* e ad emanciparla *cui ipsa velit*³²³. Aver evidenziato questo aspetto è un passo decisivo per distinguere la condizione della *filia in potestate patris* da quella della moglie soggetta alla mano maritale; ma è necessario, ai nostri fini, individuare ulteriori elementi che, uniti a questo dato, chiariscano ancor meglio la ragione per cui il privilegio in oggetto era appannaggio solo della vedova che era stata *in manu* del *pater familias*.

³²² Cfr, Gai. 1, 137a.

³²³ Cfr. VOLTERRA E., *Nuove ricerche sulla "conventio in manum"*, cit., p. 342. Secondo SZULDRZYNSKI S. , (*De origine ac progressu tutelae muliebris quae apud Romanos obtinuit*, Berlin 1853, 72 s.) seguito da Zannini (*Studi sulla tutela*, v.II, cit., 94) il beneficio in questione avrebbe dovuto essere concesso anche alla *nurus in manu*. Contro questa opinione sta, però, il fatto che la nuora, alla morte del suocero, non sarebbe divenuta *sui iuris*, poiché sarebbe rimasta soggetta alla *manus* del marito- *pater familias*.

Il privilegio della *uxor in manu* si spiega ancor meglio, a mio parere, se si mette in relazione l'istituto in esame con la *dignitas* propria della *mater familias*³²⁴, a cui si collega anche l'esigenza pratica di sottrarre la vedova alla tutela legittima dei propri figli o figliastri impuberi³²⁵.

Queste motivazioni relative all'introduzione della *tutoris optio* a vantaggio della sola *uxor in manu* sono state formulate separatamente dalla dottrina, ma, come si è visto, non sono in contrasto l'una con l'altra, poiché si tratta di elementi relativi allo *status* della *mater familias*, che nel loro insieme chiariscono la ragione per cui la scelta del tutore fu consentita solo alla vedova del *pater familias* e non alla *filia*.

Si ritiene importante, da ultimo, evidenziare il fatto che la donna *conventa in manum* aveva subito una *capitis deminutio* ed era, così, uscita dal proprio originario gruppo agnatizio. In effetti è ragionevole credere, come fa Zannini³²⁶, che le aspettative successorie degli agnati nell'ambito della famiglia d'origine della donna non potessero essere pregiudicate dalla *tutoris optio*. Si

³²⁴ SZULDRZYNSKI S., *De origine ac progressu tutelae muliebris*, cit., 72 s.

WOLODKIEWICZ W., *Attorno al significato della nozione di mater familias*, in *Studi Sanfilippo*, III, 735 ss. (in particolare vd. p. 753)) conferma che in epoca arcaica e fino all'inizio del I d.C. il termine *materfamilias* ebbe il significato di *uxor in manu mariti*.

³²⁵ KNIEP F., *Gai institutionum commentarius primus*, Jena 1911, 249 s.; RUDORFF A.A.F., *Das Recht der Vormundschaft*, I, cit., 276. VOLTERRA E., *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 341; ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, II, cit., 96 nt. 52; FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*. I, cit., 557 nt. 665; GIOMARO A.M., *Unde quidam putant*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 311 nt. 25.

³²⁶ ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, II, cit., 83 e 96 s; Cfr. anche MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 85.

potrebbe ribattere che pure la *datio tutoris*, accessibile al *pater* anche nei confronti della *filia*, fosse potenzialmente pregiudizievole nei confronti degli interessi dei futuri eredi della donna, Tuttavia, come ho già fatto notare, il *pater familias* nominava sempre un uomo di sua fiducia, appartenente alla famiglia o *extraneus*, pensando che affiancarlo alla tutelata avrebbe fatto l'interesse tanto della *mulier* quanto della famiglia agnaticia.

2.1.1. La disciplina della *tutoris optio*.

La scelta concessa dal marito alla donna poteva essere "illimitata" o "limitata" come scrive Gaio nelle sue Istituzioni:

Gai. 1, 151: *Ceterum aut plena datur optio aut angusta.*

Il giurista antoniniano al paragrafo 150 del primo libro specifica la formula che il testatore doveva utilizzare per concedere alla moglie *in manu* l'*optio plena*:

In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae uxori meae tutoris optionem do. Quo casu licet uxori tutorem optare vel in omnes res vel in unam forte aut duas.

La donna era beneficiata con l'illimitata facoltà di scegliere il tutore, quando il marito si limitava a dichiarare

nel testamento di volerle dare l'*optio tutoris*. Gaio aggiunge che “in questo caso la moglie poteva scegliere il tutore per tutte le *res*, o per una, oppure per due”. Tornerò fra breve sul significato di questa frase.

Quando, invece, il testatore voleva dare alla *uxor* un diritto di scelta del tutore più ristretto aggiungeva alla formula il numero di volte per cui la donna avrebbe avuto questa facoltà, come specificato nel § 152:

Gai. 1, 152: *Plena ita dari solet, ut proxime supra diximus. Angusta ita dari solet: Titiae uxori meae tutoris optionem dumtaxat semel do, aut dumtaxat bis do.*

Quindi il marito dava alla moglie la scelta del tutore “solo per una volta o solo per due, ecc. ...”

Gaio vuole spiegarsi ancor meglio, perciò nel paragrafo successivo mette ancor più in luce la sostanziale differenza fra i due tipi di *optio*:

Gai.1,153: *Quae optiones plurimum inter se differunt. Nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare; quae vero angustam habet optionem, si dumtaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest; si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet.*

“colei che ha l'opzione piena puo scegliere il tutore una volta, due, tre e più spesso, mentre colei che ha l'opzione ristretta, se l'opzione le è stata data per una sola volta, non può scegliere più di una volta; se solo per due, non ha la facoltà di scegliere più di due volte”. In questo paragrafo

Gaio spiega che, se l'*optio* era *angusta*, la *mulier* avrebbe potuto scegliere il tutore una volta per sempre o cambiarlo ma solo per un numero di volte stabilito dal marito nel testamento. Invece la donna con *ius optandi plenum*, se voleva, poteva sostituire il tutore per un numero illimitato di volte a suo piacimento.

Torniamo ora ad occuparci della postilla di Gai.1,150:

... *Quo casu licet uxori tutorem optare vel in omnes res vel in unam forte aut duas.*

In dottrina sono stati mossi dubbi sulla genuinità del frammento³²⁷. Beseler³²⁸ pensa che sia una glossa solo "*vel in omnes res vel in unam forte aut duas.*", perché il glossatore, a suo parere, volendo copiare quanto scritto nel § 153 ne avrebbe frainteso il significato, scrivendo "cose" invece di "volte". L'autore, al contrario, considera genuino "*Quo casu licet uxori tutorem optare*", provocando la critica di Solazzi, il quale considera assurdo che Gaio, dopo aver presentato la formula testamentaria dell'*optio plena*, abbia scritto solo che "in tal caso la donna può optare il tutore". Solazzi, quindi, obietta che, se proprio si vuole credere che si tratti di un'interpolazione, bisogna considerare spuria tutta la frase che segue la formula. L'autore italiano non esclude *tout court* l'ipotesi interpolazionistica³²⁹ "perché gli effetti dell'*optio plena*

³²⁷ Il frammento è ritenuto postagaiano da KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena 1910, p.47.

³²⁸ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, 110.

³²⁹ SOLAZZI S., *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, cit., 175 e nt. 2 (= *Scritti*, II, cit., 418 e nt. 37) e ID., *Glosse a Gaio*, cit., p. 177 nt. 329 (= *Scritti*, VI, cit., p.254 nt. 329).

sono studiati nel § 153” e “evidentemente chi ha la facoltà di optare *vel in omnes res vel in unam*, può farlo per due, tre ecc...”; quindi il contenuto della frase, a suo parere, sarebbe sospetto. Zannini³³⁰, con ragione, ribatte che, gli esempi numerici e le ripetizioni di contenuto, anche se superflui, servivano, probabilmente, per aiutare la comprensione e la memorizzazione dei lettori di quello che, non dimentichiamoci, era un manuale per lo studio dei giuristi in erba. Si noti, inoltre, che anche gli effetti dell’*optio angusta* sono spiegati sia in Gai.1,152 che nel paragrafo successivo. Solazzi, pur riconoscendo l’impossibilità di giungere a una soluzione sicura, conclude che, indipendentemente dall’attribuzione del frammento a Gaio o ad un glossatore, la postilla *de qua* conferma la possibilità di scegliere il tutore anche *ad actum*, facoltà sottintesa anche nel § 153 dove si legge che la donna poteva esercitare l’opzione per un numero illimitato di volte.

Astolfi³³¹, a sua volta, interpreta diversamente *vel in omnes res vel in unam forte aut duas*: anche se la donna aveva scelta piena, a parere dell’autore, il marito poteva stabilire a priori che l’*optio* riguardasse tutto il patrimonio muliebre (*vel in omnes res*) o solo alcuni dei beni (*vel in unam forte aut duas*), che erano, così, sottratti al controllo del tutore nominato dal marito per essere sottoposti all’*auctoritas* di chi la donna volesse. Tuttavia a me pare che il testo di Gaio non si presti a una simile interpretazione. Basterebbe considerare la generica formula dell’*optio plena*, che non prevede restrizioni dello *ius optandi*. Il dettato di Gai.1,153, inoltre, aiuta a capire il vero significato del

³³⁰ Cfr. ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, II, cit., nt. 26 p.81.

³³¹ ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, ed. 1, Padova 2000, 358.

frammento in esame: *res* si può tradurre con atto, negozio, oppure affare. Gaio ha voluto specificare che, nell'ambito del suo illimitato diritto di scelta, la donna avrebbe potuto scegliere un tutore che l'affiancasse per tutti gli atti³³², o, eventualmente, un *tutor ad actum* per un singolo affare o due ecc..., come giustamente ha osservato Solazzi. Quindi il numero di volte in cui la donna sostituiva il tutore avrebbe potuto, eventualmente, coincidere con ogni singolo atto che compiva³³³. La *mulier* non era quindi soggetta a nessun vincolo tranne quello di procurarsi un tutore per compiere gli atti di straordinaria amministrazione. Se interpretato in questo modo, mi pare dunque che il testo gaiano si possa considerare genuino.

2.1.2. Modalità di esercizio della *tutoris optio*.

Dopo aver discusso la portata della scelta concessa alla donna, restano da esaminare le modalità di attuazione dell'*optio tutoris*. In particolare dobbiamo chiederci prima di tutto, seguendo la dottrina, se fosse necessario un intervento magistratuale per dare validità alla scelta del tutore compiuta dalla donna in virtù del diritto, pieno o ristretto, concessole dal marito. Huschke³³⁴ e Rudorff³³⁵ hanno affermato che la donna beneficiaria della *optio* sceglieva il tutore, dichiarandolo tale, senza bisogno di

³³² Anche in tal caso, naturalmente, il tutore poteva essere sostituito in ogni momento.

³³³ Cfr. SOLAZZI S., *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, cit., 175 e nt. 1 (= *Scritti*, II, cit., 418 e nt. 37).

³³⁴ HUSCHKE P.E., *De privilegiis Feceniae Hispalae*, cit., 51 s.

³³⁵ RUDORFF A.A.F., *Das Recht der Vormundschaft*, cit., I, 275.

una conferma da parte del magistrato dell'avvenuta scelta. Rudorff precisa, inoltre, che ai tempi in cui fu istituita l'*optio tutoris* non era ancora stata introdotta la *confirmatio*. Solazzi³³⁶ obietta che, senza intervento magistratuale, non ci sarebbe stato alcun controllo del rispetto, da parte della donna, del tenore del beneficio accordatole, ciò anche a garanzia dei terzi contraenti: l'autore si chiede che cosa impedisse alla donna con *optio plena* di farsi affiancare invece che da un uomo affidabile da "un pazzo o poco di buono". In merito a quest'ultima affermazione escludo subito che la donna scegliesse di affiancarsi un incapace, perché il medesimo non avrebbe potuto prestare il consenso che le serviva agli atti; escluderei anche che potesse scegliere consapevolmente un uomo disonesto, poichè non avrebbe goduto della sua fiducia: non dimentichiamo che l'obiettivo della *mulier* era, nella normalità dei casi, quello di disporre utilmente del suo patrimonio, lo stesso scopo che si era prefissato il marito testatore, beneficiandola con l'*optio*.

Quanto evidenziato da Solazzi, comunque, non va trascurato, soprattutto se consideriamo, come fa l'autore, anche il caso in cui il testatore avesse limitato il numero di scelte del tutore tramite *optio angusta*: sarebbe stato, in effetti, necessario verificare che la donna avesse rispettato la portata del beneficio concessole. In assenza di testimonianze delle fonti Solazzi ha ritenuto che la questione fosse stata affrontata e risolta, procedendo ad una pubblica certificazione dell'*optio* avvenuta. Egli ritiene, cioè, che il *tutor optivus* fosse dato dal magistrato,

³³⁶ SOLAZZI S., *Il consenso del "tutor mulieris" alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, cit., 174 e nt. 1 (= *Scritti*, II, cit., 417 e nt. 36).

su richiesta della donna, tramite decreto³³⁷. Solazzi aggiunge che, anche se in entrambi i casi era necessario il decreto di nomina, esisteva una differenza sostanziale fra l'applicazione della tutela atiliana e della *tutoris optio*: la concessione del *ius tutoris optandi* aveva senso solo quando la donna beneficiaria avesse degli agnati, onde escludere la tutela legittima, e non in assenza di tutori legittimi, caso contemplato dalla *lex Atilia*. L'*ius tutoris optandi*, a suo parere, aveva la stessa funzione della *datio tutoris* testamentaria e, in più, dava alla *mulier* la libertà che avrebbe avuto di scegliere il tutore da proporre al magistrato per la nomina decretale in caso di assenza di tutori *ex lege*. Solazzi, inoltre, osserva che il pretore, dopo aver verificato la validità della formula testamentaria, anche in caso di *tutoris optio* avrebbe dato e non confermato il tutore. Se, invece, si esclude l'intervento magistratuale in caso di *tutoris optio*, come riteneva Huschke seguito da Rudorff³³⁸, non si fatica ad ammettere che la concessione del diritto in esame avrebbe potuto essere utile anche in assenza di tutori legittimi, perché avrebbe evitato alla donna di chiedere al magistrato di darle un tutore decretale. Concordo con questa opinione, anche se resta ancora da considerare la necessità per la donna di provare il suo *ius tutoris optandi*, se richiesto dai terzi contraenti. In ogni caso osservo che la richiesta di dar prova della sua nomina poteva essere avanzata anche nei confronti del tutore scelto dal *pater familias* nel suo testamento. Si trattava, in pratica, di provare che la *datio tutoris* o la *tutoris optio* fossero effettivamente contenute

³³⁷ Il magistrato avrebbe verificato l'esistenza, il tenore e la validità del testamento e poi, secondo Solazzi, avrebbe dato alla donna il tutore prescelto.

³³⁸ Vd. *supra*.

nel testamento stesso, scritto o orale che fosse. In particolare, per quanto riguarda l'*optio angusta*, è verosimile che la donna avrebbe provato l'unica scelta o il numero determinato di sostituzioni del tutore che le era stato concesso di attuare, tramite dichiarazioni innanzi a testimoni.

2.1.3. I privilegi concessi ad Ispala Fecenia e l'origine della *tutoris optio*.

Resta da chiarire a partire da quale epoca il testamento del marito poté contenere l'*optio tutoris* a vantaggio della moglie³³⁹. A questo proposito la dottrina suole fare riferimento alla figura di Ispala Fecenia quale ci viene descritta da Livio nel libro XXXIX della sua opera *Ab urbe condita* nel quadro degli accadimenti dell'anno 186 a.C. la cui narrazione, precisa e ricca di particolari, occupa, a partire dall'ottavo, dodici capitoli. Lo storico patavino, nel capitolo ottavo, preannuncia che i consoli Spurio Postumio Albino e Quinto Marcio Filippo si occuparono

³³⁹ Si allude, probabilmente, alla *tutoris optio* nel *Truculentus* di Plauto al v. 859: *Video eccum, qui amans tutorem med optavit suis bonis*.

Il *ius tutoris optandi* è menzionato anche dalla *lex Flavia municipalis Salpensae data*, al capitolo 22, di oscura interpretazione, pubblicata in *CIL*, II, 1963; da BRUNS in *Fontes iuris romani antiqui*, I. *Leges et negotia*, ed.7, Tubingae 1909, 142 ss.; da GIRARD P.F., *Textes de droit romain*, ed.4, Paris 1913, 109 s. Vd. più approfonditamente nel cap.4 § 4.1 in merito all' analoga *lex Irnitana*.

della punizione di una specie di intestina congiura³⁴⁰, la cui natura è specificata nei capitoli successivi. Si tratta della repressione dei Baccanali in seguito ai provvedimenti attuati dai magistrati e dal Senato, dopo che il console Postumio, su denuncia del giovane Publio Ebuizio, figlio di un cavaliere, e di Ispala Fecenia, una cortigiana libertina, venne a conoscenza dei delitti e delle frodi compiute durante i riti dagli adepti di Bacco presso il bosco di Stimula. Ad Ispala, fra i premi ottenuti per aver denunciato i misfatti compiuti durante questi riti, fu riconosciuta, anche, la *tutoris optio* come se le fosse stata concessa da un ipotetico marito³⁴¹. Se la testimonianza di Livio è attendibile, l'introduzione dello *ius tutoris optandi* sarebbe da collocare all'inizio del II secolo a.C.³⁴². Tuttavia non tutti in dottrina credono alla veridicità dei fatti esposti da Livio; alcuni autori ravvisano nella vicenda di Ebuizio ed Ispala contorni romanzeschi e non la narrazione di un vero episodio di vita³⁴³. Se così fosse la testimonianza liviana non avrebbe alcun valore nemmeno ai nostri fini. Ritengo, quindi, opportuno analizzare più nello specifico quanto scritto da Tito Livio, partendo dal riassunto delle pagine

³⁴⁰ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 8: *Insequens annus Sp. Postumium Albinum et Q. Marcium Philippum consules...ad intestinae conjurationis vindictam avertit. ... Consulibus ambobus questio de clandestinis conjurationibus decreta est.*

³⁴¹ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 19. Vd. *infra* p.153 ss.

³⁴² Cfr. ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, II, cit., 83; FAYER C., *La familia romana*, cit., 556.

³⁴³ L'episodio ha un carattere troppo romanzesco per essere considerato come storico ad avviso di HELBIG W., *Die bassorilievi etruschi*, in *Annali dell'istituto di corrispondenza archeologica- Deutsches Archäologisches institut* 36 (1864), p.41; così, più recentemente, GALLINI C., *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Bari 1970, 32 s.

scritte dallo storico in merito all'episodio in esame, con lo scopo di mettere in luce i particolari di maggior interesse giuridico. I due denunciati, riferisce Livio al capitolo nono, erano amanti e Ispala aiutava economicamente l'adolescente, considerato il magro sostentamento che egli riceveva dalla madre e dal patrigno. Dopo la morte del suo patrono, la meretrice, chiesta al pretore e ai tribuni un tutore, aveva fatto testamento, istituendo unico erede Ebuzio³⁴⁴. La donna aveva dimostrato, così, il profondo sentimento che la legava al giovane, perciò, quando egli le disse che la madre Duronia e il patrigno Tito Sempronio Rutilo volevano iniziarlo ai riti bacchici, al fine di adempiere ad un voto materno, spaventata, gli riferì di aver preso parte, con la sua padrona, quando era ancora schiava, a tali culti e, considerati i delitti e le frodi di cui lei stessa era stata vittima e testimone, la liberta disse a Ebuzio che il suo patrigno aveva intenzione di privarlo della pudicizia, della fama, della fortuna e della vita. Sempronio Rutilo, infatti, era tutore di Ebuzio e, avendo male amministrato i beni del pupillo, cercava di evitare renderne conto: perciò voleva liberarsi del giovane o vincolarlo con qualche inganno³⁴⁵.

Ispala ottenne dall'amante la promessa che si sarebbe astenuto dal partecipare ai misteri bacchici. La vicenda divenne di pubblico dominio dopo che il giovane,

³⁴⁴ Vd. p.121.

³⁴⁵ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 9:...*P. Aebutius, cujus pater publico equo stipendia fecerat, pupillus relictus, mortuis deinde tutoribus, sub tutela Duroniae matris et vitrici T. Sempronii Rutili educatus fuerat. Et mater dedita viro erat; et vitricus, quia tutelam ita gesserat, ut rationem reddere non posset, aut tolli pupillum, aut obnoxium sibi vinculo aliquo fieri cupiebat. Via una corruptelae Bacchanalia erant.*

rifiutatosi di obbedire alla madre e al patrigno, fu cacciato di casa con quattro schiavi e si rifugiò da una zia materna che abitava sull'Aventino. La vecchia e saggia matrona Ebuzia consigliò al nipote di denunciare l'accaduto e quanto aveva scoperto sui Baccanali al console Spurio Postumio. Il magistrato, dopo aver ascoltato Ebuzio, con il supporto della suocera Sulpicia, mandò a chiamare e interrogò per prima sua zia, per verificare l'attendibilità dell'*adulescens*: la matrona confermò che il nipote era suo ospite, dato che era stato cacciato di casa e spogliato del suo patrimonio, per essersi rifiutato di partecipare a certi riti che avevano la fama di esser osceni. Postumio, poi, convocò, tramite la suocera, la stessa Ispala Fecenia. La liberta era molto impaurita, poiché temeva di incorrere in gravi vendette da parte degli adepti del rito incriminato, ma, rassicurata da Postumio, che si impegnò a garantirle una vita sicura a Roma, la donna raccontò in dettaglio l'origine dei misteri bacchici, i successivi cambiamenti nel rito e i reati commessi durante le adunanze notturne degli adepti che erano molti, quasi un popolo, tra cui anche alcuni uomini e *mulieres* nobili. Negli ultimi due anni, disse la liberta, si era stabilito che si iniziassero solo i minori di 20 anni perché maggiormente raggirabili. Ispala trovò protezione in casa della suocera del console ed Ebuzio si trasferì presso un cliente di Postumio. Messi al sicuro i denuncianti, il magistrato riferì quanto aveva scoperto ai senatori, che ravvisarono un grave pericolo per l'ordine pubblico, ma anche per quello privato, temendo che i loro congiunti potessero essere coinvolti in tali misfatti. Il senato emanò immediatamente un decreto con il quale diede ai consoli il compito di aprire un'inchiesta, occupandosi, contestualmente, della sicurezza dei delatori, prevedendo premi per questi ultimi e per tutti coloro che fornissero ulteriori informazioni: tutto ciò al fine di

individuare i responsabili dei delitti. Il senato ordinò di pubblicare il decreto in tutta Roma e di mandare editti per l'Italia intera. I consoli incaricarono i magistrati minori di occuparsi della sicurezza della città. Postumio, subito dopo, parlò all'assemblea del popolo dei Quiriti; le frasi più significative del discorso del console sono³⁴⁶: “ la gran parte dei baccanti sono donne: ecco la sorgente di questo disordine”; “ pensate che i giovani iniziati in questa setta possano essere dei difensori della Patria e delle vostre famiglie?” ; “ non hanno ancora commesso tutti i delitti che si sono proposti: l'empia congiura si limita ancora alle colpe private, perché non ha abbastanza forza per opprimere la Repubblica” e “ il male cresce: mira a rovesciare la Repubblica. Io e il mio collega abbiamo affidato la sorveglianza della città ai magistrati minori”. L'intento del magistrato era quello di sottolineare la violazione del buon costume e il pericolo per l'ordine pubblico, vista la dimensione macroscopica del fenomeno³⁴⁷.

Stando a quel che riporta Livio, il quale fa anche i nomi dei grandi sacerdoti di questo culto, si diceva che i congiurati fossero 7.000. Molti furono denunciati e alcuni di loro tentarono di fuggire o si tolsero la vita. Quelli che non avevano compiuto delitti, ma si erano limitati ad affiliarsi, furono arrestati, mentre i responsabili degli omicidi, degli stupri e delle frodi furono condannati a morte. La pena capitale per le donne fu eseguita in ambito privato dai parenti o dai tutori e nei casi in cui non si trovò nessuno che se ne occupasse furono giustiziate in pubblico. Fu emanato un senatoconsulto a disciplina del

³⁴⁶ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 15- 16.

³⁴⁷ FRANCIOSI G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, ed.6, Napoli 1999, 33.

culto³⁴⁸. Il senato e i magistrati avevano così difeso lo Stato, ristabilendo il buon costume, l'ordine e il rispetto delle leggi.

I senatori, su proposta di Spurio Postumio, stabilirono i premi da concedere a favore di Publio Ebuizio e Ispala Fecenia, grazie ai quali si aveva avuta notizia di ciò che accadeva durante i baccanali:

TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 19: ...*Sp. Postumius aliquanto post Romam venit. Eo referente, se P. Aebutii et Hispalae Feceniae praemio, quod eorum opera indicata Bacchanalia essent, senatusconsultum factum est, Ut singulis his centena millia aeris quaestores urbani ex aerario darent. Utique con sul cum tribunis plebis ageret, ut ad plebem primo quoque tempore ferrent, ut P. Aebutio emerita stipendia essent, ne invitus militaret, neve censor ei equum publicum adsignaret. Utique Feceniae Hispalae datio, deminutio, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset. Utique ei ingenuo nubere liceret: neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset. Utique consules praetoresque, qui nunc essent, quive postea futuri essent, curarent, ne quid ei mulieri injuriae fieret,*

³⁴⁸ TITUS LIVIUS, *Ab urbe condita*, XXXIX, 18: Datum deinde consulibus negotium est, ut omnia Bacchanalia Romae primum, deinde per totam Italiam, diruerent; extra qua si qua ibi vetusta ara aut signum consecratum esset. In reliquum deinde senatusconsulto cautum est, *Ne qua Bacchanalia Romae, neve in Italia essent. Si quis tale sacrum sollemne et necessarium ducere, nec sine religione et piaculo se id omittere posse, apud pretore urbanum profiteretur, praetor senatum consuleret. Si ei permissum esset, quum in senatu centum non minus essent, ita id sacrum faceret, dum ne plus quinque sacrificio interessent, neu qua pecunia communis, neu quis magister sacrorum, aut sacerdos esset.*

utique tuto esset. Id senatum velle, et aequum censere, ut ita fieret. Ea omnia lata ad plebem, factaque sunt ex senatusconsulto; et de ceterorum indicum inpunitate praemiisque consulibus permissum est.

Si decretò che a ciascuno di essi i questori dessero 100.000 assi del pubblico tesoro; che i consoli si rivolgessero ai tribuni della plebe in modo che, quanto prima, fosse proposto al popolo di esentare Ebuzio dalla milizia, affinché non dovesse arruolarsi contro la sua volontà e non gli fosse assegnato il pubblico cavallo dai censori; che Fecenia Ispala fosse beneficiata con *datio* e *deminutio*; che la donna potesse imparentarsi fuori dalla *gens* in cui era stata affrancata e scegliersi il tutore, come se tale diritto le fosse stato dato dal marito nel testamento³⁴⁹; che le fosse

³⁴⁹ Livio con questo inciso ha voluto ricordare che era il marito titolare della *manus* a poter concedere il beneficio in questione. Cfr. FAYER C., *La familia romana*, I, cit., 557. Anche se non esistono fonti al riguardo ed è alquanto improbabile che il titolare della *manus* sulla donna le potesse dare, tramite testamento, la facoltà di sposarsi fuori dalla *gens* d'appartenenza (beneficio, che, peraltro, interessava solo le liberte, dal momento che l'esogamia era la regola per gli *ingenui*), alcuni autori collegano anche *gentis enuptio* a *quasi vir...dedisset*: MOMMSEN, *Die Römischen Eigennamen des Republikanischen und augusteischen zeit*, in *Römische Forschungen* 1, Berlin 1861 (Rist. 1962), 9 s.; MARQUARDT, *La vie privée des romains* 1, Paris 1892 (Trad. Henry), 36 nt.5; KÜBLER, v. *Gens*, in P.W. Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, VII.1, Stuttgart 1910, 1179 s.; ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato. In rapporto alle indagini di Lewis H. Morgan*, Roma 1955, 124. *Contra* la dottrina maggioritaria, di cui i contributi più recenti sono di WATSON (, *Enuptio gentis*, in *Daube noster* (1974), *Essays in legal history for David Daube*, Edinburg and London, 333 s.), che apporta un argomento lessicale relativo a

permesso di sposare un *ingenuus* e che dal matrimonio al futuro marito non derivasse nessun danno o disonore; che i consoli e i pretori presenti e futuri controllassero che non le fosse arrecata offesa e che visse sicura. Il senatoconsulto fu approvato dal popolo. Le impunità e i premi per gli altri delatori furono lasciati all'arbitrio dei consoli.

I privilegi concessi ai due accusatori ebbero lo scopo di garantire loro una vita sicura. In particolare, ai nostri fini, sono significativi i benefici previsti a vantaggio di Ispala: la condizione giuridica della donna fu modificata fino a renderla identica a quella di una donna *ingenua sui iuris*³⁵⁰. Bisogna chiarire alcuni aspetti in merito alla *tutoris optio* concessa *ex senatoconsulto et plebiscito* alla donna. Innanzitutto il patrono di Ispala Fecenia era morto e lei stessa aveva chiesto un tutore decretale al pretore tempo addietro, per testare in favore di Ebuzio; tuttavia tale nomina non è d'ostacolo alla scelta di un altro *tutor*: è possibile, in effetti, pensare che il tutore atiliano fosse stato nominato *ad actum* dal pretore e che, quindi, Ispala Fecenia non avesse un *tutor* quando fu beneficiata dei privilegi in oggetto; in ogni caso, anche se il *tutor* decretale stesse ancora ricoprendo l'ufficio affidatogli, il decreto pretorio fu automaticamente derogato dal senatoconsulto e dal successivo plebiscito. Ancora ci si è chiesti³⁵¹ se la concessione in oggetto avesse uno scopo

tutoris optio item esset secondo il quale l'*item* separerebbe il privilegio in questione dagli altri che lo precedono, e FRANCIOSI G. (, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, cit., 44 s.).

³⁵⁰ SOLAZZI S., *Il consenso del tutor mulieris*, in *Studi II*, cit., 417 nt. 36. Anche se l'autore afferma che furono dati a Ispala "i diritti dell'ingenuità".

³⁵¹ Cfr. HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, cit., 77.

pratico, considerato che la dottrina tradizionale³⁵² ha dato a *deminutio* e *datio* i significati di “diritto di alienare” e “diritto di donare” intesi come libera disposizione dei propri beni. A ciò si può obiettare che, se il senato avesse voluto dare ad Ispala la possibilità di disporre liberamente dei suoi beni, avrebbe potuto, con più efficacia, esentarla direttamente dalla tutela. I termini *datio* e *deminutio* non sono di immediata comprensione, ma convince la traduzione data da Franciosi³⁵³ che a *datio* aggiunge *dotis* o, in alternativa, pensa alla dazione di quel premio in denaro di 100.000 assi menzionato precedentemente, mentre il secondo *privilegium* sarebbe stata una *capitis deminutio* avente il fine di fare uscire la liberta dalla *gens*, rompendo ogni vincolo fra la donna e il gruppo. Questo provvedimento sarebbe stato opportuno e necessario per mettere al sicuro Fecenia, che, se fosse rimasta all'interno della *gens*, avrebbe rischiato delle ritorsioni in ambito privato dato che alcuni membri della famiglia gentilizia, fra cui la sua ex padrona, erano implicati nella denuncia³⁵⁴. Peppe pensa che la donna abbia avuto bisogno di una *capitis deminutio minima*, quindi di provocare la rottura dei legami giuridici con la sua *gens*, non per evitare il

³⁵² Per tutti MOMMSEN, *Die Römischen Eigennamen des Republikanischen und augusteischen zeit*, cit., 10; MARQUARDT, *La vie privée des romains*, 1, cit., 36 nt.5; ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato*, cit., 124; WATSON, *Enuptio gentis*, in *Daube noster*, cit., 335 ss.

³⁵³ FRANCIOSI G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, cit., 47 ss.

³⁵⁴ Questa tesi è stata accolta da BELLU C., (*Alcune considerazioni sulla condizione giuridica della donna nell'epoca repubblicana*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, 49 (1978-79), I, 172 ss.).

rischio di una vendetta privata, ma per poter fare un nuovo testamento da *ingenua*, poiché, a suo parere, l'atto di ultima volontà redatto precedentemente, da liberta, poteva, una volta cambiato lo *status* della donna, essere attaccato sul piano formale³⁵⁵. Mi pare, però, che prevedere minacce per l'incolumità di Fecenia da parte della sua *gens* non sia inverosimile: i consoli e i pretori, per loro e per quelli futuri, si erano impegnati a difendere l'onore e la sicurezza di Ispala, ma il loro compito era stato reso più semplice dalle misure della *capitis deminutio*, *gentis enuptio* e *tutoris optio*, grazie a cui i magistrati intesero evitare che la donna fosse sottoposta al potere di qualcuno che potesse farle del male. Non credo, tuttavia, che i privilegi concessi ad Ispala abbiano modificato il suo *status* facendola divenire un'*ingenua*: la donna rimase una liberta anche se la sua condizione personale era privilegiata, poiché era l'unica schiava liberata e *meretrix*, che, avrebbe potuto contrarre un *iustum matrimonium* con un ingenuo ed era la sola donna a cui era stato dato il diritto di scegliere il tutore tramite un provvedimento magistratuale e popolare. Vista la condizione libertina di Ispala Fecenia il suo testamento, redatto *tutore auctore*, rimase valido e se volle modificarlo lo fece con l'affiancamento del tutore da lei scelto.

Astolfi³⁵⁶ si distanzia da entrambe le ricostruzioni dottrinarie più recenti e torna a dar credito alla tesi tradizionale che, come sopraccennato, ha dato valenza patrimoniale a *deminutio* e *datio*; egli pensa che i premi avessero dato ad Ispala piena capacità d'agire; perciò è

³⁵⁵ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana*, cit., 64 s.

³⁵⁶ ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 56 s.

convinto che la liberta premiata sia stata esentata dalla necessità di avere un tutore, ma che non le sia stata tolta la facoltà di scegliere un *tutor* e di mutarlo quando voleva. Secondo Astolfi il senato permise a Ispala di amministrare il suo patrimonio sola o con l'affiancamento di un tutore da lei scelto. La *tutoris optio* di cui ha beneficiato Ispala, secondo questo autore, era diversa da quella concessa dal marito alla *uxor in manu* per due motivi: perché il tutore scelto dalla liberta doveva essere nominato dai magistrati *ex lege Atilia*, mentre per la vedova la nomina del *tutor optivus* era stata effettuata dal marito-testatore. La seconda differenza era che la *vidua* aveva bisogno di avere un tutore per disporre dei suoi beni, mentre Ispala Fecenia poteva fare a meno del consenso tutorio in virtù del potere di alienare (*datio*) e della facoltà di impoverire il suo patrimonio con atti diversi dall'alienazione (*deminutio*) concessale.

Continuo a concordare *in toto* con l'interpretazione data da Franciosi alle decisioni prese in favore di Ispala, perchè, a differenza di Astolfi, noto la palese incompatibilità esistente fra l'esentare una donna dalla tutela e darle la facoltà di scegliersi un tutore. L'affiancamento di un *tutor* fu sempre un obbligo e non un diritto per la donna. L'*auctoritas tutoris* era una condizione necessaria per la validità degli atti dispositivi del patrimonio muliebre e, proprio per questo, non si può credere che una *mulier* libera dalla tutela potesse scegliere di assoggettarvisi, nemmeno se inesperta in campo negoziale; le sarebbe bastato, in tal caso, farsi consigliare da un uomo di sua fiducia, senza condizionare, così, la validità delle sue scelte. In merito a quanto affermato da Astolfi sulla nomina del tutore optivo per la *vidua* sottolineo che, dalla portata delle formule testamentarie presenti nelle fonti, è certo che non fosse il marito a nominare il *tutor optivus*;

per Ispala Fecenia osservo che Livio nulla riferisce sul fatto che la donna dovesse chiedere al pretore e ai tribuni che formalizzassero la sua scelta: il senatoconsulto in oggetto avrebbe attestato *ad probationem* la sua *optio plena*.

Resta da chiarire se l'episodio che ebbe come protagonista Fecenia Ispala sia storicamente attendibile. L'avvenuta repressione dei baccanali è confermata dal ritrovamento di una tavola di bronzo, su cui è stato inciso il *Senatusconsultum de Bacchanalibus*³⁵⁷, scoperta a Tiriolo (Catanzaro) in Calabria nel 1640 e conservata nel Kunsthistorisches Museum di Vienna: si tratta di una copia del decreto senatorio emanato a disciplina del culto, infatti il suo contenuto corrisponde a quanto riassunto da Livio in XXXIX, 17 e sono gli stessi anche i nomi dei consoli a conferma dell'anno di emanazione del decreto.

Come accennato *supra*, parte della dottrina, tuttavia, crede che Livio si sia inventato un episodio suggestivo, a spiegazione del modo in cui il console Spurio Postumio Albino fu informato dei reati commessi dai baccanti. Si potrebbe paragonare l'episodio in oggetto, limitatamente ai personaggi coinvolti, ad una commedia plautina. In effetti abbiamo gli amanti : l'*adulescens* e la meretrice liberta; due antagonisti: la madre e il perfido patrigno; qualcuno che protegge i due giovani e li consiglia: la zia paterna³⁵⁸.

Si osserva, tuttavia, che Livio era uno storico e non un commediografo e per la stesura della sua opera attinse da fonti autorevoli; la presunta corrispondenza dei protagonisti della vicenda *de qua* con alcuni dei personaggi tipici delle commedie si spiega,

³⁵⁷ Il testo epigrafico è riprodotto in *FIRA*. 1. 240 s.

³⁵⁸ GALLINI C., *Protesta e integrazione nella Roma antica*, cit., 33.

semplicemente, considerando che gli autori delle rappresentazioni sceniche si ispiravano ad episodi reali per poi enfatizzarli, anche con lo scopo di far immedesimare gli spettatori. In quell'epoca storica era usuale a Roma che i giovani intrecciassero relazioni amorose con delle cortigiane liberte e l'episodio del tentato inganno ai danni di Ebuizio è molto verosimile. La descrizione della denuncia costituisce un antefatto e, quindi, lo storico, nel caso in cui non avesse avuto i nomi degli informatori del console Postumio, si sarebbe senz'altro limitato a riferire le decisioni prese dai consoli e dal Senato; la narrazione della vicenda, in effetti, sarebbe risultata comunque completa. La veridicità dei fatti tramandati da Tito Livio è confermata anche dall'esistenza delle *gentes Aebutia* e *Duronia* e dalle informazioni su un certo Caio Sempronio Rutilo, tribuno della plebe negli anni appena precedenti alla vicenda in oggetto, che potrebbe essere il fratello del patrigno di Ebuizio³⁵⁹.

Livio, inoltre, come si è potuto notare nelle pagine precedenti, nel testo fa riferimento a provvedimenti legislativi e giurisdizionali non solo in merito alle indagini, alle condanne e alla repressione del culto, ma riferisce anche di un senatoconsulto confermato da un plebiscito avente ad oggetto i premi a beneficio di Publio Ebuizio e Ispala Fecenia. Tali privilegi e immunità sono elencati da Livio con molta precisione, si tratta di un elemento in più a favore della sua attendibilità³⁶⁰.

³⁵⁹ Cfr. più approfonditamente GALLINI C., *Protesta e integrazione nella Roma antica*, cit., 33 s. L'autrice, pur credendo che il racconto liviano sia romanzato, raccoglie indizi a dimostrazione dell'attendibilità della nostra fonte.

³⁶⁰ Così HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine* cit., 76.

2.2. *Coemptio* fiduciaria *tutelaevitandae causa*.

Sempre in epoca tardo repubblicana³⁶¹, la donna *sui iuris*, a cui non era stato concesso il diritto di scegliere il tutore per testamento, poteva ottenere lo stesso risultato ricorrendo ad un espediente di matrice giurisprudenziale³⁶², che le permetteva, comunque, di sostituire il tutore assegnatole con un uomo da lei scelto: si trattava della *coemptio* fiduciaria, “una delle creazioni più ardite della giurisprudenza³⁶³”.

È noto che la *coemptio* nacque, in periodo postdecemvirale, come modo per costituire la *manus matrimonii causa*³⁶⁴, intesa come *potestas* del marito sulla propria *uxor*, e che dalla *conventio in manum* derivavano effetti personali e patrimoniali: la donna subiva una *capitis deminutio minima*, la quale determinava l'estinzione della parentela agnaticia originaria e il suo ingresso, come *alieni iuris*, nella *familia* del *coemptionator*. Ci riferiamo, in particolare, al caso in cui i nubendi erano una *mulier sui iuris* con un suo patrimonio e un marito *pater familias*. In seguito alla *coemptio* si verificava una successione *inter vivos*: i beni della donna entravano a far parte del

³⁶¹ SCHERILLO G., v. *Coemptio*, in *NNDI*. 3 (1959), 417; FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, II, cit., 256.

³⁶² SCHERILLO G., v. *Coemptio*, cit., 417.

³⁶³ ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 264.

³⁶⁴ ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 279.

patrimonium del marito, nei confronti del quale la *conventa in manum* era considerata *filia* dal *ius* civile.

La giurisprudenza, in epoca repubblicana³⁶⁵, ha pensato di utilizzare la *manus*, che si acquistava sulla donna per effetto della *coemptio*, non quale fine dell'atto ma come mezzo³⁶⁶, per attuare determinati obiettivi³⁶⁷ diversi dall'ingresso della *mulier* nella famiglia del marito come *nupta in manu*: si attuava la *coemptio*, per risolvere, subito, gli effetti dell'atto, in modo che la *mulier* godesse dei relativi vantaggi. La donna si sottoponeva alla *coemptio* fiduciaria, per avere il diritto di testare o per sostituire il tutore.

Come nel caso sopra considerato, il *coemptionator* e la *mulier* dovevano essere *sui iuris*.

Gaio presenta come applicazione distinta dalla *coemptio* fiduciaria *tutelaevitandae causa*, quella *testamenti faciendi gratia* :

Gaius, Inst., 1, 115a: *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

³⁶⁵ La *communis opinio* riconduce l'applicazione della *coemptio fiduciaria* ad un periodo relativamente tardo, comunque successivo al suo utilizzo *matrimonii causa*.

³⁶⁶ ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 259 e 279.

³⁶⁷ FAYER C., *La familia romana*, II, cit., 256.

La *communis opinio*³⁶⁸ crede che *in primis* la *coemptio* fiduciaria sia servita proprio per estinguere i diritti ereditari dei successibili *ab intestato* della donna, in modo da consentirle di disporre dei propri beni *mortis causa*: la *mulier* non poteva testare se aveva degli eredi legittimi, poiché non le era permesso di pregiudicare i loro diritti successori³⁶⁹. I giureconsulti repubblicani, dopo aver escogitato l'applicazione della *coemptio* per scopi testamentari, suggerirono alla donna di sottoporsi alla *manus* fiduciaria anche per cambiare il tutore che la ostacolava o che non gradiva. La *mulier*, così, avrebbe potuto disporre liberamente dei suoi beni non solo *mortis causa* ma anche *inter vivos*. Queste particolari applicazioni della *coemptio*, nata per scopo diverso, rispondevano alle nuove esigenze sociali, in base alle quali non era più proficuo che la donna fosse limitata nella disposizione del suo patrimonio. L'applicazione fiduciaria della *coemptio* è stata determinata dalla decadenza degli istituti della *conventio in manum*, con le sue forme costitutive, e della *tutela mulierum*³⁷⁰.

³⁶⁸ Fra gli altri BONFANTE P., *Corso*, I, cit., 56; ID., *Corso*, VI, cit., 304; PEROZZI, *Istituzioni*, I, ed.2, cit., 335 nt.1; CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG* 93 (1959-62), 216 ss.; ZANNINI, *Studi sulla tutela*, I, cit., 190 s.

