

VARIAZIONI IN TEMA DI TUTELA MULIERUM

CARLO VENTURINI
UNIVERSITÀ DI PISA

1. Un recente, pregevole studio a carattere monografico di L. Monaco e due importanti contributi di G. Melillo¹ mi hanno convinto che, nonostante l'ampia bibliografia dedicata alla situazione giuridica della donna romana, restano aperti sul tema almeno tre aspetti problematici.

Il primo: posto che, nel diritto dell'età classica, la capacità giuridica femminile in ambito successorio risulta analoga, salvo i limiti introdotti dalla *lex Voconia* del 169 a.C., rispetto agli eredi maschi del medesimo grado, quando si giunse a questo risultato?

Il secondo: fermo restando il fatto che la *filiafamilias*, così come il *filiusfamilias*, non poteva contrarre matrimonio senza consenso del titolare della *patria potestas*, possiamo o non possiamo parlare di libertà matrimoniale della donna *sui iuris* alla luce del noto Gai 1.111?

Il terzo: come e quando la donna poté usufruire la pratica della *coemptio*, nelle sue finalità *matrimonii causa* e *fiduciae causa*?

Trattasi di temi che investono tutti, direttamente o indirettamente, la *tutela mulierum*.

E' dunque mia intenzione proporre su questo più generale e certo non nuovo argomento alcune riflessioni, che, forse, genereranno ulteriore incertezza: penso, però, che il risultato più ambizioso di un Congresso sia, appunto, revocare in dubbio anche i punti di vista muniti dei più autorevoli suggelli, con ciò contribuendo allo sviluppo della Dottrina giuridica mediante i pur modesti apporti metodologici che il romanista può offrire.

¹ L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000; G. MELILLO, *Le istituzioni di Giustiniano e la storia della tutela*, in "Iuris vincula. Studi Talamanca", Napoli, 2002, V, 351 ss.; ID., *La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio*, in "SDHI", LXVIII, 2002, 55 ss.. L'opera della Monaco è stata da me discussa in *Ereditare ed ereditande (Appunti a margine di una recente ricerca)*, destinato al prossimo numero di "BIDR". Le considerazioni esposte in questa sede sono, in linea di massima, conformi a quelle contenute in questo più ampio ed articolato contributo, del quale costituiscono, perciò, una parziale anticipazione. Da segnalare la nitida sintesi tematica di D. MANTOVANI, *La legge delle XII Tavole e l'elaborazione dei giuristi: 'manumissio' e tutela legale della donna*, in "Diritto @ Storia", II,2,2003.

2. Cominciando, dunque, dal primo punto, è il caso di soffermarsi sulla diffusa opinione che collega l'ingresso della donna nel sistema ereditario al tardivo acquisto, da parte di lei, di capacità patrimoniali e successorie delle quali era in origine priva, in virtù del fatto che la tutela agnatizia nella quale, alla morte del *paterfamilias*, essa veniva a cadere presentava un' intrinseca analogia rispetto alla *patria potestas*².

Il superamento della circostanza, che si ritiene compiuto all'inizio del secondo secolo a. C., viene posto, perciò, in diretto rapporto con l'assunzione, da parte della tutela medesima, delle finalità protettive ed assistenziali riflesse nella *lex Atilia* del 210 a.C.³, armoniche con l'acquisto della qualità di soggetto *sui iuris* da parte di colei che usufruiva dello *status libertatis* e non era sottoposta alla *manus* maritale⁴.

L'orientamento descritto implica l'esigenza di svalutare l'indicazione relativa ai *sui et necessarii heredes* contenuta in Gai 2.156 ed ai *sui heredes* contemplati in Tit. Ulp. 22.14; 26.1, nonché in C. 6,58,14 pr. -1: si presenta, nel medesimo tempo, armonico con il punto di vista secondo cui la tutela, proprio in quanto provvista, in origine, di caratteri modellati su quelli della *patria potestas*, "non ebbe verosimilmente dapprincipio una denominazione sua propria ... né ebbe una sua propria configurazione", che "assunse probabilmente ... quando mutò funzione e carattere ed intese a quell'ufficio di protezione e di assistenza, che il nome stesso esprime ed addita"⁵.

² In questo senso si vedano ad esempio, nell'ambito della manualistica di lingua spagnola, A. d'ORS, *Derecho privado romano*⁹, Pamplona, 1997, 50 ("las mujeres *sui iuris* tienen, en principio, una incapacidad semejante a la de los que no han llegado a la pubertad") e R. PANERO GUTIERREZ, *Derecho romano*, Valencia, 1997, 290, mentre M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁷, Madrid, 1997, 248, considera, a mio avviso più puntualmente, l'originaria *tutela mulieris* "un medio de suplir la potestas del *paterfamilias* o la *manus* del marido sobre la mujer", limitandosi altrove a rilevare che "con respecto a los caracteres generales de la *tutela mulieris* encontramos que su evolución histórica puede reconstruirse mejor en la época de su decadencia y desaparición que en la de su efectiva aplicación" (ID., *El patrimonio de la mujer casada en derecho civil. I. La tradición romanística*, Barcelona, 1982, 114).

³ BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, Cleveland, Ohio, 1951 (Repr. 1968), I, 279.

⁴ MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 129; 132; 153; 171. Fino ad un momento successivo alla conquista dell'egemonia mediterranea si dovrebbe dunque parlare, secondo la studiosa, di "totale incapacità giuridica della donna", mentre il mutare dei caratteri della tutela costituirebbe una "spia significativa dell'acquisita soggettività giuridica" di lei, conseguente "ad un complesso lavoro giurisprudenziale che spesso sfugge agli storici, calati in un contesto di acquisita capacità muliebre" (*ibid.*, 95; 103: cfr. 97; 122; 146; 201).

⁵ Così E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*², Torino, 1925, 104 e nt. 2: cfr. anche *Cicerone giureconsulto*², Bologna, 1927, I, 66; 72, dov'è indicato come plausibile che "la potestà sopra gli impuberi e le donne si sia distaccata dalla *manus* o *potestas* familiare, come separata ed autonoma, col nome di *tutela*, desunto dalla sua nuova funzione protettiva in quel momento istesso, in cui colle leggi *Atilia* e *Julia Titia* lo Stato intervenne per la prima volta ad ingerirsi sopra la delazione della detta *potestas*, nel caso in cui non vi provvedessero la delazione legittima per entro la cerchia familiare o la delazione testamentaria". Questo punto di vista è ora ripreso ed organicamente sviluppato, in un saggio che

Esaminandone la genesi, riesce, poi, naturale coglierne la radice nella visione del Bonfante, che merita un sommario richiamo in rapporto al punto che qui interessa. Non sarà, dunque, inutile ricordare che essa si fondava sull'immagine dell'*heres* quale subentrante nella sovranità politico - religiosa sul gruppo gentilizio e, poi, familiare: il distacco dall'*hereditas* della tutela (istituto che non poteva trovare spazio in un sistema basato sul perpetuarsi, in capo al soggetto prescelto, dell'identica situazione giuridica che, in seno al gruppo medesimo, era stata propria del *paterfamilias*) sarebbe stato, dunque, prodotto dall'attuazione dell'originario carattere della prima riflesso nelle XII Tavole, nelle quali, di conseguenza, "spuntò ... per la prima volta il nome di tutela a designare l'ufficio non più assorbito nella *hereditas*"⁶.

Una tale prospettiva, in quanto basata sulla trasmissione all'*heres*, di una *potestas* su individui liberi insuscettibile di far capo ad una donna, non poteva che escludere, implicitamente⁷, la capacità a succedere, così come a testare⁸, confinando l'interessata in una posizione giuridica analoga a quella precedente la morte del *de cuius*: in capo agli *adgnati* e, in mancanza, ai *gentiles* sarebbe, così, trasmigrato un potere sulla sua persona analogo nella sostanza a quello già facente capo al defunto.

si caratterizza per chiarezza e puntualità di riferimenti, da O. SACCHI, *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio d'identità*, in "SDHI", LXVIII, 2002, 621 ss.; 624, la cui ricostruzione muove dall'affermarsi postdecemvirale della funzione tutelare – in precedenza "assorbita nel coacervo di prerogative spettanti al *paterfamilias* e al suo successore (o ai suoi successori)" e provvista solo a partire dalla *lex Atilia* di "inequivocabili tratti assistenziali" (*ibid.*, 601) – per riferire a Q. Mucio Scevola l'avvio dell'elaborazione del relativo impianto dogmatico (*ibid.*, 611, nt. 102; 623). Quest'ultimo rilievo mi sembra più che plausibile, se inteso nel senso che è da ascrivere al giurista l'inizio di quella *longa disputatio* intorno ai *genera tutelarum* della quale Gai 1,188 (su cui, oltre alla fondamentale analisi di TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano [Colloquio italo-francese, Roma, 14-17 aprile 1973]*, II [Accademia Nazionale dei Lincei, Quaderno n. 221], Roma, 1977, 230 ss., sono ora da segnalare i rilievi di MELILLO, *Istituzioni di Giustiniano*, cit., 386 ss.) offre un ragguaglio volutamente sommario, rinviando alla trattazione del tema da lui stesso operata *et in edicti interpretatione et in his libris quos ex Q. Mucio fecimus*. Non credo, però, che la circostanza conduca a configurare nella tutela, in conformità al pur autorevole indirizzo dall'A. richiamato, un puro apporto della Giurisprudenza tardo repubblicana. Ad essa può infatti, più plausibilmente, venire ascritta un'opera di approfondimento e di sistemazione teorica, in chiave ricognitiva, di un istituto già provvisto di autonoma fisionomia nella concreta vita del diritto, specie ove gli si riconosca (*ibid.*, 623 s. e nt. 158) l'origine consuetudinaria che soprattutto Alfen. 1 *epit.* D. 48,22,3 riferisce in modo esplicito alla tutela agnatizia..

⁶ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I (*Diritto di famiglia*), Rist. a cura di G. Bonfante e di G. Crifò, Milano, 1963, 561 s.: cfr. anche *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1987, I, ci 555.

⁷ Tanto che "non era affatto necessario che la legge pronunciasse una simile esclusione": *Corso di diritto romano*, VI. 1 (*Le successioni. Parte generale*), Rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1974., VI.1, 121.

⁸ *Ibid.*, 376 s.

⁹ *Corso*, I, cit., 561 s.: cfr. anche *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, cit., 178.

In prosiegua di tempo si sarebbe, tuttavia, verificato un progressivo indebolimento del potere tutorio, del quale così il “carattere energico” come “l’efficacia sostanziale e il rigore” si sarebbero conservati solo nella tutela legittima, essendo i titolari di essa “i veri e genuini rappresentanti dell’antico istituto”⁹. Il Bonfante delineò, conseguentemente, una “tendenza involutiva” della tutela, della quale un ramo del più recente istituto della cura (provvista, viceversa, di “tendenza evolutiva”) avrebbe, alla fine, “usurato il nome”: dal canto suo, la tutela femminile sarebbe rientrata tra le “istituzioni condannate”, in quanto “disadatta ad assumere una figura meglio confacente ai fini della nuova società” e priva perciò, “nella sua sfera obiettiva”, di “alcuna possibilità di sviluppo”¹⁰. L’insigne studioso ricondusse, nel contempo, la capacità ereditaria della donna ad una posteriore, più larga interpretazione della disciplina decemvirale relativa alla successione *ab intestato* dei *sui* e degli *adgnati*, in tal modo ovviando a quello che egli considerava l’obiezione più consistente (mossa, in particolare, dal Perozzi¹¹), al quadro delineato¹².

Questa tesi fu in parte contrastata dallo Scialoja, il quale, pur vedendo, così come il Fadda¹³, nella ricostruzione bonfantiana una conferma delle proprie idee relative al carattere politico della famiglia antica¹⁴, distinse *ab origine* la potestà tutoria rispetto a quella del *pater familias* “perché, a differenza di questa, non impedisce che la persona subordinata esista come soggetto di diritti”, per tracciare, poi, una distinzione tra la “sovranità di fatto ne’ rapporti familiari” spettante al tutore e la “sovranità nominale” facente capo alla donna erede¹⁵.

L’opinione prevalente assunse invece come scontata, senza sostanziali divergenze su questo punto tra sostenitori ed avversari delle idee del Bonfante, la primitiva incapacità successoria femminile, ora limitandosi a giustificarla sulla base dell’inidoneità di lei ad assumere il ruolo di *paterfamilias*¹⁶, ora conside-

¹⁰ *Ibid.*, 553; 560 s. Cfr. Corso, VI.1, cit., 75. Conforme prospettiva in A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino, 1987, 275.

¹¹ Nella cui prospettiva l’*hereditas*, coincidente con la qualità di *heres*, costituiva “non ... un istituto gentilizio o intergentilizio, ma inerente alla famiglia *proprio iure*”, privo di elementi extrapatrimoniali e comportante, in origine, la successione paritaria degli “eredi costretti ad essere tali”, ossia i figli del defunto in quanto *sui*, senza distinzione di sesso (S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Rist. Milano, 1947, II, 442; 450; 452; 453 e nt. 2). Nel contesto gentilizio la tutela femminile mirava perciò ad evitare che la donna, “fatta *sui iuris*, si giovasse della sua indipendenza a danno della gente e della parentela agnaticia in cui era, per non provvedere che agli interessi suoi”, sostenendo essa “una vita individuale in mezzo ad una società che originariamente non conosce e non ammette se non la vita collettiva” (*ibid.*, I, 510).

¹² Corso, VI.1, cit., 121 s.

¹³ C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, 27 s.

¹⁴ V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, I, Roma, 1914, 154 ss.

¹⁵ *Ibid.*, 20.

¹⁶ Nel qual senso si veda, ad es., G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 172, il quale, allineandosi con la tesi del Bonfante, si mostrò convinto del “nesso di immediata derivazione tra la tutela e l’antica successione nella potestas” osservando “cosa è mai la tutela se non una *patria potestas affievolita*, vestigio di un’epoca in cui non solo le donne e gli impuberi ma tutti i membri della famiglia ricadevano sotto la potestà

rando implicito nella locuzione *suus heres* l'intento decemvirale di non introdurre innovazioni in quest'ambito¹⁷, ora, infine, valutandola senz'altro come riflesso della supposta carenza originaria nella donna di soggettività giuridica¹⁸: dato, questo, riferito anche all'impubere ed assunto a sostegno del punto di vista diretto ad individuare nel tutore il titolare fiduciario dei beni ereditari, sui quali il pupillo avrebbe dunque potuto vantare, fino al raggiungimento della pubertà, solo una semplice aspettativa¹⁹.

del successore? Questo fenomeno di successione, scomparso in epoca storica, si mantiene ancora, sia pure affievolito, in quella forma di successione potestativa cui, senza dubbio, dà luogo la tutela" (*ibid.*, 123).

Cfr. anche ID., *La sostituzione pupillare*, in "Studi Bonfante", III, Milano, 1930, 294 ("Dunque la donna e l'impubere non possono fare testamento perché sono soggetti a tutela. Ma questa impossibilità non è, allora, un argomento decisivo per affermare che, malgrado essi siano detti a parole *sui iuris*, in fatto, però, sono nella stessa posizione giuridica degli *alieni iuris*? E la tutela non si atteggia, dunque, in questo caso, come una vera e propria *patria potestas*?"); 295.

¹⁷ SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 194 s.: "Il dubbio che nel tempo anteriore la donna non avesse la capacità di ereditare è innegabile; e basta questo dubbio perché sia logico presumere che i decemviri avrebbero affrontato la questione e non avrebbero scritto "cui suus heres nec escit", se il loro intendimento fosse stato di parificare le femmine ai maschi", dopo aver rilevato che "anche quelli che non vogliono pensare ad una successione nella sovranità domestica, riconosceranno che l'eredità comprendeva diritti e doveri dei quali è capace soltanto l'uomo".

¹⁸ A questo proposito basterà ricordare, oltre al Costa (*supra*, nt. 5), E. BETTI, *Diritto romano*, I (*Parte generale*), Padova, 1935, 143 ss. e nt. 5; E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento* [1941], in *Scritti giuridici*, II (*Famiglia e successioni*), Napoli, 1991, 78 s., dove (enunciando un punto di vista accolto, tra gli altri, da M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, 182, nt. 3) si afferma che, defunto il padre, le donne sarebbero rimaste "nella condizione di *filiaefamilias*, assoggettandosi alla potestà degli agnati o, in mancanza di questi, dei gentili oppure di altra persona designata dal *paterfamilias* nel suo testamento", giacché "solo in progresso di tempo, con l'affievolirsi dei vincoli agnatizi e gentilizi, si sarebbe ammesso che anche le ... *filiaefamilias* diventassero *sui iuris* alla morte del *paterfamilias* e pertanto quella che anticamente era una vera e propria potestà familiare sarebbe stata considerata come una tutela legittima e testamentaria": in senso analogo cfr. *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977, 108); B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1943, 94; 118 e, nell'ambito della letteratura più attuale, A. GUARINO, *Le "XII Tabulae" e la "tutela"* [1948], in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 146 ss.: cfr. *Diritto privato romano*¹², cit., 612, dov'è individuata nella *tutela mulierum* "una parvenza residuale dell'antichissima, e ormai largamente superata, *potestas sulle mulieres*"; F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli, 1968, 172 e nt. 45; 188; FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica dall'età arcaica al principato*², Torino, 1992, 91 si esprime anch'egli nel senso dell'assenza di capacità giuridica della donna in età arcaica, pur distinguendo tra la soggezione di lei prima alla *tutela impuberum* e poi alla *tutela mulierum*.

¹⁹ V. ARANGIO RUIZ, *Erede e tutore* [1930], in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 14 ss., nel contesto di una ricostruzione del fenomeno ereditario maturata in antitesi a quella del Bonfante e richiamata in *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 515, nt. 1. Diversa e più elaborata la prospettiva indicata da H. J. WOLFF, *Trinoctium*, in "TR- RHD", XVI, 1939, 175, ad avviso del quale il pupillo, fino al raggiungimento della maggiore età, era privo del diritto di disporre e "gehörte daher noch nicht zum consortium", mentre, con il raggiungimento della pubertà, "rückte ... ipso iure in die Stellung des heres ein". Cfr. anche KASER, *Privatrecht*, I², cit., 96 e *infra*, nt. 32.

A fronte dell'orientamento descritto, contrario all'insegnamento di Savigny²⁰ ma affermatosi rapidamente anche a motivo della supposta adeguatezza a soddisfare le coeve esigenze di tipo comparatistico, è andato tuttavia maturando (ed è da sottolineare il ruolo svolto, al riguardo, dai fondamentali studi dello Zannini²¹ e dall' incisiva presa di posizione del Corbino²²) il diverso indirizzo che, facendo leva sul superamento della pregiudiziale bonfantiana, ascrive alla tutela un'alta risalenza e ravvisa la sua intrinseca ragion d'essere nel far capo al soggetto a questa sottoposto di una formale titolarità di diritti²³: circostanza, questa, nella quale riesce, in effetti, disagevole cogliere un risultato accessibile alla pura riflessione giurisprudenziale.

Mentre, dunque, non solleva difficoltà ricondurre, nell'epoca più risalente, alla *tutela mulierum* l'effetto concreto di perpetuare lo stato di soggezione delle orfane di padre uscite di pubertà e tuttora inserite nel proprio gruppo familiare, risulta discutibile far leva su questo fatto per separare rigidamente un'antica funzione potestativa da una più moderna funzione assistenziale e valutare l'affermarsi di quest'ultima non come risultato di un mutamento di fisionomia interno all'istituto²⁴ ma, addirittura, come fattore determinante della

²⁰ Il quale aveva collegato l'origine della tutela degli impuberi ad "uno squilibrio tra la esistente capacità giuridica e la mancante capacità di agire", rilevando che "i rimanenti casi di tutela, come tutti quelli di curatela, sono piuttosto delle imitazioni, sorte successivamente per bisogni di natura simile: tutti hanno però a comune con quella forma principale questo carattere, che ricorrono solo quando l'esistenza del rapporto strettamente giuridico di *potestas* o di *manus* non renda inutile ogni rimedio artificiale", giacché "essi suppliscono alla capacità di agire di chi ha la capacità giuridica" (F. K. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, I, Torino, 1886, 362).

²¹ P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, I (*Profili funzionali*), Torino, 1976, 49 ss.; 52; 168 ss. e nt. 5, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni di bibliografia sul tema specifico. Cfr. anche vc. *Sesso (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1989, 3 e nt. 12 e vc, *Tutela (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 306.

²² A. CORBINO, *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., il quale, tra l'altro, sottolinea come "sin da epoca remotissima, non sembri in alcun modo possibile escludere la esistenza di donne *sui iuris*, ancorché di condizione non paritaria a quella degli uomini".

²³ Un elenco completo sarebbe praticamente impossibile. Mi limito dunque a ricordare, oltre agli studi dedicati in modo specifico alla condizione femminile di L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 50 ss. (cfr. anche *Storia di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in "SDHI", LXIII, 1997, 142 s.) e di E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, 1983, 142; ID., *La vita delle donne*, in AA.VV., *Storia di Roma*, IV, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Torino, 1989, 600 s. e nt. 2; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I² (*Introduzione. Parte generale*), Milano, 1960, 76; 393; 409; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 354; 531; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 708; 721; G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, 39 ss.; 56 s., al quale è da fare riferimento per la discussione dei differenti punti di vista emersi in materia, e M.G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002, 6 s. Ulteriore bibliografia è indicata in SACCHI, *L'antica eredità e la tutela*, cit., 594, nt. 29.

²⁴ Ipotesi, questa, che risulterebbe, oltre tutto, più coerente con l'assunto bonfantiano secondo cui "il principio fondamentale, secondo cui nell'andamento normale delle cose procede l'evol-

sua stessa emersione, in quanto inseparabile dall'acquisto, da parte del soggetto tutelato, di quella capacità giuridica individuale che costituisce il punto discreitivo tra *potestas* e funzione tutoria.

Resta da dire che indizi in senso contrario non si ricavano, secondo me, né dal rilievo catoniano riferito in Liv. 34,2,11 né dalla nota definizione serviana della tutela che si legge in Paul. 38 *ad ed.* D. 26,1,1 pr.

A ben riflettere, il rilievo dell'arcigno censore secondo cui *maiores nostri nullam, ne privatam quidam, rem agere feminas sine tutore autore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum* si divide infatti in due parti, la prima delle quali contiene l'esplicita affermazione secondo cui anche la disciplina imposta dai *maiores* riconosceva alle *feminae* il diritto di *privatam ... rem agere ... tutore autore* e circoscriveva, di conseguenza, il ruolo del tutore alla prestazione (di per sé implicante il riconoscimento della capacità giuridica femminile), dell'*auctoritatis interpositio*, mentre la seconda si esaurisce nell'assimilare sommariamente la *patria potestas*, la *manus* maritale e la tutela legittima esercitata dai *fratres*.

Meno facile è leggere il frammento escerpito dai Compilatori separando il momento descrittivo dell'essenza dell'istituto (*vis ac potestas in capite libero... iure civili data et permissa*: cfr. anche § 1) dall'indicazione della sua *ratio* intrinseca, costituita dalle finalità protettive, da Servio richiamate in rapporto alla *tutela minorum* ma estensibili alla *tutela mulierum* (l'accento alla quale è stato, con probabilità, espunto dai Compilatori a motivo della sua ormai risalente scomparsa²⁵) in virtù dell'*infirmitas sexus* e della *levitas animi* richiamate in varie fonti²⁶. Mentre credo anch'io che affiori nel passo l'innesto su un sostrato più antico di un più recente ripensamento funzionale dell'istituto, mi sembra infatti eccessivo dedurre da ciò il concomitante accenno a due differenti regimi giuridici, l'uno a base potestativa e l'altro a base assistenziale. Più spontaneo - monché, in definitiva, più semplice - riesce pensare all'esplicitazione giurisprudenziale di una finalità caratterizzante che, in linea di principio, da sempre era inerente alla tutela²⁷ ma che venne, ad un certo punto, valorizzata

luzione, consiste nell'*adattamento di vecchi istituti a funzioni nuove*", tanto che "non vi è per i nostri scopi che a mutare, come facciamo, la parola *organo* in quella di *istituto* e, se si vuole, la parola *funzione* in quella di *fine* o *finalità* (Corso, VI.1, cit., 96 s.). Sui limiti del metodo "organico" di matrice positivistica propugnato dallo studioso sono da ricordare, in particolare, le pagine di VOCI, *Esame della tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica* [1952], in *Studi di diritto romano*, Padova, 1985, I, 152 ss., mentre per un ampio inquadramento critico delle teorie bonfantiane, rapportato ai coevi orientamenti culturali, basterà fare rinvio alle fondamentali indagini dedicate a questo tema da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di Stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma, 1994, pp. 165 ss.; 216 ss.; 247 ss.

²⁵ Non mi sembrano decisivi in senso contrario i pur fini rilievi dello ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, II (*Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*), Milano, 1979, 73 ss.

²⁶ *Infra*, nt. 70.

²⁷ Tanto che anche il BONFANTE, Corso, I, cit., 555 avverte l'esigenza di cogliere nello stesso potere sovrano da lui ascritto all'erede "quella parte protettiva, che è a base e vale come giustificazione di ogni potere sovrano". Si vedano i rilievi del VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 68 e *Manuale di diritto romano*, I² (*Parte generale*), Milano, 1984, 264.

dal pensiero giuridico per sancirne la prevalenza rispetto ai caratteri potestativi, giungendo, per questa via, a conferire alla tutela muliebre una fisionomia diversa rispetto a quella sui minori ed a produrre un sempre maggiore affievolimento della sua incidenza sull'autonomia patrimoniale della donna *sui iuris*, ossia (tenendo conto dell'esigenza per il giurista di utilizzare categorie logiche a lui familiari) sulla sua capacità di agire.

Mi chiedo dunque se non sia il caso di rinunciare a cogliere nella soggettività giuridica muliebre un dato assente nell'età primitiva ma sbocciato, *sic et simpliciter*, da progressivi mutamenti di costume dai quali la giurisprudenza avrebbe tratto – in epoca precisabile solo a grandi linee – conseguenze tali da determinare, con le sue sole forze, un'innovazione tanto incisiva sul piano delle prerogative individuali. Più agevole riesce infatti pensare ad un “rapporto dialettico insopprimibile e costante”²⁸ tra autonomia femminile ed *auctoritas* tutoria, rinunciando alla difficile opera di recupero e di mediazione nei confronti di una prospettiva i cui limiti abbiamo visto discendere da una pregiudiziale teorica dalla quale buona parte della romanistica contemporanea è andata, significativamente, prendendo le distanze.