³⁶⁹ Cfr. anche Gai. 1,112. L'imperatore Adriano, come tramandato da Gaio, eliminò questa necessità, consentendo alla donna di testare *tutore auctore*, ma si deve tener conto del fatto che, a quell'epoca, non era più sentita la necessità di tenere unito il patrimonio agnatizio, tant'è che già l'imperatore Claudio, un secolo prima, aveva abolito la tutela degli agnati. L'evoluzione della *testamenti factio* attiva sarà maggiormente analizzata nel paragrafo seguente.

³⁷⁰ BARTOCCI U., *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999, 127; ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 279.

2.2.1. Il *coemptionator*: marito o *extraneus*.

Gaio considera sia l'ipotesi della *coemptio matrimonii causa* che quella *alterius rei causa* in un unico frammento:

Gai. 1,114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo. Scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae: Quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*

Il giureconsulto premette che la donna poteva fare *coemptio* non solo con suo marito ma anche con un estraneo. Gaio prosegue, spiegando che la coempzione poteva essere fatta per scopi matrimoniali oppure fiduciari: la *coemptio matrimonii causa* era quella in cui il *coemptionator* era il marito e la *uxor coempta* sarebbe stata *loco filiae* presso di lui; si diceva, invece, aver fatto *coemptio fiduciae causa* quella donna, che, per un motivo diverso dal matrimonio, ad esempio *tutelae evitandae causa*, era stata *coempta* da suo marito o da un estraneo. La *coemptio alterius rei causa*, quindi, era attuabile dalla donna sposata *sine manu* con la collaborazione di suo marito o di un terzo e dalla *mulier nubile cum extraneo*.

La dottrina si è interrogata in merito alla *coemptio fiduciae causa* col marito.

Solazzi³⁷¹ pensa che la *coemptio* fiduciaria *cum viro suo* sia l'invenzione di un glossatore postclassico e, quindi, crede che la donna potesse essere *coempta* per cause diverse da quella matrimoniale solo da un estraneo. La comune dottrina³⁷², giustamente, non concorda con l'opinione dell'autore e, pur ammettendo che il frammento gaiano in esame non è un esempio di linearità e correttezza sintattica, considera ormai superata la tesi di Solazzi. Peraltro ritengo verosimile che le donne *sui iuris* sposate *sine manu*, che volessero essere *conventae in manum* per scopi fiduciari, scegliessero spesso il marito come *coemptionator*³⁷³, se si considera la fiducia che, generalmente, i coniugi riponevano l'uno nell'altro. In effetti, come si vedrà fra poco, la *mulier* doveva essere certa che il *coemptionator* la liberasse dalla *manus* costituitasi.

Inoltre, si deve tenere conto del fatto che la condizione personale della donna *coempta fiduciae causa* da suo marito sarebbe stata diversa da quella della *mulier* con *coemptionator extraneus*; in effetti, come specificato da Gaio nel paragrafo riportato qui di seguito, solo la moglie

³⁷¹ SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, I, cit., 150 ss. (= *Scritti*, VI, cit., 227 ss.).

³⁷² ERBE W.W., *Die fiducia im Römischen Recht*, Weimar 1940, 106 nt.3 e 167 ss.; GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in *RIDA* 2 (1953), 336 nt.73; VOLTERRA; *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 331 nt. 138 (= *Scritti*, III, 83); ZANNINI P., *Gaio "antifemminista"?*, cit., 305 nt.14; MESSINA L., "*Coemptio sacrorum interimendorum causa*" e "*coemptiones fiduciariae*", in *Studi Sanfilippo*, VII (Catania 1987), 423 ss.

³⁷³ Cfr. anche ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 266.

assumeva la posizione di *filia apud eum* con il vantaggio degli *iura filiae*, che consistevano nell'averne diritti successori nei confronti del *coemptionator* per il periodo in cui sarebbe stata nella sua *manus*³⁷⁴. Ne deriva che la donna era considerata *loco filiae* dal diritto non in conseguenza della *conventio in manum* ma per il fatto che la *coemptio*, anche se non *matrimonii causa*, interveniva fra moglie e marito³⁷⁵ :

Gai. 1,115b: < *Eam feminam quae fiduciae causa cum extraneo coemptionem fecerit, filiae loco apud eum non fieri; sed quae*³⁷⁶ > *fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci.*

In tal modo, se il marito fosse morto prima di riuscire a liberarla dalla *manus*, la donna, pur non vedendo realizzato lo scopo prefissatosi con la *coemptio fiduciaria*, avrebbe

³⁷⁴ Per MONACO L.(, *Hereditas e mulieres*, cit., 183) è indizio del lavoro giurisprudenziale il “*placuit*” presente nel frammento gaiano in esame; ma mi pare più persuasiva, tuttavia, l’opinione di ASTOLFI R.(, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 260), il quale ritiene che gli effetti della *coemptio* fra i coniugi siano stati stabiliti inderogabilmente dal legislatore.

³⁷⁵ Cfr. GAUDEMET, *Observations sur la manus*, cit., 323 e 335 ss.; CANTARELLA E., *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, cit., 221; VOLTERRA E., *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 331 ss. (= *Scritti*, III, 83 ss.); MESSINA L., “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 428; FAYER C., *La familia romana*, II, cit., 259.

³⁷⁶ Questa integrazione è di KRÜGER (, *Gai Institutiones*, in *Collectio*, I, ed. 4, 1899, 27) ed è stata accolta, comunemente, in dottrina.

recuperato lo *status* di *sui iuris* ed, inoltre, ereditato una quota del patrimonio del marito³⁷⁷.

Il *pater familias*, che avesse voluto garantire ancor meglio la moglie, avrebbe potuto, anche, predisporre una *tutoris optio* nel suo testamento, in modo da essere certo che la *uxor in manu* potesse scegliere il tutore in ogni caso.

Fra la donna e il *coemptionator extraneus*, invece, non sorgeva alcun vincolo agnatizio.

Astolfi³⁷⁸ ha assunto una posizione peculiare nell'ambito della dottrina più recente, in quanto ritiene che la *coemptio* fiduciaria cum *extraneo* sia una creazione tardiva. Secondo questo studioso è verosimile che, inizialmente, si sia previsto che solo i coniugi potessero attuare il negozio fiduciario in esame. Successivamente sarebbe stata introdotta la *coemptio cum extraneo* per evitare che le donne, pur di raggiungere i loro scopi, attuassero dei matrimoni fittizi con dei *senes coemptionales*, in quanto tale pratica non era ben vista dalla società. Può darsi che fossero le donne nubili *sui iuris* a ricorrere a quest'ultimo espediente, non avendo un marito che potesse fungere da *coemptionator*. Non penso che per un primo periodo la donna abbia potuto fare *coemptio* solo con il marito. Per quanto riguarda la *coemptio* con un *senex* basti accennare in questa sede che, da quanto scrive Cicerone in *pro Murena* 12.27 *cit.*³⁷⁹ proseguendo la sua critica della giurisprudenza, sembra che l'unico scopo di tale *coemptio* fosse quello di *interimere i sacra*.

³⁷⁷ Così ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 260.

³⁷⁸ ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 279.

³⁷⁹ CIC., *pro Murena* 12.27: ...*Sacra interimere illi noluerunt: horum ingenio senes ad coemptiones faccenda interimendorum sacrorum causa reperti sunt...*

2.2.2. Il procedimento di sostituzione del tutore.

Consideriamo ora più da vicino l'uso della *coemptio* per sostituire il tutore.

Gaio descrive dettagliatamente la complessa procedura³⁸⁰ tramite la quale avveniva la sostituzione del tutore:

Gai. 1,115: *Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere 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 inferius apparebit.*

Subito si presenta una difficoltà: la donna *sui iuris*, per porre in essere la *coemptio*, aveva bisogno del consenso dei tutori che voleva destituire. Gaio, nel frammento in esame, espone la fattispecie della donna con più tutori: si sa che l'unico caso in cui una *mulier* poteva avere più di un tutore contemporaneamente era quello in cui era sottoposta al controllo degli agnati o, se liberta, dei figli del patrono³⁸¹. Tuttavia anche se, in teoria, la donna

³⁸⁰ Il meccanismo ricorda quello dell'emancipazione, che, probabilmente, fu preso a modello. Cfr. SCHERILLO G., v. *Coemptio*, cit., 417; ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 262.

³⁸¹ Per MARTINI R. („*Coemptio fiduciae causa*” e „*senes coemptionales*”, in *Studi in onore di A. Biscardi*, Milano 1982, II, 172) l'espressione *coemptio fiduciaria tutelae evitandae causa* sembra riferirsi a una tutela che costituiva un peso per la *mulier*,

avrebbe potuto sostituire qualunque tutore, in pratica, per lei deve essere stato difficile incontrare il favore dei tutori legittimi alla loro sostituzione, dato che la *capitis deminutio minima*, a cui la donna voleva sottoporsi, avrebbe estinto non solo i loro diritti tutelari ma anche quelli ereditari *ab intestato*³⁸².

Martini³⁸³ ipotizza che, per evitare un rifiuto da parte dei tutori, la donna potesse optare per una *coemptio matrimonii causa* simulata o fingere di effettuare una *coemptio interimendorum sacrorum causa*; l'autore, tuttavia, non tiene conto del fatto che anche queste fattispecie estinguevano i diritti ereditari dei *tutori ex lege*. Peraltro, è probabile che la donna non fosse obbligata a precisare ai tutori la causa per la quale voleva compiere la *coemptio*: era lei stessa a stabilirne lo scopo.

Il numero di donne che poterono attuare l'escamotage in esame deve essere aumentato quando una *lex*, su proposta dell'Imperatore Claudio, abolì la tutela *mulierum agnatzia*³⁸⁴, ma, ancora all'epoca di Gaio, i *parentes manumissores* e i *patroni*, gli unici tutori ed eredi *ab intestato* rimasti, avrebbero potuto opporsi alla *coemptio* in difesa dei loro diritti successori. Le uniche donne che non incontrarono problemi in tal senso furono quelle affiancate da un tutore testamentario o decretale³⁸⁵, maggiormente

quindi a quella degli agnati. Pensano che la complessa procedura sia servita, principalmente, per estinguere la tutela legittima anche ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 122 ss., BARTOCCI U., *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, cit., 126 e MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 176.

³⁸² MARTINI R., “*Coemptio fiduciae causa*”, cit., 178.

³⁸³ MARTINI R., “*Coemptio fiduciae causa*”, cit., 178 e 181.

³⁸⁴ Gai.1,157.

³⁸⁵ Anche in caso di *coemptio testamenti faciendi gratia* la donna avrebbe ottenuto il consenso alla *coemptio* solo dal tutore che non

propensi ad acconsentire all'atto e costretti dal pretore³⁸⁶, sicuramente al tempo di Gaio, in caso di rifiuto³⁸⁷. Astolfi³⁸⁸ pensa che, quando il consenso dei suddetti tutori fu coercibile e, quindi, la sua espressione fu ridotta da *condicio sine qua non* ad avere valore solo *dicis causa*³⁸⁹, venne meno per la donna la necessità di cambiare il tutore. Tuttavia, a mio parere, è probabile che il pretore abbia iniziato ad intervenire a favore delle donne prima che la giurisprudenza escogitasse il procedimento *tutelaevitandae causa*. Tant'è vero che la donna, affiancata da un tutore dativo o testamentario reticente a prestare l'*auctoritas* agli atti che voleva porre in essere, poteva risultare molto avvantaggiata dall'escamotage in esame, ricorrendo una sola volta alla coercizione pretoria: infatti le sarebbe bastato rivolgersi al pretore per ottenere l'approvazione magistratuale alla *coemptio* fiduciaria *tutelaevitandae causa*, eliminando la fonte dei suoi

era suo erede. In concreto avrebbe potuto testare la donna che aveva un tutore atiliano o testamentario oppure optivo. Cfr. MONACO L., *Hereditas et mulieres*, cit., 175 e 183; ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 271.

³⁸⁶ Gai. 2, 122 e Gai.1,192.

³⁸⁷ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, cit., 108; CORBINO A., *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Catania 1979, 90 s. nt.102; MESSINA L., “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*” e “*Coemptiones fiduciariae*”, cit., 406 nt. 48; PIRO I., “*Conventio in manum*” e successivo *matrimonio in Gai 2.139*, in *Labeo* 35 (1989), 316 s. nt. 24; ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 270. VOLTERRA E., *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 305(= *Scritti* III, 57) è l'unico a credere che la donna potesse costringere qualunque tutore a compiere la *coemptio* fiduciaria.

³⁸⁸ Cfr. ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 270.

³⁸⁹ Cfr. Gai. 1,190.

problemi alla radice ed evitando di ricorrere al magistrato per ogni singolo atto dispositivo a cui il *tutor* non volesse dare il suo consenso³⁹⁰. Ottenuto il consenso tutorio alla *coemptio* la donna, a questo punto, aveva bisogno della collaborazione di due persone di fiducia: il *coemptionator*, suo marito o un *extraneus*, ed un terzo. Si tratta, infatti, di un procedimento di cui la *coemptio* costituisce il primo atto.

Il *coemptionator*, subito dopo l'*imaginaria venditio*, liberava la donna dalla *manus*, remancipandola³⁹¹ a colui che la donna aveva scelto come tutore e questi, tramite *manumissio vindicta*, le ridava la libertà, divenendo suo *tutor fiduciarius*³⁹². Si ritiene probabile che se il marito non avesse svolto il ruolo di *coemptionator* avrebbe potuto essere colui al quale la donna era data *in mancipio* dal titolare della *manus extraneus*, in modo da poterle essere, dopo la *manumissio*, sia marito che tutore.

2.2.3. Sorte del patrimonio della donna *conventa in manum fiduciae causa*.

Chiariti gli effetti personali della *coemptio fiduciaria*, è necessario capire quali fossero quelli patrimoniali. La donna *sui iuris* sceglieva di sottoporsi a *coemptio*, *remancipatio* e successiva *manumissio* con lo scopo di riottenere lo *status* di *sui iuris* unito al vantaggio di essere affiancata da un tutore da lei scelto. Quello che ci si chiede è quale fosse la sorte del patrimonio muliebre nel seppur

³⁹⁰ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, cit., 108 s.

³⁹¹ Gai. 1, 118 e 118 a.

³⁹² *Tit. ex corp. Ulp.* 11,5 e Gai. 1,166.

breve periodo in cui sarebbe stata *alieni iuris in manu* del *coemptionator* e poi *in causa mancipii* del terzo. È noto che la *conventio in manum* provocava il trasferimento dei beni dalla donna a colui che aveva acquistato la *manus* su di lei. L'effetto successorio si verificava anche se la *coemptio* era fiduciaria? Se sì, i beni della *conventa in manum* erano trasferiti al *coemptionator* anche se le era *extraneus*? le fonti non sono chiare in tal senso:

Gai. 2,98: *Si cui heredes facti sumus sive cuius bonorum possessionem petierimus sive cuius bona emerimus sive quem adoptaverimus sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.*

Gai. 3,83: *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptive coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et legitimo iudicio.*

In entrambi i frammenti la sorte dei beni della donna che si dava *in manu* è equiparata a quella del patrimonio dell'*adrogatus*: Gaio riferisce che gli averi della donna *coempta* erano acquistati dal *coemptionator*, come quelli dell'*adrogatus* erano trasferiti al *pater familias*, ma in Gai. 2,98 è specificato che la devoluzione dei beni avveniva quando si aveva la donna presso di se *ut uxorem*. Le questioni su poste sono discusse in dottrina: Schupfer³⁹³ fu tra i primi a credere che la successione avvenisse solo fra

³⁹³ SCHUPFER, *La famiglia*, cit., 110 s.

moglie e marito, anche in caso di *coemptio* fiduciaria. L'opinione di Messina³⁹⁴ è che l'acquisto dei beni da parte del *coemptionator* avvenisse solo nell'ipotesi di *coemptio matrimonii causa*, essendo Gaio stesso ad affermarlo al paragrafo 98 del libro secondo delle sue Istituzioni; secondo l'autrice, Gaio in 3,83 è, semplicemente, meno preciso. Parte della dottrina³⁹⁵, invece, pur avendo dato rilevanza alla sottile differenza di contenuto dei paragrafi gaiani in esame, non ha optato per un'interpretazione restrittiva delle fonti. In effetti può darsi che Gaio, nel descrivere i casi di acquisto dei beni *mortis causa* ed *inter vivos* in *Inst.* 2,98 non abbia considerato che la *conventio in manum* poteva avvenire anche a scopo fiduciario: sarebbe stato senz'altro più preciso scrivere *sive quam in manum ut uxorem < vel fiduciae causa > receperimus*.

A mio parere l'unica differenza fra la *coemptio cum marito* e quella *cum extraneo*, consisteva nella posizione di *loco filiae* che era tipica solo della *uxor in manu*, in quanto entrava a far parte della famiglia del marito; tuttavia la successione del patrimonio muliebre si verificava anche in capo al *coemptionator extraneus*. Dopotutto si deve tener conto del fatto che anche la donna *conventa in manum fiduciae causa* sarebbe stata, pur se per breve tempo, *alieni iuris*, condizione che le impediva di essere titolare del suo patrimonio: è logico pensare che i suoi beni non restassero vacanti, ma fossero affidati al *coemptionator*, marito o *extraneus* che fosse, come accadeva nella *coemptio matrimonii causa*. La donna cadeva,

³⁹⁴ MESSINA, “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 420 s.

³⁹⁵ GAUDEMET, *Observations sur la manus*, cit., 337 s.; VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 311 s. (= *Scritti*, III, 63 s.).

temporaneamente, sotto il potere del *coemptionator*-fiduciario e i suoi beni la seguivano³⁹⁶.

La *coemptio* fiduciaria, però, era stata escogitata a vantaggio della donna, che volesse una maggior autonomia nel disporre dei propri beni, perciò doveva esserle garantita la restituzione del suo patrimonio in breve tempo. L'istituto era fiduciario, non solo a causa della collaborazione instauratasi fra la donna e due uomini di sua fiducia, ma anche, probabilmente, perchè, anche se Gaio non lo specifica, il *coemptionator* e il *manumissor* si impegnavano con un *pactum fiduciae*³⁹⁷ a restituire alla donna lo *status* di *sui iuris* e i suoi beni³⁹⁸.

Messina, come già accennato *supra*, pensa, al contrario, che il trasferimento del patrimonio muliebre dalla donna al *coemptionator* fiduciario non avvenisse; perciò non aderisce alla tesi del patto fiduciario, anche perché, a suo parere, sarebbe stato una debole garanzia per la *mulier coempta*. Infatti, nel caso in cui il *coemptionator* fiduciario non si fosse dimostrato fidato, la donna avrebbe potuto agire contro di lui, in virtù del *pactum*, con l'*actio fiduciae*: un'azione *in personam* che non le assicurava di recuperare il suo patrimonio. Quindi la *mulier* rischiava, così, di non vedere realizzate le sue aspirazioni verso una

³⁹⁶ Con la *mancipatio*, in effetti, la donna *sui iuris* alienava se stessa e il suo patrimonio. Così ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 264.

³⁹⁷ GAUDEMET, *Observations sur la manus*, cit., 337 s. e 350; VOLTERRA, *Nuove ricerche*, cit., 311s.

³⁹⁸ SCHUPFER (*La famiglia secondo il diritto romano*, cit., 109 s) crede che, nel caso in cui il *coemptionator* fosse un terzo il *pactum fiduciae* dovesse servire per liberare la donna dalla *manus* ma non a garanzia della restituzione dei beni: infatti i beni stessi non sarebbero stati trasferiti al titolare della *manus* perché non l'aveva ricevuta *ut uxorem*.

maggiore autonomia³⁹⁹. L'autrice porta altre argomentazioni a sostegno della sua opinione, osservando, innanzitutto, che, in caso di *coemptio matrimonii causa*, i beni della *uxor* erano consegnati al marito *dotis nomine*, come attestato da Cicerone in *Topica*, 4,23, con il relativo obbligo di restituzione in caso di scioglimento del matrimonio:

Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine.

Questa qualifica dell'acquisto del marito, nata da un'elaborazione giurisprudenziale già consolidata nel I a.C., era frutto della stessa attenzione nei confronti della *uxor in manu* che aveva portato all'introduzione della *tutoris optio*. Si erano così limitati gli effetti patrimoniali della *conventio in manum*. Sulla base di questa disciplina Messina⁴⁰⁰ non crede che il trasferimento dei beni al *coemptionator fiduciae causa* potesse provocare un'acquisto patrimoniale con titolo più ampio rispetto all'istituto *matrimonii causa*; quindi ipotizza che, in caso di *coemptio* fiduciaria, i beni della donna non passassero al *coemptionator* ma, come accadeva per il prigioniero di guerra, i diritti della *mulier in manu fiduciae causa* e poi in *mancipio* restassero “*in suspenso*” fino a quando la donna, per effetto della *manumissio*, fosse ritornata *sui iuris*. L'autrice pensa che l'intento della giurisprudenza sia stato quello di sganciare la disciplina fiduciaria della *coemptio* da tutti gli effetti, patrimoniali e personali, della *conventio*

³⁹⁹ MESSINA L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit.,412.

⁴⁰⁰ MESSINA, L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*, cit., 421 s.

in manum, che potessero costituire un ostacolo per il raggiungimento degli scopi prefissati dalla donna⁴⁰¹.

Contro l'opinione di Messina osservo che, se è vero che il marito acquistava i beni muliebri *dotis nomine*, anche al fiduciario i beni in oggetto non venivano trasferiti illimitatamente ma, appunto, "fiduciarmente", circostanza che lo obbligava alla restituzione quanto colui che aveva divorziato dalla moglie. Sicuramente negare che la *coemptio* fiduciaria potesse produrre effetti sfavorevoli per la *mulier* semplificherebbe, in merito a questo aspetto, una procedura già di per sé complessa, ma, come giustamente osserva Astolfi, se per la donna si verificavano gli effetti favorevoli della *manus*, non è verosimile credere che non si concretizzasse anche lo svantaggio del trasferimento dei suoi beni al *coemptionator*⁴⁰².

A mio parere si potrebbe, piuttosto, ipotizzare che la *coemptio*, la *remancipatio* e la *manumissio* si verificassero nello stesso giorno davanti ai testimoni, al *libripens* e con l'intervento del pretore; a favore di questa supposizione sta il fatto che, come è noto, in epoca tardo repubblicana anche la procedura della *manumissio vindicta* si era semplificata. Le persone presenti, soprattutto il pretore, avrebbero garantito il susseguirsi dei tre atti e non vi sarebbero stati rischi per la donna.

Se questa ipotesi appare troppo azzardata, si può sempre rivalutare quella del *pactum fiduciae*, con cui il *coemptionator* si sarebbe impegnato a rescindere gli effetti della *coemptio* tramite la restituzione del patrimonio dopo

⁴⁰¹ MESSINA, L., " *Coemptio sacrorum interimendorum causa*", cit., 431 ss. Si esprime così, brevemente, anche BARTOCCI U., *Le species nuptiarum*, cit., 126.

⁴⁰² ASTOLFI R., *Il matrimonio*, cit., 269.

la manomissione; anche il terzo che avrebbe avuto la donna in *causa mancipii* si sarebbe obbligato a manometterla.

La *coemptio fiduciaria* corrisponde alla struttura ordinaria del negozio fiduciario: la fiduciante alienava se stessa e il suo patrimonio al fiduciario che, in forza del *pactum fiduciae* stipulato durante la *mancipatio*, assumeva l'obbligazione di rescindere gli effetti della *mancipatio* e di ripristinare la situazione in cui si trovava la fiduciante prima della mancipazione. Il "credito" della *mulier*, avente ad oggetto il suo precedente *status* di *sui iuris* e la titolarità dei suoi beni, era tutelato da un *actio fiduciae*, tipico *iudicium bonae fidei* infamante⁴⁰³.

A dimostrazione che anche la condizione di *loco filiae* poteva risultare non solo un beneficio ma anche uno svantaggio per la fiduciaria, Gaio ha considerato il caso in cui il *coemptionator* fosse il marito e si rifiutasse di liberare la donna dalla *manus*:

Gai. 1,137a⁴⁰⁴: < *inter eam vero quae cum extraneo, et eam* > *quae* <*cum viro suo coemptionem fecerit, hoc interest, quod illa quidem* > *cogere coemptionatorem* <*potest*>, *ut se remancipet, cui ipsa velit, <haec autem virum suum* > nihilo magis potest cogere quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem <*virum*> repudio misso compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.

⁴⁰³ ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 264.

⁴⁰⁴ Le integrazioni sono di KRÜGER (*Collectio*, ed. 4, cit., 34) e sono state comunemente accolte in dottrina.

Dal dettato di questo paragrafo, purtroppo giuntoci mutilo, sembra che la donna che si era assoggettata alla *coemptio* a scopo fiduciario potesse costringere il *coemptionator extraneus* a remanciparla, ma che non potesse fare lo stesso con il marito che l'aveva *coempta* fiduciariamente. Infatti la condizione di *filia*, in cui veniva a trovarsi, le impediva di costringere il coniuge a compiere la *remancipatio*, poiché si trovava nella stessa situazione della *filia in potestate patris*, che non poteva obbligare il *pater* a emanciparla. La *uxor* avrebbe, però, potuto divorziare⁴⁰⁵ (non si dimentichi che si trattava di matrimonio *sine manu*) e poi obbligare il marito, che a quel punto le era *extraneus* per il diritto, a sciogliere la *manus* costituita *fiduciae causa* in virtù della valenza fiduciaria della *coemptio*, attestata dal *pactum fiduciae*⁴⁰⁶. Il *pactum*, probabilmente, serviva *ad probationem* anche della natura *sine manu* del matrimonio fra il *coemptionator* e la donna, oltre ad essere una valida causa di divorzio e la prova che permetteva alla *mulier* di esperire l'*actio fiduciae*.

⁴⁰⁵ La *communis opinio* ritiene che, in questo caso, fosse la *mulier* a prendere l'iniziativa di *mittere repudium*.

Comunque la regola spiegata da Gaio riguardava non solo la moglie *in manu fiduciae causa* ma anche la *uxor in manu matrimonii causa* ripudiata dal marito. Cfr. PIRO I., "Conventio in manum", cit., 322 s. nt.36.

⁴⁰⁶ ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 266 s.

3. Evoluzione della *testamenti factio* attiva: la *Coemptio* fiduciaria *testamenti faciendi gratia*.

L'ostacolo al testamento muliebre, rappresentato dal divieto di testare imposto dall'erede *ab intestato*, non esisteva quando il tutore non era *heres* della donna. Ci si chiede se, in un caso del genere, che doveva comunque verificarsi raramente in epoca antica, la *mulier* potesse fare testamento con il solo consenso del tutore senza incontrare altri impedimenti al compimento dell'atto.

Una risposta ben argomentata è stata proposta da Watson⁴⁰⁷, il quale affronta la questione, partendo dal presupposto che la donna abbia iniziato a testare dopo l'introduzione del *testamentum per aes et libram*⁴⁰⁸.

Deve essere originaria di quel periodo, ritiene Watson, l'applicazione *testamenti faciendi gratia* della *coemptio*, di cui ci informa Gaio nel primo libro delle sue Istituzioni. Si è visto che il complicato procedimento della *coemptio* fiduciaria era attuato dalla donna, al fine di disporre liberamente dei suoi beni con l'affiancamento del tutore che si era scelta. Gaio al paragrafo 1,115a specifica che, anticamente⁴⁰⁹, le *mulieres* si sottoponevano a *coemptio* fiduciaria anche quando volevano fare testamento. L'ordinamento accordava il *ius testandi* solo alle donne che avessero attuato preventivamente una *coemptio*

⁴⁰⁷ WATSON A., *The law of persons*, cit., 153 s.

⁴⁰⁸ Vd. *supra* cap.2 § 1.2.1.

⁴⁰⁹ Il giurista riferisce, quindi, una normativa non più in vigore al suo tempo. Cfr. VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, cit., 83.

fiduciaria. Il testo gaiano è chiaramente da interpretare in tal senso in tal senso:

Gai. 1, 115a: *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

Questa applicazione della *coemptio* fiduciaria aveva uno scopo limitato rispetto a quella *tutelaevitandae causa*; quindi, dato che l'obiettivo che la donna si era prefissata in questo caso non era quello di sostituire definitivamente il suo tutore, è logico pensare ad un ruolo *ad actum* del fiduciario con un automatico ripristino della precedente tutela subito dopo la redazione del testamento.

Gaio ci informa che, prima del II d.C.⁴¹⁰, la *coemptio testamenti faciendi gratia* e la successiva *manumissio* erano necessarie, per dare alla donna il diritto di testare, ma omette di spiegare per quale ragione avesse questo *ius* solo la donna *coempta* e poi manomessa e non qualsiasi donna *sui iuris*. È fondamentale capire la *ratio* della disciplina in esame.

⁴¹⁰ Del provvedimento adrianeo si dirà in seguito.

3.1. Ragione dell'obbligatoria attuazione della *coemptio* a fini testamentari.

Alla necessità di questo particolare impiego dell'antico istituto *Watson* da la sola spiegazione che ritengo plausibile: il tutore che non era *heres* della donna non poteva acconsentire al testamento, poiché la tutela dei diritti ereditari dei successori *ab intestato* della tutelata era assoluta. Tuttavia il consenso del *tutor* sarebbe stato efficace in caso di *coemptio*; a questo deve aver pensato la giurisprudenza quando escogitò di sfruttare l'effetto estintivo dei legami agnatizi, già proprio della *coemptio*, con il fine di eliminare l'unico vero ostacolo che impediva alla donna *ingenua* di testare: l'aver dei successibili *ab intestato*⁴¹¹. L'unico effetto che permaneva anche dopo il completamento della procedura fiduciaria era il mutamento dello *status familiae*: la *mulier* aveva reciso i rapporti di agnazione, subendo una *capitis deminutio* minima, senza entrare in una nuova *familia*⁴¹². La *remancipatio* e la *manumissio* ripristinavano lo *status* di *sui iuris* iniziale ma non i legami familiari. Ritengo corretta questa ricostruzione, ma è necessario confutare le altre prospettate dalla dottrina meno recente.

Secondo Schupfer⁴¹³ l'unico requisito che fu sempre richiesto alla donna per far testamento era il consenso del suo tutore all'atto. Egli ritiene quindi che la *coemptio*

⁴¹¹ Cfr. anche MONACO L., *Hereditas*, cit., 180.

⁴¹² Questa era l'anomalia rispetto alla *coemptio matrimonii causa*, ma ciò non deve sorprendere; basta considerare che la *coemptio* fiduciaria mirava a uno scopo diverso rispetto a quella *matrimonii causa*.

⁴¹³ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, cit., 105 ss.

fiduciaria le servisse solo nel caso in cui il tutore si rifiutasse di farsi *auctor*: il magistrato non poteva costringere il *tutor* a dare il consenso alla redazione del testamento, ma la *coercitio* poteva attuarsi per ottenere l'*auctoritas* alla *coemptio*. Quindi, secondo Schupfer, la *coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia* era un escamotage per togliere il testamento dal controllo del tutore reticente. Questa tesi non corrisponde a quanto riferito da Gaio in merito all'istituto in esame.

Volterra⁴¹⁴, in un primo contributo sul tema, partendo dal presupposto che per lungo tempo la donna priva di ascendenti restasse soggetta alla *potestas* del gruppo agnatizio, ha ipotizzato che la *coemptio* servisse alla *mulier* per passare dalla condizione di *alieni iuris* a quella di *sui iuris*. Va però osservato che, secondo la *communis opinio*, alla morte del *pater* sia i *filii* che le *filiae familias* diventavano *sui iuris*, e che l'essere *sui iuris* non era solo il requisito per disporre *mortis causa* dei propri beni ma proprio per essere titolari di un patrimonio. Ritengo logico, perciò, contro l'opinione di Volterra, desumerne che la donna determinata a fare testamento, la quale si accingesse ad attuare a tale scopo la *coemptio*, avesse già dei beni di cui disporre, e fosse quindi già *sui iuris*⁴¹⁵. L'unico ostacolo che, quindi, sembra non permettesse alle donne di avere la capacità di testare era quello di avere dei parenti prossimi, per liberarsi dei quali esse dovevano subire una *capitis deminutio*. L'interesse da salvaguardare, superiore ad ogni altro diritto, era quello di mantenere integro il patrimonio agnatizio, di cui le quote appartenenti alle

⁴¹⁴ VOLTERRA E., *Sulla capacità delle donne*, cit., 84 e 86.

⁴¹⁵ Su quest'ultima affermazione CASTRO SÀENZ A., *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*, Universidad de Sevilla, 2002, 93.

donne *sui iuris* facevano parte: la *ratio* per cui la donna membro di una *familia* non poteva testare è la stessa per cui i suoi eredi legittimi erano i suoi tutori *ex lege* salvo deroga espressa *mortis causa* dal defunto *pater familias*. L'atto di ultima volontà della donna doveva essere controllato con maggiore accuratezza dato che con esso la *mulier* disponeva di tutti i suoi beni⁴¹⁶. Probabilmente, in epoca successiva, anche le donne esentate dalla tutela per il *ius liberorum*, se *ingenuae*, dovettero compiere la *coemptio fiduciaria* prima di testare⁴¹⁷. Quindi la dottrina maggioritaria⁴¹⁸ ritiene che la funzione di questa applicazione della *coemptio* fosse proprio quella di permettere alla donna di uscire dal gruppo agnatizio, del quale, finché ne faceva parte, non poteva pregiudicare le aspettative successorie.

3.1.1. Il requisito della *capitis deminutio* per avere il *ius testandi*.

A questo punto dobbiamo chiederci se la *coemptio* fosse il solo mezzo per attuare la *capitis deminutio minima*, e provocare così la necessaria modifica dello *status familiae*.

⁴¹⁶ ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 157 ss.

⁴¹⁷ PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 61.

⁴¹⁸ Fra gli altri GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 166; BONFANTE P., *Corso*, 1, 56; *Corso*, VI, 34; PEROZZI S., *Istituzioni*, cit., I, 335 nt.1; VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla conventio in manum*, cit., 325 (= *Scritti* 3, 77); VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., 393; CANTARELLA, *Passato prossimo*, cit., 216 ss.; ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 158 ss.; PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 59 ss.; MARTINI R., *Coemptio fiducia causa*, cit., 175s.

Si è infatti ritenuto, soprattutto sulla base di un passo di Cicerone che esamineremo subito sotto, che la *capitis deminutio*, presupposto per esercitare il *ius testandi*, potesse essere conseguita tramite un atto diverso dalla *coemptio testamenti f.g.*. Mi riferisco a un passo dei *Topica*, dove Cicerone asserisce che nemmeno il pretore poteva concedere il possesso dei beni *secundum tabulas* all'erede designato dalla donna nel caso in cui l'atto fosse invalido *iure civili* per la mancanza della *capitis deminutio*, a cui la donna avrebbe dovuto sottoporsi; l'Arpinate paragona, significativamente, la donna non *capite minuta* allo schiavo, all'esule e al fanciullo, soggetti incapaci di testare:

Cicero, *Topica*, IV, 18: *Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari; adiungitur enim ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.*

L'Arpinate, quindi, ha ricordato il requisito essenziale per la validità del testamento muliebre: la donna doveva essere *capite minuta*. Questa è la conferma che la *condicio* per avere il diritto di testare consisteva nel mutare il proprio *status familiae* in modo da non avere più successori legittimi.

Parte della dottrina, nonostante il tenore generico del passo ciceroniano, pensa che la *capitis deminutio* a fini testamentari si potesse attuare solo tramite *coemptio* fiduciaria⁴¹⁹. Un altro filone interpretativo dà invece

⁴¹⁹ BONFANTE P., *Corso*, VI, cit., 376; VOLTERRA E., *Sulla capacità*, cit., 86; KASER M., *Zur Geschichte der "capitis*

portata generale⁴²⁰ al passo dei *Topica* in esame, perciò crede che la donna, per avere il *ius testandi*, dovesse subire una *capitis deminutio* minima a qualsiasi titolo avvenuta. Concordo con quest'ultima opinione e cercherò di rafforzarla con l'aiuto delle fonti.

Bisogna, innanzitutto, considerare che Gaio elenca la *coemptio*, la *remancipatio* e la successiva *manumissio* come avvenimenti idonei al cambiamento dello *status familiae*, conservando libertà e cittadinanza:

Gai.1,162: *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuat.*

Il giurista, inoltre, specifica che ogni volta che una persona era data *in mancipio* e manomessa avveniva sempre una “diminuzione di capo”.

3.1.2. Le *personae exceptae* in Gai.1,115a.

La donna *coempta* e poi manomessa non era l'unica ad ottenere il *ius testamenti faciendi*. Gaio, infatti, in

deminutio”, in *IURA* 3(1952) 80 s.; VOCI P., *Diritto ereditario*, cit., 393; ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 160 s.

⁴²⁰ KÜBLER B., v. *Testament*, in *RE*, V, A1(1934), c. 992; PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 56; MONACO L., *Hereditas*, cit., 179, considera questa possibilità, ma non ne è convinta.

Institutiones 1,115a ci informa che la necessità della *coemptio testamenti faciendi gratia* riguardava tutte le donne *exceptis quibusdam personis*.

Sicuramente avevano il *ius testandi* le vestali⁴²¹, lo afferma Plutarco, enunciando la loro esenzione dalla tutela:

Plutarchus, Numa X, 5: Τιμάς δέ μεγάλας απέδωκεν αὐταῖς, ὧν ἔστι καί τό διαθέσθαι ζωντος ἐξείναι πατρός καί τάλλα πράττειν ἀνευ προστάτου διαγούσας, ὡσπερ αἱ τριπαιδές.

Le sacerdotesse di Vesta, come si legge chiaramente in Gellio, non solo erano esentate dalla tutela, ma potevano fare testamento *vivo patre e sine emancipatione ac sine capitis minutione*:

Gellius, Noctes Atticae, I, 12, 9: Virgo autem vestalis simul est capta atque in atrium Vestae diducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur.

Il particolare dell'esenzione della tutela non rileva ai nostri fini e nemmeno sorprende che alle sacerdotesse di Vesta fosse riconosciuta la *testamenti factio* tout court: l'appartenenza all'ordine sacerdotale conferiva loro uno *status* personale e sociale diversissimo da quello delle altre donne. È significativo che Gellio abbia specificato, nell'enunciare il *ius testandi* delle Vestali, che avevano tale diritto "senza emancipazione e senza diminuzione di

⁴²¹ VOLTERRA E., *Sulla capacità*, cit., 83; GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., 192.

capo”⁴²². Sottolineo, però, che sarebbe bastato scrivere *sine capitis minutione*, visto che l’*emancipatio* era una causa di *capitis deminutio minima*.

Se ne deduce, per esclusione, che, se la *capitis deminutio* non interessava le consacrate a Vesta, doveva, però, riguardare le altre donne *ingenuae* testatrici; solo così si comprende il senso di quello che Gellio ha voluto esprimere.

L’autore, come Cicerone, non menziona la *coemptio testamenti faciendi gratia*. Il riferimento di Gellio all’*emancipatio* è una prova in più del fatto che la modifica dello *status familiae*, che serviva alle donne per testare, poteva attuarsi anche con atto diverso dalla *coemptio testamenti f.g.*

Le emancipate, probabilmente, erano, quindi, la seconda categoria di donne esentate dalla *coemptio* fiduciaria⁴²³.

È noto che la donna emancipata dal *pater familias* subiva un cambiamento del suo *status familiae*, fuoriuscendo dal gruppo agnatizio in seguito a *mancipatio*, *remancipatio* e *manumissio*.

Non si può fare a meno di notare che il procedimento dell’emancipazione era identico a quello della *coemptio fiduciaria*. A cambiare erano soltanto i soggetti: nel caso dell’*emancipatio* il *mancipio dans* della donna sottoposta alla sua *potestas* era il *pater familias*, che svolgeva anche il ruolo di *manumissor*, divenendo, così, *tutor legitimus* dell’emancipata. Peppe ipotizza che, già in epoca molto risalente, la donna, in casi eccezionali, potesse ottenere il *ius testandi* quando il *pater* decideva di emanciparla. Anzi,

⁴²² PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 56 s. e nt. 122.

⁴²³ VOLTERRA E., *Sulla capacità*, 86; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., 394; PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 57.

egli pensa che questa fosse la ragione più frequente, già anticamente, dell'emancipazione femminile.

Si può quindi concludere che la *coempta* a scopo fiduciario e l'emancipata uscivano dalla famiglia d'appartenenza come conseguenza della *mancipatio* e che, allo stesso modo, la fanciulla *deducta in atrium Vestae* vedeva recisi i legami agnatizi con la sua *familia* dopo la *captio* da parte del *pontifex maximus*.

Si può presumere che anche la donna liberata dalla *manus*⁴²⁴ dal marito tramite *remancipatio* presso un terzo, la quale diveniva *sui iuris* in seguito a *manumissio*⁴²⁵, potesse testare con l'affiancamento del *tutor fiduciarius*.

Tutto quanto sopra esposto dimostra che l'unica innovazione giurisprudenziale è stata quella di applicare il già esistente istituto della *coemptio* per scopi diversi dal matrimonio e di farla seguire dalla *remancipatio* e dalla *manumissio vindicta*, con lo scopo di ottenere gli effetti che erano già propri della liberazione dalla *patria potestas* o dalla *manus*⁴²⁶.

Occupiamoci ora delle donne che, oltre alle Vestali, non dovevano subire alcuna *capitis deminutio* per testare *tutore auctore*, nè attraverso *coemptio testamenti f.g.* né attraverso l'*iter* emancipatorio.

⁴²⁴ MESSINA L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*” e “*coemptiones fiduciariae*”, cit., 430; ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 271s.

⁴²⁵ Gai.1,137... *Desinunt in manu esse; et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur*. Vd. anche il caso di Gai. 1,137a analizzato *supra* p.177s.

⁴²⁶ MESSINA L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 430.

Gaio spiega chiaramente che le liberte potevano testare direttamente con il consenso del tutore⁴²⁷:

Gai. 3,43: *In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore;*

Si evidenzia che la *manumissio* era l'ultimo degli atti dell'*iter* emancipatorio e di quello fiduciario e che le liberte non avevano agnati. In dottrina⁴²⁸, infatti, si crede che *coemere* fiduciariamente o emancipare l'*ingenua* servisse proprio per metterla nella posizione di una liberta in modo che, non avendo agnati, potesse testare; il *tutor fiduciarius* che la donna si procurava *ad actum*, al fine di fare testamento, è detto *tutor loco patroni*.

Considerando quanto messo in luce fino ad ora riguardo alla *testamenti factio* attiva muliebre, si può concludere che le donne senza agnati e gentili testavano direttamente *tutore auctore*, senza bisogno di preventiva *capitis deminutio*. Infatti in tal caso veniva meno la necessità di uscire dalla *familia*, perché la donna non aveva eredi legittimi. A mio parere, fra tali donne anche quelle che, non avendo un tutore testamentario o *optivus*, avrebbero dovuto chiedere la nomina di un tutore *ex lege Atilia* potevano testare direttamente *tutore auctore*. Tuttavia segnalo che la dottrina dominante⁴²⁹ crede che anche la

⁴²⁷ MONACO L., *Hereditas*, cit., 179 s.

⁴²⁸ GAUDEMET, *Observations sur la manus*, cit., 350.

⁴²⁹ Cfr. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, 105 ss.; CORBINO A., *Ricerche sulla configurazione originaria delle*

donna con tutore decretale dovesse compiere la *coemptio testamenti f.g* e che, in tal caso, non avrebbero incontrato difficoltà, perché il tutore non si sarebbe opposto all'atto.

3.2. L'*auctoritas tutoris* alla *coemptio testamenti faciendi gratia*.

Chiarito quali fossero i presupposti perché una donna potesse avere il diritto di testare *tutore auctore*, ritorniamo a considerare la *coemptio* fiduciaria *testamenti faciendi gratia* sotto il profilo del suo effettivo funzionamento.