Né mi sembra che un elemento a favore della prospettiva diretta a sostenere l'originaria incapacità successoria femminile possa trarsi dall'incerto destino dei *sacra* nell'ipotesi di assoggettamento della donna alla *manus*, da ciò facendo discendere l'esigenza di procrastinare la capacità ereditaria muliebre ad un'epoca nella quale il dovere di mantenerli in vita si era ormai attenuato nella coscienza sociale, in sintonia con l'affermarsi dell'immagine dell'*hereditas* quale entità essenzialmente patrimoniale. L'argomento si presenta, infatti, molto debole, in quanto è certo che l'obbligo in questione gravava anche sulla donna, tant'è vero che intervenne a favore di lei l'istituto della *coemptio sacrorum interimendorum causa*, diretto a produrre l'estinzione dei *sacra* in quanto – secondo l'opinione che a me sembra la più affidabile – il *senex* che, a tal fine, acquistava in via temporanea la *manus* sulla coemptionante e, con essa, l'obbligo di perpetuarli sarebbe stato, presumibilmente, non troppo a lungo gravato da questo compito²⁹. La relativa pratica è indicata da Cicerone come frutto di

²⁸PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 51.

²⁹ La spiegazione accolta risale al SAVIGNY, *Über die juristische Behandlung der Sacra privata bei den Römern, und über einige damit verwandte Gegenstände* [1816], in *Vermischte Schriften*, I, Berlin, 1850, 190 s., il quale ricostruì il meccanismo pensando ad un acquisto *per universitatem* del patrimonio femminile da parte del *senex* e ad una successiva *remancipatio* della donna, nonché, parallelamente, ad una restituzione dei beni “im Einzelnen”, suscettibile di venire garantita da apposite *sipulationes* intercorse tra il coemptionante e parenti o amici di lei. A questa tesi (condivisa, tra gli altri, da JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*³, IV, Paris, 1880, 274 s. e da BONFANTE, *Corso*, VI, 1, cit., 27, in contrasto rispetto a *Corso*, I, cit., 76) si contrappone il diverso indirizzo (sostenuto da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, 299, seguito, in particolare da SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 32 ss., e considerato preferibile, nell'ambito della letteratura più attuale, dal VOICI, *Diritto ereditario*, I², cit., 120, da R. MARTINI, “*Coemptio fiduciae causa*” e “*senes coemptionales*”, in

deplorable escogitazione giurisprudenziale³⁰ ed era, verosimilmente, già nota al tempo di Plauto³¹. Dalla sua maggiore o minore risalenza non può trarsi, comunque, alcun indizio per porla in rapporto di vicinanza cronologica con

“Studi Biscardi”, II, Milano, 1982, 180 e da L. MESSINA, “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, in *Studi Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 389 ss.), diretto a sostenere che la *coemptio* comportava l’ automatica estinzione dei *sacra* familiari della donna, in analogia con quanto si ritiene (ma cfr. J. ZAB_0CKI, *Appunti sulla ‘sacrorum detestatio’*, in “BIDR”, XCII-XCIII, 1989 - 1990, 543) che avvenisse in caso di *adrogatio*. Su questo punto si vedano, peraltro, i rilievi di F. DAVERIO, *Sacrorum destestatio*, in “SDHI”, XLV, 1979, 535 s.; 546 ss., mentre la verosimile esistenza di formulari diversificati in rapporto alla *causa* della *coemptio*, di recente sostenuta dalla PIRO, *Gai. 1, 113 ed il formulario della ‘coemptio’*, in “Iuris vincula. Studi Talamanca”, VI, Napoli, 1999, 380 permette, credo, di attenuare comunque il peso dell’argomento. Né mi sembra condivisibile l’ assunto, con frequenza addotto a sostegno dell’opinione richiamata, secondo cui la continuazione dei *sacra* era insuscettibile di trasferirsi *ad coemptionatorem*, in quanto passività facente capo a colei *quae .. in manum venit*. Si può, infatti, replicare che in Gai 3,84, spesso invocato in proposito, è fatta eccezione per l’*hereditarium aes alienum*: circostanza, questa, giustificata dal rilievo secondo cui *coemptionator heres fit*, restando, perciò assoggettato alle regole valide in caso di successione universale (Gai 2,97-98: cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 145). Il punto più debole di questo indirizzo mi sembra, comunque, costituito dalla difficoltà di dare ragione del ricorso ad un *senex*, risultando inevitabile appellarsi (VOCI, *loc. cit.*) all’opportunità di “evitare equivoci, avendo la *coemptio* applicazioni matrimoniali”, ovvero (MARTINI, *ibid.*, 180) ai “vantaggi offerti dalla sua tarda età in relazione ad una simulata *coemptio matrimonii causa*”, in linea di massima estensibili (secondo una prospettiva che si incontra anche in GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 615 e in ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova, 2002, 300) anche alle ipotesi di *coemptiones* fiduciarie, nonché (MESSINA, *ibid.*, 434) all’intento di “evitare equivoci sullo scopo che la donna si proponeva”, cioè limitandosi a riproporre in termini più attenuati il punto di vista del SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 34, il quale, più vivacemente, osservava: “Quali malignità avrebbero sussurrato le pettegole e i pettegoli, se una donna avesse concluso la *coemptio interimendorum sacrorum causa* con un uomo giovane? Si pigli un vecchio cadente e alle bocche malediche sarà messo un tampone”.

³⁰ Cic., *Mur.*, 27: ...*senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt*.

³¹ Il commediografo (*Bacch.*, 4, 976 s.) fa, infatti, pronunziare allo schiavo Crisalo, presentato come abilissimo nel trarre profitto dal suo anziano padrone (da lui ribattezzato *Priamus*), l’irriverente proposito *Priamo nostro si quis est emptor, coemptionalem senem vendam ego, venalem quem habeo*, che così tradurrei “Ove ci sia qualcuno disposto all’acquisto del nostro Priamo, glielo venderò come *senem coemptionalem*, da me posto in vendita”. Chiara è l’intenzione del mariuolo di conseguire un lucro indicando il *dominus* come *senex* adatto per una *coemptio* del tipo di cui ci stiamo occupando. Resta, invece, incerto se l’astuto Crisalo intendesse presentarlo come disponibile a prestarsi ad essa dietro corresponsione di un compenso che il truffato (o, piuttosto, la truffata) avrebbe dovuto corrispondere nelle mani del truffatore, nelle quali sarebbe rimasto, oppure come schiavo rispetto al quale egli avrebbe millantato, allo stesso fine, la qualità di *dominus* e che, previa *manumissio*, avrebbe potuto venire utilizzato per la bisogna ed abbandonato, poi, al proprio destino: interpretazione, questa, che sembrerebbe suffragata dall’uso di *vendere* e *venalem habeo* e capacedi trovare conforto nel tenore di Cic., *ad fam.*, 7, 29,1 (su cui CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione degli “iura prediorum” nell’età repubblicana*, I, Milano, 1969, 323 ss. e nt. 73), peraltro suscettibile, se inteso in senso ironico, di venire conciliato anche con l’altra (MARTINI, “*Coemptio fiduciae causa*”, cit., 182 s.). Ai nostri fini, interessa, in ogni caso, unicamente rilevare che la non lusinghiera espressione “vecchio da *coemptio*” (o, se si preferisce, “buono solo per la *coemptio*”), era entrata, all’epoca, nel linguaggio comune: fatto, questo, sottinteso in entrambe le ipotesi, essendo, oltre tutto, da ammettere la riferibilità dell’epiteto sia ad un libero che ad un servo. L’opinione del COSTA, *Il diritto privato romano nelle*

l'ingresso della figlia tra i *sui heredes*. Di null'altro siamo infatti in presenza che di una *ratio cur pecunia sacrorum molestia liberaretur*, ossia di uno tra i vari espedienti elaborati *iure civili* per eludere, in questo specifico campo, il *pontificium ius* (Cic. leg. 2,53). Né il fatto – consequenziale al ricorso alla *coemptio* – che di questo particolare espediente potevano usufruire solo le donne autorizza a giustificarlo sulla base di una pregressa estraneità femminile alla successione e, quindi, ai connessi obblighi di natura culturale.

3. Non sarei d'accordo neppure con il punto di vista che assegna alla tutela testamentaria, riferendola all'attività creatrice della Giurisprudenza postdecemvirale, un diverso fondamento teorico rispetto alla legittima, assegnando alla seconda un intrinseco carattere potestativo prodotto dalla risalente identità tra erede e tutore³² e collegando, viceversa, la prima da un lato all'esigenza di ovviare, mediante la *tutoris optio plena* od *angusta* (Gai 1,150-153),

commedie di Plauto, Torino, 1890, 150 nt. 74, il quale, riprendendo un'ipotesi del Gronov, vede in *co(e)mptionalis* il semplice riferimento a schiavi “vecchi da vendersi insieme, in gran numero per volta, per essere ciascuno da sé di poco valore”, è stata, del resto, contraddetta con efficaci argomenti dallo JHERING, *Esprit*³, IV, cit., 275 e nt. 423, né vale a renderla più credibile l'ingegnosa correzione apportata dalla MESSINA, “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 392 e nt. 1, individuando nel *senex coemptionalis* un “vecchio schiavo che, non avendo più, di per sé, alcun valore, può trovare un acquirente solo se venduto insieme con altri”, ovvero, come suol dirsi, “a buon peso”. Si deve dunque respingere anche la premessa dalla quale questo punto di vista trae origine, costituita dalla convinzione dello studioso che l'assunzione, da parte di *coemptionalis*, del senso proprio del termine in Cicerone “presupponga ... un dissolvimento già troppo inoltrato dei vincoli famigliari, dissolvimento che, invece, ben si comprende due secoli appresso e appare allora naturale”.

³² Affermata, in particolare, dal BONFANTE, *Corso*, I, cit., 554 s.; VI.1, cit., 118, il quale ammetteva tuttavia la possibile scissione tra tutore ed erede da parte delle XII Tavole, così come S. SOLAZZI, *Il diritto ereditario nella legge delle XII Tavole*, Napoli, 1931, 6 (cfr. anche *La legge delle XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante* [1928], in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 219 ss.) mentre lo SCIALOJA, *Diritto ereditario*, cit., I, 60 ss., nt. 52 si mostrò propenso ad escludere la menzione della tutela in Tab. V.3, oggetto di una complessa tradizione (sulla quale si veda ora M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, London, 1996, II, 635 ss.) che rende difficile determinarne l'esatto tenore originario. Nel medesimo senso si espressero decisamente l'ARANGIO RUIZ, *Erede e tutore*, cit., 6 s. e, soprattutto, il GUARINO, *Le XII Tavole e la tutela*, cit., 150 ss., entrambi sostenitori (*supra*, § 2) dell'incapacità ereditaria delle donne e dei minori: punto di vista, questo, dal quale discende un indissolubile legame tra delazione ereditaria *ab intestato* ad *agnati* o *gentiles* ed esercizio, da parte loro della tutela sui figli minori e sulle figlie dell'ereditando, tanto da far ritenere superflua l'esistenza di “un versetto *ad hoc* per la tutela legittima”, restando la situazione di impuberi e donne coinvolta nel regolamento della *familia pecuniaque* del defunto. Nega, parimenti, la riferibilità alle XII Tavole della tutela testamentaria il VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 4; 71, mentre l'ALBANESE, *Persone*, cit., 437, ntt. 23; 25 (cfr. 441, nt. 40) ammette la presenza del termine *tutela* nella disposizione decemvirale ma gli attribuisce un significato diverso da quello usuale, secondo un'ipotesi accolta in forma dubitativa dal FRANCIOSI, *Famiglia e persone*², cit., 81. La posizione dello ZANNINI, *Studi*, II, cit., 67 ss., che riconosce questa possibilità in rapporto alla *tutela minorum* ma la nega con riferimento alla *tutela mulierum*, è discussa *infra*, nt. 36. In coerenza con la propria ipotesi ricostruttiva, contesta decisamente la menzione della tutela nelle XII Tavole e, quindi, il già compiuto distacco della figura dell'erede da quella del tutore SACCHI, *L'antica eredità e la tutela*, cit., 611 ss.; 620 ss., con esame critico delle diverse opinioni.

alla situazione della *uxor in manu* e, dall'altro, all'assunzione da parte dell'istituto dei connotati assistenziali e protettivi riflessi nella *lex Atilia*, tali da produrre un assetto nel quale la tutela testamentaria, sorta come derogatoria rispetto a quella agnatizia, avrebbe finito per riservare a questa carattere suppletivo (Paul. 38 *ad ed.* D. 26,4,6), restando l'esigenza del tutore, costante per gli impuberi, circoscritta per la donna *sui iuris* al necessario intervento di lui nei particolari atti indicati in Tit. Ulp. 11,27.