Per realizzare la *coemptio* fiduciaria per fini testamentari la donna aveva bisogno del consenso tutorio. Il tutore testamentario o *optivus* non si sarebbero opposti all'atto, e, se lo avessero fatto, il pretore avrebbe potuto intervenire in favore della donna⁴³⁰. Buckland, D'Ors, Voci e Monaco⁴³¹ sono gli unici a sostenere che lo scopo della *coemptio* in esame fosse quello di rimediare all'opposizione al testamento dei tutori muliebri legittimi, liberandola da tale tutela. In contrario basti osservare che tali *tutores*, poiché si suppone che non avrebbero consentito alla donna di fare testamento, non avrebbero nemmeno dato il loro consenso alla *coemptio* in questione, dato che erano ben consapevoli

servitù, I, cit., 90 s. nt.102; MESSINA L., “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 406 nt. 48; PIRO I., “*Conventio in manum*” e successivo matrimonio in *Gai.* 2.139, cit., 316 s. nt.24.

⁴³⁰ *Gai.*, 1, 190 e 2, 122.

⁴³¹ Così BUCKLAND W.W., *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ed.2, cit., 119s.; D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona 1960, 219; VOCI P., *Diritto ereditario romano*, cit., 393 s. e nt.43; MONACO L., *Hereditas*, cit., 174 ss.

del fatto che in questo modo avrebbero rinunciato ai loro diritti successori⁴³². Mi unisco perciò a quella parte della dottrina secondo cui la *coemptio fiduciaria* non era in relazione con la tutela *legitima*. Incomincio ricordando l'opinione Messina⁴³³, la quale, facendo leva sulla sopravvivenza dell'istituto per più di un secolo dopo l'abolizione della tutela agnatizia avvenuta nel I d.C., osserva che la necessità di ricorrere alla *coemptio* sarebbe dovuta venir meno dopo l'emanazione della *lex Claudia*. La pensa allo stesso modo Peppe⁴³⁴, il quale, giustamente, sottolinea che ai fini testamentari muliebri non aveva importanza il cambio di tutore ma la modifica dello *status familiae*: attraverso la *capitis deminutio* si dovevano estinguere i vincoli agnatizi, presupposto dei diritti ereditari *ab intestato* sui beni della donna.

Cantarella⁴³⁵, a sua volta, ricorda che la *coemptio testamenti faciendi gratia* aveva lo scopo di rimuovere un ostacolo giuridico, la mancanza del *ius testandi*, come spiega Gaio nel paragrafo 115a del primo libro delle sue *Institutiones*, e non un impedimento di fatto quale sarebbe stata l'opposizione del tutore legittimo al testamento.

Quindi, in concreto, fino a che l'allentamento dei legami parentali in linea maschile non portò al provvedimento di abolizione della tutela agnatizia⁴³⁶, le donne che avevano

⁴³² MESSINA L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 406 nt.48.

⁴³³ MESSINA L., “ *Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, ultimo cit.

⁴³⁴ PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 60.

⁴³⁵ CANTARELLA E., *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, cit., 216 s.

⁴³⁶ Vd. *infra* cap. 4 § 3.

agnati, le quali erano la maggior parte, non poterono fare testamento⁴³⁷.

La situazione delle emancipate e delle liberte non era migliore di quella delle donne *ingenuae* sotto tutela agnatizia: si trattava di donne che non avevano parenti prossimi e che per il diritto potevano testare *tutore auctore*. Tuttavia anche per loro doveva essere molto difficile ottenere l'autorizzazione a compiere l'atto, poiché il patrono e il *parens manumissor* erano i loro eredi *ab intestato*.

Le liberte sarebbero state libere di testare nel caso in cui il patrono fosse morto senza lasciare figli oppure nelle fattispecie in cui il patrono o i suoi figli avessero subito una *capitis deminutio*, perché avrebbero richiesto la nomina di un tutore atiliano. Ne è un esempio il caso di Ispala Fecenia, la quale, dopo la morte del patrono, che non aveva figli, aveva chiesto al magistrato di darle un tutore, al fine di nominare suo erede l'amante Ebuzio.

Un discorso analogo vale per le emancipate: anch'esse erano prive di agnati, perciò, quando moriva il *parens manumissor* potevano chiedere il tutore atiliano e testare liberamente *tutore auctore*.

3.3. *Ius testandi* muliebre dopo la riforma adrianea.

Gaio riferisce che un senatoconsulto di età adrianea abolì l'obbligo della *coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia*:

⁴³⁷ ZANNINI P., *Studi*, I, 157 ss.; ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 271.

Gai.1,115a:...*sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

Da quel momento, come specificato nei seguenti paragrafi gaiani, le donne ebbero la facoltà di testare *tutore auctore* senza ulteriori condizioni. Anzi, Gaio ci informa che nemmeno questo requisito fu necessario alla validità *iure civili* del testamento nel caso in cui la donna fosse stata liberata dalla tutela:

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.

Ulpiano conferma, in sintesi, il regime descritto da Gaio anche per il secolo successivo:

Tit. ex corp. Ulp. XX,15: Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sunt.

La donna fu avvantaggiata dalla notevole semplificazione delle formalità necessarie per redigere un valido testamento, il che le consentì di poter disporre dei propri beni *mortis causa* senza uscire dalla propria *familia*, in modo da non dover rinunciare alle proprie aspettative successorie nei confronti degli agnati. Bisogna tener presente che già da un secolo le donne potevano testare senza difficoltà grazie all'abolizione della tutela agnazia

ad opera dell'imperatore Claudio⁴³⁸. Nel I d.C. i legami agnatizi si erano ormai affievoliti e non si sentiva più la necessità di conservare l'unità del patrimonio agnatizio. Alla luce dei consolidati cambiamenti sociali, nel II d.C. ci si accorse dell'inutilità dell'istituto in esame e il senato decretò che la donna avrebbe potuto testare con il consenso del *tutor*, anche se apparteneva a una *familia*, senza ulteriori condizioni. Secondo Volterra⁴³⁹ non si fece altro che ufficializzare una prassi già in vigore, ma non si hanno certezze in tal senso. In avanzata epoca classica, quindi, il testamento era considerato alla stregua di qualsiasi altro atto di straordinaria amministrazione, che, in quanto tale, poteva e doveva essere posto in essere con il consenso congiunto della donna e del *tutor*.

Non a caso è ancora Gaio, che, riferendosi chiaramente alla sua epoca, mette in rilievo i vantaggi conseguiti dalla donna in materia testamentaria:

Gai.1,113: *Videntur ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi: nam masculus minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit, femina vero potest: nam statim ut maior est ? XII annorum testamenti faciundi ius nanciscitur.*

Le donne ottenevano il *ius testamenti faciundi*, anche se condizionato dalla *auctoritas tutoris*, due anni prima degli uomini, i quali raggiungevano l'età pubere, e, con essa, il diritto di far testamento, con il quattordicesimo anno d'età. Gaio sottolinea questo aspetto, probabilmente perché si

⁴³⁸ Gai. 1,157, 171 e Tit. ex corp. Ulp., 11,8.

⁴³⁹ VOLTERRA E., *Sulla capacità*, cit., 83 nt.18 e 85. Così anche ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 166.

tratta dell'unico caso in cui la condizione femminile era migliore di quella maschile. Non bisogna, tuttavia, dimenticare che le donne puberi restavano sotto tutela, a differenza dei maschi, e che, anche se nella maggior parte dei casi, dal I d.C., il controllo del *tutor* sugli atti muliebri era solo *dicis causa*, l'esistenza dell'istituto tutelare implicava sempre una limitazione, seppur lieve, per la donna.

Tuttavia, ancora ai tempi di Gaio, il pretore non poteva agire in favore della liberta o dell'emancipata contro il volere del patrono o del *parens manumissor* che si opponevano al loro testamento:

Gai.2,122: Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed de his quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri. Alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summoveri palam est.

Il magistrato non poteva concedere la *bonorum possessio secundum tabulas* all'erede designato se a mancare era il consenso del tutore legittimo della donna.

La tutela *ex lege* conservava l'efficacia che era stata peculiare a quella agnatizia in funzione di salvaguardia delle aspettative ereditarie dei tutori stessi sul patrimonio della donna⁴⁴⁰.

Gaio, nelle sue *Institutiones*, approfondisce ulteriormente il tema della validità del atto di ultima volontà muliebre, sempre riferendosi al suo tempo, dopo aver ricordato che il testamento della donna sotto tutela, per essere valido,

⁴⁴⁰ Cfr. Gai.1,192.

doveva essere redatto *cum tutoris auctoritate*, altrimenti la *mulier* avrebbe testato inutilmente secondo il diritto civile:

Gai.2,118: *Observandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela est, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur.*

Gaio prosegue nel paragrafo successivo:

Gai.2,119: *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius. Et ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

Il giurista presenta il caso della donna che aveva testato con l'*auctoritas* del suo tutore senza rispettare le forme volute dal diritto civile nel redigere l'atto. Il pretore concedeva all'erede designato la *bonorum possessio secundum tabulas*, ma tale possesso poteva risultare provvisorio, considerato che l'*heres legitimus* avrebbe potuto impugnare il testamento. La situazione cambiò dopo l'emanazione di una Costituzione imperiale:

Gai.2,120: *Sed videamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab*

intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

Antonino Pio, riferisce Gaio, diede carattere definitivo alla titolarità dei beni dell'erede testamentario. Quindi i diritti dei successibili *ab intestato*, da quel momento, furono neutralizzati dalla volontà della donna appoggiata dal suo tutore.

Al paragrafo 121 Gaio, tuttavia, si chiede se la Costituzione di Antonino andasse a vantaggio anche dell'erede che avesse ottenuto il possesso dei beni dal pretore, essendo stato chiamato all'eredità in un testamento muliebre redatto *sine tutoris auctoritate*.

Gai.2,121: *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint. An autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.*

Il dubbio gaiano resta irrisolto. Sembra però di poter affermare che, anche se il pretore aveva il potere di "scavalcare" il rifiuto tutorio o l'omessa richiesta di tale requisito, concedendo la *bonorum possessio* a colui che la donna aveva scelto come erede, se il testamento era stato redatto senza l'*auctoritas* del tutore, probabilmente, l'*hereditatis petitio*, presentata contro il possessore dall'erede legittimo, sarebbe prevalsa.

4. le restrizioni introdotte in ambito successorio.

Fino a quando la *tutela mulierum* fu un istituto che incideva significativamente sulla capacità d'agire muliebre la legislazione non prevede norme per evitare che le donne avessero patrimoni ingenti, poiché la ricchezza non dava alle tutelate l'indipendenza. Tuttavia quando la tutela si indebolì, furono presi dei provvedimenti atti a limitare la capacità successoria delle donne: la *lex Voconia* e l'esclusione delle donne dalla successione legittima dei loro agnati, salvo fratelli e sorelle⁴⁴¹.

4.1. La *lex Voconia*.

È certo che, nel II sec. a.C., la prassi di istituire eredi le donne era molto diffusa, dato che fu emanata una legge con lo scopo di limitare questa pratica⁴⁴². Si tratta della *Lex Voconia* proposta, nel 169 a.C., dal tribuno *Voconius Saxa* ai *concilia plebis* e fortemente sostenuta dall'allora sessantacinquenne Catone⁴⁴³. Il plebiscito, come esposto da Gaio, vietò a coloro che appartenevano alla prima classe del censo, il cui patrimonio era almeno di 100.000 assi, di istituire eredi le donne:

⁴⁴¹ Cfr. ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 4 ed. corrigée et notablement augmentée, v.1, Paris 1886, 429 nt.1.

⁴⁴² HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, cit., 83.

⁴⁴³ Cicero, *Cato Maior*, 5. 14; Gell., *Noctes Atticae*, VI, 13, 3; Id., XVII. 6.1.

Gai. 2, 274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

La *communis opinio* pensa che la normativa abbia ristretto la precedente illimitata capacità muliebre di ricevere *ex testamento*. Una parte della dottrina, tuttavia, è di opinione diversa. Farò qui riferimento in particolare alla trattazione in materia di Monaco⁴⁴⁴, la quale crede che la legge in esame non abbia limitato la *testamenti factio* passiva della donna, ma abbia, al contrario, riconosciuto alla *mulier* il diritto di essere istituita erede, stabilendo, tuttavia, i limiti sopraesposti a salvaguardia dei patrimoni della classe dirigente.

Con il divieto voconiano si voleva difendere la conservazione dei patrimoni, per salvaguardare l'antico equilibrio fra ricchezza e potere a garanzia della compattezza e della stabilità dello *status* di coloro che governavano l'Urbe⁴⁴⁵, limitando il *ius capiendi* delle donne. La legge in esame nacque da una ragione politica: rimettere in auge gli antichi principi a tutela dell'assetto patrimoniale alla base degli interessi della *civitas*, i quali, come si è visto poc'anzi, avevano limitato anche gli atti dispositivi *mortis causa* del singolo, almeno fino all'emanazione delle XII tavole. Catone e Voconio volevano ristabilire gli antichi *mores*, rappresentando i

⁴⁴⁴ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 187, 192s.

⁴⁴⁵ GUARINO A., *Lex Voconia*, in *Labeo* 28 (1982), 188 (= *Pagine di diritto romano*, III, Napoli 1994, 260) MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, Napoli 2006, 82 s.; BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, Milano 2008, 35 s..

patrizi e i plebei arricchiti, i quali chiedevano misure molto rigide a salvaguardia della loro posizione economica e sociale in una fase di forte crescita del potere politico-militare⁴⁴⁶. Non era vantaggioso che i ricchi patrimoni finissero in mani muliebri: infatti, poiché i beni delle donne non erano soggetti a tassazione, non davano sostegno alle campagne militari⁴⁴⁷. Ecco spiegata l'alleanza fra il vecchio censore e il tribuno della plebe.

Vediamo ora, per prendere posizione sul tema, alcune tra le fonti più significative.

Cicerone sottolinea l'ingiustizia del divieto⁴⁴⁸:

Cic. de rep., 3.10.17: ...quae...lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae...”

⁴⁴⁶ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 83 s. e 88.

⁴⁴⁷ Il primo provvedimento, che impose un tributo alle donne romane ricche, le quali erano 1.400, fu emanato dai triumviri nel 43 a.C., come riferito dallo storico Appiano, nel *De bello civili*, IV, 32-34., a sostegno delle spese militari. Ortensia, figlia di Quinto Ortensio Ortalo, pronunciò un efficace arringa, ottenendo che solo 400 donne, oltre agli uomini con patrimoni superiori a 100.000 assi, dovessero versare il tributo. La portavoce delle matrone dichiarò che la guerra civile non meritava appoggio e che le *mulieres* non erano mai state soggette ad imposizioni fiscali, perché erano escluse dalla vita pubblica. In seguito si approfondirà meglio questo episodio storico. Vd. *infra* § 5.

⁴⁴⁸ VOCI P., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, cit., 28 s. nt. 98; COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, I, cit., 225. BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla “Lex Voconia”*, cit., 16 nt.16; 70 nt.12.

Sant'Agostino formula la stessa considerazione nel *de civitate Dei*, sottolineando quanto fosse iniqua la *lex*, soprattutto nel caso in cui il *pater* avesse un'unica figlia:

Aug., *De civ. Dei*, 3.21: *Nam tunc, id est inter secundum et postremum bellum Chartaginiense, lata est etiam illa lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam. Qua lege quid iniquius dici aut cogitari possit, ignoro.*

Per quanto riguarda l'efficacia del provvedimento, è significativo che Gaio vi abbia accennato, non in tema di *heredis institutio*, ma nell'ambito della trattazione sui fedecommissi, a conferma che, subito dopo l'emanazione della *lex* si cercò subito il modo di eluderla, come dimostrato anche da un caso dello 85 a. C. esposto da Cicerone:

Cic., *de finibus*, 2.17.55: *Memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum ut omnis hereditas ad filiam perveniret. Id Sextilius factum negabat. Poterat autem inpune; quis enim redargueret? nemo nostrum credebat, eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. Aderamus nos quidem adolescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. Tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam,*

qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent, nummum nullum attigisset. Num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? nihil minus, contraque illa hereditate dives ob eamque rem laetus. Magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam. Quae quidem vel cum periculo est quaerenda vobis; est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum.

Q. Fadio Gallo aveva scelto P.Sestilio Rufo come fiduciario, istituendolo erede, e aveva dichiarato espressamente nel testamento di aver affidato all'amico l'attuazione della sua volontà di trasmettere tutti i beni aviti all'unica figlia Fadia, che non poteva essere nominata erede a causa del divieto voconiano. Sestilio, non essendo riuscito a provare l'inesistenza del fedecommesso in favore di Fadia, poiché lo stesso era incluso nel testamento, non era, tuttavia, certo di dover dare esecuzione alla disposizione dell'amico, la quale violava la *lex Voconia*. Sestilio, da "abile disonesto", sottopose il dubbio a molti uomini autorevoli, che gli suggerirono di attuare la volontà del *de cuius* nei limiti consentiti dalla *lex Voconia*. Sestilio non seguì il *responsum* unanime degli *amplissimi viri* e, con la scusa di voler rispettare scrupolosamente il dettato normativo, dal momento che il fedecommesso aveva ad oggetto tutta l'eredità, non consegnò nulla alla figlia di Fadio.

I fedecommessi non erano sempre disattesi: un esempio analogo con esito opposto è rappresentato, sempre da Cicerone, poco più avanti, in Cic., *De finibus*, 2,18, 58⁴⁴⁹, dove si riferisce che Sesto Peduceo, istituito erede da C.

⁴⁴⁹ *Ultero ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum euit hereditatemque reddit.*

Plozio, con la preghiera, questa volta solo orale, di trasmettere i beni ricevuti alla moglie del testatore, si recò dalla beneficiata e attuò il fedecommissso.

La disposizione fedecommissaria era legata all'integrità morale dell'erede scelto dal testatore solo per trasmettere il patrimonio alla persona indicatagli. Augusto statuì un *actio* a tutela del fedecommissso e Claudio nominò un apposito *praetor*⁴⁵⁰.

Dalle parole attribuite dall'Arpinate ai saggi interpellati da Sestilio "*nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire*" si comprende che gli stessi avevano pensato che Fadia dovesse essere beneficiata da un *legatum partitionis*. Si trattava di un altro mezzo per arginare i limiti voconiani⁴⁵¹, cioè di un legato pari, in questo caso, alla metà dei beni ereditari⁴⁵² ai sensi del secondo capo della *lex Voconia*, il cui contenuto è esposto nelle istituzioni giurine:

Gai. 2,226: *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur. Sed tamen fere vitium simile nascebatur: nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.*

⁴⁵⁰ MONACO L., *Hereditas e mulieres*, cit., 198.

⁴⁵¹ Abbiamo un esempio significativo di legati parziari in favore di donne in Cic. *Pro Caecina*, 4.12: *Nam brevi tempore M. Fulcinius adulescens mortuus est; heredem P. Caesennium fecit; uxori grande pondus argenti matrique partem maiorem bonorum legavit. Itaque in partem mulieres vocatae sunt.*

⁴⁵² COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, cit., 227.

Gaio sottolinea l'inefficacia delle misure voconiane sui legati, le quali prevedevano che il legatario non potesse ricevere più di quanto previsto per l'erede: tale disposizione era infatti facilmente eludibile con la nomina di più legatari, tant'è che fu indispensabile la successiva introduzione della quarta *Falcidia*⁴⁵³.

Gaio non precisa che tale disciplina si applicasse, come il primo capo della legge, solo a chi apparteneva alla prima classe serviana, ma Cicerone, nella seconda Verrina, dice che le limitazioni voconiane in tema di legati non interessavano coloro che non appartenevano al censo⁴⁵⁴:

Cic., in Verrem 2.1.43.110: Quid, si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat? quod per legem Voconiam ei qui census non sit licet; cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?

L'orazione contro Verre contiene altri elementi in materia di applicazione della *lex Voconia*. L'Arpinate, in effetti, denuncia la disonestà di Verre, che emanò un decreto con cui negava, ai sensi della *lex Voconia*, la *bonorum possessio* alle donne istituite eredi dall'anno di emanazione della *lex* in poi (*Cic., in Verrem*, 2.1.41.106 e 107; 2.1.44.113); probabilmente il pretore era stato corrotto da Lucio Annio (105), colui che il defunto Publio Annio Asello aveva nominato *heres* nel suo testamento, in eventuale sostituzione dell'unica figlia impubere, istituita

⁴⁵³ Gai.2,227: *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur.* Questa *lex* permise al testatore di legare solo i tre quarti del suo patrimonio.

⁴⁵⁴ GUARINO A., *Lex Voconia*, cit., 261.

erede di tutti i suoi beni (104). Verre, dopo il rifiuto della madre e dei tutori della pupilla di piegarsi alla sua richiesta di denaro sotto la minaccia dell'emanazione del suddetto provvedimento (105-106), pubblicò tale ordinanza. Cicerone considera il provvedimento invalido, a causa della sua arbitraria retroattività (109), e, quindi, privo di effetti contro i testamenti emanati prima della pretura di Verre; l'inefficacia tutelava anche le ultime volontà di P. Annio Asello, morto quando era pretore Caio Sacerdote (104)⁴⁵⁵. L'editto di Verre, inoltre, estendeva, illegittimamente, la sfera di applicazione del divieto voconiano anche ai testamenti dei cittadini non censiti, dato che, riferisce Cicerone (104), Asello non era iscritto nei registri serviani (105).

Le parole di Cicerone hanno fatto pensare alla dottrina settecentesca che gli effetti della *lex Voconia* ricadessero su tutti i cittadini appartenenti alle prime cinque classi censitarie⁴⁵⁶, ma su questo punto Gaio è chiaro in *Institutiones*, 2, 274⁴⁵⁷: si deve, perciò, presumere che il divieto riguardasse la sola prima classe serviana anche nel I a.C.

Si deve escludere che P. Annio Asello fosse un *capite census*, considerato il forte interesse ad impossessarsi dell'eredità che il sostituto pupillare aveva dimostrato, fino al punto di esser disposto a versare un'ingente somma al pretore pur di realizzare il suo intento. Probabilmente Asello fu uno dei *patres* che, per aggirare il divieto

⁴⁵⁵ COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, cit., 224 s.

⁴⁵⁶ Vd. BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, cit., nt.65 p.30, nt.94 p.37, che riferisce il pensiero di Montesquieu ripreso da ROSMINI A., *Filosofia del diritto* II, Milano 1841, nt.3 534.

⁴⁵⁷ Vd. *supra*. p.199.

voconiano, non si era iscritto al censo⁴⁵⁸. L'iniquo decreto verrino non fu applicato dai successivi pretori: Cicerone informa che molti padri istituivano eredi le figlie e che anche una ricca donna, Annia, la quale, ovviamente, non apparteneva al censo, scelse come sola erede testamentaria la sua unica figlia (111). Visti il favore che accompagnava ogni mezzo che potesse eludere la *lex Voconia*⁴⁵⁹ già ai tempi di Cicerone e le critiche all'iniquità della norma summenzionate, si può affermare che il divieto di istituire le donne eredi, come la limitazione sui legati, era sostanzialmente inefficace. Vignerón⁴⁶⁰, alla luce della dimostrata non piena efficacia dei provvedimenti in esame, ipotizza che, al fine di evitare la dispersione dei beni ereditati dalle donne, in un periodo in cui, ormai, la tutela, la cui efficacia si era affievolita, spesso sfuggiva agli agnati ed il matrimonio *sine manu* era la regola, sarebbe stato più sicuro ed efficace beneficiare le *mulieres* tramite usufrutto, garantendo, così, il mantenimento dei beni nella famiglia tramite la stabilità della nuda proprietà.

In dottrina ci si chiede se la violazione della *lex Voconia* implicasse una sanzione.

Si esclude che la norma fosse *minus quam perfecta*: la multa non poteva ricadere sul *de cuius* e sarebbe stata ingiusta se avesse colpito la donna. Guarino⁴⁶¹ non ammette che la *lex* fosse *perfecta*, perchè con la nullità del

⁴⁵⁸ BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, cit., 30 e 64. Su questo escamotage HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes*, cit., 84 e VIGNERON R., *L'antifeministe loi Voconia et les "schleichwege des lebens"*, in *Labeo* 29 (1983), 150.

⁴⁵⁹ COSTA E., *Cicerone giureconsulto*, cit., 225.

⁴⁶⁰ VIGNERON R., *L'antifeministe loi Voconia*, cit., 151 ss.

⁴⁶¹ GUARINO a., *Lex Voconia*, cit., 260. Cfr. anche BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, cit., 68 e nt.7.

testamento, si sarebbe aperta la successione legittima, di cui la *filia* avrebbe, comunque, beneficiato. Secondo tale autore il plebiscito non fu altro che un solenne ammonimento, rivolto ai cittadini della prima classe del censo, che invitava ad astenersi dall'istituire eredi le donne senza prevedere sanzioni. Tuttavia bisogna considerare che, se ad impugnare il testamento fossero stati i *sui heredes* esclusi, la *filia* avrebbe ottenuto la sua quota ma l'estranea avrebbe perso tutto; quindi non si può escludere che la *lex* fosse *perfecta*⁴⁶². Tuttavia il primo capo della *lex Voconia* avrebbe dispiegato a pieno i suoi effetti solo quando il testatore avesse voluto istituire erede la *uxor sine manu* o se avesse voluto diseredare i figli in favore delle figlie. In effetti, oltre agli escamotages sopraprospettati, contribuiva a togliere valore al divieto voconiano anche la piena capacità successoria *ab intestato* delle *suae heredes*. Se ne deduce che la *filia*, se non espressamente diseredata, avrebbe potuto impugnare il testamento e, per effetto della *praeteritio*, essere ammessa dal pretore alla *bonorum possessio contra tabulas*, concorrendo con gli eredi testamentari ed ottenendo, così, la metà del patrimonio, se gli *heredes* erano estranei, o, comunque, la sua quota di legittima, nel caso in cui il testamento fosse stato a favore dei fratelli⁴⁶³. Inoltre il padre che aveva un'unica figlia avrebbe potuto aggirare il divieto voconiano limitandosi a non fare testamento, ciò nonostante è risaputo che morire intestati ripugnava i membri dei ceti elevati⁴⁶⁴.

⁴⁶² Cfr. KASER M., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, 50 ss.

⁴⁶³ BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, cit., 61 e nt. 70, nt.6 p.68.

⁴⁶⁴ VIGNERON R., *L'antifeministe loi Voconia*, cit., 52.

4.2. L'esclusione dall'*hereditas* delle *agnatae* non consanguinee *voconiana ratione*.

Non si può affermare la stessa immutabilità, vista per le *suae heredes*, in tema di diritti successori *ab intestato* delle *agnatae*.

Dalle sentenze di Paolo 4.8.20 (=Coll. 16.3.20)⁴⁶⁵ si riscontra che l'interpretazione giurisprudenziale aveva introdotto, *voconiana ratione*, il *ius consanguinitatis*, da intendersi come *adgnatio* della *familia stricto iure*⁴⁶⁶, nella successione legittima. I diritti delle *filiae* erano intoccabili, ma i giureconsulti, chiamati da Giustiniano *media iurisprudencia*, dando nuova linfa alla *lex Voconia*, riuscirono a togliere i diritti ereditari alle *agnatae* che non fossero sorelle del *de cuius* morto intestato.

Monaco⁴⁶⁷, distanziandosi dalla *communis opinio*, pensa che la limitazione in esame esistesse già quando fu emanata la *lex Voconia* e che la ragione di entrambe le disposizioni fosse quella di evitare benefici a favore delle *mulieres* che non fossero strette congiunte del defunto.

⁴⁶⁵Paul. Sent., IV, 8, 20 (= Coll. XVI, 3, 20): *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.*

⁴⁶⁶I consanguinei sono definiti da Ulpiano, in Tit. Ulp. 26,1(= Coll. 16,4,1), il quale descrive il sistema successorio del *ius civile*, come gli agnati che avevano diritto all'eredità del *de cuius* subito dopo i *sui heredes*, quindi i fratelli e le sorelle nati dallo stesso padre.

⁴⁶⁷MONACO L., *Hereditas*, cit., 31 ss., 49 ss. e 196 s.

Per chiarire, è bene analizzare le altre fonti che considerano il *ius consanguinitatis*, partendo dalle Istituzioni imperiali che sono le uniche a riferirsi alla non meglio identificata *media iurisprudencia*.

Le Istituzioni giustiniane, al libro terzo titolo secondo “*De legitima agnatorum successione*”, ricostruiscono la storia della capacità successoria delle donne:

I.3,2,3: *Ceterum inter masculos quidem adgnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant: masculi vero ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patris tui filiae vel amitae tuae hereditas ad te pertinet, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli praetor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus nec proximior cognatus interveniat.*

Questo paragrafo illustra l’antica illimitata capacità successoria prevista dal regime delle XII tavole, derogata da una successiva esclusione delle donne dallo *ius agnationis*: “*placebat*” che le stesse ereditassero solo dai fratelli e dalle sorelle in virtù della consanguineità; mentre restavano eredi delle donne, oltre ai consanguinei maschi e

femmine, anche gli agnati di sesso maschile dei gradi successivi⁴⁶⁸.

La ragione della discriminazione è “*quia commodius videbatur ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerunt*”.

Le Istituzioni imperiali seguono il modello gaiano:

Gai.3,14 (=Coll. 16.2.14): *Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum bonis ab his capiendis. Nam feminarum hereditates proinde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum, nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse non potest; sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est.*

il giureconsulto, volendo, con ogni probabilità, esprimere l'iniquità del regime, significativamente, accenna allo *ius consanguinitatis*, frutto della prassi giurisprudenziale generalmente condivisa (*placuit*)⁴⁶⁹, riconosciuto alla

⁴⁶⁸ MELILLO G., *Personae e status*, cit., 70. Il quale, però, procedendo all'esegesi del paragrafo, ha visto l'ammissione delle donne solo alla successione delle sorelle ma non a quella dei fratelli.

⁴⁶⁹ MELILLO G., *Personae e status*, cit., 81.

matrigna *in manu*⁴⁷⁰ ma non alla zia paterna e alla figlia del fratello.

Il limite è annunciato anche da Ulpiano:

Tit. Ulp. 26.6: *Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet; itaque soror fratri sororique legitima heres fit.*

Il paragrafo delle Istituzioni giustiniane in esame continua, dando al pretore il merito di aver concesso alle donne, in base alla *proximitas*, la *bonorum possessio tertio gradu*.

Anche Gaio riconosce, dopo aver ribadito il *ius consanguinitatis* in 3. 23⁴⁷¹, il tentativo del pretore di supplire le iniquità in esame:

Gai. 3,25: *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.*

Le Istituzioni giustiniane, nel paragrafo seguente, ribadiscono l'uguaglianza di maschi e femmine nel regime successorio agnatizio delle XII tavole e il successivo stravolgimento giurisprudenziale, *suptilitate quadam escogitata*, che *eas a successione adgnatorum repellebat*; fino a quando l'editto pretorio rimediò *paulatim*, creando l'*ordo unde cognati*:

⁴⁷⁰ E non suocera *in manu* come scrive BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni*, cit., 42.

⁴⁷¹ Gai.3,23: *Item feminae agnae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent.*

I.3,2,3a: *Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat: media autem iurisprudencia, quae erat lege quidem duodecim tabularum iunior, imperiali autem dispositione anterior, suptilitate quadam excogitata praefatam differentiam inducebat et penitus eas a successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita donec praetores, paulatim asperitatem iuris civilis corrigentes sive quod deest adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt et cognationis linea proximitatis nomine introducta per bonorum possessionem eas adiuvabant et pollicebantur his bonorum possessionem, quae unde cognati appellatur.*

Nel paragrafo 3b⁴⁷² si elogia il precedente intervento del *ius honorarium* e si annuncia di aver ristabilito, tramite

⁴⁷² I.3,2,3b: *Nos vero legem duodecim tabularum sequentes et eius vestigia in hac parte conservantes laudamus quidem praetores suae humanitatis, non tamen eos in plenum causae mederi invenimus: quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente et adgnationis titulis tam in masculis quam in feminis aequa lance constitutis masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum, ex adgnatis autem mulieribus nullis penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus? ideo in plenum omnia reducentes et ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exaequantem nostra constitutione sanximus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sunt, simili modo ad iura successionis legitimae ab intestato vocari secundum gradus sui praerogativam nec ideo excludendas, quia consanguinitatis iura sicuti germanae non habent.*

Constitutio, l'antica uguaglianza dei diritti maschili e femminili nella successione *ab intestato*.

La *Constitutio* giustiniana di cui si accenna in I.3.2.3a è stata emanata nel 531 d.C. ed è conservata nel *Codex*:

C.6,58,14,1: *Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit. 2. Qui enim ferendum est ab intestato successionebus suas quidem filias ad similitudinem masculae subolis in parentis vocari successione et iterum germanas iure consanguinitatis eandem sibi vindicare praerogativam, deinceps autem legitimas feminarum personas, si iura consanguinitatis non possident, a successione legitima repelli, cum maribus eadem successio pateat? 3. Quare enim patris soror non ad successione filii fratris sui una cum masculis vocatur, sed aliud ius in amita, aliud in patruis observatur? vel qua ratione fratris filius ad successione patruis vocatur, germana autem eius ab eadem successione recluditur? 6. (1) in his igitur casibus legem duodecim tabularum sequentes et novum ius novissimo iure corrigentes etiam unum gradum pietatis intuitu transferri ab iure cognationis in legitimam volumus successione, ut non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successione patruis sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniant, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filius, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedatur, tamquam si omnes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. his etenim personis*

praecedentibus et hereditatem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti.<a 531 d. v k. dec. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.>

Tralasciando di commentare le affermazioni di stampo filosofico e religioso in tema di uguaglianza tra uomini e donne del *principium*⁴⁷³, si osserva che la Costituzione riprende il contenuto dei paragrafi istituzionali, enfatizzandolo (§ 2 e 3) con domande retoriche spiccatamente critiche nei confronti delle discriminazioni successorie previste per le donne, fino a sancire, nel paragrafo 6, l'equiparazione successoria di *agnati* e *agnatae*, dando la posizione di *legitimi*, anche ai *cognati proximi*. Ci si sofferma, soprattutto, ai nostri fini, sull'accenno in § 1 alla giurisprudenza: Giustiniano riferisce che la sua fonte è Giulio Paolo, il quale, nel suo *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum*, definì, molto chiaramente, *non piam* la *differentiam* apportata dalla *posteritas* in ambito successorio, ricorrendo ad una *nimia subtilitas*.

Il riferimento al pensiero di Paolo nel *Codex* da credito alla *voconiana ratione*, citata nelle sentenze paoline, come principio ispiratore dell'esclusione dall'*hereditas legitima* delle agnate oltre il grado dei consanguinei escogitata dalla *media iurisprudencia*, il cui intervento è databile appena dopo la *lex Voconia*. Ad ulteriore prova dell'inesistenza dello sbarramento successorio in esame per l'epoca risalente, il giurista severiano, sempre nelle Sentenze, riconduce, con molta chiarezza, all'interpretazione dei

⁴⁷³ Riportato a p. 53.

prudentes l'introduzione della categoria dei consanguinei, estranea alle XII Tavole⁴⁷⁴:

Paul., *Sent.*,4,8,3 (= Coll. 16,3,3): *Intestatorum hereditas Lege duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Sane consanguinei, quos lex non apprehenderit, interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt.*

L'interpretazione fortemente restrittiva del dettato decemvirale, che ha penalizzato le eredi è stata un'"infelice escogitazione" contestuale all'isolamento fra gli agnati della sottoclasse dei consanguinei.

Lambertini, pur condividendo i rilievi sopraesposti, esprime ancora qualche perplessità sulla posteriorità dell'intervento dei *prudentes* rispetto all'emanazione della *lex Voconia* e pensa, richiamando Savigny, che Paolo abbia scritto, in *Sent.* 4. 8.20, *voconiana ratione*, perché influenzato dal sentire comune, che vedeva la *lex Voconia* "come la legge limitatrice dei diritti successorî per antonomasia". Vigneron⁴⁷⁵, non ritenendo necessario datare l'esclusione *ab intestato* in esame ai fini di capire i motivi che spinsero all'emanazione della *lex Voconia*, si limita a sottolineare che l'esclusione dalla successione *ab intestato* delle donne non consanguinee nacque "*dans le*

⁴⁷⁴ LAMBERTINI R., *Giustiniano e l'antica esclusione dall'"hereditas legitima" delle agnate oltre il grado dei consanguinei*, in *BIDR* 100(2003), 471 e 475 ss.. *Contra* si esprime MONACO L. (*Hereditas*, cit., 54), la quale ritiene che i *prudentes*, nell'aggiungere la categoria dei consanguinei, abbiano così ammesso *ex novo* la donna nella successione *ab intestato*.

⁴⁷⁵ VIGNERON R., *L'antifeministe loi Voconia*, cit., 148.

meme esprit qui a inspiré la loi Voconia”, traducendo così, vagamente, *Voconiana ratione*.

Non si può negare che le testimonianze di Giustiniano e Paolo si integrino a vicenda e che i *prudentes* abbiano cercato di realizzare le medesime finalità della *lex Voconia*, in parte disattese dagli equitativi interventi pretori e dalle disposizioni legatarie e fedecommissarie, quindi i due provvedimenti devono per forza essere stati, se non uno ispiratore dell’altro, temporalmente vicini.

5. L'orazione di Ortensia e la tassazione dei patrimoni muliebri.

Un episodio storico⁴⁷⁶ molto interessante, il quale testimonia la diffusa esistenza di patrimoni femminili ingenti alla fine dell'epoca repubblicana, nonostante le restrizioni introdotte in ambito successorio, a conferma della sostanziale inefficacia della *lex Voconia*, è quello che narra di un editto triumvirale emanato il 42 a.C. al fine di raccogliere fondi per le campagne militari.

5.1. Antefatto.

Nel 43 a.C, i triumviri, appena dopo aver dato vita alla loro alleanza politica, decisero di eliminare i loro avversari con il pretesto di vendicare l'uccisione di Giulio Cesare. Nella realtà la vendetta non si limitò a punire "i cesaricidi", ma degenerò con l'uccisione anche dei nemici privati di Antonio, Ottaviano e Lepido; bastava, infatti, essere sospettato di favorire i repubblicani o semplicemente l'essere ricco per vedere scritto il proprio nome nelle liste di proscrizione.

Furono condannati a morte 300 senatori e 2.000 cavalieri e pubblicata una taglia sulle loro teste, promettendo delle ricompense a chi li denunciasse o provvedesse direttamente alla loro uccisione: furono promesse 25.000 dracme ai liberi e 10.000 dracme agli schiavi unitamente alla concessione della libertà.

⁴⁷⁶ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32-34.

Tuttavia le ricchezze defraudate ai proscritti, con la confisca pure delle somme deposte nelle mani delle Vestali⁴⁷⁷, e la vendita dei beni di costoro non fruttarono ai triumviri proventi sufficienti per finanziare la guerra civile contro “i cesaricidi” Bruto e Cassio: mancavano 20.000 talenti, corrispondenti a 20 milioni di dracme attiche⁴⁷⁸.

5.2. Emanazione del decreto.

Appiano testimonia puntualmente e con precisione la soluzione trovata da Ottaviano, Antonio e Lepido, per superare l’ostacolo della mancanza di fondi e proseguire le campagne militari. I triumviri lo fecero presente al popolo riunito in assemblea e emanarono un decreto contenente i nomi di 1.400 donne, le più conosciute per le loro ricchezze, parenti dei proscritti, ai sensi del quale le stesse erano obbligate a fornire la dichiarazione dei loro beni, ai fini di contribuire al finanziamento della guerra secondo l’imposta che, proporzionalmente, i triumviri avrebbero applicato a ciascuna di loro⁴⁷⁹. Nel decreto, inoltre, era specificato che si prevedeva una pena certa ai danni di

⁴⁷⁷ CANTÙ C., *Storia universale*, Tomo III, Lib. V, ed.8 rived., Torino 1856, 248 s.

⁴⁷⁸ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 31: Ὅθεν τοῖς ἄρχουσιν, ἐλπίσασιν ἐς τὰς τοῦ πολέμου παρασκευὰς τάδε ἀρκέσειν, ἐνέδει μυριάδων ἕτι δισμυρίων.

⁴⁷⁹ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: Καὶ τοῦτο ἐς τὸν δῆμον εἰπόντες προύγραφον χιλίας καὶ τετρακοσίας γυναῖκας, αἱ μάλιστα πλούτῳ διέφερον· καὶ αὐτὰς ἔδει, τὰ ὄντα τιμωμένας, ἐσφέρειν ἐς τὰς τοῦ πολέμου χρεῖας, ὅσον ἐκάστην οἱ τρεῖς δοκιμάσειαν.

coloro le quali avessero occultato le loro sostanze o fornito una stima delle medesime non corrispondente al vero; di converso si sarebbero assegnate delle ricompense a chiunque, schiavo o libero, denunciasse tali frodi, omissioni o imprecisioni che fossero⁴⁸⁰.

Naturalmente le donne individuate come potenziali contribuenti erano *sui iuris* e, perciò, titolari in prima persona di un patrimonio.

Il contenuto dell'editto triumvirale utilizzava le stesse modalità applicate durante la precedente fase di condanna dei proscritti: sempre, pur di raggiungere lo scopo di mantenere e rafforzare il loro potere, i governanti si impossessavano delle ricchezze delle persone più abbienti, prevedendo dei benefici per le più umili: clienti, schiavi o liberti, che, alcune volte, come era accaduto anche durante la fase precedente, non esitavano a denunciare i loro padroni o protettori per migliorare la loro condizione.

5.3. Il tentativo di “mediazione familiare”.

Le donne coinvolte dal provvedimento *de quo*, ritenendo profondamente ingiusto l'obbligo a loro inflitto⁴⁸¹, considerarono opportuno rivolgersi alle matrone appartenenti alle famiglie dei triumviri, auspicando di trovare aiuto, al fine di convincere i capi del governo a

⁴⁸⁰ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: Ἐπέκειτό τε ταῖς ἀποκρυσσάμεναις τι τῶν ὄντων, ἢ τιμησαμέναις κακῶς ἐπιτίμια καὶ τοῖς ταῦτα μηνύουσιν ἐλευθέρους τε καὶ δούλους μῆνυτρα.

⁴⁸¹ PEPPE L. (*Posizione giuridica*, cit., 26.) sottolinea quanto sia interessante il fatto che si sia formata così rapidamente un'opinione pubblica femminile.

ritirare il decreto. Tali donne incontrarono la solidarietà della sorella di Ottaviano e della madre di Antonio, ma Fulvia, la moglie di quest'ultimo non le ricevette, non facendo oltrepassare loro nemmeno la porta d'ingresso. L'ingiuria subita le fece indignare e, proprio per questo, fallita miseramente la mediazione familiare auspicata, il gruppo di matrone decise di recarsi al foro dove, superata la folla e eluso l'ostacolo delle guardie, raggiunsero il tribunale dove la figlia di Quinto Ortensio, scelta come portavoce, prese la parola e, rivolgendosi ai triumviri, pronunciò il discorso il cui contenuto si analizzerà tra breve⁴⁸².

5.4. L'arringa di Ortensia.

Ortensia⁴⁸³ era stata scelta come portavoce dalle donne, poiché nessun uomo si era offerto di perorare la causa in questione, patrocinando le matrone, e prese lei stessa la parola dinnanzi ai trumviri con determinatezza e con molta

⁴⁸² APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: Αἱ δὲ γυναῖκες ἔκριναν τῶν προσηκουσῶν τοῖς ἄρχουσι γυναικῶν δεηθῆναι. Τῆς μὲν δὴ Καίσαρος ἀδελφῆς οὐκ ἀπετύγγανον, οὐδὲ τῆς μητρὸς Ἀντωνίου· Φουλβίας δέ, τῆς γυναικὸς Ἀντωνίου, τῶν θυρῶν ἀπωθούμεναι χαλεπῶς τὴν ὕβριν ἤνεγκαν, καὶ ἐς τὴν ἀγορὰν ἐπὶ τὸ βῆμα τῶν ἀρχόντων ὠσάμεναι, δισταμένων τοῦ τε δήμου καὶ τῶν δορυφόρων, ἔλεγον, Ὁρτησίας ἐς τοῦτο προκεχειρισμένης·

⁴⁸³ Ortensia è la terza donna “avvocato” presente nell'elenco di Valerio Massimo e la sola ad essere considerata un modello positivo. cfr. CANTARELLA E., *Passato prossimo, donne romane da Tacita a Sulpicia*, cit., 95.

efficacia⁴⁸⁴. Il contenuto del discorso pronunciato magistralmente dalla figlia dell'illustre oratore Quinto Ortensio Ortalo è stato riportato fedelmente da Appiano nella sua opera di resoconto degli eventi delle guerre civili romane.

5.4.1. *Incipit.*

Innanzitutto Ortensia sottolineò che lei e le sue compagne si erano comportate come si conveniva alle donne del loro rango, essendosi, *in primis*, recate dalle donne dei triumviri per implorare il loro sostegno ed informò Antonio, Ottaviano e Lepido dell'indecente trattamento riservato loro da Fulvia, sostenendo che proprio tale evento le aveva obbligate a recarsi presso il foro⁴⁸⁵.

Ortensia con queste parole volle dimostrare che il comportamento delle matrone non era stato indecoroso, poiché avevano cercato di percorrere la via della composizione privata della questione e solo dopo il suo infausto esito si erano determinate a rendere pubblico il

⁴⁸⁴ VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et dictorum memorabilium*, VIII, 3, 3: *Hortensia vero Q. Hortensii filia, quum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus, nec quisquam virorum patrociniū eis accomodare auderet; causam feminarum apud triumviros et constanter et feliciter egit. Representatu enim patris facundia impetravit ut major pars imperatae pecuniae his remitteretur.*

⁴⁸⁵ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: « Ὁ μὲν ἤρμοξε δεομένας ὑμῶν γυναῖξι τοιαῖσδε, ἐπὶ τὰς γυναῖκας ὑμῶν κατεφύγομεν· ὁ δὲ οὐχ ἤρμοξεν, ὑπὸ Φουλβίας παθοῦσαι, ἐς τὴν ἀγορὰν συνεώσμεθα ὑπ' αὐτῆς.

loro dissenso e a spiegare innanzi al popolo e ai triumviri le loro ragioni.

5.4.2. Le famiglie perdute e le necessità economiche delle matrone.

L'intelligente matrona iniziò con il muovere un sottile rimprovero in merito ai lutti subiti dalle donne ad opera delle proscrizioni, di cui erano responsabili i suoi interlocutori, i quali avevano distrutto le loro famiglie e proseguì il discorso, sostenendo che, se, oltre al male già subito, i triumviri avessero confiscato loro anche i beni, gli stessi le avrebbero ridotte in una situazione indegna rispetto al loro rango, ai loro costumi e al loro sesso⁴⁸⁶.

L'ultimo elemento che introduce Ortensia è molto significativo e lascia ben comprendere quale fosse la mentalità dell'epoca; era necessario, in effetti, garantire a una *mulier* nata in una classe sociale elevata di mantenere il tenore di vita consono alle sue origini familiari aristocratiche, al suo modo di vivere e alla natura femminile e, per questo, la donna *sui iuris* aveva bisogno di essere titolare di un patrimonio individuale sufficientemente ingente⁴⁸⁷. Il discorso di Ortensia è centrato sull'individualità femminile⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: Ὑμεῖς δ' ἡμᾶς ἀφείλεσθε μὲν ἤδη γονέας τε καὶ παῖδας καὶ ἄνδρας καὶ ἀδελφοὺς ἐπικαλοῦντες, ὅτι πρὸς αὐτῶν ἠδίκησθε· εἰ δὲ καὶ τὰ χρήματα προσαφέλοισθε, περιστήσετε ἐς ἀπρέπειαν ἀναξίαν γένους καὶ τρόπων καὶ φύσεως γυναικείας.

⁴⁸⁷ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 31 e 41.

⁴⁸⁸ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 40.

L'argomento successivo identifica l'imposizione fiscale voluta dai triumviri con una pena che le donne non meritavano, non avendo nociuto, ingiuriato o cospirato in alcun modo contro i triumviri⁴⁸⁹.

5.4.3. L'esclusione dalla vita pubblica e dall'imposizione fiscale.

Ortensia proseguì la sua riflessiva arringa, indagando se potesse sussistere qualche altro giustificato motivo per cui le donne dovessero essere soggette ad un'imposizione fiscale, notando che, certo, tale giustificazione non si trovava nella loro partecipazione alle funzioni pubbliche⁴⁹⁰, essendo noto che le *mulieres* non potevano

⁴⁸⁹ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 32: Εἰ μὲν δὴ τι καὶ πρὸς ἡμῶν, οἷον ὑπὸ τῶν ἀνδρῶν, ἠδικῆσθαί φατε, προγράψατε καὶ ἡμᾶς ὡς ἐκείνους. Εἰ δὲ οὐδένα ὑμῶν αἱ γυναῖκες οὔτε πολέμιον ἐψηφισάμεθα οὔτε καθείλομεν οἰκίαν ἢ στρατὸν διεφθείραμεν ἢ ἐπηγάγομεν ἕτερον ἢ ἀρχῆς ἢ τιμῆς τυχεῖν ἐκωλύσαμεν, τί κοινωνοῦμεν τῶν κολάσεων αἱ τῶν ἀδικημάτων οὐ μετασχοῦσαι;

⁴⁹⁰ Questa argomentazione a sostegno della rivolta delle donne romane fu la stessa che, molti secoli dopo, nel 1775, divenne il motto dei cittadini delle colonie inglesi del nuovo continente, i quali al grido “*no taxation whithout representation*” si sollevarono contro la Gran Bretagna, che imponeva loro pesanti tasse senza riconoscere agli stessi la partecipazione politica. Il principio era il medesimo, ma il diritto che si rivendicava era opposto: le donne romane, in effetti, ovviamente, non rivendicavano l'accesso alla vita pubblica, ma quello di non essere sottoposte a tassazione. I coloni inglesi in epoca moderna erano disposti ad accettare di buon grado le imposizioni fiscali in cambio dei diritti civili e politici. Cfr. CANTARELLA E., *Passato prossimo*, cit., 95.

accedere a magistrature e a ruoli di comando o di governo⁴⁹¹, tutti quei poteri che Antonio, Ottaviano e Lepido si erano aggiudicati a prezzo di gravi calamità; anzi, quest'ultimo costituiva un altro argomento *a contrario*, poiché, in effetti le matrone erano escluse sì da responsabilità, ma anche da benefici e da onori propri solo degli uomini.

I triumviri sostenevano nell'editto che le donne dovessero finanziare la guerra per il bene della Repubblica e la nostra abile oratrice smentì la legittimità di tale dichiarazione, dicendo che mai in occasione di nessuna campagna militare le donne furono tassate, poiché erano da sempre escluse da tale obbligo presso tutte le nazioni. Un'eccezione fu costituita da un caso che Ortensia riportò: quello per il quale le matrone offrirono un contributo spontaneo, poiché l'Urbe, in quella fattispecie, rischiava l'annientamento ad opera dei cartaginesi. L'aiuto volontariamente fornito dalle donne nel 214 a.C.⁴⁹² aveva avuto quale oggetto solo gli ornamenti domestici, quindi i gioielli⁴⁹³, e non certo le terre, i possedimenti, le doti o le case: tutti beni senza i quali la donna di condizione libera non poteva vivere con dignità. Ortensia, quindi, riprende

⁴⁹¹ Tale tesi era stata utilizzata nel 195 a.C. anche dal tribuno Lucio Valerio a favore dell'abrogazione, effettivamente avvenuta, della *lex Oppia Sumptuaria* in risposta al discorso contrario dell'allora console Catone. Cfr. TITUS LIVIUS, *ab urbe condita*, XXXIV, 7, 8-9: *Non magistratus nec sacerdotia nec triumphi nec insignia nec dona aut spolia bellica iis contingere possunt; munditiae et ornatus et cultus, haec feminarum insignia sunt, his gaudent et gloriantur, hunc mundum muliebrem appellarunt maiores nostri*. Cfr. PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 43.

⁴⁹² PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 49 e 50.

⁴⁹³ PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 48.

l'argomento della necessità per le donne *ingenuae* di garantirsi un tenore di vita degno del loro rango.

All'epoca della guerra contro Cartagine, inoltre, il contributo prestato non era stato coattivo, ma le donne corrisposero quanto e come vollero, senza preliminare stima dei loro averi e senza temere denunce da parte di accusatori o delatori⁴⁹⁴.

5.4.4. L'inesistenza di un reale pericolo per la patria e la deplorabile guerra civile.

Nel caso *de quo* non esisteva un reale pericolo esterno (Ortensia fece l'esempio dei Galli e dei Parti) atto a giustificare un intervento analogo a quello poc'anzi considerato, poiché la campagna militare che i triumviri volevano intraprendere era una guerra civile, per sua natura condannata dagli Dei, e proprio perché volevano

⁴⁹⁴ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 33: « Τί δὲ ἐσφέρωμεν αἱ μήτε ἀρχῆς μήτε τιμῆς μήτε στρατηγίας μήτε τῆς πολιτείας ὄλωσ, τῆς ὑμῖν ἐς τοσοῦτον ἤδη κακοῦ περιμαχήτου, μετέχουσαι; Ὅτι φατὲ πόλεμον εἶναι; Καὶ πότε οὐ γεγόνασι πόλεμοι; Καὶ πότε γυναῖκες συνεισήνεγκαν; Ἄς ἢ μὲν φύσις ἀπολύει παρὰ ἅπασιν ἀνθρώποις, αἱ δὲ μητέρες ἡμῶν ὑπὲρ τὴν φύσιν ἐσήνεγκάν ποτε ἅπαξ, ὅτε ἐκινδυνεύετε περὶ τῆ ἀρχῆ πάση καὶ περὶ αὐτῇ τῇ πόλει, Καρχηδονίων ἐνοχλούντων. Καὶ τότε δὲ ἐσήνεγκαν ἐκούσαι, καὶ οὐκ ἀπὸ γῆς ἢ χωρίων ἢ προικὸς ἢ οἰκιῶν, ὧν χωρὶς ἀβιώτον ἐστὶν ἐλευθέραις, ἀλλὰ ἀπὸ μόνων τῶν οἴκοι κόσμων, οὐδὲ τούτων τιμωμένων οὐδὲ ὑπὸ μηνυταῖς ἢ κατηγοροῖς οὐδὲ πρὸς ἀνάγκην ἢ βίαν, ἀλλ' ὅσον ἐβούλοντο αὐταί.

combattere contro dei concittadini, i capi di governo non erano né bisognosi né meritevoli del soccorso muliebre,. Ortensia citò Cesare, Pompeo, Mario e Cinna che non pretesero mai nulla dalle donne, come pure Silla, nonostante la sua fama di tiranno della patria, ponendo in antitesi gli stessi con i triumviri che, peraltro, consideravano se stessi restauratori della Repubblica e dell'ordine pubblico⁴⁹⁵. Ortensia espresse così il suo disappunto, sottolineando la novità dell'obbligo imposto da Ottaviano, Antonio e Lepido, peraltro senza alcuna legittima necessità e senza alcun analogo precedente.

5.5. Reazione dei triumviri e correzione del provvedimento.

A questa azione delle matrone patrocinate da Ortensia i triumviri reagirono con indignazione dovuta alle conseguenze che avrebbe potuto provocare tale comportamento delle donne, le quali ebbero il coraggio di riunirsi, di recarsi presso i comizi e di giudicare la condotta dei capi di governo. Antonio, Ottaviano e Lepido erano contrariati dal fatto che, mentre i cittadini pagavano

⁴⁹⁵ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 33: APPIANUS, *de bello civili*, IV, 33: Τίς οὖν καὶ νῦν ἐστὶν ὑμῖν περὶ τῆς ἀρχῆς ἢ περὶ τῆς πατρίδος φόβος; Ἴτω τοίνυν ἢ Κελτῶν πόλεμος ἢ Παρθυαίων, καὶ οὐ χεῖρους ἐς σωτηρίαν ἐσόμεθα τῶν μητέρων. Ἐς δὲ ἐμφυλίους πολέμους μήτε ἐσενέγκαιμέν ποτε μήτε συμπράξαιμεν ὑμῖν κατ' ἀλλήλων. Οὐδὲ γὰρ ἐπὶ Καίσαρος ἢ Πομπηίου συνεφέρομεν, οὐδὲ Μάριος ἡμᾶς οὐδὲ Κίννας ἠνάγκασεν οὐδὲ Σύλλας, ὁ τυραννήσας τῆς πατρίδος· ὑμεῖς δὲ φατε καὶ καθίστασθαι τὴν πολιτείαν. »

con la loro vita nei combattimenti, le matrone più ricche di Roma rifiutassero di contribuire con le loro sostanze. La reazione dei Triumviri fu quella di ordinare ai littori di cacciare tali donne dal tribunale, ma tra la folla si levò un grande tumulto e le guardie non attuarono l'ordine impartitogli; allora i governanti si alzarono e differirono la questione per il giorno dopo. Nella giornata seguente fu stabilita la correzione del decreto con la riduzione del numero delle donne che dovevano contribuire alle spese militari da 1.400 a 400 e fu aggiunto al provvedimento che ogni cittadino che avesse più di 100.000 assi (= dracme attiche) in catasto, senza nessuna eccezione, dichiarasse i suoi beni, prevedendo anche per questi ultimi le stesse clausole penali in caso di stima fraudolenta e con la promessa delle medesime ricompense ai denuncianti. Gli obbligati dovettero versare, a titolo di prestito, la cinquantesima parte dei loro beni e, come contributo, la rendita intera di un anno⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶ APPIANUS, *de bello civili*, IV, 34: Τοιαῦτα τῆς Ὀρτησίας λεγούσης, οἱ τρεῖς ἡγανάκτουν, εἰ γυναῖκες ἀνδρῶν ἡσυχάζόντων θρασυνοῦνται τε καὶ ἐκκλησιάσουσι, καὶ τὰ δρώμενα τοῖς ἄρχουσιν ἐξετάσουσι, καὶ τῶν ἀνδρῶν στρατευομένων αὐταὶ οὐδὲ χρήματα ἐσοίσουσιν· ἐκέλευόν τε τοῖς ὑπηρέταις ἐξωθεῖν αὐτὰς ἀπὸ τοῦ βήματος, μέχρι βοῆς ἐξωθεν ἐκ τοῦ πλήθους γενομένης οἷ τε ὑπέρηται τὸ ἔργον ἐπέσχον καὶ οἱ ἄρχοντες ἔφασαν ἐς τὴν ὑστεραίαν ἀνατίθεσθαι. Τῇ δ' ὑστεραία τετρακοσίας μὲν ἀντὶ χιλίων καὶ τετρακοσίων προύγραφον ἀποτιμᾶσθαι τὰ ὄντα, τῶν δὲ ἀνδρῶν πάντα τὸν ἔχοντα πλείους δέκα μυριάδων, ἀστὸν ὁμοῦ καὶ ξένον καὶ ἀπελεύθερον καὶ ἱερέα καὶ πανταεθνή, μηδενὸς ἀφιεμένου, καὶ τούσδε μεθ' ὁμοίου φόβου τῶν ἐπιτιμίων καὶ ὑπὸ μηνύμασιν ὁμοίους, ἵνα

Il discorso di Ortensia continuò a suscitare ampia eco anche nelle epoche successive. Quintiliano, nel sottolineare l'importanza che sia uomini che donne fossero acculturati, elogiò Ortensia quale illustre esempio di donna colta e testimoniò che il suo discorso era letto quale modello di arte oratoria e non solo per onorare il fatto eccezionale che fosse stato pronunciato da una donna⁴⁹⁷.

Valerio Massimo rappresenta quella che fu la mentalità maschile dell'epoca, che non poté giustificare l'abilità mostrata da Ortensia se non sottolineando che in lei si era riconosciuta l'eloquenza paterna, e che fu Quinto Ortensio a rivivere nella persona della figlia, dandole lo spirito e le parole per pronunciare una simile arringa. L'abilità di Ortensia venne spiegata e giustificata come un'eredità paterna⁴⁹⁸.

Ai nostri fini l'episodio storico narrato costituisce una chiara testimonianza del fatto che, sul finire della Repubblica, nella sola città di Roma, il numero di donne titolari di beni personali di un'entità considerevole, era cresciuto in modo esponenziale. Secondo Appiano, della cui attendibilità in questo caso non abbiamo ragioni cogenti di dubitare, se ne contavano 1.400, di cui 400

πεντηκοστὴν μὲν τῶν ὄντων αὐτίκα δανείσαιεν αὐτοῖς, ἐνιαυτοῦ δὲ φόρον ἐς τὸν πόλεμον ἐσενέγκαιεν.

⁴⁹⁷ QUINTILIANUS, *Institutio oratoria* I, 1,6.

⁴⁹⁸ CANTARELLA E., *Passato prossimo*, cit., 97.

Della stessa Mesia, che, come riferisce Valerio Massimo, si era difesa da sola da delle accuse mossele davanti al Pretore e ai giudici, si pensava che rappresentasse con fattezze femminili l'animo virile e, proprio per questo era stata soprannominata "Androgine".

Cfr. VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et dictorum memorabilium*, VIII. 3. 1... *Quam sub specie feminae virilem animum gerebat, Androgynem appellabant.*

avevano, presumibilmente, un patrimonio uguale o maggiore a 100.000 denari⁴⁹⁹, al punto che si pensò di far pagare loro le tasse.

Tale calcolo deriva dal fatto che i triumviri, dopo avere ridotto il numero di donne da sottoporre a contribuzione da 1.400 a 400, contestualmente, per colmare la differenza di denaro, obbligarono gli uomini aventi un patrimonio da almeno 100.000 denari a versare la tassa: perciò è plausibile che le donne sottoposte a contribuzione fossero anch'esse proprietarie di ricchezze di tale ammontare, essendo uomini e donne interessati da un unico provvedimento⁵⁰⁰.

In quell'epoca l'istituto della *conventio in manu matrimonii causa* era ormai decaduto ed era prevalente il matrimonio *sine manu*. Peppe riassume la casistica della situazione patrimoniale delle donne in età repubblicana. La *mulier*, se era nubile o vedova, aveva un patrimonio personale solo se priva di *pater familias* o, se lo stesso era in vita, solamente nel caso in cui il medesimo la avesse emancipata. La donna sposata, se non aveva ascendenti maschi, poteva avere un patrimonio personale, ma la dote rientrava nel patrimonio del marito, mentre, se la stessa era ancora assoggettata alla *patria potestas* era titolare di un'aspettativa ereditaria.⁵⁰¹

Le matrone protagoniste della vicenda *de qua*, come detto, erano donne *sui iuris* e la maggior parte di esse erano le vedove di coloro che avevano subito le proscrizioni; in merito al tema delle doti, che per regola entravano a far parte del patrimonio personale del marito, Ortensia non

⁴⁹⁹ CANTARELLA E., *Passato prossimo*, cit., 96; PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 26.

⁵⁰⁰ PEPPE L. *Posizione giuridica*, cit., 25.

⁵⁰¹ PEPPE L. *Posizione giuridica*, cit., 28s.

lamentò nulla, poiché un provvedimento di poco precedente alla sua arringa aveva decretato la restituzione delle doti alle mogli degli uccisi, di un decimo dei loro beni ai figli e di un ventesimo alle figlie⁵⁰². Höbenreich⁵⁰³, dopo aver fatto riferimento all'episodio *de quo* e alla figura di Ortensia, accenna all'introduzione, a partire dall'epoca successiva di imposte dirette e indirette, che colpirono sia gli uomini che le donne.

⁵⁰² DIO CASSIUS, *historiae romanae*, XLVII, 14,1. Cfr. PEPPE L., *Posizione giuridica*, cit., 30 e nt. 39.

⁵⁰³ HÖBENREICH E., *Les femmes dans le droit romain*, in *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal master internazionale congiunto. Femmes, civilisation et systèmes juridiques*, a cura di Curtotti D., Novi C., Rizzelli G., Università degli studi di Foggia 2007, 47 s.

6. La *laudatio Turiae* e la tutela.

La *Laudatio funebris quae dicitur Turiae*⁵⁰⁴, databile, secondo la *communis opinio*, fra l'8 e il 2 a.C.⁵⁰⁵, non è un'epigrafe convenzionale; il suo lunghissimo, anche se mutilo, contenuto è stato oggetto di minuzioso studio filologico ma anche storico e romanistico, poiché la prima lastra dell'iscrizione contiene elementi di notevole interesse giuridico, che hanno dato luogo a non poche ipotesi interpretative.

Il *laudator*, marito della defunta *uxor*, accenna anche al tema della tutela muliebre nel contesto della narrazione delle vicende inerenti alla successione testamentaria apertasi dopo la morte del padre di lei, perciò la sua testimonianza consente un'indagine anche in merito a questo istituto.

Non è possibile dare un nome ai due coniugi⁵⁰⁶, ma questa lacuna non deve turbare, poiché, in effetti, non ostacola

⁵⁰⁴ Pubblicata da MOMMSEN in *Corpus Inscriptionum Latinarum.*, VI, Berlin (1863-1959), nn. 1527, 31670, 37053; da DESSAU H., *Inscriptiones Latinae Selectae*, Berlin 1892-1916, v. II, ed. 2, n. 8393, da BRUNS in *Fontes iuris romani antiqui*, I. *Leges et negotia*, ed.7, Tubingae 1909, n.126 e da ARANGIO-RUIZ V., *FIRA*, III. *Negotia* ed.2, cit., n.69.

⁵⁰⁵ Il dedicante e la defunta non erano ancora sposati nel 49 a.C., ma sicuramente lo furono a partire dal 43 a.C.; l'epitaffio è databile fra l'8 e il 2 a.C., perché l'unione coniugale durò 41 anni come riferito dal marito stesso alla l. 28 cfr. DURRY M., *Éloge funèbre d'une matrone romaine (éloge dit de Turia)*, 2 tirage, revu et corrigé par Serge Lancel, Paris 1992, LIV.

⁵⁰⁶ Sono state formulate delle ipotesi in dottrina, prima fra tutte quella difesa da MOMMSEN Th. (, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit August und Hadrians*, in *Abhandlungen der Königl. Akademie*

l'analisi del contenuto dell'epitaffio⁵⁰⁷. Mi si permetta, tuttavia, di continuare a chiamare Turia la matrona di cui il marito ha redatto l'elogio postumo.

Ai nostri fini si inizia con la descrizione dei fatti narrati nella prima lastra alle ll. 1 - 27 qui di seguito riportate nella versione presente in *Fontes iuris romani antiqui*:

V]xor⁵⁰⁸.

I, 1mo]rum prohib [a t e

der Wissenschaften zu Berlin (1863), 466 e 477 s.[= *Gesammelte Schriften*, *Juristische Schriften*, I (Berlin 1905), 406 e 416 s.]), il quale ha creduto che la donna commemorata nell'epigrafe potrebbe, verosimilmente, essere Turia, moglie di Quinto Lucrezio Vespillone, sulla base della corrispondenza fra quanto narrato dall'epitaffio e quanto tramandato da VAL. MAX. VI, 7,2 e da APPIANUS, *de bello civili*, IV,44. Il *Q. Lucretius* delle fonti succitate, infatti, fu, come il dedicante della nostra epigrafe, aiutato coraggiosamente dalla moglie Turia, che lo nascose nella soffitta della propria casa, quando era perseguitato dai secondi triumviri. Tuttavia tale ricostruzione ha vacillato dopo la scoperta, nel 1897, del brano dell'epigrafe composto dalle ll. 2 a - 11 a, vd. C.I.L., VI, Suppl., 31670, che era preceduto da molte righe andate perse, in cui si narra che il marito della *laudata* trovò rifugio lontano da casa. Sull'argomento si rimanda ai contributi di DURRY M., *Eloge funèbre d'une matrone romaine*, cit., LVI ss., alla bibliografia citata in PIRO I., " *Quod emancupata esset Cluvio*" Riflessioni intorno ad alcuni passaggi della c.d. *Laudatio Turiae*, in *Studi per Giovanni Nicosia*. VI (2007) 155 s. nt.2 e all'articolo di TERRENI C., *Turia, dubbi giustificati? Aspetti di un'identificazione controversa*, in *Societas – Ius. Munuscula* di allievi a Feliciano Serrao, Napoli 1999, 327-354.

⁵⁰⁷ Cfr. STORONI MAZZOLANI L., *Una moglie*, ed. 5, Palermo 1995, 16.

⁵⁰⁸ *Uxor* è l'unico termine conservato del titolo, per tale motivo DURRY M.(, *Éloge funèbre d'une matrone romaine*, cit., LIV.) ritiene opportuno chiamare *Laudatio uxoris* l'epigrafe.

- 2 r u mpermansisti p rob
 Orbata es re[*pente ante nuptiar*]um diem utroque pa[*rente a nefaria multi*] tudine una o[*ccisis. Per te maxi*]me cum ego
- 5 in Macedo[*niam abissem*], vir sororis tua[*e C. Cluvius in A*]fricam provinciam, [non remansit inulta] mors parentum.
 Tanta cum industria m[*unere es p*]ietatis perfuncta ef[*flagi tando et*] vindicando, ut, si praes[*to fu*]iss[*e*]mus, non ampliu[s praestitissimus. At] haec habes communia cum [s]ancitissima femina s[*orore tua*].
- 10 Quae dum agitabas, ex patria domo propter custodia[m *pu-dicitiae sumpto*] de nocentibus supplicio, e vest[*i*]gio te in domum ma[*tris meae contulisti, ubi*] adventum meum expectast[*i*].
 Temptatae deinde estis, ut testamen[*tum patris*], quo nos eramus heredes, rupt[*um diceretur*] coemptione facta cum uxore:
- 15 ita necessario te cum universis pat[*ris bonis in*] tutelam eorum, qui rem agitabant, reccidisse: sororem omni[*um rerum*] fore expertem, quod emancupata esset Cluvio. Qua mente ista acc[*eperis, qua iis prae*]sentia animi restiteris, etsi afui, conpertum habeo.
 Veritate caussam communem [t]utata es: testamentum ruptum non esse, ut [uterque potius] hereditatem teneremus, quam omnia
- 20 bona sola possideres, certa qui[*dem sententia*] te ita patris acta defensuram, ut si non optinuisses, partituram cum s[*orore te ad-fir*] mares: nec sub condicionem tutelae legitumae venturam, quoui per [legem in te ius non] esset, neque enim familia[*e*] gens ulla probari poterat, quae te id facere [cogeret:] nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderen[*t, non esse id*] ius, quia gentis eiusdem non essent.
- 25 Cesserunt constantiae tuae neque amplius rem sollicitarunt: quo facto [reverentiae in patrem,] pietatis in sororem, fide[*i*] in nos patrocinium susceptum sola peregisti.

Come in tutti i documenti funebri il dedicante ha elencato le virtù tradizionali muliebri, ma l'autore di questo epitaffio ha voluto anche tramandare ai posteri una particolare lode alla moglie, che dimostrò una forza d'animo non comune, manifestatasi a causa delle difficili

situazioni che dovette affrontare durante la sua giovinezza⁵⁰⁹.

La narrazione epigrafica prende le mosse proprio da un evento tragico: l'assassinio dei genitori della *laudata*⁵¹⁰,

⁵⁰⁹ Vd. ll. da 30 a 36: (30) *Domestica bona pudici[t]iae, opsequi, comitatis, facilitatis, lanificiis tuis [adsiduitatis, religionis]* (31) *sine superstitione, o[r]natus non conspiciendi, cultus modici cur [memorem? cur dicam de tuorum cari]-* (32) *tate, familiae pietate, [c]um aequae matrem meam ac tuos parentes col[ueris eandemque quietem]* (33) *illi quam tuis curaveris, cetera innumerabilia habueris commun[ia cum omnibus]* (34) *matronis dignam f[a]mam co[l]entibus? Propria sunt tua; quae vindico, ac [quorum pauci in]*(35) *similia inciderunt, ut talia paterentur et praestarent: quae rara ut essent [hominum]* (36) *fortuna cavit.*

⁵¹⁰ Ll. 3 e 4. Non è certo che la donna assassinata con il padre di Turia fosse sua madre, tale dubbio nasce da l.14, in cui si trova scritto che il *pater* fece *coemptio cum uxore*. MOMMSEN Th. (, *Zwei Sepulcralreden*, cit., 468 [= *Gesammelte Schriften*, cit., 408]) crede che il padre, dopo la redazione del testamento, si sia rimaritato tramite *coemptio* e, che, quindi la *uxor* sia la matrigna di Turia. La morte improvvisa gli impedì di aggiornare l'atto di ultima volontà. ARANGIO-RUIZ V. (, *Il caso giuridico della cosiddetta "laudatio Turiae"*, in *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche* (Napoli 1945), 11 [= *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. Bove (Napoli 1974), 167] non esclude che il padre avesse contratto seconde nozze con colei che fu uccisa al suo fianco; È pur vero che in l.3 si legge *utroque parente...una occisis*, alla l. 6 *mors parentum*, alla l. 32 *tuos parentes* e alla l. 37 *ab parentibus*: tale ripetuto riferimento, secondo l'uso, indicava entrambi i genitori, perciò si è fatta largo l'ipotesi che i *parentes* della *laudata* avessero dato luogo ad una *coemptio* tardiva, presumibilmente fiduciaria, per permettere alla madre di Turia di testare cfr. HUSCHKE E., *Zu der Grabrede auf die Turia. Römische Ehe, Coemptio, Ruptio des Testaments; Lex Voconia, Ius gentilicium*, in *ZRG V* (1866), 172 e 175; KARLOWA O., *Römischen Rechtsgeschichte*. I, Leipzig 1865, 810; GIRARD P.F., *Mélange de Droit Romain*, I, Paris 1912, 370. DURRY M., *Eloge*

che furono uccisi *ante nuptiarum diem*⁵¹¹ della figlia minore. Fu Turia stessa, con l'appoggio della sorella già sposata ed uscita giuridicamente dalla famiglia d'origine, a denunciare l'accaduto e ad esigere giustizia⁵¹², poichè il fidanzato ed il cognato Caio Cluvio erano lontani dall'Italia, presumibilmente impegnati in campagne militari in Macedonia ed Africa⁵¹³. Il padre della giovane aveva redatto un testamento e la successione ereditaria si aprì in favore di Turia e del *laudator*, istituiti eredi⁵¹⁴; il *pater familias*, inoltre, dispose un lascito⁵¹⁵ in favore della sorella della *laudata*. Si presume che il fidanzato, oltre ad essere coerede, fosse stato scelto come tutore testamentario della futura sposa.

La giovane donna, vendicata la morte dei genitori, attese il ritorno del promesso sposo a casa della madre di lui, *propter custodiam pudicitiae*⁵¹⁶. Null'altro avrebbe dovuto turbarla, ma, a quel punto, fu avvicinata da alcuni

funèbre d'une matrone romaine, cit., LXXII e commentaire 29 e 30 contempla entrambe le ipotesi.

⁵¹¹ Vd. ll. 3 e 4. VAN OVEN J. C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, cit., 373.

⁵¹² Vd. ll. da 5 a 9. Turia denunciò l'accaduto, rivolgendosi alla *quaestio de sicariis*. Era un dovere dell'erede quello di vendicare la morte del parente defunto, in caso di omissione si sarebbe incorsi nel *crimen inultae mortis*. MOMMSEN Th., (*Zwei Sepulcralreden*, cit., 466 [= *Ges. Schr.*, I, cit., 406]) ipotizza che gli assassini, nel caso di specie, possano essere stati schiavi delle vittime e che, quindi, si sia proceduto ad un processo domestico, essendo stati gli stessi, comunque, puniti con la pena capitale.

⁵¹³ Vd. ll. da 4 a 6.

⁵¹⁴ Vd. l.13.

⁵¹⁵ Della cui natura si discuterà *infra*.

⁵¹⁶ Vd. ll. da 10 a 12.

uomini⁵¹⁷, probabilmente non parenti di Turia ma suoi omonimi⁵¹⁸, che si presentarono come appartenenti alla sua *gens*⁵¹⁹ e tentarono di convincerla a far valere la rottura *agnatione postumae* del testamento paterno, a cui sarebbe seguita la necessaria apertura della successione legittima in suo esclusivo favore, essendo unica *heres sua*. Lo scopo della strategia suesposta, alla cui realizzazione i presunti *gentiles*⁵²⁰ ambivano, era l'esclusione del fidanzato e della sorella da ogni beneficio ereditario, non avendo gli stessi alcun diritto a *succedere ab intestato*. La nullità del testamento si sarebbe estesa anche alle disposizioni a titolo particolare in esso contenute, quindi sarebbe venuta meno anche la designazione del tutore testamentario e, in questo modo, la donna, proprietaria dell'intero patrimonio avito e priva di agnati, sarebbe ricaduta sotto il controllo dei gentili stessi, i quali sarebbero stati suoi tutori ed eredi

⁵¹⁷ Che pretendevano di essere agnati o gentili per ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, cit., 425 nt.1. TALAMANCA M., (*L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles in XII tab. 5.5*, in *Mèlanges A. Magdelain* (1998) 475 nt. 19), giustamente, sottolinea che tali uomini non possono aver fatto valere la loro qualità di *adgnati*, perché, in tal caso, non si spiegherebbero le circostanze, su cui, nell'epigrafe, si fonda il difetto di legittimazione dei pretesi tutori, relative al fatto che la famiglia di Turia non fosse ordinata in *gens* e che *qui intenderent* non appartenessero alla stessa *gens*.

⁵¹⁸ STORONI MAZZOLANI L., *Una moglie*, cit., 27.

⁵¹⁹ Vd. II. 14 – 15 e II. 21 e 24.

⁵²⁰ ARANGIO- RUIZ V., nel suo contributo (*Il caso giuridico della cosiddetta "laudatio Turiae"*, cit., 10 ss.[= *Studi*, cit., 166ss.]), è l'unico autore che fa riferimento ad un singolo gentile, ma, dal testo dell'epigrafe si evince che coloro che pretendevano di essere tutori legittimi di Turia erano più d'uno; come osservato da TALAMANCA M. *L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles in XII tab. 5.5*, cit., 476 nt.120.

legittimi⁵²¹. Questi uomini, in buona sostanza, erano interessati alla tutela della persona e delle ricchezze dell'ereditiera.

Le pressioni di natura successoria esercitate dai sedicenti *gentiles* si basavano sul fatto che il padre della giovane aveva contratto *coemptio cum uxore*⁵²² dopo la redazione del testamento, creando così una nuova successibile *ab intestato*. Tale circostanza era innegabile ed idonea a rendere inoperante il testamento; Turia, in effetti, non ribatté nulla in merito, ma prese una posizione netta, dichiarando che il testamento del padre era valido e di essere intenzionata a rispettare le ultime volontà paterne⁵²³ anche nel caso in cui non fosse riuscita ad avere ragione, dividendo l'eredità con la sorella⁵²⁴. Il “colpo di scena” è la dimostrazione, estremamente efficace, che la donna riuscì a dare dell'infondatezza giuridica della relazione di gentilità, che avrebbe dovuto legarla ai suoi avversari: Turia negò che gli stessi facessero parte della sua stessa *gens*, sapendo che gli impostori non avrebbero potuto provare il contrario⁵²⁵. Alla l. 22, infatti, si legge “neque enim familia[e] gens ulla probari poterat” che

⁵²¹ Vd. ll. da 13 a 16.

⁵²² Vd. l. 14.

⁵²³ Per ACCARIAS C. (, *Précis de Droit Romain*, cit., 424 nt.1) Turia difese la validità del testamento, consapevole che in questo modo Le sarebbe spettata una sola parte dell'eredità, perché volle sfuggire alla tutela legittima. AUDIBERT A.(, *Étude sur l'histoire du droit romain*, v. 1, La folie et la prodigalité, Paris 1892, 111) sottolinea, conformemente a quanto si legge nell'epigrafe, che la donna difese il testamento paterno, anche se non le era favorevole, per rispettare la volontà paterna.

⁵²⁴ Vd. ll. da 18 a 21.

⁵²⁵ Vd. ll. da 21 a 24.

letteralmente si traduce “né si è potuto, infatti, provare l’esistenza di una *gens* per la *familia*”⁵²⁶.

Il *laudator*, 41 anni dopo, tanto durò il loro matrimonio⁵²⁷, lodò sua moglie per aver dimostrato rispetto filiale, eseguendo la volontà paterna, amore per la sorella, riservandole ciò che il padre le aveva destinato e fedeltà alla loro unione, volendolo come coerede e, con ogni probabilità, anche tutore⁵²⁸.

Prima di indagare sulle questioni oscure, che riguardano specificatamente la tutela, a cui fu sottoposta la donna, è utile prendere posizione sugli altri elementi fattuali poco chiari relativi al brano dell’epigrafe in oggetto, con lo scopo di rendere più lineare la successiva indagine relativa all’istituto tutelare.

6.1. L. 13. *Temptatae*: il coinvolgimento della *soror Turiae* nella disputa testamentaria.

Innanzitutto bisogna cercare di capire chi fu *temptata*, oltre a Turia, dai sedicenti gentili.

Il frammento del brano della *laudatio*, che maggiormente ci interessa ai fini giuridici, inizia proprio con il termine *temptatae*⁵²⁹: è problematico capire quale sia il tenore di questa espressione, ci si chiede per quale ragione il marito abbia scritto al plurale il termine, il quale introduce la

⁵²⁶ Cfr. TALAMANCA M., *L’acquisto dell’eredità da parte dei gentiles in XII Tab. 5.5*, cit., 474 nt.117.

⁵²⁷ (27) Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non diuertio interrupta; nam contigit (28) nobis ut ad annum XXXXI sine offensa perduceretur...

⁵²⁸ Vd. ll. 25-26.

⁵²⁹ Vd. ll. 13.

narrazione della disputa sulla validità del testamento paterno nata fra la *laudata* e i cosiddetti *gentiles*. Questa è l'incongruenza più evidente presente nella rievocazione dei fatti⁵³⁰, visto e considerato che i successivi elementi fattuali sono riferiti con l'utilizzo della seconda persona singolare, poichè fu la sola Turia a difendere il testamento dalle obiezioni di natura successoria mosse dai suoi avversari, al fine di mantenere lo *status quo*.

Nell'epigrafe sono molti gli accenni alla persona della sorella maggiore di Turia ed al forte legame affettivo che legava le due donne.

L'orientamento dominante crede che proprio la sorella della *uxor laudata*, anche se non più *agnata* della medesima, sia stata coinvolta nell'insidiosa manovra in materia ereditaria ordita dagli uomini interessati alla tutela di Turia, salvo ricostruire con diverse sfaccettature le modalità e lo scopo del coinvolgimento sororale. L'unico elemento certo da cui muovere è che la *soror Turiae* era stata beneficiata dal *pater* con un lascito a titolo particolare, probabilmente con lo scopo di completare la quota dei beni che il padre aveva voluto riservare alla figlia maggiore *inter vivos* sottoforma di dote, quando la stessa si era sposata con Caio Cluvio⁵³¹. La congettura, che vede la sorella di Turia sottoposta alle pressioni dei cosiddetti *gentiles*, è piuttosto singolare, poiché la stessa non era legittimata a chiedere la rottura del testamento paterno⁵³², allora per quale ragione fu coinvolta, con quali

⁵³⁰ PIRO I., “*Quod emancupata esset Cluvio*”, cit., 164.

⁵³¹ Si trattava di una prassi molto diffusa a Roma in quel periodo. Cfr. PIRO I., “*Quod emancupata esset Cluvio*”, cit., 171 e nt.46.

⁵³² Appare erronea l'affermazione presente in MOSTRA AUGUSTEA DELLA ROMANITÀ - *catalogo- Bimillenario della nascita di Augusto*, Tipografia della Camera dei deputati, 3ed., Roma 1938, 136, in cui si legge che il testamento del padre fu

argomenti e a che titolo? Sono state date diverse spiegazioni in dottrina a questo quesito.

La ricostruzione fattuale ipotizzata da Arangio Ruiz⁵³³ si fonda su un presunto vantaggio pecuniario che la *soror* avrebbe guadagnato dalla rottura del testamento. Secondo l'insigne studioso le due donne erano interessate a che l'atto di ultima volontà paterna fosse dichiarato *ruptum* più degli aspiranti alla tutela. Questo è senz'altro vero per Turia, che sarebbe stata *heres* dell'intero asse ereditario e non più solo *pro quota*. Arangio Ruiz crede che, venuto meno il testamento, la *pars* che il padre aveva destinato alla sorella tramite legato si sarebbe accresciuta da un terzo alla metà e che lo scopo dei sobillatori fosse quello di indurre le sorelle ad attaccare il testamento; sulla base di questa congettura l'autore corregge l'impersonale *diceretur* della l. 13 con *diceretis*. La posizione dell'insigne Maestro non è stata accolta da Van Oven, il quale ribatte che l'invalidità del testamento paterno avrebbe provocato la caduta di tutte le disposizioni a titolo particolare, fra cui anche il legato assegnato alla figlia maggiore. La donna avrebbe tratto benefici economici solo dall'esistenza e dall'attuazione delle disposizioni testamentarie e non dalla loro eliminazione. L'autore succitato fonda le sue critiche sul fatto che la moglie di Caio Cluvio, *uxor in manu mariti*, non aveva più legami giuridici con la famiglia d'origine, per questo, senza il testamento, sarebbe stata *expers omnium rerum* (l.15); il dedicante, in effetti, dopo averci informato della conclusione positiva della vicenda, lodò la moglie anche

impugnato dalla sorella di Turia “perchè evidentemente fatto in favore dei due fidanzati”.

⁵³³ ARANGIO-RUIZ V., *Il caso giuridico della cosiddetta “laudatio Turiae”*, cit., 16 [= *Studi*, cit., 170].

per la *pietas in sororem* (l. 26) dimostrata con l'efficace difesa del testamento paterno.

È evidente che la sorella di Turia avrebbe subito, come il *laudator*, uno svantaggio dal venir meno dell'atto di ultima volontà paterna. Certo, Turia, determinata a rispettare le disposizioni paterne, dichiarò, come riferito alle ll. 20 s., che, anche nel caso in cui non fosse riuscita ad avere ragione, avrebbe diviso i beni ereditati con la sorella, ma lo fece nel suo discorso contro le affermazioni dei veniali e presunti gentili. Van Oven crede che Turia fosse intenzionata a dividere i beni aviti anche con il marito per *tutare caussam communem*⁵³⁴. Si aggiunga che nessun elemento può indurci a pensare che, dopo la rottura del testamento, la quota della sorella si sarebbe accresciuta; al contrario, venuto meno il legato, l'elargizione di Turia destinata alla medesima avrebbe assunto la veste di una donazione, che, senz'altro, non sarebbe stata autorizzata dai suoi nuovi tutori legittimi con la conseguente effettiva esclusione della sorella da ogni beneficio ereditario. L'autore succitato⁵³⁵ è l'unico ad aver ipotizzato un quadro fattuale del tutto diverso da quello creato dalla dottrina dominante: lo stesso, in effetti, si è convinto, alla luce delle osservazioni riferite *supra*, che la *soror laudatae* non sia stata coinvolta nei raggiri atti ad ottenere l'eliminazione del testamento *de quo*, ma che ad essere state sottoposte a pressioni siano state le donne vicine a Turia e, *in primis*, colei che la ospitò nel periodo in cui attese il ritorno del fidanzato. Van Oven si persuade, per rendere verosimile la sua teoria, che ad aver ospitato la

⁵³⁴ Vd. l. 18.

⁵³⁵ VAN OVEN J. C., *Laudatio Turiae*, cit., 377 ss.

fanciulla sia stata una zia materna⁵³⁶ e non la futura suocera⁵³⁷, quest'ultima, infatti, avrebbe, senz'altro, difeso l'interesse ereditario del figlio e sarebbe stata, quindi, contraria alla rottura del testamento. Si concorda con Piro⁵³⁸, la quale non accoglie la ricostruzione di cui sopra, poiché in tal modo il tenore del problema viene aggirato, ma non risolto, e, inoltre, considera inverosimile il coinvolgimento di un'ipotetica sorella della madre di Turia; quest'ultima, in effetti, pure se ospitò Turia, sempre rimase un soggetto estraneo alla vicenda, perciò inidonea ad influenzare le decisioni della nipote in modo decisivo.