Le perplessità investono, in primo luogo, la coincidenza affermata, in rapporto alla tutela legittima, tra titolarità dell'ufficio tutorio e dell'*hereditas*. Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26,4,1 pr., non contraddetto da Gai 1, 165 e 192, collega, infatti, in modo esplicito l'assegnazione *lege* della tutela agli *adgnati* e, *per interpretationem* (cfr. Tit. Ulp. 11,3: *per consequentiam*), ai patroni al riconoscimento agli uni ed agli altri non di una formale posizione di *heredes* ma alle aspettative ereditarie loro riconosciute sul patrimonio pupillare ed idonee, quindi, a far sì che essi *tuerentur bona, ne dilapidarentur*. Ipotizzare in ciò il superamento di una disciplina più antica, basato sull'emergere della capacità giuridica del pupillo e sulla concomitante degradazione dei diritti dell'*adgnatus* a semplici aspettative condizionate al mancato raggiungimento della pubertà da parte del primo significa dunque muoversi su un sempre infido terreno congetturale.

L'espulsione dal contesto decemvirale della tutela testamentaria resta poi esposta ad un'obiezione collegata alla natura del richiamato documento legislativo, che notoriamente costituì il risultato di un accordo tra le due componenti patrizia e plebea diretto a *fundare civitatem legibus* (Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2,2,4), ossia – è giocoforza supporlo – ad introdurre una disciplina applicabile ad entrambe e, proprio per questo, capace di adempiere ad un'adeguata funzione unificatrice. Si deve dunque presumere che i suoi estensori non si siano limitati a codificare preesistenti costumanze gentilizie (pur destinate, inevitabilmente, a formare l'ossatura di base del nuovo ordinamento) ma abbiano anche tenuto conto delle esigenze plebee, procedendo, se necessario, all'introduzione di misure compromissorie. Se questo è vero, riesce naturale supporre che le norme riferibili alla tutela (*impuberum* e *mulierum*) siano state formulate in termini tali da permettere di non identificarla rigidamente in quella legittima dei *gentiles* (dei quali i plebei erano, secondo l'opinione più diffusa, carenti) e degli *adgnati* (non sempre adattabile senza problemi alla *familia proprio iure*, dove, oltre tutto, gli *adgnati* potevano anche mancare) e da ammettere quindi – non importa se in modo esplicito o implicito – il possibile collegamento dell'istituto a specifiche manifestazioni di ultima volontà del *paterfamilias*. Di ciò si incontra, secondo me, un indizio in Pomp. 5 *ad Q. Mucium* D. 50,16,120, dove il rilievo secondo cui i *verba* '*uti legassit suae rei, ita ius esto*' sottintendevano una *latissima potestas* del testatore *tutelas quoque constituendi* rende lecito, sì, far discendere la tutela testamentaria da un'ermeneutica dispiegata sul testo legislativo ma anche riferirne l'emergere

ad epoca ad esso, se non contemporanea, almeno contigua³³. In tal senso depone, del resto, l'indicazione *lege XII tabularum permissum est parentibus sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare* contenuta in Gai. 12 *ad edict. prov.* D. 26,2,1 pr., dove il *permissum est* configura nel *tutores testamento dare* una facoltà che la normativa decemvirale recava insita in sé.

Né questo punto di vista obbliga a pensare al rapido confinamento ad un ruolo marginale della tutela agnatizia del sesso, alla quale il radicamento nel costume e la coeva sopravvivenza del *consortium* (in presenza del quale riesce difficile ascrivere al *paterfamilias* un'iniziativa tanto deviante rispetto alla tradizione) bastarono, con probabilità, a garantire una prolungata sopravvivenza. Resta, d'altra parte, tutto da dimostrare un subitaneo incremento dei padri spinti ad usufruire della pratica testamentaria dalla preoccupazione per la sorte altrimenti riservata alla prole pubere di sesso femminile.

Si può poi presumere che la tutela testamentaria e quella legittima (destinata a riproporsi in caso di decesso del *tutor testamento datus*, da ciò derivando una situazione in presenza della quale riprendeva automaticamente vigore la delazione tutelare *ex lege*: Paul. 38 *ad ed.* D. 26,4,6³⁴; I. 1,15,2) non divergesse tra loro né sotto il profilo delle finalità intrinseche né sotto quello dei poteri propri dei rispettivi titolari. Nell'una e nell'altra ipotesi, infatti, non risulta essere mai rientrata tra i compiti del *tutor* o dei *tutores* la *negotiorum gestio* relativa al patrimonio della pupilla: nessun elemento, poi, conduce a pensare ad una

³³ Tanto più che non può escludersi il ricorrere, già in epoca predecemvirale, di situazioni di tutela testamentaria dell'erede, sia pure invalse (come suppone PEPPE, *Storia di parole*, cit., 143) nel caso marginale di assenza di *adgnati* e *gentiles*. Merita di venire richiamato il rilievo di D'ORTA, *'Heredis institutio*, cit., 41 ss., secondo cui "l'*uti legassit* spezza una certa rigidità tipica dei *mores*, ed è l'esito di necessità corrispondenti ai nuovi ritmi della *civitas*. Al *civis* della comunità del V secolo – patrizio o plebeo – viene concesso di gestire la sua *res* con discrezionalità: le XII Tavole glielo consentono, né gli impongono alcun vincolo di nessun tipo. Questa è la svolta". Infatti "in Tab. 5.3 ... le *gentes* rimangono fuori dal precetto decemvirale", cosicché "il *civis*, l'individuo è posto al centro di un progetto di società alternativo rispetto all'assetto gentilizio; e messo nelle condizioni di ... valutare 'strategicamente' i propri obiettivi, e i propri desideri".

³⁴ Mi sembra questo il senso del frammento, nel quale la regola enunciata (*Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutorem non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur*) traccia, riconducendola alle XII Tavole, una distinzione tra le disposizioni testamentarie in materia di eredità e quelle relative alla delazione della tutela, collegando le seconde ad una facoltà dell'ereditando, alla mancata fruizione della quale conseguiva il subentrare della tutela agnatizia, in ossequio alla disciplina ordinaria (Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26,4,1 pr.: cfr. I. 1,15 pr.). Il suo tenore non mi sembra, perciò, tale da giustificare le varie interpretazioni alle quali il testo è stato sottoposto per scorgevi una prova dell'antica necessaria coincidenza tra erede e tutore: si vedano, in particolare, LA PIRA, *Sostituzione pupillare*, cit., 302 ("Se i giureconsulti romani sentirono il bisogno di chiamare *intestatus* anche colui che non aveva provveduto alla nomina del tutore, significa che le due nomine dovevano apparire, come erano in antico, come una nomina sola") e le più caute considerazioni di SACCHI, *L'antica eredità e la tutela*, cit., 590 ss., con esaurienti richiami bibliografici.

diversa estensione del potere tutorio in rapporto al ventaglio di casi nei quali era richiesta la prestazione dell'*auctoritas*.

Ciò permette di ascrivere, come dato costante ed unitario, al *tutor mulieris* una funzione di sorveglianza su specifici atti della *sui iuris* suscettibili di produrre il depauperamento di lei. Questo fine corrispondeva senza dubbio ad un'esigenza di protezione dell'interesse degli *adgnati*, ai quali i beni sarebbero tornati nell'infausto caso di decesso della congiunta. Mancano, però, validi motivi per ritenere che tale esigenza potesse venire soddisfatta solo riservando l'esercizio della tutela agli *adgnati* stessi e che un *tutor* testamentario (in relazione al quale, oltre tutto, non si vede perché la scelta del testatore dovesse per forza cadere su un estraneo) non potesse risultare altrettanto o ancor più affidabile nel senso delineato, specie considerando che la tutela legittima avrebbe potuto ricadere su un impubere o su un incapace. A ciò si aggiunga che, anche dopo l'introduzione di strumenti successori diversi dal *testamentum calatis comitiis* e dal *testamentum in procinctu*, inaccessibili entrambi alle donne³⁵, il

³⁵ La circostanza, ovvia in rapporto al *testamentum militis*, mi sembra debba affermarsi anche con riferimento al *testamentum calatis comitiis*, sul quale le notizie in nostro possesso si riducono allo svolgersi della relativa cerimonia due volte all'anno (Gai 2,101) *pro conlegio pontificum* (Gell. *noct. Att.* 15,27,1), ossia dinanzi ai comizi curiati presieduti dal Pontefice Massimo (MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*3, Leipzig 1887, II,37; III.1,307; 319). La relativa procedura presentava un'analogia di forme con l'*adrogatio*, istituto tipicamente patrizio (C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*. I [Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale], Milano 1990, 56 ss.) finalizzato alla perpetuazione della *familia*: il ricorso ad esso era dunque precluso alla donna, insuscettibile di avere *suos heredes* (Gai 10 *ad l. Iuliam et Papiam* D. 38,16,13), così come (Gai *epit.* 1,5,2) *filios a se natos in potestate*, in conformità ad una regola provvista di speculare corrispondenza con quella secondo cui *per populum Romanum ... feminae non adrogantur* (Tit. Ulp. 8,5: cfr. Gell. *noct. Att.* 5,19,10), ovvero *per populum feminae non adoptantur* (Gai 1,101, su cui ZANNINI, *Studi*, I, cit., 184), in conformità ad una disciplina resa oggetto di abrogazione solo in epoca imperiale avanzata (ALBANESE, *Persone*, cit., 225; RUSSO RUGGERI, *Datio in adoptionem*, I, cit., 310 ss.). Trattandosi di una procedura strutturata in forma di *rogatio* seguita da successivo *iussum populi* (Gell. *noct. Att.* 5,19,9) ed inquadrabile, perciò, entro lo schema della *lex* (MOMMSEN, *Staatsrecht*3, cit., 319 s. e nt. 3), risultando difficile ascrivere alle curie una semplice funzione testimoniale (SERRAO, *Diritto privato economia e società*, I.1, cit., 200 s.; VOCI, *Diritto ereditario*, I2, cit., 16 s.; ALBANESE, *Persone*, cit., 223, ntt. 73 e 75). Né credo sia da accogliere (sembrandomi decisivo in senso contrario il rilievo *cum feminis nulla comitiorum communio est* che si legge nel richiamato Gell. *noct. Att.* 5,19,10, nel quale credo sia da leggere una regola di ordine generale) l'opinione che, in contrasto con quella dominante (cfr., in particolare, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*14, cit., 466; KASER, *Privatrecht*, I2, cit., 105; VOCI, *Diritto ereditario*, I2, cit., 20; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 716; A. d'ORS, *Derecho privado romano*9, cit., 272; meno decisamente GUARINO, *Diritto privato romano*12, cit., 428), distingue in modo netto (come già il BONFANTE, *Corso*, I, cit., 21) tra *adrogatio* e *testamentum calatis comitiis*, al fine di riferire alla prima soltanto il procedimento a forte impronta legislativa descritto da Gellio e circoscrivere lo svolgersi del secondo ad "una solenne dichiarazione di voler disporre dei propri diritti dopo la morte, fatta davanti al popolo fungente da testimonio" (VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne*, cit., in *Scritti giuridici*, II, cit., 74): punto di vista, questo, condiviso dallo ZANNINI, il quale, però, coglie l'ostacolo formale alla *testamenti factio* attiva femminile in età risalente non, come il Volterra, nella carenza nella donna sottoposta a tutela legittima della qualità di *sui iuris* ma nella "antitesi irriducibile tra il diritto di testare della donna e la presenza di tutori agnatizi" (*Studi*, I, cit., 178 s.; 190 s.; II, cit., 69; 72; 76). La MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 151; 157 ascrive al *populus*,

consenso del tutore (legittimo o testamentario che fosse) non era, secondo quanto si ricava dalle fonti, sufficiente a permettere alla donna di redigere un efficace atto di ultima volontà: ciò le sarà infatti possibile (*infra*, §§ 6-7) solo attraverso il meccanismo della *coemptio* fiduciaria³⁶, sicuramente più tardo. I diritti degli *adgnati* restavano dunque, in linea di principio, ben presidiati.

essenzialmente, una funzione di controllo, valutando, nello stesso tempo, lo svolgersi delle più antiche forme di testamento dinanzi ad istituzioni esclusivamente maschili come dato sufficiente a configurare nell'originaria successione *mortis causa* una prerogativa propria dell'uomo.

In rapporto all'inaffidabilità delle notizie relative a testamenti muliebri riferibili all'età arcaica rinvio all'analisi della studiosa (*ibid.*, 137 ss.) ed alle considerazioni da me formulate al riguardo in *Ereditare ed ereditande*, cit., § 10.