Un altro studioso a formulare una sua originale ipotesi sul tema in esame è Lemosse⁵³⁹: il romanista francese pensa che la sorella di Turia fosse anch'essa erede testamentaria e, in quanto tale, potesse essere in possesso di alcuni dei beni aviti. Secondo l'autore, quindi, Turia avrebbe potuto intentare un'*hereditatis petitio*, se non chiamando in causa il fidanzato assente, almeno contro la sorella. Tuttavia Turia si rifiutò d'agire in giudizio e, *contra*, minacciò la *partituram cum sorore* ed allora, secondo lo studioso succitato, i sedicenti *gentiles*, vedendo che le pressioni esercitate contro la *laudata* erano risultate inefficaci, erano passati a delle minacce di natura politica atte ad obbligare Turia a chiedere la rottura del testamento e a costringere la sorella a rilasciare i beni in suo possesso. L'ipotesi di

⁵³⁶ Come ricostruito per primo da Mommsen alla l.11: *materterae* in sostituzione di *matris meae*.

⁵³⁷ Vd. *supra* p. 234.

⁵³⁸ PIRO I., " *Quod emancupata esset Cluvio* ", cit., 170.

⁵³⁹ LEMOSSE M., *A propos de la laudatio dite de Turia*, in *RHD* 28(1950), 253 ss.[= *Etude romanistique. Université d' Auvergne. Annales de la facultè de droit et de science politique* 26 (1990) 25 ss.].

Lemosse è smentita efficacemente da Piro⁵⁴⁰, che mette a confronto la *reverentia in patrem* e la *pietas in sororem* delle ll. 25 s.: la prima espressione si riferisce all'avvenuta attuazione della volontà paterna in merito alla sorte dell'asse ereditario e l'altra trova il suo significato nell'accoglimento generoso di una disposizione a titolo particolare a beneficio della sorella, quindi la medesima non può essere considerata coerede di Turia e del cognato. Le posizioni analizzate presentano delle notevoli varianti e, peraltro, risultano qua e là fallaci o ambigue sotto i profili giuridico o fattuale.

6.1.1. Il lascito in favore della sorella di Turia.

Innanzitutto è utile spendere qualche parola sulla natura della disposizione testamentaria di cui ha beneficiato la sorella di Turia⁵⁴¹. L'idea che la sorella fosse stata anch'essa nominata erede, secondo Durry, è smentita dai dati testuali: con *nos eramus heredes* e *hereditatem teneremus*, alle linee 13 e 19, è evidente che il dedicante ha voluto riferirsi solo a sé stesso e alla *uxor*, anche se nella disputa sulla validità o meno del testamento è stata coinvolta anche la sorella di Turia. L'opinione più diffusa in dottrina è quella che la *soror Turiae* sia stata beneficiata con un *legatum partitionis*⁵⁴², ma Durry sottolinea che il

⁵⁴⁰ PIRO I., “*Quod emancupata esset Cluvio*”, cit., 171.

⁵⁴¹ DURRY M., *Éloge funébre*, cit., LXIX, LXX e nt.3; PIRO I., “*Quod emancupata esset Cluvio*”, cit., 181 s. nt.58.

⁵⁴² MOMMSEN Th., *Zwei Sepulcralreden*, cit., 469 (= *Ges. Schr.*, I, cit., 409); ; KARLOWA O., *Römischen Rechtsgeschichte*, cit., 810; ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, cit., 424 nt.1;

partituram della l.20 è un indizio piuttosto debole visto e considerato che si riferisce non al caso dell'esecuzione delle disposizioni testamentarie ma all'opposto evento della rottura del testamento; Piro aggiunge una perplessità in merito al fatto che con la caduta del testamento il legato avrebbe seguito la stessa sorte dell'atto che lo conteneva. Tali rilievi sono accolti da chi scrive. La natura fedecommissaria⁵⁴³ del lascito in favore della sorella è maggiormente compatibile con il contenuto dell'epigrafe, poiché tale disposizione poteva essere attuata a prescindere dalla natura della successione che si sarebbe aperta dopo la morte del *pater familias*, se si considera che la figlia minore sarebbe stata in ogni caso *heres* e depositaria della volontà paterna. Turia, in effetti, dichiarò di volersi obbligare ad eseguire la *voluntas patris* anche in caso di rottura del testamento. Il fedecommesso, anche se non era vincolante giuridicamente a quel tempo, era riconosciuto dalla prassi e avrebbe avuto una valida efficacia dissuasiva nei riguardi dei tutori legittimi, i quali difficilmente si sarebbero opposti all'esecuzione del fedecommesso medesimo. Il *vinculum fidei* fra Turia e il padre defunto avrebbe inibito anche gli ambiziosi *gentiles* dal porvi veto, poiché, in caso contrario, gli stessi si sarebbero esposti alla disapprovazione sociale. Probabilmente, consapevoli di questo vincolo, cercarono di "ingannare" a priori Turia, convincendola che con l'apertura della successione legittima alla sorella non sarebbe spettato nulla perché

AUDIBERT A., *Étude sur l'histoire du Droit Romain*, cit., 110; ARANGIO-RUIZ V., *Il caso giuridico*, cit., 12 [= *Studi epigrafici e papirologici*, cit., 167]; VAN OVEN J.C., *Laudatio Turiae*, I. 13-26, cit., 376 e nt.8; STORONI MAZZOLANI L., *Una moglie*, cit., 28.

⁵⁴³ PETIT, *La laudatio de Turia*, in *Ann. de Droit de Louvain* 6 (1937-38), 506 ss.

*emancupata Cluvio*⁵⁴⁴. Tornando agli argomenti utilizzati dai cosiddetti *gentiles per temptare* le due sorelle, Piro⁵⁴⁵ solleva un'ipotesi alquanto verosimile. L'autrice immagina che il tenore delle pressioni esercitate sulla sorella sia stato quello di insinuare nella donna il timore che il futuro cognato, una volta divenuto erede e tutore testamentario di Turia, avrebbe potuto non dare esecuzione al lascito ereditario che la interessava, dopotutto era un *extraneus*; Tali uomini, quindi, si finsero preoccupati per la conservazione del patrimonio familiare. D'altro canto la studiosa mette in luce l'ambivalenza e la malafede della manovra escogitata dagli intriganti: si evince chiaramente dall'epigrafe, infatti, che gli stessi tentarono di convincere Turia ad estromettere non solo il *laudator* ma anche la sorella dall'eredità.

La condizione giuridica della sorella di Turia è chiarita da Piro grazie alla sua approfondita indagine su “*quod emancupata esset Cluvio* (l.16)” ed agli indizi messi in luce in merito all'esistenza di patrimoni individuali delle due sorelle, circostanza espressamente riferita dal *laudator* alla l.48 dove il dedicante riferisce la vicinanza delle due donne impegnate insieme in opere benefiche; si ritengono molto convincenti i rilievi esposti dall'autrice⁵⁴⁶. Si crede, quindi, che anche la sorella maggiore fosse *sui iuris*⁵⁴⁷,

⁵⁴⁴ Cfr. PIRO I., “ *Quod emancupata esset Cluvio* ”, cit., 182 nt.58.

⁵⁴⁵ PIRO I., “ *Quod emancupata esset Cluvio* ”, cit., 179 ss.

⁵⁴⁶ Non essendo opportuno in questa sede dilungarsi in merito a questo aspetto si rinvia, per un approfondimento, al contributo dell'autrice già citato in precedenza (PIRO I., “ *Quod emancupata esset Cluvio* ”, cit., in particolare 173 s. e 184 ss.) , limitandosi nel testo a dei brevi accenni.

⁵⁴⁷ Diversamente dall'unanime dottrina, che non considera il tenore di alcuni elementi presenti nell'epigrafe e nemmeno che se la donna fosse stata *alieni iuris* la titolarità del lascito ereditario

essendo stata emancipata dal *pater* con la collaborazione di Cluvio, che sarebbe divenuto tutore fiduciario⁵⁴⁸ della moglie munita di una cospicua dote.

6.2. Effetti del testamento paterno sulla tutela della figlia.

Un aspetto il cui chiarimento è ancor più necessario ai nostri fini è quello che interessa le ragioni per cui la protagonista dell'epigrafe, una volta divenuta *sui iuris*, non fu sottoposta a tutela legittima. Due teorie contrapposte sono state mosse al riguardo in dottrina. Partiamo dalla tesi il cui primo esponente fu Accarias⁵⁴⁹, la quale afferma che la donna istituita erede nel testamento dal *pater familias* fosse esentata dalla tutela. Per lo studioso succitato le sole donne ad essere sottoposte alla tutela legittima erano quelle che avevano raccolto l'eredità *ab intestato* dell'ascendente la cui morte le aveva rese *sui iuris*. Accarias sa che nessuna fonte riporta esplicitamente questa

sarebbe spettata a Cluvio, quale avente potestà sulla moglie incapace. Si concorda con Piro, la quale ritiene improbabile tale circostanza, considerando la sentita partecipazione attiva della sorella nelle vicende narrate, l'utilizzo delle espressioni *pietas "in sororem"* e *partitio "cum sorore"* da parte del *laudator* e il coinvolgimento della sorella nella disputa sulla validità del testamento come forti indizi in tal senso.

⁵⁴⁸ ASTOLFI R., (*Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., 98) crede che sia Turia (ll. 37- 38- 39, ll. 46 s.) che la sorella (l. 16 e ll. 46 s.) avessero come tutori fiduciari i rispettivi mariti e che, probabilmente, essi assunsero tale ruolo dopo averle *coemptae*, liberate dalla *manus* e aver loro restituito il patrimonio acquisito fiduciariamente con la *coemptio*.

⁵⁴⁹ ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, cit., 423 e 424.

regola, ma accomuna il regime della tutela muliebre alla disciplina della curatela secondo la quale era considerato prodigo dalle dodici tavole solo colui che stesse dissipando l'eredità ricevuta *ab intestato* e non *ex testamento*; il regime sopraesposto e relativo al prodigo è conosciuto grazie a un frammento di Ulpiano⁵⁵⁰. Il romanista poc' anzi citato sa che non esiste nessuna norma a favore dell'interpretazione estensiva da lui ipotizzata e considera probante in tal senso un solo testo, ritenendolo decisivo: la nostra *laudatio funebris Turiae*, da cui, secondo Accarias, risulta evidente che la donna non fu sottomessa alla tutela dei suoi agnati e gentili, perché il padre l'aveva scelta come erede testamentaria.

Dopo circa 40 anni De Visscher⁵⁵¹ ha ripreso in esame il testo Ulpiano summenzionato, concentrandosi, in particolare, sul frammento *ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus...non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri*.

Anche il romanista belga ha dedotto dal passo che la curatela del prodigo era esclusa in caso di successione ai beni paterni *ex testamento* e poi si è chiesto se l'istituzione d'erede escludesse anche la cura del pazzo e la tutela. Per quanto riguarda il *furiosus* De Visscher ha concluso che tale regola non è applicabile, poiché la sua cura

⁵⁵⁰Tit. ex corp. Ulp., XII,3: *A praetore constituetur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.*

⁵⁵¹DE VISSCHER F., *La curatelle et l'interdiction des prodigues*, in *Mél. De droit romain dédiés à G. CORNIL*, v. I (Gand 1926) [= *Etudes de droit romain* (Paris 1931)] 599 ss.

comprendeva non solo la conservazione patrimoniale, ma anche la salvaguardia della persona. Il romanista succitato fu di tutt'altro avviso in merito alla tutela della donna: anch'egli, citando Accarias, considerò la porzione della *laudatio* oggetto del presente paragrafo una prova evidente e assolutamente certa, anche se unica, del fatto che la regola applicabile al prodigo interessasse anche le *mulieres*, le quali, quindi, erano esentate dalla tutela se scelte quali eredi nel testamento dal *pater familias*, anche se lo stesso era il marito della *mulier* titolare della *manus* su di lei. Secondo l'autore il testo mostra chiaramente che l'istituzione d'erede di cui beneficiò Turia costituisce l'unico ostacolo alla tutela legittima ed è per questo che i sedicenti gentili mirarono alla rottura del medesimo atto d'ultima volontà. De Visscher diede alla sua tesi, nel tentativo di rafforzarla, il ruolo di *ratio* per cui il legislatore prevede il divieto sancito dalla *lex Voconia*⁵⁵², in vigore a partire dal 169 a.C., secondo il quale le donne non potevano essere istituite eredi *ex testamento*. Il divieto voconiano, ad avviso del romanista belga, fu previsto, proprio, per contrastare la liberazione delle donne dalla tutela legittima tramite l'istituzione ereditaria *ex testamento*. La legge non limitò, spiega l'autore, i diritti successori *ab intestato* femminili, perché la *ratio* della normativa non era quella di vietare alle donne di ereditare in assoluto, ma quella di impedire che le ereditiere fossero libere dal controllo maschile, fattispecie che si sarebbe verificata solo se avessero ottenuto la proprietà dei beni

⁵⁵² GAIUS, II, 274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

St. AUGUSTINUS, *De civ. D.*, III, 21: *Ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam.*

aviti tramite testamento e non *ab intestato*⁵⁵³. De Visscher specifica che questa sua spiegazione del divieto voconiano non è generale, ma riguarda le sole *filiae familias* e mogli *in manu*. Gide⁵⁵⁴, in precedenza, aveva già affermato che l'effetto voluto dalla *lex* fu quello di tenere le donne ricche sotto la tutela legittima, ma l'autore, contrariamente al pensiero di De Visscher, trova un'altra *ratio* per la normativa in questione: crede, infatti, che il legislatore avesse vietato la *testamenti factio* passiva muliebre nel caso *de quo* non perché la stessa liberava le donne dalla tutela, ma poiché, spesso, la medesima disposizione era accompagnata alla *datio tutoris*. Secondo quest'ultimo autore, quindi, il vero ostacolo al diritto di tutela degli agnati e gentili fu sempre e solo la loro sostituzione con un tutore testamentario. Gide pensa che l'affiancamento alla donna di un *tutor testamentarius* equivalesse a renderla sia ricca che indipendente e che fosse questo effetto che il legislatore voconiano voleva evitare. La tesi di Gide, tuttavia, appare debole se si considera che il *pater familias* avrebbe potuto scegliere un *tutor* per le sottoposte nel proprio atto di ultima volontà senza dover necessariamente nominare le stesse come eredi; vietare l'istituzione d'erede a beneficio delle donne non ostacolava assolutamente la disposizione a titolo particolare della *datio tutoris* e vi è di più: il ricco testatore avrebbe potuto, comunque, beneficiare la figlia tramite fedecommesso⁵⁵⁵.

⁵⁵³ DE VISSCHER F., *La curatelle et l'interdiction des prodigues*, cit., 604.

⁵⁵⁴ GIDE, *Etude sur la condition privèe de la femme*, cit., 148.

⁵⁵⁵ GAI. 2, 274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

Secondo De Visscher, in un primo periodo, l'istituzione d'erede escludeva la tutela legittima anche se disposta a favore dell'impubere, ma l'autore ipotizza che, in tal caso, fosse obbligatoria e indispensabile la *datio tutoris* testamentaria; i comizi controllavano che ciò avvenisse. Il romanista belga tenta di aggirare in questo modo l'ostacolo costituito dal seguente frammento paolino riportato nel Digesto:

D.26,4,6 (Paulus, *libro trigesimo octavo ad edictum*):
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.

Nel passo il giureconsulto esplica che era da considerarsi “*intestatus*” in merito alla tutela il testatore che ometteva la *datio tutoris* e che in tal caso la tutela medesima spettava agli agnati e ai gentili. Secondo De Visscher, ma è lui stesso a scrivere che si tratta di un'ipotesi, la regola riportata da Paolo è stata introdotta, non a partire dall'epoca dell'emanazione delle XII tavole ma in un momento successivo, quando il *testamentum per aes et libram* iniziò ad essere largamente utilizzato e in assenza del controllo comiziale si moltiplicarono i casi in cui il *pater* ometteva di provvedere alla scelta di un *tutor testamentarius* per i propri eredi impuberi; la giurisprudenza, per risolvere il problema, ricorse all'interpretazione artificiale del termine *intestatus* scelta poi da *Paulus* nel suo *commentarium ad edictum* e fu da allora, e non prima, che entrò in vigore quanto insegnato

da Gai.1,155⁵⁵⁶. Il romanista belga conclude il suo contributo con un'affermazione sicuramente mai pronunciata: “Le testament paternel nous apparait comme un instrument essentiel d’emancipation, d’affranchissement à l’égard des puissances egoistes et rigoureuses, fondées sur l’organisation familiale primitive⁵⁵⁷”, quindi De Visscher immagina una stessa disciplina *ab antiquo* applicabile sia agli impuberi che alle donne.

Audibert⁵⁵⁸ è contrario all’estensione all’istituto tutelare dell’applicazione della disciplina che sottraeva, fin dalle origini, dalla curatela il prodigo istituito erede. L’autore sostiene che sono le fonti a smentire la teoria in esame e, a dimostrazione di ciò, richiama il frammento paolino del Digesto⁵⁵⁹ poc’anzi citato. Dal testo, a parere dell’autore, si comprende chiaramente che l’unico ostacolo al diritto di tutela degli agnati e dei gentili fu, in ogni tempo, la *datio tutoris* testamentaria e non l’istituzione d’erede a beneficio del discendente. Nemmeno De Visscher nega tale asserto, ma, come sopraesposto, cerca di spostarne l’entrata in vigore di qualche secolo e crede che tale disciplina interessasse i soli impuberi, continuando a limitare di molto il diritto di tutela degli agnati e dei gentili all’insegna della sua tesi di fondo, che non sembra vacillare in merito alle donne.

La posizione tracciata da Audibert è stata più sottilmente ed in dettaglio percorsa, con l’intento di smentire punto per

⁵⁵⁶ GAI. 1,155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

⁵⁵⁷ DE VISSCHER F., *La curatelle et l’interdiction des prodigues*, cit., 611.

⁵⁵⁸ AUDIBERT A., *Étude sur l’histoire du Droit Romain*, cit., 112.

⁵⁵⁹ AUDIBERT A., *Étude*, cit., 109 e nt.2.

punto la tesi di De Visscher, da Solazzi⁵⁶⁰, il quale, prendendo in esame il caso di Turia, non nega che, anche in generale, esista un legame tra la possibile rottura del testamento paterno e l'apertura della tutela legittima sulle *mulieres* discendenti del testatore, ma crede che tale connessione si spieghi semplicemente con l'esistenza di una *datio tutoris* testamentaria, la quale verrebbe meno se invalidato l'atto di ultima volontà e lascerebbe spazio alla successione *ab intestato* e alla tutela legittima. Secondo lo studioso è molto probabile che il *pater familias*, di regola, non omettesse di dare alla *filia* istituita erede un tutore testamentario. Nel caso di specie, per Solazzi, il *tutor* scelto dal padre di Turia è molto verosimile che sia stato il suo promesso sposo. Solazzi ha individuato degli indizi a sostegno dell'ipotetico affidamento della tutela muliebre al *laudator*, perciò, anche se alla fine del suo contributo, con molta prudenza, lo stesso autore si piega all'inevitabile insicurezza dei dati che si possono evincere da una fonte antica e, per giunta, non giuridica, chi scrive li ritiene degni di nota e alquanto convincenti.

Il romanista succitato sviluppa la sua ipotesi, considerando altri contenuti dell'epigrafe oltre alla parte generalmente esaminata e oggetto anche del presente paragrafo.

Solazzi inizia la sua indagine dalle ll. 37 e 38 della prima lastra, concentrandosi, in particolare sul *totum mihi tradidisti*, che sta a significare che Turia affidò l'intero suo patrimonio allo sposo, azione che non avrebbe potuto porre in essere se avesse avuto un tutore diverso dal marito. Il termine tutela si trova nelle linee immediatamente successive, con le quali il dedicante ci racconta che i coniugi si divisero i compiti: Lui tutelò le

⁵⁶⁰ SOLAZZI S., *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, pp. 54 ss.

ricchezze della moglie e lei custodì i di lui beni. Solazzi si chiede se lo sposo *Turiae* abbia usato la parola *tutelam* intenzionalmente; certo, il *laudator* non si è espresso con linguaggio giuridico, ma questo indizio, se unito al precedente, fa ben credere ad un ruolo simile a quello di un tutore muliebre in capo all'autore dell'epigrafe. Ancora, il Solazzi sottolinea che la *laudata* nella sua difesa non si limitò ad affermare la validità del testamento, ma contestò energicamente anche la pretesa avversaria alla tutela legittima. L'autore pensa che la lode di aver difeso la *caussa communis* riguardi non solo l'eredità, ma anche la tutela testamentaria intesa come interesse comune ai due sposi. Da ultimo Solazzi si sofferma su quanto riferito dal *laudator* alle righe 16 e 17: Il marito loda la moglie per aver resistito alle pressioni esercitate su di lei e si "rimprovera velatamente" di non essere stato presente mentre Turia aveva bisogno del suo sostegno: Solazzi si concentra proprio su "*afui*" e crede che il significato che il dedicante ha voluto dare alle sue parole sia "non c'ero, anche se come tutore avrei dovuto assisterti".

Come soprascritto, l'insigne romanista, dopo averli esplicitati con chiarezza, rinuncia con prudenza agli indizi da lui messi in luce, perché la *laudatio* non accenna esplicitamente alla tutela testamentaria.

La testimonianza dell'epigrafe, in effetti, è equivoca e non può costituire prova certa per nessuna delle tesi dottrinali sopraesposte, diversamente da quanto crede De Visscher.

Chi scrive fatica a credere che l'erede testamentaria fosse libera, per effetto di tale qualità, dalla tutela e nemmeno le appare chiaro se il romanista di Gand succitato, in tal caso, abbia voluto escludere con l'istituto tutelare legittimo anche la possibile *datio tutoris* testamentaria. *Contra* si

concorda con l'ipotesi di Solazzi del fidanzato coerede⁵⁶¹ e tutore testamentario che è quella accolta dalla dottrina dominante⁵⁶²; la si accoglie come possibilità estremamente verosimile in base al contenuto dell'epigrafe e, soprattutto, se si considera che dalla lettera dell'epitaffio si evince che Turia sarebbe ricaduta sotto la tutela legittima solo se il testamento fosse stato dichiarato nullo (vd. l.15). Questa informazione, unita agli indizi messi in luce da Solazzi, si crede essere l'elemento decisivo a sostegno della tesi dominante. Durry pensa che proprio quest'ultimo argomento dia certezza alla tesi ed in particolare si sofferma sulla parola “*reccidisse*”, che letteralmente significa “ricadere”, in questo caso sotto il controllo dei tutori gentilizi, a cui l'autore antepone temporalmente un “*cadere*” della donna sotto tutela testamentaria. Lemosse fa sua l'interpretazione di Durry⁵⁶³. Arangio Ruiz⁵⁶⁴, ancor prima degli autori citati *supra*, aveva accolto l'ipotesi in esame, applicandola anche nell'indagine tracciata per

⁵⁶¹ Vd. l.13 ...*quo nos eramus heredes...*e l.19...*hereditatem teneremus...*

⁵⁶² Fra gli altri MOMMSEN Th., *Zwei Sepulcralreden*, cit., 471 (= *Ges. Schr.*, I, cit., p.411) e RUDORFF, citato da Mommsen nel suo contributo, *ivi*, 418 ss; HUSCHKE E., *Zu der Grabrede auf die Turia.*, cit., 191; VAN OVEN J. C., *Laudatio Turiae*, l. 13-26, cit., 376 e nt.9; DURRY M., *Éloge funébre*, cit., LXIX e nt. 4; GARCIA GARRIDO M., *Ius uxorium*, cit., 1958, 147; WISTRAND E., *The so-called Laudatio Turiae*. Introduction, Text, Translation, Commentary (*Acta Univ. Gothoburg.*, *Studia Graeca et Latina XXXIV*) Göteborg, 1976, 33ss; LOBRANO G., “*Uxor quodammodo domina*”, riflessioni su Paul. D. 25, 2,1, Sassari 1989, 92; STORONI MAZZOLANI L., *Una moglie*, cit., 27, 29 e 55.

⁵⁶³ LEMOSSE M., *A propos de la laudatio dite de Turia*, cit., 252 nt.1[= *Etude romanistique* , cit., 24 nt.1].

⁵⁶⁴ ARANGIO-RUIZ V., *Il caso giuridico*, cit., 13 e 15 [= *Studi epigrafici e papirologici*, cit., 168 e 169].

individuare la natura dell'azione⁵⁶⁵ messa in atto dagli avversari di Turia. Nell'epigrafe l'esistenza del testamento figura come un ostacolo all'apertura della tutela legittima e ciò presuppone che nello stesso esistesse, fra le altre disposizioni, anche la *datio tutoris* testamentaria⁵⁶⁶.

Talamanca⁵⁶⁷ vede come alternativa l'*optio tutoris*, ma questa facoltà era concessa solo al marito-*pater familias* a beneficio della *uxor in manu* e in questo caso il testatore è il *pater* di una *filia familias*.

6.3. Ambito del raggio pianificato dagli aspiranti alla tutela legittima sull'ereditiera.

Un'altra indagine svolta in dottrina in merito allo stralcio della *laudatio* in esame è stata quella atta a comprendere se gli aspiranti alla tutela legittima avessero intentato un'azione giudiziaria contro Turia o si fossero limitati a delle pressioni in ambito privato.

Mommsen⁵⁶⁸ ha creduto di individuare il mezzo giudiziario esercitato dagli avversari della giovane in un' *hereditatis petitio ab intestato*. Questa *actio* costituiva la prima misura che si utilizzava all'epoca nel caso si volesse ottenere la rottura di un testamento. Attore in tale giudizio era il *suus heres ex asse*, in questo caso Turia *tutoribus*

⁵⁶⁵ Si analizzerà anche questo aspetto fra breve.

⁵⁶⁶ Cfr. TALAMANCA M., *L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles in XII tab.* 5.5, cit., 475 nt.118.

⁵⁶⁷ TALAMANCA M., *L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles*, ultimo cit.

⁵⁶⁸ MOMMSEN Th., *Zwei Sepulcralreden*, cit., 469 ss [= *Gesammelte Schriften*, cit., 409 ss].

auctoribus. L'insigne Maestro citato *supra* prefigura che l'*hereditatis petitio* sia stata presentata dai presunti tutori legittimi, nella loro qualità, in nome e per conto della donna, anche se la stessa era contraria, per poi desistere dai loro propositi dopo la discussione nella fase *in iure*, avendo compreso di non aver alcuna possibilità di vittoria. Giuste le obiezioni mosse da Huschke e Arangio-Ruiz⁵⁶⁹, i quali non accettano l'ipotesi sopraesposta, ravvisando delle difficoltà sia per la legittimazione attiva, che per quella passiva.

I due autori, correttamente, richiamano quanto si sa per certo del ruolo del tutore muliebre, il quale non gestiva la tutela⁵⁷⁰ e, per questo motivo, non poteva rappresentare in giudizio la tutelata ma solo prestare il suo consenso all'esercizio dell'azione; quindi i presunti tutori non erano legittimati ad agire in nome e per conto della donna. Il *laudator* nell'epigrafe spiega chiaramente che Turia rifiutò di impugnare il testamento paterno ed in mancanza della sua volontà in tal senso i "gentiles" non devono aver potuto fare nulla, se non tentare di convincerla, magari arrivando a minacciarla di qualche pericolo, ma sicuramente non poterono intentare l'azione senza il suo concorso e, men che meno, contro di lei. Anche l'individuazione di colui che sarebbe stato chiamato in giudizio risulta estremamente problematica, contro chi sarebbe stata diretta la *petitio hereditatis*? Il convenuto doveva essere il *possessor rerum hereditarium*: quindi non poteva essere il fidanzato, essendo lo stesso assente è da

⁵⁶⁹ HUSCHKE E., *Zu der Grabrede auf die Turia*, cit., 191; ARANGIO-RUIZ V., *Il caso giuridico*, cit., 13 s.[= *Studi epigrafici e papirologici*, cit., 168 s.]. Così anche VAN OVEN J.C., *Laudatio Turiae*, I. 13-26, cit., 380.

⁵⁷⁰ Tit. ex corp. Ulp. XI, 25 e 27.

escludere completamente che potesse aver preso possesso dei beni aviti; inoltre, è probabile che l'*hereditatis institutio* fosse condizionata al non ancora avvenuto matrimonio tra Turia e il fidanzato. Il *laudator*, sicuramente, non aveva nominato un *procurator omnium bonorum*: è Turia, infatti, a difendere *causam communem*. Lemosse⁵⁷¹, dando alla sorella il titolo d'erede, ha ipotizzato che i sedicenti gentili avessero cercato di convincere Turia ad agire contro la sorella in possesso di alcuni dei beni ereditari, ma anche questa ricostruzione, come sopra spiegato, appare poco verosimile. Se Turia stessa era in possesso delle *res hereditariae*, appare ancora più assurda e impossibile da attuare l'azione di coloro che pretendevano di esserle tutori e rappresentanti in giudizio intentata contro la donna stessa come *possessor omnium rerum*!

Van Oven⁵⁷² sottolinea, inoltre, che dal testo dell'epitaffio si evince l'inesistenza di possessori dei beni ereditari in senso giuridico: Turia, infatti, aveva lasciato la casa paterna con tutti i beni dopo l'assassinio dei *parentes* (ll. 10-12), quindi l'abitazione, probabilmente, era custodita da alcuni servi fidati. Non c'era un *possessor* legittimato alla *litis contestatio*.

In questo caso l'esercizio dell' *hereditatis petitio* è inverosimile.

Sempre nell'ipotesi che sia stata intentata una vertenza giudiziaria, Arangio-Ruiz e Huschke⁵⁷³ prima di lui, partendo dalla natura potestativa della *tutela mulierum*,

⁵⁷¹ LEMOSSE M., *A propos de la laudatio dite de Turia*, cit., 253 s. [= *Etude romanistique*, cit., 25 s].

⁵⁷² VAN OVEN J.C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, cit., 380 s..

⁵⁷³ ARANGIO-RUIZ V., *Il caso giuridico*, cit., 14 s. [= *Studi epigrafici e papirologici*, cit., 169].

14 s.; HUSCHKE E., *Zu der Grabrede auf die Turia*, cit., 192.

dalla risaputa rivendicabilità delle *potestas* familiari e dall'esistenza dell'istituto dell'*in iure cessio tutelae*⁵⁷⁴ hanno dedotto che l'unica azione esperibile in sede contenziosa possa essere stata la *vindicatio tutelae*, anche se non abbiamo riscontri dell'esistenza di tale azione nelle fonti. In tal caso gli attori, che sarebbero stati i *gentiles*, i quali avrebbero rivendicato come loro la tutela legittima, contro chi avrebbero mosso l'*actio* dato che il tutore testamentario era assente? I romanisti succitati hanno ipotizzato che Turia avrebbe potuto difendere la tutela testamentaria del futuro marito affiancata da un *tutor praetorius*, da lei richiesto per l'occasione e nominato dal magistrato come in ogni altro conflitto far tutore e tutelata. La difesa della giovane, come apprendiamo dall'epigrafe, sarebbe stata fondata, in linea principale, sulla validità del testamento, come anche della *datio tutoris* in esso contenuta, ed, in via subordinata, sull'inesistenza della tutela gentilizia, poiché la famiglia non era ordinata in *gens*. Sicuramente le Parti non arrivarono alla *litis contestatio*, anzi, probabilmente, gli attori rinunciarono alla lite già nella fase *in iure* dopo aver sentito quali difese l'avversaria intendeva sfoderare contro di loro.

Anche Storoni Mazzolani accenna a tale azione, pur ipotizzando che gli avversari della *laudata* non si siano spinti fino al punto di presentare la vertenza in tribunale, perché dissuasi dall'energico rifiuto di Turia, non tentata dalla prospettiva di divenire unica erede e pronta a rispettare la volontà paterna ad ogni costo.

⁵⁷⁴ VAN OVEN (, J.C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, cit., 385) non considera l'*in iure cessio tutelae* come prova della valenza potestativa della tutela e, quindi, nemmeno del fatto che la stessa, oltre a poter essere ceduta *in iure*, potesse essere anche rivendicata nella stessa sede. Vd. più approfonditamente *supra* l'opinione dell'autore in tema di *in iure cessio* della tutela muliebre a p. 45 s.

Van Oven⁵⁷⁵ esprime scetticismo in merito all'ipotesi sopraesposta e, in modo acuto, osserva che anche se Turia fosse stata affiancata da un *tutor ad litem* lo stesso non avrebbe sostituito e rappresentato in alcun modo il suo *tutor testamentarius*, quindi, nel momento in cui i sedicenti tutori legittimi avessero pronunciato “*hanc tutelam meam esse*” egli non avrebbe potuto *contravindicare*.

La soluzione prospettata della *vindicatio tutalae* non convince nemmeno gli autori che l'hanno formulata e non solo per il mancato formarsi del giudicato in tema di diritti assoluti, motivo per il quale al suo ritorno il fidanzato di Turia avrebbe potuto riaprire la lite e rivendicare per sè la tutela. Tutto pare far credere che non sia esistita un *actio* diretta contro Turia dai suoi avversari avente ad oggetto l'accertamento dell'invalidità del testamento paterno e il conseguente affermarsi del loro diritto di tutela sull'ereditiera⁵⁷⁶. I sopraesposti dubbi e le poche certezze hanno indotto gli studiosi⁵⁷⁷ a collocare, in ultima analisi e dopo attente riflessioni, l'attacco dei “*gentiles*” e la sicura resistenza di Turia in ambito privato; la vicenda, in effetti, coinvolgeva due donne e riguardava interessi personali e familiari, per cui deve essere stato più opportuno mantenere un certo riserbo. Si crede che già il *temptatae* segnali che lo scopo delle pressioni e delle persuasioni gentilizie era quello di convincere la allora giovane *laudata* ad impugnare lei stessa il testamento, per chiederne la rottura; i “tutori” erano pronti ad avallare gli

⁵⁷⁵ VAN OVEN, J.C., *Laudatio Turiae*, I. 13-26, cit., 385 s.

⁵⁷⁶ VAN OVEN J.C., *Laudatio Turiae*, I. 13-26, 386 ; LEMOSSE M., *A propos de la laudatio dite de Turia*, cit., 254 [= *Etude romanistique*, cit., 26].

⁵⁷⁷ ARANGIO-RUIZ *Il caso giuridico*, cit., 16 s. [= *Studi epigrafici e papirologici*, cit., 170 s.].

atti all'uopo necessari. Come dimostrato *supra*, l'*heres sua* era l'unica a essere legittimata ad agire in tal senso e ad averne l'intesse, mentre coloro che ardentemente volevano esercitare il ruolo di suoi tutori disponevano solo di mezzi, persuasioni, pressioni e minacce, non direttamente collegati con l'esercizio dell'azione, ma suscettibili di far loro ottenere il risultato voluto, se solo Turia fosse stata influenzata dalle loro parole o si fosse sentita intimorita fino al punto di credere che gli stessi fossero nel giusto.

Van Oven⁵⁷⁸, basandosi sul contenuto della l.19, pensa che Turia, se avesse voluto annullare gli effetti del testamento, avrebbe dovuto chiedere l'*agnitio bonorum possessionis ex edicto unde liberi*⁵⁷⁹ che dava la possibilità d'intentare l'*interdictum quorum bonorum*, mezzo efficace per l'erede per vantare il suo diritto successorio contro chiunque volesse contestarlo. Se Turia si fosse determinata in tal senso, avrebbe contestualmente richiesto al pretore di dichiarare la rottura del testamento; una volta reso nullo l'atto di ultima volontà paterna la donna avrebbe potuto domandare, quale unica *heres legitima*, la *possessio rerum universarum* ai sensi dell'editto "*Quo liberis bonorum possessionem daturum te polliceris*". In questo modo la donna sarebbe stata in possesso dell'intero asse ereditario e avrebbe ottenuto questo risultato in seguito alla *petitio* presentata al magistrato con l'*interpositio auctoritatis* di coloro che sostenevano di esserle tutori legittimi. Una volta avallata la richiesta da parte del magistrato non solo Turia avrebbe avuto la *bonorum possessio*, ma anche i *gentiles* avrebbero ottenuto il riconoscimento ufficiale e pubblico della loro tutela sulla donna e sul di lei

⁵⁷⁸ VAN OVEN J.C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, 387 ss.

⁵⁷⁹ Menzionato in GAI. 3,34.

patrimonio , come conseguenza della loro assistenza data alla *mulier*.

Il fidanzato, una volta tornato a Roma, avrebbe potuto *agnoscere bonorum possessionem*, rivendicando la *bonorum possessio secundum tabulas testamenti*, attaccando Turia con l'*interdictum*, per ottenere la metà dei beni aviti. Presumibilmente i sedicenti *gentiles* avevano sperato che il promesso sposo di Turia non tornasse mai o che lo facesse tardivamente, in modo che, nel frattempo, l'*usucapio pro herede*, che avrebbe neutralizzato ogni atto che l'erede e tutore testamentario volesse intentare, avesse il tempo di maturare. Questo sarebbe stato, con ogni probabilità, il dettagliato disegno ordito dai cosiddetti gentili e, così prefigurato, il piano avrebbe anche potuto avere successo; tuttavia Turia, nonostante i loro tentativi di persuasione, si rifiutò di assecondare le loro intenzioni e i sedicenti *gentiles*, sapendo di non disporre di alcun mezzo per obbligarla, *cesserunt...neque amplius rem sollicitarunt*⁵⁸⁰.

Senza dubbio il testo dell'epigrafe pone problemi di non certa soluzione, a causa della natura non giuridica del documento stesso; è anche vero, inoltre, come afferma Van Oven, che l'epigrafe non accresce di molto la nostra conoscenza del diritto romano; tuttavia è la realtà ad essere riflessa nelle sue linee. L'epitaffio attesta chiaramente l'esistenza, ancora nel I sec. a.C., della tutela gentilizia⁵⁸¹ e costituisce l'ultimo riferimento a questo istituto; solo questo sicuro dato potrebbe bastare per affermare l'estrema importanza giuridica del suo ritrovamento. Pur non accogliendo la tesi di De Visscher, che considera

⁵⁸⁰ Vd. l. 25.

⁵⁸¹ Cfr. DURRY M., *Éloge funèbre d'une matrone romaine*, cit., LXXVI e ZANNINI P., *Studi II*, cit., p. 5 e ss. nt.7.

l'epigrafe come l'unica ma certa prova che le donne istituite eredi fossero libere dalla tutela legittima, sempre in tema di tutela molti, come argomentato *supra*, sono gli indizi a favore del ruolo di tutore testamentario assunto dal marito della *laudata*. Si aggiunga che risulta estremamente convincente l'ipotesi sollevata da Piro in merito alla tutela fiduciaria esercitata sulla persona della sorella dal marito Caio Cluvio.

Questi rilievi appaiono sufficienti per considerare questa fonte epigrafica estremamente interessante e di estrema importanza anche in ambito giuridico e, in particolare, in merito al tema della tutela muliebre e alle sue concrete applicazioni.

CAPITOLO QUARTO

PERIODO CLASSICO E POSTCLASSICO

1. Il *ius liberorum*. 1.1. Requisiti per conseguire il *ius liberorum*. 1.1.1. Tre o quattro figli. 1.1.2. Figli nati da *iustae nuptiae* o anche *vulgo quaesiti*? 1.1.3. Tempo della nascita e vitalità della prole. 1.1.4. Il *nominum dies* e la *professio in albo* o la *testatio*. 1.2. Casi controversi. 1.2.1. Il parto trigemino. 1.2.2. *Partum monstruosum vel portentosum*. 1.3. Concessione graziosa del *ius liberorum*. 1.4. Il *ius liberorum* nelle epigrafi. 2. La sostituzione del tutore incapace o assente. 3. La *lex Claudia* e l'abolizione della tutela legittima agnatizia: una *lex ad personam*? 4. Statuti municipali e tutela muliebre: *lex Irnitana*. 4.1. Il "*ius tutoris optandi*". 4.2. *Manumissio tutore auctore*. 4.3. Il *ius tutoris dandi* dei duoviri. 4.3.1. *Datio tutoris* alla donna. 4.3.2. Il procedimento *ex decreto decurionum*. 4.3.3. Questioni relative al *caput XXIX*. 5. Critica gaiana alla giustificazione storica dell'istituto in rapporto alla realtà del suo tempo. 5.1. Un caso concreto aderente a Gai. 1,190: Pudentilla la moglie di Apuleio. 6. La madre tutrice e la scomparsa della *tutela mulierum*.

1. Il *ius liberorum*.

All'inizio del Principato le leggi iniziarono a contribuire, direttamente o per via indiretta, all'indebolimento della funzione della tutela muliebre, fino a portare alla completa abolizione dell'istituto.

Con il testo unico denominato *lex Iulia et Papia Poppaea*⁵⁸², risultato dell'integrazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. con la *lex Papia Poppaea*

⁵⁸² MASI DORIA C., *Bona libertorum: Regimi giuridici e Realtà sociali*, 1996, 156.

nuptialis del 9 d. C., Augusto riformò il diritto di famiglia, con un duplice scopo: rimediare all'allarmante calo demografico, che stava assottigliando la classe dominante, e risanare i costumi, riaffermando l'importanza delle unioni coniugali *liberorum quaerendorum causa*⁵⁸³.

La normativa obbligava a sposarsi e ad avere figli i cittadini appartenenti a determinate fasce d'età, minacciando restrizioni in ambito successorio a carico dei trasgressori.

A favore dei padri e delle madri fu stabilito il *ius liberorum*, che prevedeva dei vantaggi sia sul terreno del diritto pubblico che su quello del diritto privato. Il conseguimento del "diritto dei figli" era molto rilevante soprattutto per le donne, perché, fra i vantaggi privatistici, includeva l'esenzione dalla tutela, con l'effetto di poter compiere negozi, sia *inter vivos* che *mortis causa*, senza l'assistenza di un tutore. Inoltre i divieti successori previsti dalla *lex Voconia* non riguardavano le *mulieres* che avessero ottenuto il diritto in esame⁵⁸⁴. Augusto, anche se non era il suo fine precipuo, contribuì così ad incrementare l'autonomia della donna.

Gaio, pur ribadendo che la tutela muliebre era perpetua, conferma che le donne sfuggivano a questo principio di *ius civile* solo *iure liberorum ex lege Iulia et Papia*:

Gai.1,145: *Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint,*

⁵⁸³ BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, in *Scritti*, II, Milano, 1965, 128 ss.; ZANNINI P., *Studi*, I, cit., 15; ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum" nel diritto romano*, in *BIDR XCI* (1988), 361 ss; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, ed.3, Padova 1996, 325 ss.

⁵⁸⁴ ARANGIO-RUIZ V., *La legislazione [augustea]*, ora in *Studi di diritto romano*, III, Napoli 1977, 262 ss.

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 liberatas esse voluerunt: itaque etiam lege XII Tabularum cautum est.

Le *liberis honoratae* erano le uniche *mulieres* a non essere sottoposte a tutela oltre alle vestali. La scelta del verbo “*liberantur*” forse preannuncia la successiva critica gaiana alla *ratio* dell’istituto⁵⁸⁵.

Possiamo osservare come la concessione di questo privilegio sia in contraddizione con quella debolezza femminile, che tutti i giureconsulti, come osserva lo stesso Gaio, richiamano a giustificazione dell’istituto; ci si chiede, infatti, come l’esistenza dei figli potesse eliminare la *levitas animi* delle loro madri e per quale ragione la donna con tre figli non avesse bisogno di protezione a differenza di quella che non era madre o aveva meno di tre figli⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Vd. Gai.1,190 *infra* § 5.

⁵⁸⁶ Cfr. HÖBENREICH E., *Les femmes dans le droit romain*, cit., 46. Già SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 181s.) ha sottolineato che, se veramente la tutela delle donne fosse stata motivata dall’*infirmitas sexus*, il *ius liberorum* avrebbe costituito uno svantaggio e non un premio, poiché non avrebbe potuto rimuovere l’*infirmitas*. Cfr. anche ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I, cit., 63, 69; ALBANESE, *Le persone*, cit., 348 s.

1.1. Requisiti per conseguire il *ius liberorum*.

Dobbiamo ora occuparci delle principali questioni discusse dalla giurisprudenza in merito a quanti figli dovesse avere la donna per essere beneficiata e a quali caratteristiche dovesse avere la prole per essere idonea al computo.