³⁶ Così, tra gli altri, WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 153; KASER, *Privatrecht*, I², cit., 683; MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*², Palermo 1994,, 604; FAYER, *Familia*, cit., 545. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 721 s. ammette che le donne sottoposte a tutela degli *adgnati* non potevano testare neppure con il loro consenso e reputa plausibile l'estensione, in antico, del relativo divieto anche in presenza di tutore testamentario: pensa tuttavia che, in quest'ultimo caso, esso sia stato superato in prosieguo di tempo. Non mancano, però, studiosi orientati a ritenere, nonostante il chiaro tenore di Cic., *Top.*, 4,18 e Gai 1,115^a, che alle donne fosse possibile testare *tutore autore* se sottoposte a tutela agnatizia, considerando a questa, prima della sua abolizione, applicabile la regola indicata in Gai 1,192; 2,122; 3,43. In questo senso cfr., ad es., VOCI, *Manuale di diritto romano*, I (*Parte generale*), Milano 1984, 275; *Diritto ereditario*, I², cit., 393 e, soprattutto, ZANNINI, *Studi*, I, cit., 156 s., che instaura tra mantenimento dei legami familiari da parte della *sui iuris* e sottoposizione di lei alla tutela agnatizia una rigida interdipendenza. Secondo lo studioso, infatti, che "il solo fatto che il *paterfamilias* potesse assegnare alla donna un tutore testamentario, sottraendola alla tutela degli agnati, vale a segnare il superamento di una tutela concepita in funzione di salvaguardia del patrimonio familiare, venendo fatalmente meno il nesso inscindibile tra la posizione di tutore e quella di successibile *ab intestato* della donna medesima" (*ibid.*, II, 99). Tuttavia, come meglio vedremo in seguito (*infra*, §§ 6-7) tra le due circostanze non sussisteva un reciproco vincolo, in quanto, nell'epoca anteriore all'affermarsi della *coemptio* fiduciaria, il tutore (anche quando la sua persona coincideva con quella del patrono o del *parens manumissor*: *ibid.*, II, 100) non era legittimato a consentire alla donna di testare. La presenza di un tutore testamentario non si traduceva, dunque, né in un automatico venir meno né in un inevitabile pregiudizio delle aspettative ereditarie degli agnati. L'eventualità che il personaggio, in quanto estraneo alla successione *ab intestato*, fosse disposto a concedere alla pupilla "la più ampia libertà di gestione patrimoniale, riducendo il requisito dell'*auctoritas tutoris* ad una mera formalità" (*ibid.*, II, 69: cfr. 89) è, viceversa, ritenuta dallo Zannini capace di infirmare la propria tesi (in sé inoppugnabile), secondo cui "i diritti della *tutela mulierum* agnatizia rispondevano ad una vitale esigenza di sopravvivenza e difesa dell'organismo familiare, destinato a perpetuarsi attraverso i discendenti maschi". La tutela testamentaria prevista dalle XII Tavole è, per questo, da lui circoscritta alla sola tutela dell'età (*ibid.*, II, 74 s.; 101; 105), mentre le radici della *tutela mulierum* testamentaria vengono colte nella *tutoris optio* (fatta risalire "quanto meno agli albori del II secolo a.C.": *ibid.*, II, 83) dal marito concessa alla *uxor in manu*: facendo leva sulla breccia in tal modo apertasi, il pensiero giurisprudenziale avrebbe poi provveduto, in un momento successivo, "all'estensione del *ius tutoris dandi* del testatore anche alle figlie o nipoti puberi a lui sottoposte" (*ibid.*, II, 109). Credo, però, che la generalizzata subordinazione ad una preventiva *capitis deminutio* della possibilità per la donna di testare valesse ad attenuare in buona misura, almeno fino all'affermarsi della *coemptio* fiduciaria (diverso è il discorso da fare per l'epoca successiva), le preoccupazioni degli aspiranti eredi. Essi, se investiti della tutela, avrebbero avuto, del resto, il potere di non autorizzare la donna alle attività "rigorosamente individuate" in Tit. Ulp. 11,27 (*ibid.*, I, 118) ma sarebbero stati ugualmente costretti ad assistere, con impotente costernazione, a sconsiderati sperperi di danaro oppure (per richiamare un esempio dall'A. stesso addotto: *ibid.*, I, 118: cfr. 81s.; II, 134 e nt. 3) alla cessione di una nave da parte di lei.

Cade, così, un argomento essenziale contro la risalenza della *tutela mulierum* testamentaria, mentre emerge il fatto che alla base di questa posizione sta, essenzialmente, il disagio di ammettere la riferibilità ad epoca remota di un tipo di tutela valutato, rispetto a quella agnatizia, come meno oppressivo in virtù della carenza nel suo titolare di un personale interesse alla successione. Mi sembra, peraltro, apodittico presumere che la legislazione decemvirale abbia cristallizzato una condizione femminile in tutto e per tutto conforme a quella ipotizzabile in seno al *consortium*, dove, in pratica, i diritti dei singoli membri restavano circoscritti alla fruizione dei beni comuni. Ove si ammetta, infatti, l'iniziale assunzione, da parte dell'*hereditas* contemplata nelle XII Tavole, di profili patrimoniali coerenti con le caratteristiche dell'economia urbana e, per influsso di questa, proiettati anche nella realtà consortile³⁷ fino a renderne facoltativo il persistere, diviene inevitabile presumere un incremento del ruolo della *familia proprio iure* e, quindi, una forte centralità della figura del *paterfamilias* nonché del dato unificante costituito dalla *patria potestas*, avviandosi, in tal modo, la decadenza dei gruppi agnatizi a meri ordini parentali³⁸. A ciò credo giocoforza collegare una disciplina corrispondente, più o meno, a quella descritta in Ulp. 46 *ad ed.* D. 50,16,195,2, fondata sull'originarsi, alla morte del *paterfamilias*, di un numero di *familiae* corrispondenti ai *capita* un tempo *ei subiecta*, su ciò non incidendo, per il figlio, la mancanza di discendenza e, parallelamente, per la figlia la non ovviabile qualità di *familiae suae et caput et finis* (Ulp. 46 *ad ed.* D. 50,16,195,5).

Nel medesimo tempo, riesce spontaneo far discendere dalla formale posizione di parità tra i *domestici heredes* (Gai 2,157) insita nella *legitima simul et naturalis societas* che *olim* veniva tra loro a costituirsi *morto patre familias* (Gai 3,154) una parallela parità di diritti dei *liberi* di ambo i sessi nella successione *ab intestato*.

Tutto ciò appare coerente con una rapida emersione della possibilità per il *paterfamilias* di deferire per via testamentaria (anche) ad un *extraneus* un compito analogo a quello che la tradizione gentilizia riservava all'*agnatus proximus*. Che, poi, una scelta di questo tipo potesse comportare, a livello di conseguenza indiretta, una maggiore autonomia della donna stessa è circostanza che può presumersi sul piano concreto ma alla quale non può essere attribuito né uno scontato carattere generale né l'effetto di produrre, almeno nell'immediato, formali mutamenti in ordine alla natura giuridica della tutela.

Nella disciplina decemvirale credo si possa vedere riflesso, anche sotto questo aspetto, un momento di transizione e di mediazione.

³⁷ La quale era, proprio per questo, destinata a decadere, giacché "il sistema giuridico romano già come appare attestato nell'età delle XII Tavole, ... era troppo decisamente orientato in senso individualistico perché potesse permettere un efficace e durevole funzionamento del *consortium* per più di due o al massimo tre generazioni" (CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica*, cit., 158).

³⁸ SERRAO, *Diritto privato economia e società*, I.1, cit., 181: cfr. 53.

4. In questa prospettiva mi sembra sia da leggere il notissimo Gai 1,111:

Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; nam veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum eiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est,

che credo opportuno considerare prescindendo dalla tesi diretta a sostenere la possibile coesistenza, in capo alla medesima donna, della *patria potestas* e della *manus*³⁹ ed attenendomi, prudentemente, all'opinione tradizionale che considera la prima alternativa rispetto alla seconda.

Mi limiterò dunque a dire che appare plausibile l'opinione secondo cui il giurista potrebbe avere "consapevolmente banalizzato un discorso più ampio ed articolato, vista la decadenza degli istituti e forse l'inutilità di un approfondimento del discorso nel contesto di un'opera elementare", mentre l'*usurpatio trinoctii*⁴⁰ riflette un'esigenza di certezza idonea a dare ragione dell'analisi che l'altrettanto noto Gell. *noct. Att.* 3,2,12-13, ripreso da Macr. *Sat.* 1,3,9 riferisce a Q. Mucio Scevola intorno al computo del *trinoctium*⁴¹: circostanza, questa, che consente di ascrivere all'istituto un'attualità a lungo protrattasi, per lo meno nell'ambito della riflessione giuridica⁴².

Aggiungo che Gellio e Gaio parlano l'uno di *abesse viro* da parte di colei che *apud virum matrimonii causa esse coepisset* e l'altro di *abesse* della *nupta*⁴³,

³⁹ Secondo il punto di vista enunciato da A. CORBINO, *Intervento*, in AA.VV., *Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica* (Atti Copanello 12-15 maggio 1982), Napoli, 1984, 81 ss.: cfr. anche ID., in AA.VV., *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (Atti Copanello 3-7 giugno 1984), Napoli, 1988, 217 ss. e Rec. ad A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, I (Dalle origini al periodo degli Antonini), Milano, 1979, in "Iura", XXXI, 1980, 192 s. Esso è stato reso oggetto di favorevole accoglienza da parte di G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della 'patria potestas'*, Milano, 1984, 140 s. nt. 24, di E. CANTARELLA, in AA.VV., *Società e diritto*, cit., 228 s.: cfr. anche I supplizi capitali in Grecia e Roma, Milano, 1996, 130; L' "usus" e la "conventio in manum", in "Labeo" XLI, 1995, 439 e della PIRO, "Usu" in manu convenire, cit., 92 nt. 60. In senso contrario sono da richiamare i rilievi di C. RUSSO RUGGERI, *Qualche osservazione in tema di 'ius occidenti ex lege Iulia de adulteriis coercendis'*, in "BIDR", XCII-XCIII, 1989-1990, 98 ss. e ntt. 19; 20 e di PEPPE, *Storia di parole*, cit., 150 ss.

⁴⁰ Locuzione, questa, di uso comune nella letteratura romanistica con riferimento alla fattispecie considerata ma sulla cui assenza nelle fonti in relazione ad essa si deve convenire con la PIRO, "Usu" in manu convenire, cit., 130 s.

⁴¹ MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 110; 120.

⁴² F.P. BREMER, *Iurisprudentiae anteadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, 81, n. 2; FIRA, I2, 44 n. 5; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 207 s.; CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., II, 661 s. E' da tenere presente che, in contrasto con l'opinione più diffusa, il GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli, 1981, 87 e 175 nt. 173 ha autorevolmente identificato il giurista cui è fatto riferimento in P. Mucio Scevola, con conseguente retrodatazione del parere.

⁴³ In proposito si vedano, tra gli altri, BONFANTE, *Corso*, I, cit., 66 ("il matrimonio preesisteva all'usus, ed era matrimonio legittimo: il matrimonio anteriore era condizione dell'acquisto per usus, una specie di *iusta causa* dell'usus, né l'usus ci è mai rappresentato altrimenti che come un

limitandosi ad evidenziare il puro e semplice dato costituito dall'annuale assentarsi della donna dalla dimora coniugale per il tempo previsto, ad ciò collegando il particolare effetto giuridico preso in considerazione. Questo è descritto da Gaio in modo sintetico ma, tutto sommato, esauriente, ossia delineando un meccanismo, ai suoi tempi scaduto al livello di curiosità antiquaria (*sed totum hoc ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*), che poneva in diretto rapporto l'acquisto della *manus* sulla donna ed il conseguente ingresso di lei *in familiam viri* con il fatto che essa *veluti annua possessione usucapiebatur*, dove il *veluti* ha tutta l'aria di introdurre un chiarimento provvisto del valore di semplificazione scolastica (in genere basata sul richiamo, talvolta approssimativo, di concetti familiari agli ascoltatori o ai lettori) ma tale da indicare gli estremi di un'operazione logica abbastanza sottile. Questi si colgono nell'applicazione alla *manus* degli effetti acquisitivi ricono-

puro modo di acquisto della *manus*"); P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1969, 89 s.; VOLTERRA, *Nuove ricerche sulla "conventio in manum"* [1966], in *Scritti giuridici*, III (*Famiglia e successioni*), Napoli 1991, 71 s.; PIRO, "Usu" *in manu convenire*, cit., 155 ss.; 163 ss.; WOLFF, *Trinoctium*, cit., 166 ss.; U. BARTOCCI, *Le Species Nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*, Roma, 1999, 34 ss.; 98 ss.; 101 ss.; HANARD, 'Manus' *et mariage*, cit., 194 ("L'institution du *ius trinoctii* démontre que la qualité d'épouse n'est nullement dépendante de la mise sous *manus*"); ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 229. Può ritenersi superata la diversa opinione di C. St. TOMULESCU, *Gaius 1, 111 und di Ehe usu*, in "Sein und Werden im Recht. Festgabe U. v. Lübtow", Berlin, 1970, 402 ss. il quale, attribuendo a *nupta* il senso parallelo di donna convivente con un uomo "ohne verheiratet zu sein, aber mit dem Ziel, ihn zu heiraten", considera menzionato nel passo il caso di una "Konkubine *matrimonii causa*" ed ascrive l'elaborazione dell'istituto del *trinoctium* al pensiero giuridico della repubblica avanzata, considerandolo diretto a permettere alle donne più abbienti di evitare la caduta *in manum mariti* e sostenendone il persistere ancora in età neroniana (*ibid.*, 407; 410). Il punto di vista dello studioso romeno non è, tuttavia, isolato, innestandosi nel filone di pensiero che collega indissolubilmente, nell'età più antica, matrimonio e *manus*: si vedano, ad es., W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³ (revised by P. Stein), Cambridge, 1963, 118 nt. 5 ("At that time the idea of Roman marriage and *manus* were probably inseparable and the effect of the *trinoctio abesse* was to prevent the relation to being a marriage at all") e W. KUNKEL, *vc. Matrimonium*, in "RE", XIV.2, Stuttgart 1930, 2261, il quale, pur ammettendo che "es leidet keinen Zweifel, daß auch die gewaltfreie Ehe eine Ehe im Sinn des römischen Recht war, und daß der *usus* nicht etwa die Ehe als solche, sondern lediglich die ehemännliche Gewalt begründete", esprime l'avviso secondo cui "die größere Wahrscheinlichkeit spricht ... daß vielmehr die Kinder aus gewaltfreier Ehe dem Personenstand der Mutter folgten und nicht in der Gewalt ihres Vaters standen, ebenso wie später im Falle der Ehe ohne *conubium*". A sua volta, H. LÉVY-BRUHL, *Les origines du mariage sine manu*, in "TR-RHD", XIV, 1936, 460 ss. ammette anch'egli che "dès le début le mariage par *usus* était un mariage véritable", ma pensa, nel contempo, ad una "consolidation du mariage ... réalisée par l'écoulement du délai d'un an", ovvero al termine "de l'année d'épreuve", trovandosi fino ad allora la donna "bien que mariée - *nupta* - ... dans un état précaire", ovvero "priva (secondo il punto di vista dallo studioso successivamente sviluppato in *Nouvelles perspectives sur le mariage romain*, in *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit romain*, Paris, 1947, 68 ss.) della qualità di *uxor legitima* e sottoposta ad "une sorte de stage" della durata di dodici mesi, durante i quali "il faut que elle ait donné des preuves suffisantes de son attachement, et fait preuve de qualités qui rendent cette intégration désirable": in caso positivo, "si la femme a donné toute satisfaction à son mari, elle est, sans autre forme, introduite dans la famille de celui-ci."

sciuti all'*usus*⁴⁴ e nella concomitante strumentalizzazione della circostanza per conseguire, mediante l'espedito del *trinoctio abesse*, un risultato opposto.