1.1.1. Tre o quattro figli.

Vediamo *in primis* le differenze fra madri *ingenuae* e madri libertine.

Dalle fonti si apprende che sarebbero state libere dalla tutela le *ingenuae* madri di tre figli, mentre le liberte avevano bisogno di un figlio in più per riscattarsi dal controllo del patrono o dei suoi figli. Non vi erano differenze fra nate libere e schiave liberate per l'estinzione delle tutele *alterius generis*:

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 fiduciariorum, trium liberorum iure tutela liberantur.*

Tit.ex corp. Ulp. 26,8: ...Sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor...

Gaio e i *Tit. Ulp.* non fanno alcun riferimento all'epoca in cui la tutela legittima delle liberte sarebbe stata eliminata. Tuttavia alcuni autori⁵⁸⁷ pensano che il *fecunditatis privilegium* sia stato esteso alle liberte non prima del 9 d.C.: Gai.3,44 e *Tit. ex corp. Ulp.* 29,3, in effetti, citano solo la *lex Papia* .

Gaio e Ulpiano si soffermano poi sulle conseguenze che la liberazione dalla tutela del patrono comportava in materia successoria per la liberta: precisano infatti che la donna di condizione libertina, la quale avesse avuto quattro figli, liberata dalla tutela del patrono, avrebbe potuto fare testamento:

Gai. 3,44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate [testamentum facere prospexit (?)], ut pro numero liberorum, quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur; ergo ex bonis eius, quae omnia[...] hereditas ad patronum pertinet.*

Tit. ex corp. Ulp. 29,3: *Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum iure tutela patronorum liberavit; et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro*

⁵⁸⁷ CUQ E., v. *Liberorum ius*, in DAREMBERG-SAGLIO, 3.2, Paris 1904, 1194 nt.2; ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum nel diritto romano*, cit., 368; MASI DORIA C., *Bona libertorum*, cit., 156.

numero liberorum libertae superstitem virilis pars patrono debeatur.

Tuttavia le liberte non sono pienamente liberate dall'ingerenza del patrono/tutore in campo successorio. Il testo di Gaio ci è giunto incompleto, ma è integrato da quello di Ulpiano, in cui si legge chiaramente che il patrono, anche se non poteva più controllare la *testamenti factio* della liberta, conservava il diritto ad una quota proporzionale al numero dei figli rimasti vivi della donna. Se ne deduce che, se la liberta avesse istituito erede un *extraneus*, il *patronus* avrebbe potuto impugnare il testamento, al fine di chiedere la *bonorum possessio dimidiaie partis ex edicto*⁵⁸⁸.

Prendiamo ora in considerazione i requisiti che dovevano presentare i figli affinché le madri, *ingenuae* o *libertae*, potessero conseguire il privilegio.

1.1.2. Figli nati da *iustae nuptiae* o anche *vulgo quaesiti*?

Vediamo, prima di tutto, se avvantaggiassero le donne solo i figli nati da *iustum matrimonium* o anche quelli frutto di unioni extraconiugali.

A questo proposito la dottrina assume posizioni contrastanti. Da un lato stanno gli studiosi che, come Rizzelli⁵⁸⁹, non escludono che la *lex Iulia* potesse consentire alla madre, a differenza che al padre, di

⁵⁸⁸ MASI DORIA C., *Bona libertorum*, cit., 152 ss.

⁵⁸⁹ RIZZELLI G., *Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium e stuprum*, Lecce, 1997, 265 s.

conteggiare, ai fini del *ius liberorum*, anche i figli nati fuori dalle *iustae nuptiae*; tuttavia concordo con Zablocka⁵⁹⁰, la quale osserva quanto sia poco probabile che Augusto abbia proposto una diversa disciplina per gli uomini e per le donne. I figli dovevano nascere da *matrimonium iustum* ed anche consentito dalla *lex Iulia et Papia*⁵⁹¹. In epoca successiva, come sostiene Astolfi⁵⁹², sembra maggiormente ammissibile che la madre abbia potuto valersi anche dei figli *vulgo concepti*, se dotata dell'*honestas* della *mater familias*, come nel caso della liberta concubina del proprio patrono.

Un'ipotesi non verificabile ma logica, per capire da quando gli *spurii* iniziarono ad avvantaggiare la madre, è stata formulata da Zablocka⁵⁹³, partendo da:

I.3,3,1: *...et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*

Da questo accenno, che si trova nel titolo dedicato al senatoconsulto Tertulliano, scritto dai compilatori dopo aver ricordato che la normativa precedente ammetteva la madre alla successione dei figli solo come agnata o su richiesta della *bonorum possessio unde cognati*, si potrebbe ricondurre la successione *ab intestato* civile delle madri ad un'innovazione introdotta dall'Imperatore Claudio, che riconobbe per la prima volta effetti giuridici

⁵⁹⁰ ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum nel diritto romano*, cit., 373 e 375.

⁵⁹¹ ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 27, 56 s.

⁵⁹² ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 31 e nt. 34.

⁵⁹³ ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum nel diritto romano*, cit., 374.

al legame di sangue fra madre e figlio ai fini ereditari. Il Senatoconsulto Tertulliano, emanato un secolo dopo su proposta dell'imperatore Adriano, confermò probabilmente il precedente intervento di Claudio. Si sa da *Tit. ex corp. Ulp.* 26,8 che, per ereditare dai figli, legittimi o naturali che fossero, alle madri era richiesto il *ius trium liberorum*. Quest'ultimo dato è confermato dai compilatori giustiniane:

I.3,3,7 : *Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiave, potest ad bona eius mater ex Tertulliano senatus consulto admitti.*

Si deduce che, sicuramente dall'epoca di Adriano ma forse già ai tempi di Claudio, valessero anche i figli *vulgo quaesiti* ai fini del *ius liberorum* materno.

1.1.3. Tempo della nascita e vitalità della prole.

Altri elementi per verificare quando i figli fossero conteggiati *iure liberorum* ci vengono forniti dal libro quarto - paragrafo nono- delle *Pauli Sententiae*, che è dedicato ai commenti *ad senatus consultum Tertullianum*:

Paul. Sent. IV,9,1: *Matres tam ingenuae quam libertinae cives romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant.*

Dopo aver ribadito che le madri dovevano essere cittadine romane, Paolo sottolinea che i figli dovevano nascere vivi e nel tempo ordinario. Lo stesso Paolo, nel Digesto e nelle

Sentenze, sostiene che i nati morti non fossero da considerarsi figli, quindi che non fossero computabili *ex iure liberorum*:

D.50,16,129 (Paulus, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*): *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

Paul. *Sent.* IV,9,6: *Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur.*

Pleni temporis significa venuto alla luce al nono mese: maturo e vitale, quindi nato vivo e capace di vita extrauterina.

Ma in *Sententiae* IV,9,5, Paolo specifica che anche il nato dopo l'inizio del settimo mese di gestazione giovava alla *mater*:

Septimo mense natus matri prodest: ratio enim pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.

Il giureconsulto si rifà qui all'insegnamento dei pitagorici, secondo i quali, inoltre, la gravidanza poteva durare al massimo dieci mesi.

Lo stesso Paolo, in un passo conservato nel Digesto, al fine di stabilire chi possa considerarsi figlio legittimo, sostiene che lo sia colui che è nato di sette mesi nell'ambito di *iustae nuptiae*, citando, questa volta, Ippocrate.

D.1,5,12 (Paulus, *libro nono decimo responsorum*):
*Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum
est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et
ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo
mense natus est, iustum filium esse.*

Sempre nel Digesto, anche Ulpiano riprende in esame il concetto di nato *iusti* (= *pleni*) *temporis* aderendo allo stesso principio:

D.38,16,3,12 (Ulpianus, *libro quarto decimo ad Sabinum*): *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesium secundum diem esset manumissa.*

Ulpiano precisa qui che deve considerarsi maturo colui che è nato al 182esimo giorno dal concepimento, secondo l'insegnamento di Ippocrate confermato da un rescritto di Antonino Pio: il figlio sarebbe stato di condizione libera, se la madre fosse stata manomessa almeno 182 giorni prima della sua nascita.

Chi veniva alla luce prima del settimo mese di gestazione, invece, non era da considerarsi persona, perché destinato a morire; quindi, si deduce che non si procedesse nemmeno all'imposizione del nome e alla successiva certificazione pubblica della nascita.

1.1.4. Il *nominum dies* e la *professio in albo* o la *testatio*.

Problema diverso e' quello che riguarda quanto dovessero sopravvivere i figli per essere computati ai fini del conseguimento del *ius liberorum*.

Paolo, in *Sent.* 4,9,9, ci informa che, se il neonato moriva dopo il conseguimento materno del *ius liberorum*, la madre non perdeva il diritto *de quo*:

Ius liberorum mater habet, quae tres filios aut habet aut habuit aut neque habet neque habuit. Habet, cui supersunt: habuit quae amisit: neque habet neque habuit, quae beneficio principis ius liberorum consecuta est.

Per essere computati *ex iure liberorum* era necessario che i *filii* sopravvivessero fino al *nominum dies*⁵⁹⁴, l'ottavo giorno dalla nascita per le femmine e il nono per i maschi, quando, durante la cerimonia della *lustratio*, era assegnato loro il nome che determinava l'ingresso del neonato nella famiglia agnaticia⁵⁹⁵.

Inoltre il padre, *ad probationem*, poteva dichiarare la nascita del figlio con una *professio* indirizzata al *praefectus aerarii Saturni*, che provvedeva ad annotarla in *albo*⁵⁹⁶. La *lex Aelia Sentia* e la successiva *lex Papia*

⁵⁹⁴ Tit. ex corp. Ulp. 15,2 e 16,1a in tema di capacità successoria tra marito e moglie.

⁵⁹⁵ ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum nel diritto romano*, cit., 371 s; ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 26 e nt.16.

⁵⁹⁶ Il più antico documento attestante una *professio ex lege Aelia Sentia et Papia Poppaea* è conservato nel museo del Cairo (inv.

stabilirono che con la certificazione pubblica si potesse denunciare solo la nascita dei figli legittimi⁵⁹⁷; Augusto, in effetti, volle incrementare il tasso demografico, favorendo, nondimeno, le unioni legittime. Anche in Provincia il governatore predisponne, a tale scopo, la *tabula alba professionum liberorum natorum*. Visto il divieto di dichiarare nel registro pubblico le nascite degli *spurii*, in tal caso il padre naturale o la madre ricorrevano ad una *testatio* davanti a sette uomini puberi e cittadini romani⁵⁹⁸. Si cominciò a tener conto dei *vulgo quaesiti* dall'epoca di Claudio, dando valore anche alla semplice *testatio* materna⁵⁹⁹. Marco Aurelio disciplinò in maniera organica tutti gli aspetti della materia, ordinando che ogni cittadino denunciasse presso i prefetti dell'erario di Saturno i figli nati liberi entro i 30 giorni successivi alla nascita con il nome loro attribuito e che la medesima procedura fosse espletata nelle province con l'uso dei *tabularii publici*, come scritto in *Historia Augusta* 9, 7-8:

Inter haec liberales causa sita munivit, ut primum iuberet apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos liberos profiteri intra tricensimum diem nomine inposito. 8. Per provincias tabulariorum publicorum usum institui, apud quos idem de originibus fieret, quod Romae apud praefectos aerarii.

La dottrina sottolinea che le regole siano state ribadite da Marco Aurelio, con il fine di disciplinare l'istituto in modo

29812) e risale al 62 d.C.. Vd. ARANGIO-RUIZ V., in *FIRA*, III. *Negotia*, nr.2.

⁵⁹⁷ ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, 4.ed., Padova 1996, 315.

⁵⁹⁸ Cfr. Pap. Mich.3, 169 (a. 145d.C.).

⁵⁹⁹ ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum nel diritto romano*, cit., 375.

generale e organico, pensando che l'innovazione introdotta dall'imperatore, probabilmente, sia stata quella di ammettere la *professio* anche dei figli illegittimi. Questa opinione è rafforzata da un passo dei *Digesta* di Scevola, che riguarda il caso di una donna ripudiata, la quale, approfittando dell'assenza del marito, per rabbia, aveva iscritto il figlio *in albo* come illegittimo:

D.22,3,29,1 (Scaevola, libro nono digestorum): *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est.*

In effetti Marco Aurelio, come scritto in H.A., 9,7, non pone distinzioni fra figli legittimi e *spurii*, ma si occupa, in generale, dei nati liberi; in effetti, l'imperatore voleva stabilire delle garanzie per le cause relative alla libertà personale. A tale scopo la facoltà di effettuare la *professio* si trasformò nell'ordine, stabilito da Marco Aurelio, di certificare queste nascite.

Le leggi, comunque, non escludevano prove diverse dalla *professio* e dalla *testatio*, come accerta sempre Q. Cervidio Scevola, citando un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero:

D.22,3,29 *pr.* (Scaevola, libro nono digestorum): *Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in haec verba: 'Probationes quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constet, nonnullam vicem instrumentorum optinere decretum est'.*

La dottrina è certa che non fosse necessario un decreto di attribuzione magistratuale del *ius liberorum*⁶⁰⁰. Infatti solo in un papiro di Ossirinco del 263 d.C., P.Oxy. XII.1467, si attesta l'interesse di una donna, *Aurelia Thaisous*, detta Lolliane, ad ottenere il riconoscimento del *ius liberorum* tramite *petitio* rivolta al Prefetto. Con ogni probabilità l'istante voleva tale riconoscimento a garanzia dei terzi contraenti, che, in questo modo sarebbero stati certi della sua condizione giuridica e, quindi, della validità dell'atti conclusi con lei. È curioso che *Thaisous* dichiarò di saper leggere e scrivere. Neanche l'alfabetizzazione, infatti, era richiesta per essere liberate dall'autorità tutoria, ma la donna vuole dimostrare che lei è particolarmente capace di agire per conto di se stessa, in un territorio in cui gli atti si formulavano spesso per iscritto, a differenza che a Roma⁶⁰¹. Un altro documento, P.Oxy. XII. 1475, di quattro anni più tardi, registra una transazione di affari della stessa Aurelia Thaisous, in cui la donna dichiarò di agire senza un tutore in virtù dello *ius liberorum*⁶⁰².

⁶⁰⁰ Per primo il SOLAZZI S., *Ius liberorum e alfabetismo*, in *Scritti di diritto romano II*, cit., 229 ss. (=RIL 51 (1918), 586 ss.).

⁶⁰¹ Altri papiri, citati da SOLAZZI S. (*Ius liberorum e alfabetismo*, cit., p. 232), menzionano l'alfabetismo accanto al *ius liberorum*.

⁶⁰² Cfr. EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman Empire*, cit., 39 s.

1.2. Casi controversi.

1.2.1. Il parto trigemino.

Nel rispetto dei requisiti evidenziati, dovrebbe apparire ovvio che la madre di tre gemelli ottenesse il *ius liberorum*, ma il caso appare dubbio se si confrontano due fonti paoline:

Paul. Sent. IV,9,2: Quae semel uno partu tres filios edidit, ius liberorum non consequitur: non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur: nisi forte per intervalla pariat.

Nelle Sentenze il giureconsulto scrive che non conseguiva il *ius liberorum* colei che aveva avuto un parto trigemino, salvo fosse trascorso un intervallo di tempo fra una nascita e l'altra.

L'autore, verosimilmente, pensava ad un lasso più lungo di qualche minuto; è probabile che volesse riferirsi ad un tempo di mezz'ora o più.

Tuttavia lo stesso Paolo esprime un'opinione differente in un passo conservato nel Digesto:

*D.50,16,137 (Paulus, 2 ad legem Iuliam et Papiam):
'Ter enixa' videtur etiam quae trigeminos pepererit.*

Il giurista ora afferma che sembra abbia partorito tre volte anche colei che abbia avuto tre gemelli. Quindi Paolo si è convinto che il numero dei figli e quello dei parti coincidessero anche se fra le nascite fossero trascorsi solo pochi minuti.

Kübler⁶⁰³, ravvisando una netta contraddizione fra le due fonti, ha avanzato l'ipotesi che il frammento del Digesto sia stato interpolato. Non mi sembra tuttavia probabile che vi sia stato un rimaneggiamento ad opera dei compilatori giustinianei: in effetti, ormai, a quell'epoca l'istituto in esame aveva assunto solo un significato simbolico⁶⁰⁴. Astolfi⁶⁰⁵ pensa che l'opinione che si legge nelle sentenze non sia attribuibile a Paolo, perché si trattava di un operetta postclassica; ad opinione di Zablocka⁶⁰⁶ il giureconsulto deve aver preso in esame le diverse interpretazioni giurisprudenziali, rimanendo incerto su quale posizione prendere, anche se, sottolinea l'autrice, la soluzione conservata nel Digesto è sicuramente più vicina agli intenti proclamati dalla normativa augustea.

Non è da escludere che Paolo abbia semplicemente mutato il proprio convincimento sul tema: è possibile, se si considera posteriore il frammento del Digesto, che il giurista abbia preferito, in un secondo momento, rivalutare le finalità della normativa augustea. Non si poteva negare alla donna *ter enixa* il *ius liberorum*, poiché era stata prolifica; questa ipotesi assume più rilevanza, se si considera che il padre avrebbe dichiarato, con la *professio*, il nome dei tre figli e non che la moglie aveva portato a termine un solo parto gemellare.

⁶⁰³ KÜBLER B., *Über das jus liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Breitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in ZSS 30 (1909), 160.

⁶⁰⁴ vd. ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum"*, cit., 38 e p. 371.

⁶⁰⁵ ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 73 nt.22.

⁶⁰⁶ ZABLOCKA, *Il "ius trium liberorum"*, cit., 371.

1.2.2. *Partum monstruosum vel portentosum.*

Sempre in merito al computo del numero dei figli ci si è chiesti se dovesse giovare alla madre anche il parto monstruoso o prodigioso.

Paolo, nelle Sentenze, esclude che potesse essere considerato, ai sensi del *ius liberorum*, il parto dissimile dall'aspetto del genere umano:

Paul. Sent. IV,9,3: Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.

Nel paragrafo successivo l'autore apre uno spiraglio per il caso del parto, che presentava un numero superiore di membra:

Paul. Sent. IV,9,4: Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit.

Paolo pensa dunque che questi neonati, entro certi limiti, potessero giovare alla madre.

Vediamo ora quale fosse l'opinione di Ulpiano sulla questione in esame:

D.50,16,135 (Ulpianus, libro quarto ad legem Iuliam et Papiam): Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed

alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.

A parere di Ulpiano, dunque, qualsiasi parto, anche se con caratteristiche non conformi alla natura umana, doveva giovare ai genitori; infatti ciò che avvenne per volere del fato non doveva recar danno alla madre, che obbedì con il marito alla *lex Iulia et Papia* come potè.

Alla luce del contrasto fra le due posizioni, Kübler⁶⁰⁷ considera non genuino il testo di Ulpiano.

Guarino⁶⁰⁸ pensa che il frammento paolino ci dia testimonianza del maggior rigore applicato in epoca classica e che il passo di Ulpiano sia, invece, frutto di un rimaneggiamento postclassico tendente a favorire la madre.

Alcuni studiosi⁶⁰⁹ escludono l'interpolazione del passo ulpiano, sempre osservando che il *ius liberorum* non aveva più rilievo in epoca giustiniana. A dimostrazione di ciò, Impallomeni⁶¹⁰ sottolinea che nelle Pandette è stato riportato il pensiero paolino, estrapolato dalle sentenze,

⁶⁰⁷ KÜBLER B., *Über das jus liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter*, cit., 160.

⁶⁰⁸ GUARINO A., *Diritto privato romano*, ed.9, 292.

⁶⁰⁹ IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità*, in *IURA* 22 (1971), 115 ss. (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996 p. 282 ss.); ZABLOCKA *Il "ius trium liberorum"*, cit., 369 s.

⁶¹⁰ IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana*, cit., 115.

“epurando” il testo dai riferimenti al *ius liberorum*, non più interessanti, in modo da conservare solo quanto utile in tema di personalità del nato:

D.1,5,14 (Paulus, *libro quarto sententiarum*): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.*

Parte della dottrina⁶¹¹ crede che Paolo abbia dato un *responsum* negativo nelle *sententiae*, perché ha voluto essere più rigoroso in tema di *SC Tertullianum*. Tuttavia si è già dimostrato che il regime della normativa adrianea deve essere stato meno severo di quello augusteo, quindi, semmai, avrebbe richiesto maggior rigidità il *responsum* di Ulpiano a commento della *lex Iulia et Papia*⁶¹². Non si comprende per quale ragione si fatichi ad ammettere, semplicemente, il disaccordo fra Ulpiano e Paolo⁶¹³.

1.3. Concessione graziosa del *ius liberorum*.

Tuttavia bisogna considerare che non solo la madre di numerosa prole poteva ottenere il privilegio in esame.

⁶¹¹ PEROZZI S., *Istituzioni*, ed.2, v.1, cit., 189 s.; BIONDI B., *Istituzioni*, ed.4, cit., 112 s.; IGLESIAS J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, ed.6, Barcellona 1972, 114.

⁶¹² IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana*, cit., 118.

⁶¹³ Cfr. IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana*, cit., 118; ZABLOCKA M., *Il “ius trium liberorum*, cit., 370.

Infatti prima il senato e poi, dalla II metà del I d.C., l'Imperatore ebbero la facoltà di concedere il diritto dei figli a chi, non avendo i requisiti, ne facesse richiesta⁶¹⁴, derogando, così, agli scopi demografici della normativa augustea.

In epoca postclassica lo *ius* in esame iniziò, progressivamente, a perdere di rilievo con la graduale abrogazione della normativa familiare augustea, comprese le restrizioni in campo successorio a carico dei *caelibes* e degli *orbi*⁶¹⁵.

Alla fine del IV e agli inizi del V d.C., gli Imperatori stabilirono la graduale “liberalizzazione” del diritto in oggetto con due Costituzioni successive conservate nel *Codex Theodosianus*:

Cod. Theod. 8,17,1: *Impp. Arcadius et Honorius AA. ad Caesarium praefectum praetorio. Sancimus, ut sit in petendo iure liberorum sine definitione temporis licentia supplicandi, nec implorantium preces aetas vel tempus impediatur, sed sola miseris ad poscendum auxilium sufficiat desperatio liberorum. Dat. VII id. Mai. Constantinopoli Arcadio III et Honorio III AA. Conss. (396 Mai. 9).*

Nel 396 d.C. Arcadio e Onorio dichiararono che avrebbero riconosciuto il *ius liberorum* a chiunque ne facesse richiesta, senza limitazioni di tempo né di età, dal momento che sarebbe stata sufficiente, per ottenere la

⁶¹⁴ Vd., ad esempio, Dio. Cass. 5, 2, 6 in favore di Livia, la moglie di Augusto, nel 9 a. C., ancora prima che fosse emanata la *lex Papia*.

⁶¹⁵ Approfonditamente ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 76 ss.

concessione graziosa, la sola perdita di speranza di avere figli; fino al punto in cui, 14 anni dopo, Onorio e Teodosio stabilirono che tale *ius* fosse dato, senza bisogno di *postulatio*, a tutti una volta per tutte:

Cod. Theod. 8,17,3: Idem AA. Isidoro praefecto urbi. *Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus et cetera.* Dat.Prid. Non. Sept. Varane v. c. cons. (410 Sept. 4). (= Cod. Iust. 8,58(59),1: *Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus.* Honor. et Theodos. AA. Isidoro p.u. < a. 410 D. Prid. Non. Sept. Varane cons.>).

1.4. Il *ius liberorum* nelle epigrafi.

Abbiamo finora concentrato la nostra attenzione su fonti giuridiche. Non vanno però trascurate le importanti attestazioni dello *ius liberorum* che troviamo nelle fonti epigrafiche.

Consideriamo prima di tutto l'*inscriptio* conservata in CIL VI, 10247, del 31 Luglio 252 d.C.: si tratta di una tavola di marmo, scoperta nel 1554 in un vigneto a Roma, ma ora perduta, che registrava la donazione di Stazia Irene a *Marcus Licinius Timotheus*, avente per oggetto un fondo al di fuori di Roma sul quale era stato costruito un monumento funebre. La donazione era stata effettuata mediante *mancipatio*: questa transazione avrebbe richiesto l'autorizzazione di un tutore, perciò il possesso di Stazia Irene dello *ius liberorum* viene menzionato quattro volte in questa iscrizione, le ultime tre volte abbreviato "*i.l.h.*". Stazia Irene e Licinio Timoteo conclusero l'atto con una

stipulatio. L'accordo verbale è stato registrato sull'epigrafe in pietra e su un documento, menzionato alla fine dell'iscrizione⁶¹⁶.

Va poi rilevato come, indipendentemente da ragioni negoziali, lo *ius liberorum* era citato nelle epigrafi sepolcrali, come se fosse un ambito titolo onorifico:

Nell'epitaffio riportato in CIL VI, 1877 (73 d.C.), proveniente da Roma, il liberto Persico commemora sua moglie, Cornelia Zosima, anch'essa un'ex-schiava, e il loro figlio nato libero, C. Cornelio Persico. Il dedicante aveva ricoperto incarichi importanti come *apparitor*, suo figlio aveva guadagnato lo *status* equestre, mentre a Cornelia era stato concesso lo *ius quattuor liberorum* dall'Imperatore⁶¹⁷.

Un'altra epigrafe, conservata in CIL VI.10246, del 252 d.C., fu trovata su una tavoletta di marmo a Roma, eretta dalla moglie di un liberto imperiale, Settimia Dionisia, come monumento tombale per se stessa, suo marito e due dei suoi figli, nati liberi ma illegittimi. La donna menziona il suo possesso dello *ius liberorum*⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Cfr. GIRARD P.F., SENN F., *Textes de droit romain*, 7 ed., Paris 1967, 827.

⁶¹⁷ Cfr. EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman Empire*, cit., 41 s.

⁶¹⁸ Cfr. EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman Empire*, cit., 42.

2. La sostituzione del tutore incapace d'agire o assente.

La *lex Atilia*, come si è visto, si applicava soltanto alla donna che non avesse un tutore, ma non considerava i vari casi in cui il *tutor*, pur essendoci, era impossibilitato a prestare la sua *auctoritas*.

Con l'emanazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, come si legge nelle Istituzioni gaiane e nell'Epitome *Ulpiani*, si intervenne in favore della donna che volesse costituire la dote ma avesse un tutore incapace d'agire.

Il primo caso è quello del tutore impubere. Gaio, infatti, ricorda che il figlio del patrono, anche se pupillo, poteva essere tutore della liberta, ma non per questo sarebbe stato in grado di prestare l'*auctoritas* agli atti muliebri, poiché neppure lui era libero di agire senza l'autorizzazione del proprio tutore:

Gai. 1,179: *Sane patroni filius, etiamsi impubes sit, libertae efficietur tutor, quamquam in nulla re auctor fieri potest, cum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere.*

Su richiesta della donna al pretore urbano il *tutor pupillo* era sostituito appunto *dotis constituendae gratia*,:

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.*

Le istituzioni gaiane sono più concise, poiché si limitano a riportare il dettato della norma in esame; l'Epitome *Ulpiani*, invece, oltre a ricordare le tre forme costitutive

della dote, cita anche un SC che diede ai presidi il compito di nominare i tutori *de quo*:

Tit. ex corp. Ulp. 11,20: Ex lege Iulia de maritandis ordinibus tutor datur a praetore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat. Sed postea senatus censuit, ut etiam in provinciis quoque similiter a praesidibus earum ex eadem causa tutores dentur.

Astolfi⁶¹⁹ legge nell'inciso *quam...oportet* la previsione del rifiuto pretorio di nominare il tutore speciale, se il matrimonio fosse stato proibito dalla *lex Iulia*; invece sembra più probabile, a parere di chi scrive, che si sia voluto richiamare l'obbligo di contrarre nozze su cui si fonda la *lex medesima*.

La prassi voleva ormai da tempo che la *dos* accompagnasse il matrimonio. La dote della donna *sui iuris* dipendeva dall'autorizzazione del tutore alla *constitutio*. Se si impediva alla donna di costituire la dote, si ostacolava, indirettamente, anche la sua libertà matrimoniale⁶²⁰. La normativa augustea, in linea con i suoi scopi già espliciti, intervenne in modo che la sottoposizione della donna a tutela non fosse d'ostacolo alle nozze.

Le *Institutiones* gaiane descrivono una realtà posteriore all'abolizione della tutela agnatizia da parte dell'imperatore Claudio, oltre che successiva all'emanazione della legislazione matrimoniale augustea. A quel tempo l'unica tutelata che poteva avere come tutore

⁶¹⁹ ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 155s.

⁶²⁰ Cfr. ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 151.

un *impubes* era la liberta⁶²¹, come si evince chiaramente dal contenuto dei passi citati, mentre tutte le *mulieres* potevano essere svantaggiate dall'affiancamento di un tutore incapace d'agire ma per ragioni diverse dall'età pupillare ed anche per cause sopravvenute dopo l'inizio della tutela. Un secondo senatoconsulto, infatti, estese il provvedimento augusteo anche ai tutori pazzi o muti, come spiegato sempre da Gaio e Ulpiano:

Gai. 1,180: *Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto dotis constituendae gratia tutorem petere.*

Tit. ex corp. Ulp. 11,21: *Praeterea etiam in locum muti furiosive tutoris alterum dandum esse tutorem ad dotem constituendam, senatus censuit.*

La donna poteva incontrare dei problemi anche se il suo *tutor* era *capax*: infatti, quando accadeva che il tutore fosse assente, quindi lontano dal luogo in cui la donna si trovava e voleva realizzare un determinato atto, la *mulier* si doveva rassegnare a non poter agire. Gaio e Ulpiano riferiscono di un senatoconsulto, anch'esso, presumibilmente, appena successivo all'emanazione della *lex Iulia de maritandis ordinibus*⁶²², che permise alle donne di chiedere un tutore che sostituisse l'*absens*:

Gai. 1,173: *Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere.*

⁶²¹ TALAMANCA M., *Istituzioni*, cit., 170.

⁶²² Citata sia da Gai. 1,178 che da *Tit. ex corp. Ulp.* 11,20. Vd. *supra*.

Quo petito prior desinit; nec interest, quam longe aberit is tutor.

L'assente, indipendentemente da quanto fosse lontano, cessava di essere tutore subito dopo la richiesta del sostituto. Tuttavia, se ad essere assente era il patrono, la liberta non poteva chiederne la destituzione:

Gai. 1,174: *Sed excipitur, ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere.*

Il divieto era mitigato da una *sstitutio ad actum*, ad esempio, scrive Gaio, nel caso in cui la donna volesse adire un'eredità:

Gai.1,176: *Sed aliquando etiam in patroni absentis locum permittitur tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.*

Appare ovvio che il pretore avrebbe assegnato il *tutor ad actum* solo se l'eredità fosse stata vantaggiosa; la donna stessa non avrebbe presentato l'istanza in caso contrario, mentre non poter accettare i cospicui beni ereditari avrebbe provocato un serio danno alla *mulier* ed ai suoi futuri eredi.

La stessa possibilità era prevista nel caso in cui il tutore fosse il figlio pupillo del patrono:

Gai.1,177: *Idem senatus censuit et in persona pupilli patroni filii.*

Tuttavia si osserva che il figlio impubere del patrono non avrebbe potuto prestare il consenso agli atti muliebri nemmeno se fosse stato presente, tant'è che la donna

poteva chiederne la sostituzione, come si è visto, per costituire la dote; perciò si presume che, a causa della sua età, potesse essere sostituito anche con lo scopo di consentire alla donna di adire un'eredità.

Gaio sottolinea che i patroni assenti, a differenza dei tutori *alterius generis*, erano sostituiti solo *ad actum*:

Gai.1, 181: *Quibus casibus salvam manere tutelam patrono patronique filio manifestum est.*

Non sorprende che gli eredi/tutori conservassero il *nudum ius tutelae*. Lo stesso valeva anche per i figli del patrono, anche impuberi.

Ulpiano aggiunge che la sostituzione dei summenzionati tutori era prevista anche quando la liberta volesse contrarre nozze:

Tit. ex corp. Ulp. 11,22: *Item ex senatus consulto tutor datur mulieri ei, cuius tutor abest, praeterquam si patronus sit, qui abest; nam in locum patroni absentis aliter peti non potest, nisi ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas. Idemque permisit in pupillo patroni filio.*

Non è chiaro cosa si intendesse nell'Epitome per *nuptias contrahendas*. Come è noto, il matrimonio non necessitava del consenso del tutore⁶²³. Gaudemet⁶²⁴ crede che il

⁶²³ Anche se parte della dottrina si esprime in senso contrario: GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 170 nt.2; MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 278 e nt.1; BIONDI B., *Aspetti morali della tutela*, cit., 64 (= *Scritti*, III, cit., 93).

⁶²⁴ GAUDEMET J., *Le statut de la femme dans l'empire romain*, cit., 200.

riferimento sia alla *conventio in manum*, anche se era pressoché caduta in desuetudine a quel tempo.

Altri autori⁶²⁵ pensano che il matrimonio della liberta fosse valido solo *tutore auctore*. Tuttavia sembra maggiormente probabile che si sia trattato di un'impresione nel volersi riferire, invece, alla *constitutio dotis*⁶²⁶. Questa ipotesi è confermata in un altro luogo delle *Regulae* ulpianee, di poco precedente⁶²⁷, in cui si legge che potevano ottenere la sostituzione del tutore impubere le donne che dovessero contrarre matrimonio, ai sensi della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, al fine di dare, fissar o promettere la dote. È chiaro, quindi, che l'atto che necessitava della *tutoris auctoritas* era la *constitutio dotis* e non le nozze. Tuttavia, come ricordato da Astolfi, senza il consenso alla costituzione di dote era ostacolato anche il matrimonio.

⁶²⁵ LONGO C., *Diritto di famiglia*, cit., 171 s.; LAURIA M., *Matrimonio- dote in diritto romano*, Roma 1952, 20; ROBLEDA O., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, 165.

⁶²⁶ Cfr. ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, 1, cit., 108 nt.18 e ivi dottrina meno recente.

⁶²⁷ *Tit. ex corp. Ulp.* 11,20. Vd. *supra* p. 286.

3. La *lex Claudia* e l'abolizione della tutela legittima agnatzia: una *lex ad personam*?

Il *ius liberorum* trovava certamente la sua giustificazione primaria nella politica demografica perseguita da Augusto. Tuttavia, disponendo l'esenzione dalla tutela per le donne che lo avessero conseguito, incideva profondamente sullo *status* delle donne sia *ingenuae* che *libertae*⁶²⁸. La condizione femminile stava mutando, gradualmente, già da molto tempo, per effetto dell'evoluzione del sistema sociale e familiare. Un passo ulteriore, di grande rilevanza, in questa direzione fu fatto dall'imperatore Claudio, che intaccò la posizione antica ed importante degli agnati, togliendo loro il ruolo di tutore delle donne⁶²⁹. Questo provvedimento, una *lex* o un *plebiscitum*, abrogava l'istituto decemvirale della tutela *ex lege*, che spettava all'erede *ab intestato* della donna. La riforma coinvolse un grande numero di donne e di famiglie⁶³⁰. L'istituto tutelare, anche se non più incisivo come un tempo, aveva una vasta applicazione considerato che, ormai, le donne *sui iuris* erano molte, dal momento che il matrimonio *sine manu* era la regola già da più di tre secoli.

Gaio dà notizia della riforma claudiana nelle Istituzioni:

Gai.1,157: *Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant*

⁶²⁸ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 114 e nt.44 (= in *SDHI* 68 (2002), 55ss.).

⁶²⁹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, cit., v.1, 15 s.

⁶³⁰ HÖBENREICH E., *Les femmes dans le droit romain*, cit., 42; MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 108.

tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae quod ad feminas attinet, tales tutelas sustulit; itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina vero talem habere tutorem non potest.

Il giureconsulto segnala l'origine decemvirale dell'affidamento della tutela agli agnati, ma, dopo aver annunciato la sua abrogazione per le *feminae* ad opera di Claudio, non fa nessun accenno alla tutela dei gentili, anch'essa espressamente prevista dalle XII tavole in mancanza di agnati⁶³¹. Il giureconsulto prosegue, specificando che i maschi impuberi continuavano ad avere come tutori i fratelli puberi e gli zii, mentre le femmine non potevano più essere tutelate dai parenti prossimi. Quindi pare che Claudio abbia voluto abolire la tutela agnatizia anche per le minori di 12 anni; la romanistica, anche di recente, senza soffermarsi troppo ad esaminare questo problema, sostiene che la norma in esame fosse rivolta solo ai tutori delle donne *ingenuae perfectae aetatis*⁶³². Melillo accenna solo incidentalmente alla questione⁶³³. La dottrina, in effetti, ha, convenzionalmente, dato alla norma il titolo *lex Claudia de tutela mulierum*. Occorre tuttavia osservare che il tutore della pupilla sarebbe poi, automaticamente, divenuto il suo *tutor* anche in età adulta; quindi Claudio deve aver abrogato la tutela agnatizia per le donne sia puberi che impuberi. Ovviamente erano solo le donne *ingenuae* ad essere

⁶³¹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., p.5 nt.7.

⁶³² MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 101 ss.; BURDESE A., *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova 2010, 590 ss.

⁶³³ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 115.

interessate dalla norma, perché erano le uniche ad avere agnati.

La tutela *patronorum* e dei *parentes manumissores*, invece, erano rimaste in vigore, come attesta Gai. 1,192. Il *parens manumissor* e il patrono erano eredi ma non agnati della liberta e dell'emancipata. Queste tutele erano estranee al contesto familiare.

Gai. 1,168, dopo aver segnalato che “era permesso” agli agnati, ai patroni e ai *manumissores* cedere in *iure* la tutela sulle donne, spiega che, per effetto della *lex Claudia*, era venuto meno anche l'istituto della *in iure cessio tutelae* per quanto riguarda gli agnati.

Gai. 1, 171: *Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*

Lo stesso si legge nell'epitome di Ulpiano con qualche differenza:

Tit. ex corp. Ulp. 11,8: *Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit, quoniam permissum erat in iure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum; feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum.*

Da quanto scritto in quest'ultimo passo pare che la *lex Claudia* abbia abolito tutte le tutele legittime tranne quella del patrono. La tutela patronale era necessaria al controllo dell'*ex dominus* sulla liberta⁶³⁴ e si poteva sacrificare solo in nome di un interesse più alto come quello perseguito dalla politica demografica augustea.

⁶³⁴ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 109.

Melillo⁶³⁵ pensa che, dopo l'epoca di Gaio, l'interpretazione della *lex* in esame abbia portato anche alla caduta della tutela esercitata dal *parens manumissor*. Tuttavia potrebbe trattarsi di un'imprecisione, dato che spesso, nelle fonti, per tutela legittima si è voluto intendere solo quella degli agnati.

Le donne che, dopo l'emanazione della *lex* si trovarono senza un tutore, non è ammissibile che restassero "libere": dopotutto non si trattava di un privilegio come il *ius liberorum* e se il legislatore avesse voluto emancipare le donne dalla tutela avrebbe abolito l'istituto in tutte le sue forme. Le donne, a cui non era stato affiancato un *tutor ex testamento*, avrebbero chiesto al magistrato la nomina di un *tutor* quando ne avessero avuto bisogno. Le fonti analizzate non si occupano di questo aspetto; perciò si trattava di applicare la *lex Atilia* come normativa generale, già innovata dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* per casi specifici, tenendo conto che Claudio stesso aveva dato competenza ai consoli per la nomina dei tutori⁶³⁶.

Resta da capire la ragione che spinse Claudio ad abrogare la tutela agnatizia sulle donne e l'anno di emanazione della *lex*, non specificato dalle fonti.

Secondo Melillo, dopo l'essenze augustea dalla *tutela mulierum* a vantaggio delle *liberis honoratae*, i ceti elevati richiesero con insistenza l'eliminazione di un istituto arcaico, che non rispondeva più alle esigenze sociali e familiari. Tuttavia la dottrina prevalente ha collegato la *lex* in oggetto a una vicenda personale dell'imperatore. La legge che abrogava la tutela legittima è stata infatti messa

⁶³⁵ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 106 e 108.

⁶³⁶ SVETONIUS, *Claudius*, 23; PLINIUS, *Epist.*, 9.13.16

in relazione con un *SC* emanato da Claudio nel 49 d.C., con il quale fu legalizzato il matrimonio fra zio e figlia del fratello. Lo scopo dell'imperatore era quello di sposare la nipote Agrippina minore, figlia del fratello Germanico, senza incorrere nel reato di incesto. In dottrina si è ipotizzato che potesse esistere un altro ostacolo da rimuovere prima delle nozze: Agrippina era *sui iuris*, perché il padre Germanico era morto nel 19 d.C. e il fratello Caligola era stato assassinato nel 41 d.C. . Si è creduto, quindi, che Claudio, agnato prossimo della donna, fosse anche il suo tutore. Considerato che anche il matrimonio fra tutore e tutelata era vietato, Claudio avrebbe emanato entrambe le norme *ad personam*.

Vi sono tuttavia studiosi che non sono persuasi da questa motivazione di carattere individuale. Fra le più recenti prese di posizione in tal senso ricordiamo quelle di Melillo e di Monaco.

Melillo⁶³⁷ pensa che il collegamento fra i due provvedimenti di Claudio non sia così evidente: innanzitutto si può considerare che, anche se Claudio era il suo *agnatus proximus*, Agrippina poteva non essere sotto la tutela dello zio, anche se non vi è traccia nelle fonti di un suo tutore testamentario; ma ciò non deve sorprendere, perché una tale notizia non era così importante da dover essere annotata dagli storici. Inoltre, come giustamente osserva l'autore, se la *lex* fosse servita a Claudio per uno scopo personale, Tacito, che aveva fortemente criticato la scelta dell'Imperatore di sposare la nipote, non avrebbe perso l'occasione di darne notizia. Non condivido l'idea di Monaco⁶³⁸, la quale pensa che la *lex Claudia* abbia abolito

⁶³⁷ MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 143ss.

⁶³⁸ MONACO L., *Hereditas et mulieres*, cit., 86.

la tutela agnatizia, ufficializzando una realtà in cui la finalità assistenziale si era radicata da molto tempo e la tutela *ex lege* aveva un'applicazione sempre più subordinata a quella testamentaria.

Ritengo, comunque, anch'io che un provvedimento di tale rilievo dovesse rispondere a un'esigenza ampiamente avvertita nel ceto dominante, che era però quella di consentire una maggiore autonomia a tutti i membri liberi della famiglia⁶³⁹. Proprio perché l'abolizione della tutela agnatizia *ex lege Claudia* interessava in primo luogo le famiglie delle classi dominanti, il legislatore ebbe certamente bisogno di un largo consenso.

Il *SC* summenzionato, invece, anche se provocò la riprovazione di alcuni, non ebbe nessun effetto generale, poiché concedeva una facoltà di cui i cittadini avrebbero potuto benissimo non avvalersi, come in effetti avvenne, salvo sporadici casi.

E' ora opportuno ricordare che la tutela agnatizia sulle *feminae* fu reintrodotta tre secoli dopo la sua abrogazione, ma solo limitatamente alle donne impuberi. Ciò si ricava dal confronto fra le due costituzioni imperiali in materia.

Costantino, in una Costituzione conservata in C. Theod. 3,17,2, aveva prescritto in termini che sembrano riferirsi a tutte le donne:

Idem A. et Caes. ad populum. In feminis tutelam legitimam et consanguineus patruus non recuset. Dat. Prid. Kal. Ian. Ipso A. VII. Et Caes. cons. Ista lex expositione non indiget.

⁶³⁹ Così MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 108, 125 e 144.

“Il fratello e lo zio non ricusino la tutela muliebre”

Il verbo al singolare non dà alla frase una costruzione propriamente corretta, ma non pare che *consanguineus* possa essere attribuito di *patruus*⁶⁴⁰.

Questa norma fu richiamata da Leone in una *Constitutio* del 472 d.C., che si legge nel *Codex*:

Cod. Iust. 5,30,3: *Constitutione divae memoriae Constantini lege Claudia sublata, pro antiqui iuris auctoritate salvo manente agnationis iure tam consanguineus (id est frater) quam patruus ceterique legitimi ad pupillarum feminarum tutelam vocantur.*
Leo A. Erythrio pp. <a. 472 D. k. Iul. Marciano cons.>

Leone ricorda la *Constitutio* costantiniana che aveva abrogato la legge Claudia, per ripristinare l'autorità del *ius* antico e mantenere il diritto di agnazione, ma solo con riferimento alle impuberi. L'Imperatore specifica infatti che il fratello e lo zio paterno, come tutti gli altri agnati, sono chiamati alla tutela delle *pupillae feminae*. *Tam consanguineus quam patruus* chiarisce anche ciò che ha voluto intendere Costantino. L'anomala espressione “*pupillarum feminarum*” mostra che Costantino e Leone vollero ripristinare la tutela agnatizia quale *munus* a vantaggio delle impuberi⁶⁴¹ in un periodo in cui, ormai, l'agnato non poteva riacquistare il ruolo potestativo di un tempo e le donne adulte non erano più sottoposte a tutela.

⁶⁴⁰ Diversamente MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, cit., 124.

⁶⁴¹ Cfr. BUCKLAND W.W., *A text-book of Roman law: from Augustus to Justinian*. (Third Edition revised by P. Stein), Cambridge 2007, 166.

4. Statuti municipali e tutela muliebre: *lex Irnitana*.

Tracce attestanti l'applicazione della tutela muliebre al di fuori dell'Urbe, oltre che nei papiri egizi, si ritrovano anche negli statuti dei municipi latini della provincia romana *Baetica* (l'odierna Andalusia). La più recente di queste Costituzioni locali è la cosiddetta "*lex Irnitana*", incisa su quattro tavole di bronzo⁶⁴², risalente al 90 d.C.. Lo statuto del municipio Flavio di Irni è, quindi, di poco successivo alle carte costituzionali delle vicine Salpensa e Malaca⁶⁴³. La *lex Irnitana*, a differenza dalle altre, ci è giunta quasi completa, anche se in essa è assente la numerazione in *capita*, ricavata dagli editori dagli statuti delle altre due città. Il contenuto pressoché identico delle tre *leges* fa supporre che si tratti di copie di un unico modello, convenzionalmente chiamato "*lex Flavia municipalis*" e attribuito a Domiziano; l'imperatore avrebbe, così, uniformato gli ordinamenti delle città spagnole, a cui era stato concesso il *ius latii* da Vespasiano tramite un editto, rinnovato da Tito e Domiziano stesso, come sembra risultare da vari *capita* della *lex Irnitana*⁶⁴⁴.

⁶⁴² Rinvenuta nel 1981, 130 anni dopo la scoperta della *lex Salpesana* e di quella *Malacitana*, ed edita, per la prima volta, da D'ORS A., *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)* (= *Pontificium Institutum utriusque Iuris Studia et Documenta* 7), Pontificia Universitas Lateranensis, Roma 1986.

⁶⁴³ la "*lex Salpensana*" e la "*lex Malacitana*" sono databili fra l'81 e l'84 d.C..

⁶⁴⁴ Si tratta di Irn. 21, 22, 23 e 97. In particolare nell'*incipit* del *caput* 22, identico a quello del *caput* 23 si legge: *Qui quaeue ex h(ac) l(ege) exue edicto Imp(eratoris) Caesaris Vespa[s]iani Aug(usti) Imp(eratoris)ue T(iti) Caes(aris) Vespasiani Aug(usti) aut Imp(eratoris) [C]aesaris Domitiani Aug(usti), p(atris) p(atriciae)*

I capitoli della *lex Irnitana* che trattano aspetti della tutela muliebre sono il XXII, con un accenno alquanto ambiguo all'istituto nell'ultimo capoverso, il XXVIII ed, in particolare, il XXIX.

4.1. Il “*ius tutoris optandi*”.

Partiamo dall'articolo XXII. È necessario premettere che, ai sensi del *caput* XXI, ai magistrati municipali, al termine della loro carica, era concessa, insieme alle loro famiglie: genitori, mogli, figli *in potestate* ed anche i nipoti e le nipoti, la cittadinanza romana tramite editto imperiale, come specificato nel capitolo successivo. Il capitolo XXII (= *lex Salpensana* XXII) sancisce che i neocittadini romani dovessero restare nella *manus*, *mancipium* o *potestas* in cui si trovavano prima di cambiare cittadinanza. A tali persone era dato anche il *ius tutoris optandi*, come se fossero nati o nate da cittadino romano:

...ius tutoris optandi habeto, quod haberet si a cive romanus ortus orta neque civitate mutatus mutata esset.

Da quanto si legge sembra, quindi, che gli istituti potestativi, *patria potestas*, *manus* e *mancipium*, già fossero propri dell'ordinamento giuridico municipale a

ciuitatem Romanam consecutus consecuta erit... Cfr. fra gli altri LAMBERTI F., “*Tabulae Irnitanae*”. *Municipalità e “ius romanorum”*, Napoli 1993, 231; LEBEK W.D., *La lex Lati di Domiziano (lex Irnitana): le strutture giuridiche dei capitoli 84 e 86*, in *ZPE* 97 (1993). 164 e nt.12.

differenza dello *ius tutoris optandi*, che sembra sia stato concesso per la prima volta dalla *lex Flavia municipalis*. La dottrina meno recente, a commento di Salp. XXII, ha riscontrato l'anomalia di aver dato il diritto di scegliere il tutore anche agli uomini oltre che alle donne, sostenendo che si sia trattato di un errore degli estensori, poiché la *tutoris optio* è un istituto applicabile alle sole donne. Dopo la scoperta della *lex Irnitana* gli studiosi hanno formulato altre supposizioni. Parte della dottrina ha ipotizzato che la legge imperiale-modello fosse più precisa rispetto agli statuti municipali, contenendo, probabilmente, tre diverse disposizioni: un comma relativo alla *patria potestas*, un altro che riguardava i rapporti coniugali, prevedendo anche la *tutoris optio*, e l'ultimo comma attinente alla proprietà degli schiavi, in connessione con il *caput* successivo, che regola i diritti di patronato⁶⁴⁵. Lamberti⁶⁴⁶, tuttavia, considera più suggestiva l'ipotesi di Sturm⁶⁴⁷ che ha visto nello *ius tutoris optandi* citato nel *caput* XXII una duplice concessione: al marito quella di dare il diritto di scegliere il tutore alla moglie nel suo testamento ed alla *uxor* la consequenziale *tutoris optio*. Sulla scia di questa ipotesi penso che il *ius tutoris optandi* previsto per l'uomo abbia riguardato, probabilmente, non solo il caso in cui il *pater familias* delegava alla *uxor* il diritto di scegliersi il tutore, ma anche la fattispecie in cui era lui stesso a scegliere il *tutor* per le sue sottoposte, moglie, figlie e nipoti, tramite *datio tutoris* testamentaria.

⁶⁴⁵ Così D'ORS A., *La ley Flavia municipal (texto y comentario)*, cit., 102 ss.

⁶⁴⁶ LAMBERTI F., “*Tabulae Irnitanae*”, cit., 71.

⁶⁴⁷ STURM F., *Civitatem romanam consequi et la protection des droits acquis dans la lex Irnitana*, in Fs. Wesener, Graz 1992, 484.

4.2. *Manumissio tutore auctore.*

Il capitolo 28, invece, non crea problemi d'interpretazione:

R(ubrica). De serv((i))is aput Iiviros manumittendis.

5 *Si quis munic*eps* municipi Flavi Irnitani, qui Latinus erit, aput Iivirum iuri dicundo eiuis municipi, servum suum servamve suam ex servitute((m)) in libertatem manumiserit, liberum liberamve esse iusserit, dum ne quis pupillus neve quae virgo mulierve sine tutoris auctoritate quem quamve manumitt*at*, liberum liberamve esse iubeat,...*

La norma si rivolge non ai cittadini romani, bensì ai soli abitanti Latini del municipio Flavio irnitano, prevedendo la *manumissio* dei loro schiavi dinnanzi ai duoviri. Il *caput* specifica che, se il *dominus* era un pupillo, una fanciulla o una donna, avrebbe dovuto compiere la *manumissio tutore auctore*. Lamberti⁶⁴⁸ pensa che i cittadini romani non potessero liberare i loro servi presso i duoviri, poiché dovevano utilizzare le *manumissiones iure civili*. Tuttavia mi pare che la liberazione di uno schiavo presso i Iiviri si possa considerare per analogia un'applicazione della *manumissio vindicta*. Nel testo, probabilmente, si è voluto solo specificare che la *latinitas* propria dei patroni sarebbe stata riconosciuta anche ai liberti, come ben osserva la stessa Lamberti⁶⁴⁹: infatti, nel proseguo del testo (ll.11s.) si legge che *uti qui optum*o* iure Latini libertini liberi sunt erunt*. Quindi non mi sembra che si debba escludere che anche i cittadini romani residenti ad Irni potessero manomettere i loro schiavi *in iure* nel municipio, però, si

⁶⁴⁸ LAMBERTI F., “ *Tabulae Irnitanae*”, cit., 54.

⁶⁴⁹ LAMBERTI F., “ *Tabulae Irnitanae*”, cit., 56.

potrebbe ipotizzare che i liberti, in tal caso, non avrebbero ottenuto la cittadinanza romana.

4.3. Il *ius tutoris dandi* dei duoviri.

Irn. XXIX (= Salp. XXIX) rubricato “la nomina di tutori” dà nuove informazioni su questo tema, perché sembra attestare che la *lex Flavia municipalis* attribuisse il *ius tutoris dandi* ai magistrati municipali della provincia *Baetica*, derogando alla disciplina generale, tramandataci da Gai.1,185, che dava al solo *praeses provinciae* la competenza di *dare tutorem ex lege Iulia et Titia*:

15 *R(ubrica. De tutorum datione.*

Quoi tutor non erit incertusve erit, si is eave municeps municipi Flavi Irnitani erit, et pupillus pupillave non erit, et a Iiviro iure dicundo eiius municipi postulaverit, uti sibi tutorem det, <et> eum quem dari velit nominaverit, tum is, a quo ita postulatum erit, sive unum
20 *sive plures collegas habebit, de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines eiius municipi erit, causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit, tutorem dato. Sive is eave, cuius nomine ita postulabitur, pupillus pupillave erit, sive is, a quo postulatum erit, collegam non habebit, collegave eius in eo municipio*
25 *intrave fines eiius municipi nemo erit, tum is, a quo ita postulatum erit, caus cognita, in diebus X proximis, ex decreto decurionum, quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint, factum erit, eum, qui nominatus erit, quo ne a iusto tutore tutela abeat, ei tutorem dato. Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, quo ne a iusto*
30 *tutore tutela ((h))abeat, tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romano tutor esset.*

La norma sembra essere destinata a tutti gli abitanti del municipio, latini e cittadini romani. Quando qualcuno non

aveva un *tutor* o ci fossero stati dubbi su chi dovesse essere *tutor* la competenza a decidere spettava ai duoviri.

4.3.1. *Datio tutoris* alla donna.

Mi soffermerò maggiormente sull'analisi del primo capoverso del capitolo (ll. 17-22), che sembra prevedere una procedura più celere di *datio tutoris* a vantaggio della *mulier*, poiché il *caput* è rivolto “a chi non sia pupillo o pupilla”. Questa è l'opinione generalmente accolta in dottrina⁶⁵⁰. È anomalo⁶⁵¹ l'utilizzo della perifrasi “*et pupillus pupillave non erit*” invece di “*mulier*”; ma penso che forse si sia voluto sottolineare che i pupilli non potevano accedere alla procedura illustrata nel primo capoverso, dal momento che, per dare a loro un tutore, era previsto un altro procedimento, enunciato nella seconda parte del *caput*. Il maschile ed il femminile, quindi, potrebbero essere stati impiegati per evitare fraintendimenti, anche se era ovvio che quello che valeva per l'impubere dovesse valere anche per la pupilla. A conferma di ciò rilevo che anche al *caput* XXVIII, presumibilmente con lo stesso fine, è stato scritto “*ne quis pupillus neve quae virgo*”. Tornando all'analisi del procedimento di *datio tutoris* muliebre (ll. 17-22), si legge che la donna adulta poteva rivolgersi a un *duumvir iure*

⁶⁵⁰ Cfr. LAMBERTI F., “*Tabulae Irnitanae*”, cit., 285 e nt.31. Resta isolata l'opinione di SOLAZZI S., *Il consenso del tutor mulieris*, cit. = *Scritti* II, cit., 419 e nt.38, il quale aveva pensato che, oltre alle donne, il primo comma si sia riferito anche alla cura dei maschi minori di 25 anni.

⁶⁵¹ MAININO G., *Riflessioni intorno al caput XXIX della lex Irnitana*, in *SDHI* (2006), 375.

dicundo del suo municipio, chiedendo che nominasse tutore l'uomo da lei indicato. Era necessario per la procedura *de quo* che il magistrato, il quale aveva ricevuto la richiesta, avesse uno o più colleghi nel suo municipio, perché la *datio tutoris* doveva essere preceduta da una fase collegiale obbligatoria⁶⁵²: solo se vi era il parere favorevole di tutti i colleghi, il duoviro, esaminata la questione, qualora lo ritenesse opportuno, avrebbe dato come tutore colui che la donna aveva proposto.

4.3.2. Il procedimento *ex decreto decurionum*.

Questa procedura costituiva l'eccezione rispetto al procedimento previsto alle ll. 23-28, detto "*ex decreto decurionum*". Tale procedura era più rigorosa (ll. 25-29): il duoviro, entro 10 giorni dalla richiesta, *post decretum decurionum*, votato dalla curia a maggioranza qualificata, nominava tutore colui che gli era stato segnalato, dopo aver verificato che la tutela non spettasse a un tutore legittimo.

Questo procedimento si applicava in tutti i casi diversi da quello delle ll. 17-22: se la *tutela mulierum* era richiesta al magistrato *collega absente* e se ad essere senza tutore erano un pupillo o una pupilla. Mainino⁶⁵³ specifica che il tutore doveva essere dato *ex decreto decurionum* all'impubere anche se la richiesta era stata presentata direttamente dall'incapace, dimostrando sulla base di altre fonti, anche provinciali, che il pupillo non *infans* poteva

⁶⁵² MAININO G., *Riflessioni intorno al caput XXIX*, cit., 380 e 385.

⁶⁵³ MAININO G., *Riflessioni intorno al caput XXIX*, cit., 387.

avanzare tale richiesta. Mi pare che le ll. 22 s. dell'articolo in questione escludano che nel municipio di Irni i pupilli potessero *postulare tutorem* personalmente. Mainino, inoltre, ritiene che il procedimento *de quo* abbia riguardato anche il caso in cui la donna avesse richiesto la *tutoris datio* tramite un terzo; tuttavia mi sembra che anche questo caso afferisca alla procedura descritta alle ll. 17-22. Infatti, si legge alle ll.22 e 23 che il procedimento *ex decreto decurionum* si applicava solo nel caso in cui la richiesta fosse stata presentata in nome e per conto di chi fosse pupillo o pupilla, quindi non *mulier*: l'unica fattispecie in cui alla *postulatio* muliebri era applicato il procedimento “*ex decreto decurionum*” era quella in cui fosse presente un solo duoviro nel municipio. Il caput XXIX prosegue con una postilla generale: “Chiunque fosse stato scelto come tutore ai sensi di questa legge, a condizione che la tutela non spettasse a un tutore legittimo, sarebbe stato *iustus tutor* come lo era l'*adgnatus proximus*, cittadino romano, nei confronti di un altro cittadino romano”. Sappiamo che la clausola “*quo ne a iusto tutore tutela abeat*” (ll. 28 e 30) valeva anche in caso di *datio tutoris* alla *mulier*, come si è visto nei papiri egizi⁶⁵⁴. Infatti, anche se la *lex Claudia* aveva abolito la tutela agnatizia per le donne, erano ancora in vigore le tutele del patrono e del *parens manumissor*⁶⁵⁵. L'analogia fra *iustus* tutore decretale e tutore agnatizio (ll. 30 s.), invece, sempre ai

⁶⁵⁴ La stessa formula si scorge anche nelle iscrizioni esaminate da ARANGIO- RUIZ V., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, cit., 4,13 e 16; la seconda tavoletta ercolanese ci è giunta ancor più incompleta rispetto a quella presa in esame *infra*.

⁶⁵⁵ LAMBERTI (F., “*Tabulae Irnitanae*”, cit., 287 nt.33) attribuisce *tout court* la verifica “*quo...abeat*” ai soli casi di tutela decretale data ai pupilli.

sensi della *lex Claudia de tutela mulierum*, riguarda solo gli impuberi.

4.3.3. Questioni relative al *caput XXIX*.

La dottrina ha cercato di capire per quale ragione il capitolo XXIX degli statuti di Salpensa e Irni sia strutturato in modo così poco lineare e ridondante ed ha concluso che i redattori della *lex municipalis*, verosimilmente, avrebbero modificato il dettato di uno statuto locale già esistente, che già prevedeva la *datio tutoris* dei duoviri, adattandolo alle direttive imperiali, che imponevano cambiamenti in considerazione dell'ammorbidente della disciplina della tutela muliebre. Il capitolo preso a modello potrebbe essere il 109 della *lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis* del 44 a.C., colonia *civium romanorum* della *Baetica*, che, seppur mutilo, non sembra aver disposto due procedure diverse per la nomina del tutore per la donna e per i pupilli⁶⁵⁶:

Ilvir qu[...]/esto. vacat/ Cui pupillo pupill[ae mulierive col(onis) col(oniae) Gen(etivae) Iul(iae) in His]/pania tutor no[n erit incertusve erit, si is pupill]/llus eace pup(illa) mul[ierve at Ilvir(um) adierit et pos]/tulabit uti sibi tu[torem det et nominabit quem tuto]/rem sibi dari v[olet, tum is Ilvir a quo ita pos]/tulat[um erit...

⁶⁵⁶ Cfr. LAMBERTI F., “*Tabulae Irnitanae*”, cit., 60 e nt. 153.

Non è dato di sapere quali siano i tratti di quest'unica procedura. Arangio-Ruiz⁶⁵⁷ ha supposto che fosse quella “*ex decreto decurionum*”.

Sempre Arangio-Ruiz ha dimostrato, attraverso l'analisi di una tavoletta⁶⁵⁸ rinvenuta ad Ercolano, che anche nelle colonie e nei municipi italici i magistrati locali avevano la competenza di *dare tutorem*.

Infatti la tavoletta, seppur incompleta, conferma che, negli anni vicino al 79 d.C., i duoviri avevano il *ius tutoris dandi*; la riporto con le integrazioni di Arangio- Ruiz:

CASSIUS CR[ispu]S II VIR
EX DECURIONUM DECRE[to,
quo ne ab] IUSTO TUTORE [tutela
abeat, ex] LEGE IULIA
[et Titia dixit:
aresc]USAE(?). Q. VIBIDI[us]
[A]MPLIATUS SIT TUTO[r].

La legge che avrebbe stabilito il *ius tutoris dandi* dei magistrati municipali in Italia sembra essere la *lex Iulia et Titia* del 31 a.C., la stessa che ha previsto la competenza dei governatori nelle province. Arangio-Ruiz⁶⁵⁹ sottolinea l'importanza della scoperta perché, prima, gran parte della dottrina credeva che in Italia si applicasse la *lex Atilia*

⁶⁵⁷ ARANGIO-RUIZ V., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, cit., 12.

⁶⁵⁸ L'ha pubblicata per primo DELLA CORTE, in *La parola del passato* VI (1951) n.13 p.228.

⁶⁵⁹ ARANGIO-RUIZ V., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, cit., 10s.

come a Roma e non la *lex Iulia et Titia*, dato che Gaio⁶⁶⁰ collega il disposto di tale legge solo allo *ius tutoris dandi* del governatore provinciale. La tavoletta in esame attesta pure che per la donna era prevista la procedura *ex decreto decurionum*; ma non è dato sapere se si tratti di un caso analogo a Irr. XXIX(= Salp. XXIX) ll. 23-25, in cui il magistrato adito non aveva colleghi o gli stessi erano assenti, oppure ad essere applicato fosse un regime precedente alla *lex Salpensana*. Inoltre la tavoletta conferma che anche in Italia il magistrato verificava “*quone ab iusto tutore tutela abeat*”, accertamento necessario per evitare che i tutelati, soprattutto le donne, cercassero di sfuggire alla tutela legittima facendosi assegnare un altro tutore dal magistrato⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Gai.1,185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum lege Iulia et Titia.*

⁶⁶¹ Cfr. ARANGIO-RUIZ V., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, cit., 16.

5. Critica gaiana alla giustificazione storica dell'istituto in rapporto alla realtà del suo tempo.

Gaio, nelle Istituzioni, non si limita a descrivere i vari aspetti della tutela muliebre, ma, in uno degli ultimi paragrafi, ci informa di come l'istituto trovava applicazione nel II d.C.:

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.

Il giurista antoniniano giustifica pienamente, nel paragrafo precedente⁶⁶², la *tutela impuberum*, rispondente alla *naturalis ratio*, ma, di contro, denuncia la speciosità e l'invalidità di quella comunemente addotta a spiegazione della sottoposizione delle *mulieres puberi* a tutela. La leggerezza d'animo che rende le donne facilmente ingannabili, costituiva il motivo per cui era equo che fossero guidate dall'*auctoritas* del tutore, ma, ormai, nel II d.C., Gaio ne denuncia la speciosità; l'argomento del giureconsulto si fonda sul fatto che le donne trattavano in modo autonomo i loro affari ed in alcuni casi il tutore

⁶⁶² Gai.1,189: *Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali ratione conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.*

interponeva il suo consenso solo *pro forma*, essendo spesso, addirittura, costretto dal pretore a prestare l'*auctoritas*.

Questo passo gaiano è stato variamente interpretato in dottrina.

Secondo Maschi⁶⁶³ Gaio lascia intendere che la ragione su cui si fondava l'istituto fosse diversa da quella *quae vulgo creditur*, ma Zannini⁶⁶⁴ aggiunge che il giurista, come gli altri autori di età classica, non conosceva il vero motivo per il quale, anticamente, si era deciso che la donna *sui iuris* dovesse sottostare ad una tutela perpetua. Tuttavia, a parere di chi scrive, se, come si è sostenuto in precedenza, i giuristi di epoca repubblicana e classica insistevano nel ribadire l'inferiorità femminile, anche in contesti diversi da quello tutelare, non era certo perché non si rendessero conto del grado di emancipazione raggiunto dalle donne già in epoca medio repubblicana e, di conseguenza, del fatto che la tutela serviva esclusivamente a garantire gli interessi della *familia* agnaticia. Gaio, probabilmente, non fu l'unico ad accorgersi dell'obsolescenza di quella giustificazione, ma, per quanto ne sappiamo, fu il solo a segnalare.

L'analisi del paragrafo in esame, a confronto con il precedente § 144, ha dato luogo ad opinioni dottrinarie non concordanti: Solazzi⁶⁶⁵ coglie una disarmonia fra Gai.1,144 ed il paragrafo 190, perciò crede che *aequuum...erat* non sia genuino come anche *propter animi levitatem* del § 144, che sarebbero, quindi, da considerarsi rimaneggiamenti di

⁶⁶³ MASCHI C.A., *Il diritto romano*, cit., 173.

⁶⁶⁴ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, 38 nt.16 e 67 s. Cfr. anche FAYER C., *La familia romana*, cit., 532.

⁶⁶⁵ SOLAZZI S., "*Infirmetas aetatis*" e "*infirmetas sexus*", cit., 376 s. e nt. 62.

un glossatore postclassico, il quale cercava una *ratio* almeno per l'antico istituto. Nel discorso gaiano non vi sono due atteggiamenti in contrasto fra loro, tanto da dover epurare i paragrafi per armonizzare il pensiero di Gaio. La critica gaiana, a parere di chi scrive, riguarda solo il suo tempo; infatti, analizzando a fondo le sue parole, ci si accorge che sembra non voler respingere questa *ratio* per l'epoca antica; motivo per cui Gaio scrive che *aequum erat eas tutorum auctoritate regi*, usando il verbo all'imperfetto. Zannini, invece, pensa che la critica gaiana riguardi anche il passato. Quadrato, dal canto suo, crede che il giureconsulto abbia iniziato nel § 144 a combattere la mentalità diffusa che discriminava la donna, già scegliendo "*levitas animi*" al posto di "*infirmitas sexus*", nel tentativo di "contestare il pregiudizio di una differenza naturale tra uomo e donna"⁶⁶⁶. Si concorda con Rizzelli⁶⁶⁷ che non vede in Gaio un "*femminista ante litteram*", dal momento che le sue affermazioni sono circoscritte al tema della *tutela mulierum*. Quadrato e Rizzelli citano increduli Samter⁶⁶⁸ che, nei primi del novecento, era arrivato a chiedersi se Gaio non fosse una donna, come se un uomo non potesse ammettere l'innegabile inattualità, nel II sec. d.C., dei limiti privatistici che riguardavano le *mulieres*.

⁶⁶⁶ QUADRATO R., *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, cit., 187.

⁶⁶⁷ RIZZELLI G., *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet* (Sen. contr. 2.7.3). *Donne, passioni, violenza*, in LUCREZI F., BOTTA F., RIZZELLI G., *Violenza sessuale e società antiche: profili storico-giuridici*, Lecce, 2003, 106 nt.3.

⁶⁶⁸ RIZZELLI G., *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, cit., 37 e nt. 60; QUADRATO R., *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, cit., 194 nt. 198.

Il giureconsulto, in effetti, si limita a considerare che, nella sua epoca, le *mulieres* avevano raggiunto l'autonomia negoziale; inoltre Gaio descrive l'*auctoritas* come un mero requisito formale per la validità degli atti muliebri, ormai svuotato della sua originaria *vis*⁶⁶⁹. Questi sono i motivi per cui nessuna ragione valida sembrava giustificare, agli occhi dell'autore, che le donne puberi fossero sottoposte a tutela. L'istituto non corrispondeva alla realtà socio-economica del II sec. d.C.⁶⁷⁰. Quindi Gaio non critica solo la *ratio* apparente della tutela muliebre, omettendo, come pensa una parte della dottrina, di menzionare quella reale, ma mette in dubbio l'opportunità dell'esistenza della tutela stessa, ridotta, ormai dal Principato, ad una mera formalità⁶⁷¹: sembra dirci che, a suo parere, l'istituto dovrebbe essere abrogato.

Schulz e Biondi⁶⁷², infatti, dipingono la tutela di epoca classica come un istituto irrazionale. Tellegen Couperos⁶⁷³ vuole ribaltare questa visione della tutela, cercando di dimostrare che poteva costituire dei vantaggi per la donna, fra cui quello di annullare la vendita ai sensi della *constitutio Rutiliana*, come attestato da Paolo in fragm. Vat.1. L'autrice crede, così, di poter smentire anche la funzione esclusiivamente patrimoniale della tutela messa

⁶⁶⁹ ZANNINI P., *Studi sulla tutela*, I, cit., , 36 nt.10.

⁶⁷⁰ FAYER C., *La familia romana*, aspetti giuridici ed antiquari, I, cit., 531.

⁶⁷¹ LAMBERTI F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, in AA.VV. (cur. G. Urso), *Moneta mercanti banchieri. I precedenti romani dell'Euro*. Atti del Convegno Internazionale Cividale del Friuli 26-28 settembre 2002 (Pisa 2003), 311.

⁶⁷² SCHULZ F., *Classical Roman Law*, cit., 180, 189; BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II, cit., 210.

⁶⁷³ TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Tutela mulierum, une institution rationnelle*, cit., 429.

in luce da Zannini, scorgendo in questo aspetto una protezione per la donna. Tuttavia, la fonte citata, come si è avuto modo di accennare⁶⁷⁴, ha come oggetto principale l'*usucapio* che la donna non avrebbe di certo annullato, avendo l'evidente interesse di perfezionare la vendita della *res mancipi* alienata senza il consenso del tutore.

5.1. Pudentilla la moglie di Apuleio: un caso concreto a confronto con Gai. 1,190.

Una donna abbiente, che incarna la realtà descritta da Gaio e che visse proprio all'epoca degli Antonini, è Aemilia Pudentilla, moglie del filosofo Apuleio. Il marito riferisce precise informazioni di interesse giuridico riguardo all'entità e all'ammontare del patrimonio della moglie nella sua *Apologia pro se de magia*, orazione che il filosofo aveva pronunciato in prima persona, dinnanzi a Claudio Massimo, governatore della provincia dell'Africa preconsolare, ed al suo Consiglio, con l'intento di discolarsi dall'accusa di aver circuito con arti magiche la ricca vedova al fine di farsi sposare, per trarne vantaggi economici. L'imputazione era stata sollevata da Sicinio Emiliano, fratello del primo marito di Pudentilla, in nome di Sicinio Pudente, il figlio minore della donna⁶⁷⁵; Emiliano in questo modo non rischiava di essere accusato di calunnia⁶⁷⁶. Pudentilla, *mulier locupletissima*⁶⁷⁷,

⁶⁷⁴ p. 77 con Fr. Vat.1 alla nt. 173.

⁶⁷⁵ Si trattava di un'accusa molto pesante; una condanna ai sensi della *lex Cornelia de sicariis et veneficis* avrebbe comportato la pena di morte.

⁶⁷⁶ APULEIUS, *Apol.*, 2,3.

⁶⁷⁷ *Apol.*, 91,7.

apparteneva ad una delle famiglie di classe senatoria più ricche di Oea. La donna fu *sui iuris* già prima delle prime nozze con Sicinio Amico ed aveva come tutore Cassio Longino⁶⁷⁸, uomo serio e molto scrupoloso, chiamato dall'oratore a confermare di aver autorizzato l'acquisto di un podere da parte di Pudentilla con la spesa di 60.000 sesterzi e che il bene era intestato alla donna non ad Apuleio, come confermato anche dall'atto di acquisto e dal pagamento delle imposte⁶⁷⁹. Il marito dimostra di non aver ricevuto alcun vantaggio economico dalle nozze; infatti, persino la dote di 300.000 sesterzi gli era stata solo promessa e lui si era già obbligato, nel contratto nuziale, a restituirla ai figli della moglie, nel caso fosse sopraggiunta una qualsiasi causa di scioglimento del matrimonio⁶⁸⁰. La *dotis promissio* era esigua, se si considera che il patrimonio muliebre era di 4.000.000 di sesterzi⁶⁸¹.

Pudentilla era proprietaria di vasti e organizzati possedimenti terrieri oggetto di colture estensive ed intensive⁶⁸², amministrate da fattori addetti alle pecore e ai cavalli con un ingente numero di servi rustici. La donna controllava e sottoscriveva con estrema attenzione i conti presentatili dal personale al suo servizio⁶⁸³. Facevano parte del patrimonio anche immobili urbani, fra cui almeno due *domus* con annesse *familiae urbanae*, una a Oea e una a Sabrata, una delle quali sfarzosamente arredata e con la biblioteca⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ *Apol.* 101.4-6.

⁶⁷⁹ *Apol.*, 101.

⁶⁸⁰ *Apol.*, 91.7 e 8; 92.1.

⁶⁸¹ *Apol.*, 71.6.

⁶⁸² *Apol.*, 93.4.

⁶⁸³ *Apol.*, 87.7.

⁶⁸⁴ Cfr. LAMBERTI F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, cit., 313 s. e ntt. 64 e 68.

Pudentilla era, pure, amministratrice fiduciaria di un lascito destinato dall'avo paterno ai figli: era riuscita, con la consueta avvedutezza nel gestire gli affari, anche ad incrementare tale patrimonio oltre che a preservarlo⁶⁸⁵. Subito dopo il matrimonio, Apuleio la esortò con insistenza, con il fine di ristabilire la concordia fra madre e figli, contrari alle nozze, a consegnare loro il legato, oltre a donare loro, come anticipo sulla successione, per rassicurarli sulle loro aspettative ereditarie, numerosi e fertili poderi, coltivati con grano, orzo, vite e olivi, capi di bestiame, una *domus* urbana⁶⁸⁶, derrate alimentari e 400 schiavi⁶⁸⁷. I figli contavano sulle ricchezze materne, perché l'eredità del nonno era esigua⁶⁸⁸. Per le nozze di Ponziano e la cerimonia per la toga virile di Pudente, la madre aveva previsto regalie pari a 50.000 sesterzi per la popolazione di Oea⁶⁸⁹. Probabilmente fu lei ad accordarsi con Rufino, il padre della moglie di Ponziano in merito alla dote di 400.000 sesterzi, per la quale il suocero si indebitò⁶⁹⁰. Pudentilla era, quindi, molto esperta nella gestione degli affari e salvaguardava abilmente i propri interessi e quelli dei figli. La sua abilità non era comune a tutte le donne ma nemmeno propria di ogni uomo. La testimonianza di Apuleio conferma l'asserzione di Gaio, suo

⁶⁸⁵ *Apol.*, 70.6.

⁶⁸⁶ Non si può stabilire se si trattasse della casa dove aveva abitato con i figli. Pudente aveva scacciato, con la complicità di alcuni amici, la madre dalla casa donatagli Cfr. *Apol.*, 100.4.

⁶⁸⁷ *Apol.*, 93.4. Il primogenito morì prematuramente, quindi la sua quota tornò alla madre.

⁶⁸⁸ *Apol.*, 71.5.

⁶⁸⁹ *Apol.*, 87.10.

⁶⁹⁰ *Apol.*, 92.2.

contemporaneo, a riprova che, a quel tempo, la *levitas animi* femminile costituiva, ormai, solo un *topos*⁶⁹¹.

⁶⁹¹ Cfr. LAMBERTI F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, cit., 320.

6. La madre tutrice e la scomparsa della *tutela mulierum*.

Come abbiamo visto, la *tutela mulierum*, in epoca classica, era ormai considerata un antico istituto sempre più privo di efficacia a causa del susseguirsi degli interventi giurisprudenziali e legislativi esaminati.

Le ultime leggi in materia di tutela muliebre furono due editti di Diocleziano, del 293 e 294 d.C., conservati nei *Fragmenta vaticana* 326 e 327, in cui si ribadiva che la donna adulta poteva nominare un *procurator sine tutoris auctoritate*. La legislazione di Costantino non si è occupata dell'istituto.

Buona parte della dottrina pensa che la tutela della donna sia scomparsa definitivamente, quando, con la costituzione del 410 d.C., Onorio e Teodosio concessero lo *ius liberorum* a tutti i cittadini dell'impero. Tuttavia la tutela deve essere venuta meno qualche decennio prima, considerato che nel 390 d.C. una costituzione riconobbe alle madri la capacità di essere tutrici dei propri figli legittimi a determinate condizioni:

C.5,35,2: *Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis sacramento praestito ad alias se nuptias non venire. 1. Sane in optione huiuscemodi nulla cogitur, sed libera in condiciones quas praestituimus voluntate descendat: nam si malunt alia optare matrimonia, tutelas filiorum administrare non debent. 2. Sed ne sit facilis in eas post tutelam iure susceptam inruptio, bona eius primitus, qui tutelam gerentis adfectaverit nuptias, in obligationem venire et teneri abnoxia rationibus parvulorum praecipimus, ne quid*

incuria, ne quid fraude depereat. 3. His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tunc demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor testamentarius vel legitimus defuerit vel privilegio a tutela excusetur vel suspecti genere submoveatur vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur. 4. Quod si feminae tutelae refugerint et praeoptaverint nuptias, tunc demum vir illustris praefectus urbis adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt.< a. 390 D. XII k. Febr. Mediolano Valentiniano A. III ET Neoterio cons.>

Valentiniano, Teodosio e Arcadio stabilirono che la vedova potesse proporsi come tutrice, per amministrare la tutela nell'interesse dei figli, giurando di non contrarre nuove nozze, al fine di evitare frodi, incurie ed ingerenze nella tutela. Se qualcuno voleva sposare una donna che stesse amministrando la tutela dei figli doveva ipotecare i propri beni e conservarli nell'interesse dei pupilli stessi. Ulteriori requisiti erano necessari: la donna doveva essere maggiorenne e non doveva esserci nessuno che potesse essere tutore legittimo degli impuberi oppure lo stesso doveva essere stato esonerato, rimosso o dichiarato inidoneo alla tutela. I legislatori, da ultimo, specificano che se la donna ricusava di gestire la tutela, perché preferiva risposarsi, il prefetto *urbis* si sarebbe rivolto al *praetor tutelaris*, o ai giudici in provincia, che avrebbero nominato un *extraneus* come *tutor*.

Ai nostri fini è bene evidenziare che si trattava della tutela decretale *ex lege Atilia*, che interveniva in aiuto del minore senza tutore. Quindi si deve ritenere che, a quel tempo, le

donne non fossero più considerate sottoposte a tutela; altrimenti non sarebbe stato possibile affidare loro la tutela della prole. Non è infatti possibile che la *mater* potesse essere costretta a chiedere l'intervento tutorio per alcuni atti di disposizione del suo patrimonio e che, d'altro canto, fosse chiamata ad agire in nome e per conto dei pupilli, prestando l'*auctoritas* per gli atti riguardanti il loro patrimonio.

E' d'altronde possibile trovare nelle fonti indizi a prova del fatto che già da tempo le madri cooperavano con i tutori nella gestione dei beni degli impuberi: forse già dalla fine del II a.C., in base a quanto scritto da Livio XXXIX, 9 in merito alla condizione del giovane Ebuzio *sub tutela Duroniae matris et vitrici T. Sempronii Rutili*⁶⁹².

Tale collaborazione spesso nasceva per volontà paterna, come si evince dalle fonti⁶⁹³ e, in particolare, da un responso di Papiniano, riferito da Ulpiano:

D.26,7,5,8 (Ulpianus, *libro trigesimoquinto ad edictum*): *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.*

In questo caso il padre voleva che la tutela dei figli fosse amministrata con il contributo della madre, sollevando da

⁶⁹² Vd. nt. 346 . Cfr. CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR* 67 (1964), 156 nt.8.

⁶⁹³ Paul. *Sent.* 1,4,4; Paul. *Sent.* 2,11,2; C. 4, 29, 6pr.; C. 5,46,2; C. 5,51,9; D. 3, 5,30 (31),6.

ogni responsabilità i tutori. Papiniano ritiene inammissibile una simile disposizione, affermando che a uomini coscienti sarebbe stato utile dare ascolto ai buoni consigli materni, anche se tale parere non poteva sollevare i tutori dalla responsabilità tipica del loro *ufficiū* e nemmeno avrebbe potuto farlo la volontà testamentaria del padre. Il volere privato non poteva modificare l'assetto giuridico della tutela⁶⁹⁴. La madre controllava l'operato dei tutori e li consigliava sull'amministrazione, ma non poteva prestare l'*auctoritas* agli atti, essendo tale funzione di competenza esclusiva dei *tutores*.

In un caso presentato a Scevola, il cui *responsum* è conservato nel Digesto, la madre, invece, sembra essersi comportata come tutrice nei confronti della figlia impubere:

D.46,3,88 (Scaevola, *libro quinto digestorum*): *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*

⁶⁹⁴ MASIELLO T., *La donna tutrice, modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, cit., 86.

administrationis non habebat: ideoque si hoc sciebant, non liberantur, scilicet si mater solvendo non sit.

La pupilla aveva ricevuto i beni paterni *ab intestato*. Nel testo non sono menzionati i tutori della fanciulla, perciò si suppone che non ne avesse. La madre incaricò dei banchieri di vendere parte dell'eredità all'asta e l'affare andò a buon fine. La donna amministrò in prima persona il patrimonio per conto della figlia per 9 anni e, quando la diede in sposa, le trasferì i beni. Fu chiesto a Scevola se la figlia avrebbe potuto agire contro i banchieri, dal momento che non aveva stipulato lei il prezzo della vendita ma la madre. Il giurista rispose che i banchieri erano liberati dal pagamento. Una nota di Trifonino, se la si vuole considerare genuina⁶⁹⁵, informa che la madre non aveva il *ius administrationis*. Giuridicamente quella della madre non era una tutela ma una *gestio*⁶⁹⁶, tuttavia il fatto che la pupilla non avesse tutori porta a credere che questa fattispecie costituisca una testimonianza in favore della possibilità che le madri potessero esercitare la tutela già in epoca classica⁶⁹⁷. Il fatto che la madre abbia agito in nome e per conto della figlia per nove anni fa pensare che il suo ruolo di tutrice non sia stato messo in dubbio, anche se la donna, per amministrare *legitime* i beni della figlia priva di tutori, non avrebbe dovuto trascurare di *postulare* per sé la tutela, per ottenere la relativa *confirmatio*. La madre avrebbe ottenuto il *ius administrationis* e, quindi, la tutela, solo con *postulatio* e *confirmatio*, come si evince da un

⁶⁹⁵ Ampia bibliografia si esprime in senso contrario, quanto meno per l'inciso *ideoque – sit*. Vd. CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, cit., 112 ntt. 93 e 94.

⁶⁹⁶ MASIELLO T., *La donna tutrice*, cit., 52.

⁶⁹⁷ CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, cit., 111ss.

passo di Nerazio, il quale sembra confermare che già all'inizio del II d. C. le madri potessero chiedere per sé all'Imperatore l'affidamento della tutela dei propri figli⁶⁹⁸:

D.26,1,18 (Neratius, *libro tertio regularum*): *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

La *postulatio* materna poteva essere accolta solo in alcuni casi particolari ed eccezionali. Può darsi che il giurista abbia voluto alludere ai requisiti e alle condizioni spiegate due secoli dopo nella *Constitutio*. È chiaro che si trattava di un'eccezione prevista solo per le madri; Nerazio, in effetti, esordisce con il principio in base al quale le donne non potevano essere scelte come tutori, perché la tutela era un ufficio virile.

D.26,1,16pr. (Gaius, *libro duodecimo ad edictum provinciale*): *Tutela plerumque virile officium est.*

La stessa regola generale è ribadita da Gaio, che con un *plerumque* apre la strada, probabilmente, ai casi particolari considerati da Nerazio.

È possibile che nello *specialiter* neraziano fossero implicite tutte le condizioni e i requisiti presenti nelle Costituzioni successive; si può ipotizzare che l'istante, inoltre, dovesse avere il *ius liberorum*, in modo da non essere sottoposta lei stessa a tutela, per essere idonea ad

⁶⁹⁸ CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, cit., 98 ss., 127; MASIELLO T., *La donna tutrice*, cit., 7 ss., 11 ss.

essere tutrice della prole: una condizione non poteva che escludere l'altra. La tutela muliebre, infatti, era in vigore ai tempi di Traiano, dato che l'istituto era ancora operante in epoca gaiana.

Sul finire del IV d.C., invece, la tutela *mulierum* era scomparsa altrimenti, fra i requisiti per affidare la tutela alla madre, sarebbe stato richiesto anche che l'istante fosse libera dalla tutela.

I passi del Digesto di cui sopra, tuttavia, non sono in accordo con il rigore dimostrato da Alessandro Severo in un rescritto:

C.5,35,1: *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est.*
Alex. A. Otaciliae. <a. 224 pp. X k. Oct. Iuliano et Crispino cons.>

Nel libro quinto del *Codex Iustinianus* al titolo 35, “*quando mulier tutelae officio fungi potest*”, lo stesso della successiva Costituzione del 390 d.C., è conservato questo *rescriptum*, con cui Alessandro Severo respingeva la richiesta di Otacilia, che si proponeva come tutrice. In questo caso la regola generale del *virile munus* è menzionata non per annunciare eccezioni, ma per ricordare che la tutela non era un *officium* muliebre. Lo stesso imperatore, nel proseguo del rescritto, che si legge al titolo 31 del *Codex*, “*qui petant tutores vel curatores*”, ricorda ad Otacilia che le madri avevano l'obbligo di chiedere i tutori per i figli e il dovere di sorvegliare sul loro operato:

C.5,31,6: *Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed et observare, ne quid secus quam oportet in re filii pupilli agatur. Petendi*

autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est, cum puberes minores anno vicesimo quinto ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant.
Alex. A. Otaciliae. <a. 224 pp. X k. Oct. Iuliano et Crispino cons.>

L'opinione dottrinale dominante⁶⁹⁹, ravvisando il contrasto fra quanto riferito da Gaio e Nerazio e la decisione di Alessandro Severo, sostiene che i passi del Digesto siano stati rimaneggiati dai compilatori, per coordinarli con la legislazione del 390 d.C.; si esclude, così, che la madri potessero essere tutrici dei propri figli prima della fine del IV d.C.