Così stando le cose, la norma, nei termini in cui ne abbiamo notizia, è da considerare come una sorta di 'escamotage' capace di consentire, per un verso, di ancorare il matrimonio alla tradizione gentilizia, che lo legava all'assunzione della *manus* da parte del marito, e di conferire, per l'altro, carattere facoltativo a questa circostanza, attraverso una scissione tra i due istituti. Venivano, in tal modo, appagate, secondo comune opinione, esigenze di squisita natura economica, in linea di massima configurabili con riferimento o alla persona stessa della *nupta* (che, se *filiafamilias* sottoposta alla *patria potestas*, poteva avere tutto l'interesse – proprio, magari, anche del coniuge in caso di permanenza dell'unione ed irrinunciabile per la donna nell'ipotesi di un suo sempre possibile venir meno – a conservare nella famiglia d'origine i propri diritti successorî⁴⁵) o agli agnati di lei, preoccupati di mantenere le aspettative ereditarie ad essi riconosciute in caso di decesso della congiunta⁴⁶.

Negare la capacità patrimoniale femminile nel V secolo a.C. comporta, viceversa, l'esigenza di aderire al punto di vista, – certo non isolato ma contraddittorio rispetto al tenore (*lege XII tabularum cautum est*) dell'indicazione gaiana – che configura nell'*usurpatio trinoctii* una creazione di matrice pontificale, riferibile ad epoca posteriore⁴⁷.

Direi, viceversa, che il già rilevato carattere compromissorio che affiora nella legislazione decemvirale rende plausibile riferirle la norma della quale ci

⁴⁴ FRANCIOSI, *Usucapio pro herede, Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, cit., 26 e nt. 60; 175 ss.; 178 nt. 139; G. NICOSIA, *L' 'usus' regolato dalle XII tavole e le sue sopravvissute tracce* [1995-1996], in *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania, 1998, II, 736 ss.; PIRO, "Usu" in *manum convenire*, cit., 144 (la quale, facendo appello a Gai 2,90 *ibid.*, 122] intende *usucapiebatur* con valore impersonale, a ciò adeguando la lettura paleografica del testo); BARTOCCI, *Species Nuptiarum*, cit., 94 ss.; ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 213; 225, che, peraltro, valuta il *trinoctium* come "artificio giurisprudenziale, creato per sopperire alla irregolarità o alla deficienza di un atto che attribuisca subito e direttamente la *manus* al marito", secondo un punto di vista presente anche in L. SANCHO, *El matrimonio romano primitivo y el valor de la Lex inhumanissima*, in "RIDA", 37 (1990), 368.

⁴⁵ Nessun preciso elemento (poco significativo appare, infatti, Cic. *Phil.* 2,69) suffraga la tesi del WOLFF, *Trinoctium*, cit., 171; 177 s. secondo cui la previsione relativa al *trinoctio abesse* sarebbe stata formulata dai decemviri con esclusivo riferimento alla donna *sui iuris*, alla quale le XII Tavole avrebbero riconosciuto una posizione di coerede del patrimonio paterno resa effettiva mediante l'introduzione dell'*actio familiae erciscundae* ma suscettibile di venire perduta in caso di passaggio nel gruppo familiare del marito senza il consenso dei propri *adgnati*.

⁴⁶ Eventualità, questa, tale da sconsigliare senz'altro l'ingresso di lei nella famiglia del marito in qualità di *conventa in manum* e, a maggior ragione, di accompagnarla con una dote configurabile come "la liquidazione anticipata della sua quota ereditaria rispetto alla famiglia di origine e un corrispettivo di quanto potrà in seguito ereditare" (D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2001, 109), che, all'epoca, non sarebbe stata recuperabile (SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, 36 ss.; M. LAURIA, *Matrimonio-dote in diritto romano*, Napoli, 1952, 70 s.) in alcun modo.

⁴⁷ Così MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 113; 116. Cfr. anche la rassegna di bibliografia presente in PIRO, "Usu" in *manum convenire*, cit., 16 nt. 22.

stiamo occupando, specie ove si consideri che essa, evidentemente destinata a soddisfare anche embrionali esigenze di pubblicità circa lo *status* individuale della *nupta*, poteva conseguire questo risultato solo in un ristretto ambiente cittadino.

Resta da considerare che il legislatore si trovò a risolvere il difficile problema di conferire dignità matrimoniale anche ad unioni che non potevano basarsi sulla *confarreatio* perché, a quanto sembra, la relativa cerimonia, alla quale di necessità conseguiva l'assunzione della *manus* sulla sposa, non era accessibile all'elemento plebeo⁴⁸. La soluzione più semplice non poteva, dunque, essere perseguita altro che rinunciando a creare dal nulla specifiche formalità alternative di carattere laico e facendo leva, dunque, sul semplice protrarsi della convivenza per un lasso di tempo adeguato a lasciar presumere che questa avesse luogo con il consenso degli eventuali titolari della *patria potestas* su ciascuno dei due sposi e, in specie, del *paterfamilias* della donna⁴⁹. Configurare nell'*usus* continuativo un modo di acquisto della *manus* diveniva, a questo punto, una scelta capace di realizzare, per via diversa, un effetto giuridico coincidente con quello connesso alla realizzazione della *confarreatio* e tale, nello stesso tempo, da recare in sé un'implicita possibilità di precludere il verificarsi di questo evento mediante periodiche interruzioni della convivenza, la durata delle quali, in ossequio alle rilevate esigenze di certezza, non poteva venire rimesso all'arbitrio individuale. Da ciò derivò, probabilmente, l'esplicita previsione del *trinoctium*⁵⁰.

⁴⁸ BONFANTE, *Corso*, I, cit., 71 s.; WOLFF, *Trinoctium*, cit., 154 s.; Zannini, *Studi*, I, cit., 130 e nt. 16; SERRAO, *Diritto privato economia e società*, I.1, cit., 186; BARTOCCI, *Species Nuptiarum*, cit., 114 ss., con approfondito esame di effetti e modalità della *confarreatio*. L'indagine di M. TAGLIALATELA SCAFATI, *Cinna e la 'confarreatio'*, in AA.VV., *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, a cura di G. Franciosi, III, Napoli, 1995, 71 ss. dimostra, comunque, che la circostanza fu superata in epoca successiva, secondo un processo che potrebbe essere posto in rapporto con l'accesso plebeo ai sacerdoti, tutti di origine patrizia, accessibili ai soli nati da nozze confarreate e che trovò (come ritiene ASTOLFI, *Matrimonio*2, cit., 83; 201 ss.) la propria premessa nella *lex Canuleia* del 445 a.C. Negano, viceversa, l'originaria riserva ai patrizi della *confarreatio* TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 133; DALLA – LAMBERTINI, *Istituzioni*2, cit., 93 e, soprattutto, CORBINO, *La questione del "connubium". Decemvirato, unioni miste e 'rogatio Canuleia'*, in "Mélanges Sturm", I, Liège, 1999, 93 ss., il quale, con argomenti che credo persuasivi, pensa peraltro che, nel caso di matrimoni misti patrizio-plebei, la *confarreatio* fosse ammessa in epoca predecemvirale "in un sistema di controllo delle unioni da parte del patriziato", non potendo il relativo rito "aver luogo senza l'approvazione del collegio pontificale, di volta in volta intervenuta sulla base di un'indagine analoga a quella che si compiva in vista di un'*adrogatio*". Sulla valenza magico-religiosa del numero tre si vedano ALBANESE, *Il 'trinocitum' del 'Flamen Dialis'* [1969], in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991 e MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 111.

⁴⁹ Il quale, finché la figlia non fosse caduta in *manum mariti*, avrebbe potuto interrompere l'unione esercitando la *ductio*: cfr. ASTOLFI, *Matrimonio*2, cit., 100; 393 ss.

⁵⁰ Oppure (giacché "rien ne prouve que le *ius trinocitii* fut réellement une innovation des XII tables: HANARD, *'Manus' et mariage*, cit., 196) la sua recezione, innestata su una pratica matrimoniale già in precedenza invalsa e dai decemviri resa oggetto di regolamentazione rapportata all'acquisto, pur reso facoltativo, della *manus*. Ritiene, anzi, il SERRAO, *Diritto privato economia e società*, I.1, cit., 187 che il collegamento all'*usus* di questo risultato abbia preceduto la stessa

Tutto questo ben giustifica il fatto, a torto giudicato incongruo da F. Bozza⁵¹, che “le XII Tavole abbiano da un lato posto la norma, dall’altro suggerito il modo per evaerla”.

Né direi che l’autonomia che Gaio e Gellio sembrano riconoscere all’iniziativa femminile comporta, di per sé, l’esigenza di riferire la testimonianza ad epoca seriore, scorgendovi traccia di un più avanzato stadio di emancipazione muliebre.

Le sintetiche indicazioni contenute nelle due fonti, in quanto incentrate su un obiettivo agire della donna e sugli effetti giuridici a questo connessi, lasciano infatti, di necessità, in ombra il suo verosimile collegamento ad accordi intervenuti, caso per caso, tra i due gruppi familiari, nonché il ruolo che nella vicenda poteva svolgere la volontà del marito⁵². L’unico punto fermo è dunque costituito dal fatto che la loro efficacia dipendeva, in ogni caso, da una continuativa collaborazione (non importa in che misura spontanea⁵³) dell’interessa-

confarreatio, in virtù di un assetto risalente nel quale “la situazione di fatto creava il potere e l’interruzione della situazione di fatto interrompeva l’acquisto del potere”, secondo un punto di vista conciliabile con l’analisi di PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 101 s. e nt. 55; *Storie di parole*, cit., 159; 177, il quale, sostenitore dell’assunzione di progressivi connotati pubblicistici e religiosi da parte della *confarreatio*, vede nel fatto che “solo alcuni praticavano la *confarreatio* o potevano praticarla” una conferma della tesi secondo cui “nel momento della formalizzazione della *confarreatio* convivevano in Roma *nuptiae* diverse, con riti diversi e conseguenze giuridiche diverse”, retrodatando il momento di introduzione del *trinoctium* alla fase etrusca della monarchia (*ibid.*, 159; 194 s.). Cfr. *infra*, nt. 80.

⁵¹ *Manus e matrimonio*, in “AUMA”, XV, 1941, 123. Rilievi critici in PIRO, “*Usu*” in *manum convenire*, cit., 27 s. e nt. 51.

⁵² WATSON, *Law of Persons*, cit., 20.

⁵³ La testimonianza gaiana ha indotto il DE MARTINO, *Storia arcaica e diritto romano privato* [1950], in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, 404 ss., ad esprimere l’avviso che le XII Tavole, permettendo “alla moglie di impedire l’acquisto della *manus* su di lei”, avrebbero introdotto un “regime di libertà e di indipendenza della moglie rispetto al capo della casa ... perfettamente consono all’allentarsi dei vincoli arcaici ed all’attenuarsi della supremazia del *pater*”, dovendosi la circostanza ricondurre ad un’influenza etrusca temperata dal legislatore mediante l’introduzione, appunto, del *trinoctium*. Anche secondo il VOLTERRA, *Nuove ricerche*, cit., in *Scritti giuridici*, II, cit., 56 il passo dimostra “come esclusivamente la donna fosse arbitra di porre o meno in essere il *trinoctium*” e lascia, dunque, intravedere un’immagine di autonomia femminile posta in evidenza anche dal WOLFF, *Trinoctium*, cit., 178 (pur convinto che l’innovazione decemvirale non ebbe “nichts zu tun mit irgendwelchen frauenemanzipatorischen Bestrebungen”) ed in anni più recenti rilevata, in specie, dal PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 102 nt. 57; 103 (il quale si differenzia, peraltro, dal Volterra scorgendo nel *trinoctium* un rimedio introdotto già al tempo di Servio Tullio al fine di evitare il depauperamento del *consortium* di provenienza della donna: cfr. *Storia di parole*, cit., 194 s.) e, nell’ambito della propria ricostruzione innovatrice, dalla PIRO, “*Usu*” in *manum convenire*, cit., 23 ss.; 165 ss. e *passim*, nonché da ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 233 s., ad avviso del quale il senso della disposizione sarebbe addirittura da cogliere proprio nell’aver concesso alla donna una libertà di scelta fino ad allora preclusale. A questa prospettiva ha reagito la CANTARELLA, *L’“usus” e la “conventio in manum”*, in “*Labeo*”, XLI, 1995, 441; 449 ntt. 13 e 14, osservando che “l’attendibilità di un’ipotesi dipende anche dalla verosimiglianza sociale dei comportamenti postulati” e negando senz’altro la riferibilità all’epoca decemvirale di un’adeguata capacità decisionale della donna. In senso analogo si muovono i rilievi di A. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori*

ta. A motivo di questo dato, bisogna dunque accontentarsi di ammettere che l'ordinamento, nel perseguire l'obiettivo di affermare la sussistenza di *iustae nuptiae* anche in assenza di *manus*, scelse la via di ascrivere ad un rilevabile comportamento della *uxor* un'efficacia sostanziale circa la situazione giuridica di lei stessa.