Crifò sottolinea che D.26,1,18 e il rescritto severiano sono accomunati dal divieto di affidare la tutela alle donne, che restò in vigore anche all'epoca di Giustiniano; inoltre, secondo l'autore, Alessandro Severo non volle vietare anche la tutela materna. Dopotutto l'eccezione ricordata da Nerazio riguardava le sole madri, che furono destinatarie anche delle Costituzione imperiale ricordata e della successiva riforma giustiniana.

Crifò⁷⁰⁰ esclude anche che C. 5, 35,1 e 2 sanciscano due discipline differenti, perchè vi legge due diverse situazioni:

⁶⁹⁹ Fra gli altri BONFANTE P., *Corso*, I, cit., 587; LONGO G., *Diritto di famiglia*, cit., 283; LA PIRA G., *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano*, in BIDR 38 (1930), 53 ss.; FREZZA P., *la donna tutrice e la donna amministratrice di 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 (1934), 125 ss.(= *Scritti di diritto romano*, I, Roma, Pontificia Universitas lateranensis, 3 ss.); BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II, cit., 236 s.; AMELOTTI M., *Il testamento romano*. I, cit., 186.

⁷⁰⁰ CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice*, cit., 120.

il divieto previsto per le donne che volessero gerire la tutela di pupilli, che non fossero loro figli, nell'*incipit* del *rescriptum*, e l'eccezionale tutela delle madri a determinate condizioni, per quanto riguarda la legislazione del 390 d.C.. Ritengo che questa opinione vada condivisa: infatti i compilatori devono aver diviso in due sezioni il rescritto di Alessandro Severo, con lo scopo di utilizzarne la prima parte, per ricordare il principio generale del *munus masculorum*, senza tener conto del caso specifico di Otacilia, madre del pupillo, come si evince solo dalla lettura della seconda parte del *rescriptum* conservata in C. 5,31,6. Crifò⁷⁰¹ vuole accordare anche C.5,31,6 con la normativa del 390 d.C.: l'autore spiega il rifiuto indirizzato ad Otacilia, nonostante fosse la madre del pupillo e non un estranea, con l'esistenza di uomini idonei ad essere tutori legittimi o testamentari dell'impubere. Tuttavia quest'ultima ipotesi non convince, poiché, se si considera il rescritto del 224 d.C. nella sua interezza, è evidente che Alessandro Severo volle ristabilire l'antico regime, escludendo in assoluto, senza eccezioni, tutte le donne dall'ufficio tutelare⁷⁰².

La legislazione giustiniana ampliò il ruolo della madre tutrice:

C.5,35,3pr: *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*

⁷⁰¹ CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice*, cit., 122.

⁷⁰² MASIELLO T., *La donna tutrice*, cit., 79; VIARENGO G., *Studi su Erennio Modestino*, Profili biografici, Torino 2009, 142.

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. Iust. A. Iuliano pp. <a 530 d. xv k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.>

Dapprima fu concesso alle madri di gerire anche la tutela dei figli naturali, nel caso in cui il padre, nel lasciare loro i beni, non avesse scelto un tutore, sempre previo giuramento di non risposarsi ed espressa rinuncia all'*exceptio senatus consulti Velleiani*, che, se eccepita, avrebbe reso nulle le obbligazioni assunte dalle donne *pro aliis*.

Successivamente una Novella del 543 d. C. stabilì che la madre e l'ava fossero tutrici legittime, sempre con le rinunce di cui sopra:

Nov.118,5: Mulieribus enim etiam nos interdiciamus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem e tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis ex auxilio Velleiani senatusconsulti renuntiant. Haec enim sevantes, omnibus a latere cognatis ad tutelam praeponuntur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas, defuncti namque voluntatem et electionem praeponi volumus.

Si ribadisce che le donne erano escluse dall'ufficio tutelare salvo le ascendenti dei pupilli, le quali erano chiamate alla tutela secondo l'ordine successorio sui beni degli impuberi. La *mater* e la nonna precedevano tutti gli altri parenti, in un periodo in cui era venuta meno la

prerogativa agnatizia, la loro chiamata era subordinata solo al rispetto della volontà del defunto, che avesse nominato un tutore testamentario.

EPILOGO

A conclusione della presente ricerca, si vuole sottolineare un aspetto a cui si è più volte accennato nel corso della trattazione. Esiste una contrapposizione netta tra la dottrina che non attribuisce capacità giuridica e d'agire alla donna *ab antiquo*, la quale pensa che nei primi secoli di Roma la tutela fosse un istituto analogo alla *patria potestas*, e gli studiosi che, invece, pensano che la *mulier* sia stata soggetto di diritti fin dai primordi dello *ius civile*, i quali definiscono la tutela come istituto esercitato su persone *sui iuris* atto a salvaguardare esclusivamente gli interessi patrimoniali della famiglia agnatizia.

Si è detto che la tutela dei primi secoli per la dottrina tradizionale era caratterizzata da “connotati potestativi” come espressione riassuntiva di “una *patria potestas* agnatizia su donne puberi prive di *pater familias*”.

Chi crede alla natura patrimoniale ha rifiutato tale definizione dell'istituto tutelare, non ammettendo che la donna, per secoli, non sia stata titolare di diritti. Quindi la dottrina più recente, in merito alla natura e alla funzione della tutela muliebre, tende a contrapporre la concezione potestativa dell'istituto alla connotazione funzionale abbinata allo scopo patrimoniale della tutela.

A mio modo di vedere, però, questa antitesi è fuorviante.

Tant'è che anche chi pensa che le donne siano state sottoposte a tutela intesa come istituto su persone *sui iuris* non prima dell'epoca medio repubblicana non nega che la tutela sia nata a salvaguardia degli interessi patrimoniali degli agnati, anzi fatica a credere che le donne fossero *sui iuris* ed ammesse alla successione proprio per la preminenza della necessità di mantenere integro il patrimonio della *familia communi iure*. Quindi sarebbe più

corretto contrapporre per le origini la concezione di “istituto tutelare su persone *alieni iuris* analogo alla *patria potestas*” a quella di “tutela come diritto al controllo del patrimonio delle donne *sui iuris*”. Per l’epoca successiva, invece, la contrapposizione è fra “tutela/diritto al controllo del patrimonio con scopo anche assistenziale per le donne” e “tutela/diritto all’esclusivo controllo del patrimonio muliebre”.

A mio avviso la tutela sulle donne fu, in ogni tempo, una *vis* [vd. definizione di *vis ac potestas* attribuita a Servio da Paolo in D.26.1.1pr. (Paulus, *libro trigesimo octavo ad edictum*) e di *vis* in Gai.1,192], intesa come diritto (significativamente si legge *ius* – invece di *vis - ac potestas* in I. 1,13,1, che riporta la definizione di Servio), che si manifestava con il potere di controllo sugli atti dispositivi del patrimonio della donna *sui iuris* e, in quanto tale, titolare di diritti di natura privatistica, compresi quelli successori; perciò l’istituto non ebbe mai funzione protettiva nei confronti della *mulier*, motivo per cui con l’affievolirsi dell’esigenza di mantenere integro il patrimonio della *familia communi iure* la tutela muliebre perse il suo scopo e cadde in desuetudine.

INDICE DELLE FONTI

1. FONTI GIURIDICHE

A. FONTI PREGIUSTINIANEE

CODEX THEodosIANUS

3,17,2	296
8,17,1	282
8,17,3	283

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM

XVI, 2, 14	210
XVI, 3, 20	51; 208 e nt. 465

FRAGMENTA VATICANA

1	77 nt.173; 312; 313 nt.31
45	76 nt. 170
229	17; 111
325	127 nt.298
327	127 nt.298

GAI INSTITUTIONES

1,99	59 nt.136
1,101	60 e nt.138
1,111	6
1,112	163 nt.369
1,113	194
1,114	164
1,115	77 nt. 176; 168
1,115a	179; 192
1,115b	166
1,118	171 nt. 391
1,118a	171 nt. 391
1,130	97 nt. 235
1,137	188 nt. 425
1,137a	139 nt. 322; 177; 188 nt. 425
1,142	1 nt. 2
1,144	2 nt. 3; 16; 17; 83 nt. 196; 89; 92; 111; 310
1,145	2 nt. 3; 16; 17; 89; 90; 92; 264
1,147	17 nt.39
1,148	17; 136
1,149	17 nt.38;136
1,150	112 nt. 269; 136; 142
1,151	141
1,152	142; 144
1,153	142; 144
1,155	4 nt. 7; 251 e nt.556
1,156	4 nt. 9
1,157	4 nt. 7; 12 nt.30; 169 nt. 384; 194 nt. 438; 291
1,164	4 nt. 8; 185
1,165	13; 92
1,166	171 nt. 392
1,168	40; 41 nt.95; 293
1,169	39 nt.88
1,171	194 nt.438; 293;
1,172	42
1,173	123; 124; 287
1,174	288
1,175	14
1,176	78 nt. 179; 288
1,177	288
1,178	78 nt.178 ; 285; 287 nt.622
1,179	285
1,180	78 nt.178; 287
1,181	289

1,184	74; 124
1,185	118; 302; 308 nt.660
1,188	28; 92
1,189	309 nt.662
1,190	83 e nt. 196; 170 nt. 389; 190 nt. 430; 265 nt.585; 309; 310
1,191	41 nt. 97; 71
1,192	36; 37; 88 nt. 210; 108; 170 nt. 386; 195 nt.440; 293
1,194	266
1,195	120
1,195a	77 nt.176
1,195b	120
1,195c	121
2,47	67; 76 nt.171.
2,80	75 nt.168; 80 nt. 189
2,81	80 nt. 191
2,83	79 nt. 187
2,85	78 nt. 181; 79 nt. 188; 80 nt. 189
2,98	172
2,101	60
2,102	60 nt.140
2,112	192
2,118	195
2,119	195
2,120	196
2,121	197
2,122	170 nt. 386; 190 nt. 430; 194
2,156	50 e nt.115
2,159	50 nt.115
2,224	18 nt. 41
2,226	203
2,227	204 nt. 453
2,274	199; 205; 249 nt. 555
3,1	49
3,2	49
3,3	50
3,14	210
3,23	211 nt. 471
3,25	211
3,34	260 nt.579
3,43	87 e nt. 208; 188
3,44	267
3,83	172
3,91	80; 81
3,154a	63
3,154b	64

3,171 78 nt.181; 80 nt.188

LEX COLONIAE GENETIVAE IULIAE SEU URSONESIS

cap. 109 306

LEX DUODECIM TABULARUM

V, 3 24
V, 4 13 nt.31; 51
V, 6 4 nt.7; 13 nt.33
V, 8 13 nt.32

LEX IRNITANA

cap. XXII 298 nt. 644; 299

cap. XXVIII 301

cap. XXIX 302

PAULI SENTENTIAE

1,4,4 319 nt.693
2,11,2 319 nt.693
4,8,3 215
4,8,20 51; 215; 220 nt.465
4,9,1 270
4,9,2 277
4,9,3 279
4,9,4 279
4,9,6 271
4,9,9 273

TITULI EX CORPORE ULPIANI

8,5	60 e nt.138
10,2	1 nt.1.
10,5	97 nt. 235
10,15	193
11,1	2 nt.4; 43; 102; 103
11,4	5 nt. 9
11,5	171 nt. 392
11,6	38
11,7	43; 46
11,8	40; 41 nt.95; 194 nt.438; 293
11,14	19; 21; 22
11,17	46; 76 nt.169
11,18	118
11,20	78 nt. 178; 123; 286, 287 nt.622; 290 nt. 627
11,21	78 nt. 178; 287
11,22	78 nt. 179; 289
11,24	75 nt.166; 124
11,25	41 nt.97; 69; 256 nt.570
11,27	41 nt.98; 56; 74; 76; 78; 256 nt.570
12,3	247 nt.550
15,2	273 nt.594
15,16	273 nt.594
19,11	38
20,2	57 nt.133;
26,1	50; 208 nt. 466
26,6	211
26,7	52
26,8	266; 270
29,3	267

B. FONTI GIUSTINIANEE

CODEX

4,29,5 .	100 nt.242
4,29,6pr.	319 nt.693
5,31,6	323; 325
5,35,1	100 nt.242; 323; 324
5,35,2	317; 324
5,35,3pr.	325
5,46,2	319 nt.693
5,51,9	319 nt.693
6,58,14pr.	53
6,58,14,1	105 nt. 252
6,58,14,1-6	213 s.
6,58,15pr	53

DIGESTA

1,5,9	105
1,5,12	272
1,5,14	281
1,9,1pr.	103 nt.248
3,1,1,5	104 nt.251
3,5,30(31),6	319nt.693
5,1,12,2	104
5,30, 3	297
8,58(59),1	283
16,1,2,1	103 nt.248; 104 nt.251
16,1,2,2	100 nt.242
16,1,2,2/3	103 nt.248
16,1,15	81
22,3,29, pr.	275
22,3,29,1	275
22,6,9pr.	100 nt.242
26,1,1 pr.	37; 129; 329
26,1,3,2	124
26,1,16pr.	322
26,1,18	322; 324
26,2,1 pr.	18; 23; 24;110; 111; 114; 115

26,4,1 pr.	109
26,4,6	250
26,5,13,2	122 nt.287
26,7,5,8	319
26,8,17	72: 73
27,10,9	100 nt.242
38,1,48,pr.	78 nt.184
38,1,48,2	79 nt.184
38,16,3,12	272
46,3,88	320
48,16,1,10	100 nt.242
49,14,18pr.	100 nt.242
50,16,120	18; 21;23
50,16,129	271
50,16,135	279
50,16,137	277
50,16,195,2	62; 63
50,16,195,5	62
50,17,2pr.	103 nt.248;104 nt.250

INSTITUTIONES

1,13,1	329
3,2,3	209
3,2,3a	52
3,2,3b	212 nt. 472

NOVELLAE

118,5	326
-------	-----

2. FONTI LETTERARIE

APPIANUS

de bello civili

IV, 31	218 nt. 478
IV, 32	218 nt. 479; 219 nt. 480; 220 nt. 482; 221 nt. 485; 222 nt. 486 223 nt. 489
IV, 32-34	200 nt. 447; 217 nt. 476
IV, 33	225 nt. 494; 226 nt. 495
IV, 34	227 nt. 496
IV, 44	232 nt. 506

CICERO

Cato Maior

5.14	198 nt. 443
------	-------------

de finibus

2.17.55	201
2,18, 58	202

de inventione

II, 148	19
---------	----

de Republica

3.10.17	200
---------	-----

in Verrem

2.1.40.104	205
2.1.41.105	205
2.1.41.106	204; 205
2.1.42.109	204; 205

2.1.43.110 204
2.1.43.111 206
2.1.44.113 204

pro Caecina

4.12 203 nt. 451
72 78 nt. 178

pro Caelio

68 76 nt.169

pro Flacco

72 101 nt. 243
84 8; 77 nt. 176
86 78 nt. 178

pro Murena

12,27 32; 90 nt. 214; 101s.; 134; 167 nt. 379

Topica

IV, 18 184
IV, 23 175

DIO CASSIUS

Historia Romana

5, 2, 6 282 nt. 614
56,10,2 94
57,14,1 230 nt. 502

GELLIUS

Noctes Atticae

I,12,1	97 nt.234
I,12,9	95; 96; 186
1,12,10	91
I,12,18	93; 97 nt. 236
V.19.10	60 e nt. 138
VI, 13, 3	198 nt. 443
VII,7,4	98 nt. 240
XIII,6,3	86
XV,27,3	58; 86;
XVII, 6, 1	198 nt. 443

HISTORIA AUGUSTA

Marcus Aurelius

9,7-8	274 ss.
-------	---------

LIVIUS

Ab Urbe condita

XXXIV,2,11	31 ; 34; 90 nt. 214
XXXIV, 7, 8-9	224 nt. 491
XXXIX, 8	149 nt. 340
XXXIX ,9	150 nt. 345; 319
XXXIX, 9, 7	28 nt. 64; 121
XXXIX, 15- 16	152 nt. 346
XXXIX, 18	153 nt. 348
XXXIX, 19	149 nt. 341; 153
XXVI,33,12	122

PLAUTUS

Truculentus

v. 859	148 nt. 339
--------	-------------

PLINIUS

Epistulae

9.13.16 294 nt. 636

PLUTARCHUS

Numa

X, 4 98 nt.241

X, 5 91; 186

QUINTILIANUS

Declamationes

327 101 nt. 243

368 101 nt. 243

Institutio oratoria

I, 1,6. 228 nt. 497

RHETORICA AD HERENNIUM

I, 23 19

SENECA

Ad Marciam de consolatione

I,1 101 nt. 243

Controversiae

I,6,5 101 nt. 243

SVETONIUS

Claudius

23 294 nt. 636

TACITUS

Annales

III,33, 2 (Severus Caecina) 101 nt. 243

III,34 (Valerius Messalinus) 101 nt. 243

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

VIII, 3,1 228 nt. 498

VIII, 3, 3 221 nt. 484

IX,1, 3 101 nt. 243

E. FONTI PATRISTICHE

S. AUGUSTINUS

De civitate Dei

III, 21 201; 248 nt. 552

D. FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE

Corpus inscriptionum latinarum (1863-1959)

VI, 1527	231 nt.504
VI, 1877	284
VI, 2650	135 nt. 318
VI, 7468	135 nt. 318
VI, 10246	284
VI, 10247	283
VI, 31670	231 nt.504
VI, 37053	231 nt.504

Fontes iuris romani antiqui (BRUNS, v.I. *Leges et negotia*, ed.7, Tubingae 1909)

n.126	231 nt.504
-------	------------

Fontes iuris romani anteiustiniani (ARANGIO-RUIZ V., v.III, *Negotia*, ed.2, Firenze 1943)

n. 24	126 nt.294
n. 25	126 nt.297
n. 69	231 nt.504

Inscriptiones Latinae Selectae (DESSAU H., v. II, ed. 2, Berlin, 1892-1916)

n. 8393	231 nt.504
---------	------------

DELLA CORTE, in La parola del passato, VI (1951), p. 228.

Tab. Erc. n.13

SANDERS H.A., *Appointment of a Guardian by the Prefect of Egypt*, *American journal of Archeology*, 46 (1942)

94 ss. 127nt. 299

Id., *The Transcript of a Lost Tablet*, *Zeitschrift für die neutestamentliche Wissenschaft*, 37 (1938)

191 ss. 127 nt. 299

P. Oxy. *The Oxyrhynchus Papyri*, London (1898 ss.)

IV 720 126 nt.294

XII 1466 126 nt.294 126 nt.296

Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten

III 6223 126 nt.297

BIBLIOGRAFIA

ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 4 ed. corrigée et notablement augmentée, v.1, Paris 1886.

ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*. 20 (1949), 127 ss.

Id., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

Id., *Osservazioni su XII Tab. 5.3.(Uti legassit...ita ius esto)*, in *AUPA XLV*. I (1998), 33 ss.

ALBERTARIO E., *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milano 1935.

Id., *Il diritto romano*, Milano 1940.

AMBROSINO R. *Successio in ius - successio in locum - successio*, in *SDHI*, 11 (1945), 177 ss.

AMELOTTI M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966.

ARANGIO-RUIZ V., *Le genti e le città*, Messina 1914.

Id., *Il caso giuridico della cosiddetta "laudatio Turiae"*, in *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche* (Napoli 1945), 10 ss. [= *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di L. Bove (Napoli 1974), 166 ss.

Id., *Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri*, In *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano 1956, 3 ss.

ID., *Istituzioni di diritto romano*, ed. 14, Napoli 1966.

ID., *Erede e tutore*, in *Raiora* (1970), 156 ss. (ora in *Scritti II*, 1974, 277 ss.).

ID., *La legislazione [augustea]*, ora in *Studi di diritto romano*, III, Napoli 1977, 262 ss.

APPLETON C., *Le testament romain. La methode du droit comparè et l'authenticité de XII Tables*, Paris 1903.

ARCES P.F., *Riflessioni sulla norma "uti legassit" (Tab. V.3)*, in *Rivista di Diritto Romano IV*(2004), 1 ss.

ASTOLFI R., *La lex Iulia et Papia*, ed.3, Padova 1996.

ID., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, ed. 1, Padova 2000.

AUDIBERT A., *Étude sur l'histoire du droit romain*, v. 1, La folie et la prodigalité, Paris 1892.

BALESTRI FUMAGALLI F., *Riflessioni sulla "Lex Voconia"*, Milano 2008.

BARTOCCI U., *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999.

BELLU C., *Alcune considerazioni sulla condizione giuridica della donna nell'epoca repubblicana*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, 49 (1978-79), I, 172 ss.

BERRINO N. F., *Mulier potens: realtà femminili nel mondo antico*, Lecce 2006.

BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920.

BETTI E., *Diritto romano*. I, Padova 1935
ID., *Istituzioni di diritto romano*. I, ed.2, Padova 1947

BIONDI B., *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, 52 ss.(= *Scritti*, 3, Milano, 1965, 80 ss.).

ID., *Il Diritto romano cristiano*, 2. *La giustizia. Le persone*, Milano 1952.

ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1952.

ID., *Diritto ereditario romano*, parte generale, Milano 1954.

ID., *Successione testamentaria e donazioni*, ed.2, Milano, 1955.

ID., *Successione testamentaria e donazioni*, ed.2, Milano, 1955.

ID., *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario dalla nascita*, Milano 1939, 203 ss. (= *Scritti*, II, Milano 1965, 133 ss.).

BISCARDI A., *Postille gaiane*. 3. *Gaio e i "veteres"* in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico*, Napoli 1966.

BONFANTE P., *Le affinità greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, in *Scritti giuridici varii*. 1, Torino, 1916, 345 ss.

ID., *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma 1925 (Rist. a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano 1963), 555.

ID., *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*. Parte generale, Roma 1930, (Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1974).

ID., *Istituzioni di diritto romano*, v. 1, ed.10, Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1987.

ID., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, ora in *Scritti giur. varii*, I. *Famiglia e successione*, Roma 2007 (Rist. corr. G. CRIFÒ e A. MANCINELLI), 429 ss.

BUCKLAND W.W., *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ed.2, Cambridge 1950.

ID., *A text-book of roman law: from Augustus to Justinian*. (Third Edition revised by P. Stein), Cambridge 2007.

BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950.

ID., *Manuale di diritto privato romano*, ed.3, Torino 1982.

ID., *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova 2010.

CANTARELLA E., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1983 (1 ed. dell' "Universale economica Feltrinelli"- saggi 2010)

EAD., *La vita delle donne*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*. IV. Caratteri e morfologie, Torino 1989, 559

EAD., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996.

EAD., *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG* 93 (1959-62), 181 ss.

CANTÙ C., *Storia universale*, Tomo III, Lib. V, ed.8 rived., Torino 1856.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* [Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo]. I, Milano 1969.

CASADO CANDELAS M., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid 1972.

CASTRO SÀENZ A., *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*, Universidad de Sevilla, 2002.

CENERINI F., *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2002.

COLI U., *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Scritti di diritto romano*. 2, Milano 1973 = in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 7 (1956)

ID., *Lo sviluppo delle varie forme di legato in diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1973, 97 ss.

CORBINO A., *Schemi giuridici di appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in AA. VV., *La proprietà e le proprietà* (Pontignano, 30 Settembre – 3 Ottobre 1985), a cura di E. Cortese, Milano 1988.

ID., *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Catania 1979.

COSTA E., *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, ed.2, Torino 1925.

ID., *Cicerone giureconsulto*, I. *Il diritto privato*, ed. 2, Bologna, 1927 (Rist. Roma 1964).

CRIFÒ G., *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR* 67 (1964), 87 ss.

CUQ E., v. *Liberorum ius*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 3.2, Paris 1904, 1194 ss.

DÉCLAREUIL J., *Rome et l'organisation du droit*, Paris, 1924.

DERNBURG H., *Beyträge zur Geschichte der römischen Testamente*, Bonn 1821.

DEVILLA V., s.v. *in iure cessio*, in *NNDI* VIII (1962), 704 ss.

DE VISSCHER F., “*Potestas*” et “*cura*”, in *Studi in onore di S. Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, 400 ss.(= *Ètude de droit romain*, Paris, 1931, 10 ss.).

ID., *La curatelle et l'interdiction des prodigues*, in *Mél. De droit romain dédiés à G. CORNIL*, v. I (Gand 1926) [= *Etudes de droit romain* (Paris 1931)] 572 ss.

D'ORS A., *Derecho privado romano*, Pamplona 1968.

ID., *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona 1960.

ID., *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)* (= *Pontificium Institutum utriusque Iuris Studia et Documenta* 7), Pontificia Universitas Lateranensis, Roma 1986.

DURRY M., *Éloge funèbre d'une matrone romaine (éloge dit de Turia)*, 2 tirage, revu et corrigé par Serge Lancel, Paris 1992.

ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello stato. In rapporto alle indagini di Lewis H. Morgan*, Roma 1955.

ERBE W.W., *Die fiducia im Römischen Recht*, Weimar 1940.

EVANS GRUBBS J., *Women and the law in the roman empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London and New York 2002.

FADDA P., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*.1, Milano, 1949.

FAYER C., *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994.

EAD., *La familia romana. Aspecti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma 2005.

FRANCIOSI G., *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965.

ID., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, ed.3, Torino 1989.

ID., *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, ed.6, Napoli 1999.

FREZZA P., *la donna tutrice e la donna amministratrice di 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 (1934), 125 ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Roma, Pontificia Universitas lateranensis, 3 ss.).

ID., *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantenario del suo insegnamento universitario*, (1899-1948), Napoli 1948, 508 ss.

GALLINI C., *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Bari 1970.

GALLO F., *Osservazioni sulla signoria del pater familias in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De francisci*. II, Milano 1956.

ID., *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino 1958.

GANDOLFI G., *Sulla evoluzione della "hereditas" alla luce del regime dei "sacra"* (*Cic. De legibus*, 2, 19-20, 47-49), in *SDHI*, 21 (1955), 240 ss.

GARCIA GARRIDO M., *Iustus tutor y legitimus tutor*, in *AHDE*, XXV (1955), 839 ss.

ID., *Ius uxorium- el regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma- Madrid 1958.

GARDNER J.F., *Woman in Roman Law & Society*, London, 1986.

GAUDEMET J., *Observations sur la manus*, in *RIDA* 2 (1953), 323 ss.

ID., *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*. Vol. XI. *La femme*, Bruxelles 1959.

GIDE P., *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, ed. 2, Paris, 1885.

GIOMARO A.M., *Unde quidam putant* (Gai. 3.91), in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 297 ss.

GIRARD P. F., *Mélange de Droit Romain*, I, Paris 1912.

Id., *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. 8 revue et mis à jour par F. SENN, Vaduz Liechtenstein, 1978.

GIRARD P.F., SENN F., *Textes de droit romain*, 7 ed., Paris 1967.

Les lois des romains. Textes de droit romain, ed.7, v.2, Napoli 1977.

GOUREVITCH D., RAEPSAET- CHARLIER M.T., *La donna nella Roma antica*, Milano 2003.

GRELLE F., v. *Comitia*, in *NNDI*, III (Torino 1959), 602 s.

GUARINO A. (, *Le “XII Tabulae” e la “tutela”*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 31 ss (= *Le origini quiritarie. Raccolta di scritti romanistici*, [Biblioteca di Labeo 5], Napoli 1973, 237 ss), (= in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 146 ss.).

Id., *Notazioni romanistiche. IV. Il “furiosus e il “prodigus” nelle “XII tabulae”*, in *Annali Catania*, III (1949), 190 ss. (= *Le origini quiritarie. cit.*, 240 ss.).

Id., *Storia del diritto romano*, ed. 5, Napoli 1975.

Id., *Lex Voconia*, in *Labeo* 28 (1982), 185 ss, (= *Pagine di diritto romano*, III, Napoli 1994, 257 ss.)

Id., *Diritto privato romano*, ed.9, Napoli 1992.

GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, Napoli 1968.

GUZMAN A., *Sobre la responsabilidad del "tutor mulieris"*, in *ADHE*, XLVI (1976), 145 ss.

HELBIG W., *Due bassorilievi etruschi*, in *Annali dell'istituto di corrispondenza archeologica- Deutsches Archäologisches institut* 36 (1864), 40 ss.

HERRMANN C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la république romaine*, (=Collection Latomus, 67), Bruxelles 1964.

HÖBENREICH E., *Les femmes dans le droit romain*, in *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal master internazionale congiunto. Femmes, civilisation et systèmes juridiques*, a cura di Curtotti D., Novi C., Rizzelli G., Università degli studi di Foggia 2007, 3 ss.

HUMBERT M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972.

HUMBERT G. [COLLINET P.] v. *Tutela*, in *DAREMBERG - SAGLIO*, Tomo V, 1969, 557 ss.

HUSCHKE P.E., *De privilegiis Fecenia Hispalae senatusconsulto concessis. Dissertatio*, Göttingen 1822.

Id., Rec. a ZIMMERN *Geshichte des römischen Privatrechts*, cit., *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, V, 2 (1829), 284 ss.

Id., *Zu der Grabrede auf die Turia. Römische Ehe, Coemptio, Ruption des Testaments; Lex Voconia, Ius gentilicium*, in *ZRG V* (1866), 170 ss.

IGLESIAS J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, ed.6, Barcelona, 1972.

IMPALLOMENI G., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità*, in *IURA* 22 (1971), 115 ss. (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 282 ss.).

JHERING R., *L'esprit de droit romain dans les diverses phases de son développement*, ed.2, Paris, 1886.

JÖRS P.-KUNKEL W.-WENGER L., *Römisches Recht. Römisches Privatrecht.*, ed.3, Berlin, 1949.

JOLOWICZ H. F. - NICHOLAS B., *Historical introduction to the study of Roman Law.*, ed.3, Cambridge, 1972.

KARLOWA O., *Römischen Rechtsgeschichte. I*, Leipzig 1865.

KASER M., *Ehe und "conventio in manum"*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, I (1950) 95 ss.

Id., *Zur Geschichte der "capitis deminutio"*, in *IURA* 3(1952) 79 ss.

Id., *La famiglia romana arcaica* (conferenze romanistiche), in *Annali Trieste*, XX, 1 (Milano 1960), 53.

Id., Rec. di F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, in *ZSS*, 86 (1969), 500 ss.

Id., *Das römische Privatrecht*, München 1971.

Id., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977.

KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena 1910.

Id., *Gai institutionum commentarius primus*, Jena 1911.

KRÜGER, *Gai Institutiones*, in *Collectio*, I, ed. 4, 1899.

KÜBLER, v. *Gens*, in P.W. Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, VII.1, Stuttgart 1910, 1179 ss.

Id., v. *Testament*, in *RE*, V, A1(1934), 992 ss.

LAMBERTI F., *Ricchezze e patrimoni femminili in Apuleio*, in AA.VV. (cur. G. Urso), *Moneta mercanti banchieri. I precedenti romani dell'Euro*. Atti del Convegno Internazionale Cividale del Friuli 26-28 settembre 2002 (Pisa 2003).

EAD., “*Tabulae Irnitanae*”. *Municipalità e “ius romanorum”*, Napoli 1993.

LAMBERTINI R., *Giustiniano e l'antica esclusione dall'“hereditas legitima” delle agnate oltre il grado dei consanguinei*, in *BIDR* 100(2003), 467 ss.

LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930.

Id., *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano*, in *BIDR* 38 (1930), 53 ss.

LAURIA M., *Matrimonio- dote in diritto romano*, Roma 1952.

LEBEK W.D., *La lex Lati di Domiziano (lex Irnitana): le strutture giuridiche dei capitoli 84 e 86*, in *ZPE* 97 (1993), 159 ss.

LEMOSSE M., *A propos de la laudatio dite de Turia*, in *RHD* 28(1950), 251 ss.[= *Etude romanistique. Université d' Auvergne. Annales de la facultè de droit et de science politique* 26 (1990) 23 ss.].

LÉVY-BRUHL H., *La tutelle de XII tables*, in *Studi on. S. Solazzi*, Napoli 1948, 317 ss.

Id., *Hères*, in *Mèl. De Visscher*. 2 = in *RIDA*. 3 (1949) 136 ss.

LOBRANO G., “*Uxor quodammodo domina*”, riflessioni su Paul. D. 25, 2,1, Sassari 1989.

LONGO G., *Diritto romano. III. Diritto di famiglia*, Roma 1940.

Id., v. *lex Atilia de tutore dando*, in *NNDI* 9 (1963-1982), 800.

Id., *Manuale elementare di diritto romano*, ed.2, Messina 1953.

LUZZATTO G. I., *A proposito di una "datio tutoris muliebris" da parte del "Praefectus Aegypti"*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 4, Napoli 1953, 379 ss..

MAGDELAIN A., *Les mots "legare" et "heres" dans la loi des XII tables*, in *Hommages à R. Schilling*, Paris, 1983, 163 ss. (= *Ius, imperium, auctoritas. Étude des droit romain, Collection de l'École française de Rome*, 133 (1990), 665 ss.

MAININO G., *Riflessioni intorno al caput XXIX della lex Irnitana*, in *SDHI* (2006), 369 ss.

MARQUARDT, *La vie privée des romains* 1, Paris 1892 (Trad. Henry).

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989.

Id., *Istituzioni di diritto romano*, ed.2, Palermo 1994.

MARTINI R., *"Coemptio fiduciae causa" e "senes coemptionales"*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, Milano 1982, II, 171ss.

Id., *Appunti di diritto romano privato*, ed. 2, Padova 2007.

MASCHI C.A., *Il Diritto romano. I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, 2 ed. ampliata, Milano, 1966.

- MASI DORIA C., *Bona libertorum: Regimi giuridici e Realtà sociali*, 1996.
- MASIELLO T., *La donna tutrice, modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*; Napoli 1979.
- MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, Napoli 2006 (= *La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio*, in *SDHI* 68 (2002), 56 ss..
- MESSINA L., “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*” e “*coemptiones fiduciariae*”, in *Studi Sanfilippo*, VII (Catania 1987), 387 ss.
- MOMMSEN T., *Die Römischen Eigennamen des Republikanischen und augusteischen zeit*, in *Römische Forschungen* 1, Berlin 1861 (Rist. 1962).
- Id., *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit August und Hadrians*, in *Abhandlungen der Königl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin* (1863), 466 ss.[= *Gesammelte Schriften , Juristische Schriften*, I (Berlin 1905) 406 ss.].
- MONACO L., *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000.
- MONIER R. - CARDASCIA G. - IMBERT J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen Age*, Paris, 1955.
- MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. 6, Paris, 1947 (Rist. Aalen 1970).
- MOSTRA AUGUSTEA DELLA ROMANITÀ - *catalogo- Bimillenario della nascita di Augusto*, Tipografia della Camera dei deputati, 3ed., Roma 1938.
- OGILVIE R.M., *The maid of Ardea*, in *Latomus* 21(1962), 480 ss.

PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984.

Id., *Storia di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI* (LXIII 1997), 123 ss.

PEROZZI S. *Il tutore impubere*, in *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze morali. Sezione giuridica*, Bologna, 1918, 59 ss, (= in *Scritti giuridici*, 3. *Famiglia successione e scritti vari*, Milano, 1948, 153 ss.

Id., *Istituzioni di diritto romano. I*, Roma 1928.

Id., *Istituzioni di diritto romano. II. Obbligazioni. Diritto ereditario. Donazioni*, ed.2 riveduta e ampliata, Milano, 1947.

PIRO I., “*Conventio in manum*” e successivo matrimonio in *Gai* 2.139 , in *Labeo* 35 (1989), 316 ss.

EAD., “*Quod emancupata esset Cluvio*” Riflessioni intorno ad alcuni passaggi della c.d. *Laudatio Turiae*, in *Studi per Giovanni Nicosia*. VI (2007) 155 ss.

QUADRATO R., *Infirmetas sexus e levitas animi: il sesso “debole” nel linguaggio dei giuristi romani*, in AA.VV., *Scientia et iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano*, 2002, (a cura di F. Sini e R. Ortu), 154 ss.

RIZZELLI G., *Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium e stuprum*, Lecce, 1997.

Id., *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, Lecce 2000.

Id., *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet* (Sen. contr. 2.7.3). *Donne, passioni, violenza*, in LUCREZI F., BOTTA F., RIZZELLI G., *Violenza sessuale e società antiche: profili storico-giuridici*, Lecce, 2003.

ROBLEDA O., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970.

ROSMINI A., *Filosofia del diritto II*, Milano 1841.

ROTONDI G., *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912.

RUDORFF A.A.F., *Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*, I, Berlin 1832.

SACCHI O., *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità*, in *SDHI LXVIII* (2002), 589 ss.

Id., *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali* (Gai.1.145). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in *RIDA L* (2003), 317 ss.

SACHERS E., v. "tutela", in A. PAULY – G. WISSOWA, *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, VII A, ed.2, (1948), 1589 ss.

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di V. Scialoja, I, Torino 1886.

SCHERILLO G., v. *Coemptio*, in *NNDI*. 3 (1959), 417.

SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.

SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, I, Roma 1934.

SEGRÈ A., *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma 1930.

SERRAO F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*.I, Napoli 1984.

SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova 1876.

SIGNORINI R., *Adsignare libertum. La disponibilità del patronatus tra normazione senatoria e interpretatio giurisprudenziale*, Milano, 2009.

SITZIA F., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. I. Profili funzionali*, Torino 1976, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 27 (1976), 169 ss.

Id., Rec. di P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. II. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano 1979, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 30 (1979), 173 ss.

SOLAZZI S., *L' «abdicatio tutelae» e BGU.1113*, in *RIL XLVIII* (1915), 985 ss.(= *Scritti II*, 94 ss.).

Id., *Curator impuberis*, Roma 1917.

Id., *Ius liberorum e alfabetismo*, in *Scritti di diritto romano II*, cit., 229 ss. (= *RIL 51* (1918), 586 ss.).

Id., *L'età del tutore*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 64 (1920), 17 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli, 1955, 322 ss.).

Id., *Il consenso del “tutor mulieris” alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, in *Aegyptus 2* (1921), 155 ss. (= *Scritti 2*, Napoli 1957, 403 ss.).

Id., *Studi sulla tutela. II. Sulle tracce del “tutor mulieris”*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, 9 (1925), 13 ss., (= *Scritti*, cit. III, Napoli 1960, 93 ss.).

Id., *La legge delle XII tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena*, 30 (1928): *Scritti vari dedicati a C. Arnò*, 49 ss. (= *Scritti di diritto romano. III*, Napoli, 1955, 221 ss.).

Id., *Istituti tutelari*, Napoli 1929.

Id., *“Infirmitas aetatis e “infirmitas sexus”*, in *AG 104* (1930) 3ss. (= *Scritti cit. III*, 358 ss.).

Id., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932.

ID., *Glosse a Gaio, Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*. I, Palermo, 1936, 74 ss. (= *Scritti*. VI, , 245 ss.).

ID., *La liberazione delle Vestali dalla tutela in Gai 1.145*, in *SDHI* 9 (1943), 113 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 6, Napoli 1972, 556 ss.).

ID., “*Da tutorem do*” a “*tutore esto*”, in *SDHI* 13-14 (1947-1948), 301ss. (= *Scritti di diritto romano*, 6, 559 ss.).

ID., *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 54 ss (= *Scritti*, III, Napoli 1960, 252 ss.).

STORONI MAZZOLANI L., *Una moglie*, ed. 5, Palermo 1995

STURM F., *Civitatem romanam consequi et la protection des droits acquis dans la lex Irnitana*, in *Fs. Wesener*, Graz 1992, 483 ss.

SZULDRZYNSKI S. , (*De origine ac progressu tutelae muliebris quae apud Romanos obtinuit*, Berlin 1853.

TALAMANCA M., *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80 (1977), 291 ss.

ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

ID., *L’acquisto dell’eredità da parte dei gentiles in XII tab. 5.5*, in *Mèlanges A. Magdelain* (1998), 472 ss.

TERRENI C., *Turia, dubbi giustificati? Aspetti di un’identificazione controversa*, in *Societas – Ius. Munuscula* di allievi a Feliciano Serrao, Napoli 1999, 327 ss.

TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Tutela mulierum, une institution rationnelle*, in *Revue historique de droit francais et ètranger*, 4 sèrie 84 (2006), 423 ss.

THOMAS Y., *La divisione dei sessi in diritto romano*, in DUBY- M. PERROT, *Storia delle donne. L’antichità*, a cura di P. SCHMITT PANTEL), Bari 1990.

VAN OVEN J. C., *Laudatio Turiae*, 1. 13-26, in *RIDA* 3[Mélanges De Visscher II] (1949), 373 ss.

VENTURINI C., *Variazioni in tema di tutela mulierum*, in *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, VI Congreso Internacional de Derecho Romano, Universidad de Huelva, 2004, 803 ss.

Id., *Note in materia di emancipata e di parens manumissor*, in *Φιλία- Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, IV, Napoli, 2007, 2749 ss.

VIARENGO G., *Studi su Erennio Modestino*, Profili biografici, Torino 2009.

VILLERS R., *Le statut de la femme à Rome jusqu'à la fin de la République*, in *Recueils de la Société Jean Bodin*. Vol. XI. La femme I., Bruxelles, 1959.

Id., *Rome et le droit privé*, Paris 1977.

VIGNERON R., *L'antifeministe loi Voconia et les "schleichwege des lebens"*, in *Labeo* 29 (1983), 140 ss.

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, parte generale, ed. 2, Milano 1967.

Id., *Linee storiche del diritto ereditario romano. I. Dalle origini ai Severi*, in *ANRW*, 2, 14 (1982), 393 ss.

Id., *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, in *Studi di diritto romano* II, Padova 1985, 13 ss.

Id., *Istituzioni di diritto romano*, ed.4, Milano 1994.

VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961.

Id., *Nuove ricerche sulla "conventio in manum"*, in *Lincoi- Mem. Scienze morali* (1966) Ser. VIII, vol. XII. 4, 304 ss.

Id., *Sul diritto familiare di Ardea nel V sec. a.C.*, In *Studi in onore di A. Segni*, 4, Milano, 1967, 668 ss. (= *Scritti giuridici*, 3, Famiglia e successioni, Napoli, 1991, 117 ss.)

WOLFF H.J., *Trinoctium*, in *RHD* 16 (1939), 177 s.

WATSON , *Enuptio gentis*, in *Daube noster* (1974), *Essays in legal history for David Daube*, Edinburg and London, 330 ss.

Id., *The law of persons in the later roman republic*, Oxford, 1967.

Id., *The law of succession in the later roman Republic*, Oxford 1971.

WISTRAND E., *The so-called Laudatio Turiae*. Introduction, Text, Translation, Commentary (*Acta Univ. Gothoburg.*, *Studia Graeca et Latina XXXIV*) Göteborg, 1976.

WOLODKIEWICZ W., *Attorno al significato della nozione di mater familias*, in *Studi Sanfilippo*, III, 735 ss.

ZABLOCKA M., *Il "ius trium liberorum" nel diritto romano*, in *BIDR XCI* (1988), 361 ss.

ZABLOCKI J., *Appunti sul "testamentum mulieris" in età arcaica*, in *BIDR*, 1991-1992(94-95), 157 ss.

ZANNINI P., *Gaio antifemminista?*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche del diritto romano*, Torino 1976, 293 ss.

Id., *Studi sulla tutela mulierum*, I. *Profili funzionali*, Torino, 1976.

Id., *Studi sulla tutela mulierum* II. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano, 1979.

Id., *Quelques observations sur la tutelle des femmes a Rome*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 204 (1984), 719 ss.

Id., v. *Sesso* (Diritto romano) in *Enciclopedia del diritto* XLII (1989), 3.

Id., v. *Tutela* (Diritto romano), in *Enc. Dir.* (XLV 1992), 305 ss.

ZIMMERN S.W., *Geshichte des römischen Privatrechts bis Justinian*, I, 2,
Heidelberg 1826.