5. Resta aperto, nell'ipotesi di una donna *sui iuris*, un non lieve problema, in quanto non riesce facile adattarsi all'idea che i titolari della tutela legittima potessero trovarsi, loro malgrado, esonerati dalle proprie funzioni e decaduti dalle connesse aspettative ereditarie per effetto di inerzia della pupilla e del conseguente acquisto da parte del marito di una *manus* capace di procacciargli, *sic et simpliciter*, l'acquisizione dell'intero patrimonio della consorte (Gai 2,98; 3,83).

La Dottrina, pur concorde nell'escludere una tale possibilità, non è tuttavia pervenuta a fornire alcuna convincente indicazione intorno ai rimedi ai quali gli interessati avrebbero potuto fare ricorso per impedire un così pregiudizievole evento. Mi sembra, infatti, che si debba concordare con lo Zannini sull' "allergia di fondo all'*auctoritatis interpositio*" rispetto all'*usus* e sulla conseguente impossibilità di ipotizzare, in analogia con la disciplina verosimilmente propria della *confarreatio* o (in prosieguo di tempo) della *coemptio*, una necessaria prestazione dell'assenso tutorio all'instaurarsi della convivenza⁵⁴, comportante

culturali nella storia giuridica del matrimonio, Napoli, 1996, 73. Personalmente, credo plausibile supporre che il tenore della concisa testimonianza di Gaio debba leggersi presupponendo che il giurista sia stato, in qualche misura, influenzato dalla ben più evoluta condizione femminile propria del suo tempo, suggerendogli di porre l'accento "sull'espedito apprestato a salvaguardare la libertà della donna, libera, si direbbe, di scegliere il proprio destino" (ZANNINI, *Gaio antifemminista?*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1975, 303, il quale sottolinea altrove l'opportunità di distinguere tra piano giuridico e sociologico: cfr. *Ancora su "usu in manum convenire"*, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro*, Padova, 2002, 172 ss.). Ciò non autorizza, tuttavia, a considerare inaffidabile il riferimento storico, assegnando uno sproporzionato rilievo ai termini nei quali l'istituto è descritto per affermare, su quest'unica base, la sua seriorità rispetto all'epoca decemvirale.

⁵⁴ Convincono le critiche rivolte dallo studioso ai sostenitori (passati in rassegna in *Studi*, I, cit., 118 nt. 1 e 135 nt. 24) della tesi secondo cui il consenso tutorio era necessario, in linea generale, per consentire alla pupilla di unirsi in matrimonio e, quindi, indipendentemente dalla caduta di lei in *manum mariti*. Mi sembra, del resto, che al fondo di questo punto di vista stia, ancora una volta, l'apodittica assimilazione tra titolarità della tutela legittima e *patria potestas*, a ciò facendo conseguire la validità anche in rapporto alla prima della regola indicata in Paul. 35 *ad ed.* D. 23,2,2 con esclusivo riferimento alla seconda. Mancano, però, fonti capaci di deporre in tal senso. In relazione a Liv. 4,9,4-7 la tesi di R.M. OGILVIE, *The Maid of Ardea*, in "Latomus", XXI, 1962, 482, secondo cui "if the wife disregarded the tutor's insistence and did not interrupt the *usus*, the tutor could presumably be entitled to enter a *revindicatio* on the ground that without his consent the wife had no power of her own to pass into the *manus* of her husband" appare infatti superata dalle considerazioni di VOLTERRA, *Sul diritto familiare di Ardea nel V secolo a.C.* [1967], in *Scritti giuridici*, III, cit., 118, non contraddette dall'ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova, 1994, 38 s., del quale è da condividere il rilievo (*Matrimonio*², cit., 102) secondo cui la fattispecie considerata in C. 5,4,1 del 199 contemplava non un tutore muliebre ma un tutore pupillare. Né avrei dubbi nel concordare con gli studiosi (indicati in ZANNINI, *ibid.*, 108 s. e nt. 18: *adde* ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 101) che riferiscono il necessario assenso tutorio *ad nuptias contrahendas* cui accenna Tit. Ulp. XI,22 al solo caso della libertà.

una personale situazione di *nupta* inidonea, di per sé, a vulnerare i diritti della tutela ma suscettibile di produrre questo effetto attraverso il puro e semplice decorso del tempo. Una volta che si neghi, peraltro, il far capo al tutore legittimo del potere di impedire il rapporto coniugale, non si vede attraverso quali mezzi egli potesse *quotannis* forzare il *trinoctio abesse*. Essendo infatti da escludere la possibilità per lui di esercitare poteri di *ductio* analoghi a quelli paterni, non resta altra via che riferirgli una generica capacità di esercitare pressioni, efficaci, magari, sul piano effettuale ma prive di apprezzabile rilevanza su quello del diritto⁵⁵. Né mi sembra che il problema possa venire risolto negandone l'esistenza in radice, ossia facendo leva sull'irriducibile contrasto nel quale la *conventio in manum* per *usus* sarebbe venuta a porsi rispetto alla funzione originaria della tutela legittima per concludere nel senso che, per la donna a questa sottoposta, "non era nemmeno ipotizzabile una *conventio in manum* che si realizzasse attraverso l'*usus*"⁵⁶, con ciò finendo per sminuire il peso della stessa testimonianza gaiana.

Rimane, così, oscuro un punto centrale della disciplina decemvirale in materia.

Mi sento dunque incoraggiato ad avanzare un'ipotesi che credo inedita ma che si fonda, al pari di altre finora avanzate, sulla valorizzazione della notizia trasmessaci da Gai 2,47, dove si legge: *olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore autore traditae essent; idque ita lege XII tabularum cautum erat*. Osservo infatti che la norma, chiaramente diretta ad evitare la fuoruscita dal patrimonio della (sola) donna sottoposta a tutela agnatizia dei beni provvisti di maggiore significato nell'economia agricola del V secolo a.C.⁵⁷ ed a non compromettere quindi, in

⁵⁵ Questa difficoltà non è superata dal KASER, *Ehe und "conventio in manum"*, in "Iura", I, 1950, 97, il quale, dopo aver affermato che i tutori agnatizi avevano, nei confronti della pupilla, "in der Hand, sie im Familieninteresse dazu zu zwingen, dass sie das *trinoctium* beobachtete", nega giustamente che essi fossero legittimati, al pari del padre, a rivendicarla ma ipotizza per il marito che avesse conseguito la *manus* sulla consorte contro la loro volontà (il che si traduceva in un "Mangel" inerente alla *manus* stessa) un danno "sozialer und rechtlicher Art", determinato non solo dall'impossibilità di rivendicare egli stesso la donna e dall'esigenza di "in der Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft sich auf ihre Treue verlassen" ma anche l'assenza di diritti sul patrimonio di lei: ciò in armonia con la congettura (*ibid.*, 96), secondo cui il *trinoctium* sarebbe sorto con diretto riferimento al caso della *sui iuris* unica erede delle sostanze paterne, destinate a tornare agli *adgnati* ed alla cui acquisizione il marito avrebbe dovuto "von vornherein" rinunciare.

⁵⁶ ZANNINI, *Studi*, I, cit., 142. Né saprei condividere la posizione di HANARD, '*Manus*' et *mariage*, cit., 194 s., secondo cui "le recours au *ius trinoctii* n'a pleinement son sens que si la femme est *sui iuris* et dépourvue de tuteurs".

⁵⁷ Che dalla norma possa dedursi l'originaria usucapibilità delle sole *res Mancipi* è sicuramente da escludere, sulla scorta dei rilievi del CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 257. Sotto il profilo lessicale, non può invece, a stretto rigore, venire escluso che, al tempo di Gaio, la norma restasse ancora in vigore per le donne sottoposte alla tutela legittima del patrono o del *parens manumissor*, come ritiene MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 83. Mi sembra, però, che il silenzio di Gaio costituisca un forte indizio in senso contrario.

prospettiva, la funzionalità produttiva del suo gruppo di origine, era implicitamente destinata a trovare applicazione (non si spiegherebbe altrimenti la mancata menzione gaiana di un'analogia disciplina in rapporto ai beni degli impuberi e, dunque, la sua verosimile inesistenza) soprattutto nei confronti del marito e dei congiunti di lui⁵⁸. Ciò significa che, in caso di morte della *sui iuris* in costanza di matrimonio, tali soggetti non potevano far valere l'intervenuta *usucapio* dei beni qualificabili, appunto, come *res Mancipi* introdotti nella casa coniugale dalla defunta, nonché di terreni da loro utilizzati per l'agricoltura o la pastorizia dei quali essa fosse risultata unica proprietaria in seguito all'esperimento dell'*actio familiae erciscundae*.

Ove si concordi su questo punto, non mancano buone ragioni per supporre che, in concomitanza con la caduta della donna *in manum mariti* per compimento dell'*usus*, i medesimi beni fossero esclusi, in assenza di precedenti accordi, dalla correlativa acquisizione patrimoniale e restassero, perciò, ai tutori legittimi. Un'ipotesi del genere si presenta provvista di plausibile fondamento

⁵⁸ La norma possedeva, stando alla nostra fonte, un ambito di applicazione provvisto di carattere generale e suscettibile, quindi, di esplicarsi in una vasta gamma di situazioni concrete. Non credo che sia, perciò, da condividere l'indirizzo dominante, orientato a valutarla nell'univoca prospettiva dell'inusucapibilità delle *res Mancipi* ad altri trasmesse dalla pupilla senza autorizzazione del tutore, ossia a circoscriverne l'operatività al terreno negoziale. Questa prospettiva unilaterale (già presente in BONFANTE, *Corso*, I, cit., 562) ha reso difficile puntualizzare il rapporto tra la disposizione in oggetto ed il divieto per la donna sottoposta a tutela (anche testamentaria o atiliana) di *sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare* (Gai 2,80). Il problema è risolto dalla MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 101 considerando il divieto relativo all'*usucapione* un rafforzamento di quello concernente l'alienazione delle *res Mancipi*: punto di vista, questo, che la conduce a vedere riflessa nel testo gaiano "la logica dell'*usucapione* che soccorre al rafforzamento del possesso a seguito di *traditio* per le *res Mancipi*", ossia una deroga all'efficacia sanante dell'*usucapio* nei casi di *traditio* delle stesse *res Mancipi* (Gai 2,41), secondo il meccanismo affermato in epoca posteriore rispetto alle XII Tavole. Risulta, così, inevitabile negare l'affidabilità del riferimento normativo contenuto in Gaio, a dispetto del chiaro tenore della sua testimonianza. Un diverso orientamento accoglie, viceversa, quest'ultima nella sua integrità e giustifica il precetto riferito in Gai 2,80 come più matura estensione di quello decemvirale, secondo la spiegazione che si incontra in KASER, *Römisches Privatrecht*, I2, cit., 78 nt. 25; 138 nt. 33, con ulteriori richiami bibliografici; 419 e, con qualche modifica, in Ph. MEYLAN, *Gai 2.47*, in "Studi Volterra", I, Milano, 1971, 195 ss. Questo indirizzo presuppone la valutazione dell'*usucapio* primitiva a livello di istituto indispensabile comunque per l'acquisto della proprietà in luogo del "relatives Eigentum" trasmesso dal venditore ed impone di inquadrare in termini di garanzia ricevuta contro l'evizione del bene l'*auctoritas* cui Gaio accenna, in aderenza alla nota tesi del Kaser (già sviluppata in *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* 2, Köln - Graz 1956) che non è qui il caso di approfondire e sui cui limiti basterà rinviare a CAPOGROSSI COLOGNESI, *Struttura della proprietà*, I, cit., 121 ss.; 396 ss. Un coerente sviluppo dell'indirizzo (al quale sono da rapportare anche i rilievi di LÉVY - BRUHL, *Note sur l'acte juridique à Rome* [1939], in *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit romain*, Paris, 1947, 23) fondato sulla contrapposizione tra un'antica funzione potestativa della tutela ad una, più recente, di carattere assistenziale si può cogliere nella tesi di F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino 1958, 80, che riferisce l'originario divieto ad una fattispecie nella quale l'atto di alienazione sarebbe stato compiuto non dalla donna stessa, all'epoca ancor priva della necessaria soggettività giuridica, ma dal tutore, la cui *auctoritas* sarebbe stata prestata all'acquirente in funzione di garanzia: *contra* ZANNINI, *Studi*, I, cit., 172 nt. 13.

logico, in quanto la tutela agnatzia, comportando il necessario consenso di quanti ne erano investiti alle alienazioni di *res Mancipi*, privava la pupilla del potere di privarsene per autonoma scelta e quindi – supporlo non comporta troppa difficoltà – anche di trasferirli al gruppo familiare del marito assoggettandosi ad una *capitis deminutio* produttiva di analogo risultato.

Si può aggiungere che la regola in questione appare ben giustificabile in veste di giudiziosa misura cautelativa, prevista dal legislatore per ovviare all'eventualità (più o meno di scuola ma, tenendo conto dell'automatismo assegnato al prodursi degli effetti dell'*usus*, non inverosimile in assoluto) di una pupilla irriverente, desiderosa, per un motivo o per l'altro, di recidere i legami giuridici con il proprio gruppo familiare per inserirsi in uno diverso, disposto ad accoglierla insieme ai suoi beni ed a conferirle, in cambio, una situazione di *filiae loco* rispetto al coniuge, ricadendo tutto il danno sui ripudiati *adgnati* e *gentiles*. In una tale prospettiva, la disciplina che abbiamo cercato di ricostruire deve essere valutata come provvista del benefico effetto di scoraggiare l'accoglimento della *nupta* e perciò, nella mentalità dell'epoca, come conforme a ragionevoli criteri di giustizia nei rapporti intergruppo, a tutto vantaggio del pacifico svolgimento della vita collettiva di una *civitas* già insidiata da tanti interni motivi di conflitto.

Né credo che in senso contrario depongano Cic. *Flacc.* 84⁵⁹ ed *ad Att.* 1,5,6⁶⁰, i quali contengono, rispettivamente, gli assunti *nihil potest de tutela legitima*

⁵⁹ Dove l'oratore enuncia la regola *nihil potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui*, facendo da essa discendere il mancato acquisto per *usus* della *manus* sulla moglie da parte del marito *Andro Sextilius* e, quindi, il buon diritto del proprio assistito L. Valerio Flacco a ricevere *ab intestato* l'eredità della donna, vantando la propria qualità di tutore legittimo. In relazione alla fattispecie contemplata, mi sentirei di condividere l'ipotesi di C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 40 ss., che ascrive a Flacco la qualità non di patrono o (come, a prima vista, sembrerebbe potersi dedurre dal successivo § 89) di copatrono ma di *gentilis*. Diviene, così, possibile cogliere il punto centrale del contenzioso nella coeva ammissibilità o meno di una rivendicazione della tutela legittima e, conseguentemente, dei beni ereditari di una donna morta intestata da parte di chi vantava un vincolo gentilizio sulla base di una pura comunanza onomastica (Fest. v. *Gentilis*, 83 Lindsay; Varro, *ling. lat.*, 8,2,4; Isid. *orig.* 9,2,1), che, nel caso concreto, la studiosa fa derivare dalla discendenza di Valeria da un liberto manomesso, a suo tempo, dallo stesso Flacco o da un suo ascendente, valorizzando la notizia (Schol. Bob., 106 Stangl) che indica l'origine di lei *de libertis Flacci*. Nel medesimo tempo, l'accento alla qualità di *ingenua* della defunta (al quale Cicerone replica con l'osservazione, a prima vista banale ed elusiva, *Quid ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt?*) può essere giustificato come circostanza posta a profitto dalla parte avversa al fine di controbattere l'argomento invocato da L. Valerio Flacco, costituito, appunto, dalla discendenza di lei da un liberto della *gens Valeria*. In una prospettiva di questo tipo, riesce spontaneo avvicinare la testimonianza a quella evocata nelle LL. I, 13-25 della cd. *Laudatio Turiae* (FIRA, III², 211; M. DURRY, *Éloge funèbre d'une matrone romaine (Éloge dit de Turia)*, Paris, 1950, 7; E. WISTRAND, *The so-called Laudatio Turiae*, Lund, 1976, 20 s.; D. FLACH, *Die sogenannte Laudatio Turiae*, Darmstadt, 1991, 53 s.), dove si narra che la protagonista (per la cui identificazione è da fare rinvio a C. TERRENI, *Turia: dubbi giustificati? Aspetti problematici di un'identificazione controversa*, in *Societas-Ius. Munuscula di allievi a F. Serrao*, Napoli, 1999, 328 ss.), divenuta erede *ab intestato* in seguito alla morte del padre (il cui testamento risultava *ruptum* per effetto della *coemptio* da lui *facta cum uxore* dopo averlo redatto), riuscì a respingere le pretese dei *gentiles* di sottoporla a tutela legitti-

nisi omnium tutorum auctoritate deminui e de tutela legitima ...nihil usu capi posse. E' infatti mia impressione che i due testi non possano venire utilizzati in modo meccanico per illuminare la normativa decemvirale in materia ma riflettano, piuttosto, l'adesione di Cicerone ad un coevo indirizzo diretto a superarla.

La circostanza traspare già dal passo tratto dalla *Pro Flacco*, inserito all'interno di un'argomentazione mediante la quale l'oratore mira a sostenere il buon diritto del proprio assistito ad acquisire, quale tutore legittimo, l'eredità di una defunta *Valeria* ed a contestare, quindi, che sui beni di lei sussistessero fondati diritti del marito *Andro Sextilius*. A tal fine, afferma che il vedovo non avrebbe potuto acquisire la *manus* sulla consorte, né *usu* né *coemptio*. Quest'ultima ipotesi è peraltro negata affermando a chiare lettere che la *coemptio* avrebbe potuto efficacemente aver luogo solo *omnibus tutoribus auctoribus*, mentre in relazione alla prima Cicerone si limita ad appellarsi all'affermata intangibilità delle aspettative ereditarie proprie dei tutori legittimi in mancanza di espressa rinuncia. Da ciò viene fatta discendere la generalizzata subordinazione della *conventio in manum* al loro consenso, assimilando, sotto questo profilo, *coemptio* ed *usus* e sostenendo che nessun bene (*nihil*) poteva fuoruscire dalle aspettative ereditarie dei tutori agnatizi loro malgrado: tesi, questa, che si pone in palese contrasto con il fatto che, a quanto sappiamo, l'alienazione delle *res nec mancipi*, pur se parimenti suscettibile di ledere i loro interessi, poteva validamente aver luogo in corrispondenza alla sola volontà femminile. Affiora in tal modo, di là della perentoria affermazione del difensore, il carattere non incontrovertibile della regola enunciata nel corso della tenzone processuale⁶¹.

ma negando la qualità di *gentiles* a coloro *qui rem agitabant*. Valutato in questa luce, il testo dimostra che il vincolo gentilizio (basandosi sull'identificazione di una remota e spesso mitica ascendenza comune alle varie *familiae* (Cic. *Ad fam.* 9,21,2; Suet. *Tib.* 1: cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*⁶, cit., 291 s.) era, all'epoca, di assai difficile dimostrazione e, perciò inidoneo, se contestato, a costituire il fondamento di specifiche pretese: fatto, questo, che giustifica la desuetudine, nella prima età imperiale, di *totum gentilicium ius* (Gai 3,17; Tit. Ulp. 26,1^a = Coll. 16,4,2): tema, questo, sul quale richiamo ancora FRANCIOSI, *'Totum gentilicium ius in desuetudinem abisse'*, in AA.VV., *Ricerche*, cit., III, 87 ss.

⁶⁰ *De Tadiana re, mecum Tadius locutus est te ita scripsisse, nihil esse iam quod laboraretur, quondam hereditas usu capta esset. Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima in qua dicitur esse puella nihil usu capi posse.* La testimonianza non appare riferibile alla *tutela impuberum*, secondo l'ipotesi contenuta in M. DAVID – H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV, Kommentar*, II, Leiden, 1960, 263 (dubitativo ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 254) e la ricostruzione dei fatti contenuta in R.Y. TYRRELL – L.C. PURSER, *The Correspondence of M. Tullius Cicero*, I³, London – Dublin, 1904, 129 nt. 6 mi risulta più convincente rispetto alla pur plausibile ipotesi del BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici varii*, II (*Proprietà e servitù*), Torino, 1918, 202, che considera richiamato nel passo il caso di una giovane erede, alla quale fosse stato opposto il fatto che "altri avesse usucapito un fondo e quindi l'eredità stessa".

⁶¹ Ad una "deliberate misrepresentation of the XII Tables' provision" pensa anche il WATSON, *Law of Persons*, cit., 22; 149, riferendo all'epoca di Cicerone il necessario intervento del consenso tutorio anche in caso di acquisto della *manus* per *usus*.

Mi sembra che ciò trovi conferma nell'altro brano, che nega l'usucapibilità di qualsivoglia bene compreso nell'*hereditas* di una *puella* in pregiudizio del tutore agnatizio oppure (qualora diversamente si interpreti la fattispecie concreta) spettante, per diritto di successione, alla pupilla medesima. Il tentativo di conciliare questa regola con la testimonianza gaiana è stato finora perseguito o procedendo ad una correzione di quest'ultima diretta a non circoscrivere il divieto decemvirale alle sole *res Mancipi*⁶² o attribuendo allo stesso Cicerone un esclusivo riferimento ad esse⁶³, attraverso una lettura che trova, peraltro, un ostacolo difficilmente superabile nella presenza, anche qui, del categorico *nihil*. A me sembra, peraltro, che entrambe le soluzioni non risultino solo macchinose ed opinabili ma anche ispirate da un'esigenza di pieno allineamento tra i due testi che si rivela inopportuna ove soltanto si consideri il contrasto tra il parere espresso dall'Arpinate ed il responso di T. Pomponio Attico, personaggio certo non privo neppur egli di erudizione intorno al più risalente *ius civile*: non si vede, infatti, come una tale disparità di opinioni potrebbe giustificarsi in presenza di una norma legislativa di senso univoco e provvista di piena attualità.

Così stando le cose, credo che ricostruire la disciplina decemvirale alla luce dei due enunciati ciceroniani, ad essi attribuendo valore assoluto, finisca per risultare fuorviante. Tenendo conto della cronologia dell'epistola, anteriore di nove anni rispetto alla *Pro Flacco*, è invece plausibile ascrivere all'oratore la convinta adesione ad un indirizzo che, in contrasto con quello collegato alla tradizione più arcaica (e, forse proprio per questo, armonico con i gusti antiquari del suo dotto corrispondente), mirava a reinterpretare le antiche *leges* alla luce di un'evoluzione verificatasi in seno al pensiero giuridico.

⁶² In aderenza alla lettura di DAVID – NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV, Kommentar*, II, cit., 263 s., i quali risolvono le oggettive difficoltà esegetiche del testo (esaminate con particolare approfondimento in R.G. BÖHM, *Gaiusstudien*, I, Freiburg im Breisgau, 1968, 155 ss.; 174, il quale non di discosta peraltro, nella sostanza, dalla lettura tradizionale) mediante il rilievo secondo cui "*res Mancipi* ein späteres, wohl auf Grund der Erörterung in I 192 und II 80 entstandenes Glossem darstellt, das, ursprünglich zu *res mulieris* gesetz, in den Text geraten ist": il divieto originario avrebbe, perciò, trovato applicazione in rapporto ad ogni bene della donna. Il MEYLAN, *Gai 2, 47*, cit., 189 ss., commentando questo punto di vista, si collega, viceversa, alla più antica lettura di F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius Secundus*, §§ 1-96 (*Sachenrecht*), Jena, 1912, 16 e nt. 3, basata sul richiamo (conforme a quello contenuto nell'apografo di Studemund) delle *res mulieris quae in agnatorum tutela erant*, per riferire l'esercizio della tutela non alla donna ma a specifiche *res*, identificate in "*des res Mancipi* avant la lettre", giustificando su questa base l'intervento della "glose esplicative, d'ailleurs probablement exacte" anche da lui ravvisata nella locuzione *res Mancipi*. Risulta, così, possibile conciliare la prescrizione legislativa con i due testi ciceroniani, a questi ascrivendo la generalizzazione, in forma di "adage", della norma decemvirale, la quale, più esplicita, "lassait entendre clairement que les biens de la femme ne rentraient pas tous dans la tutelle légitime".

⁶³ E' questo il punto di vista del BONFANTE, *Scritti giuridici*, II, cit., 201, ad avviso del quale (seguito dallo ZANNINI, *Studi*, I, cit., 140 s., nt. 33) la generalità del divieto affermato dall'oratore può giustificarsi sulla base del fatto che solo per l'alienazione delle *res Mancipi* era necessaria l'*auctoritas tutoris*. Ad un implicito riferimento dell'Arpinate alle sole *res Mancipi* pensa anche COSTA, *Cicerone Giureconsulto* 2, cit., I, 110.

Provando, allora, ad identificare le linee di questa evoluzione, il pensiero corre al principio *cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine*, che si legge in Cic. *top.* 4,23 e che, evidentemente, aveva segnato un profondo cambiamento della disciplina relativa al passaggio al marito, per effetto della *conventio in manum*, dei beni appartenenti alla donna. Riesce, infatti, spontaneo supporre che l'enucleazione di questa regola, giustamente valutata dalla Dottrina come tale da mutare “profondamente la condizione della donna *in manu*” migliorandola in modo decisivo⁶⁴, non sia rimasta priva di conseguenze neppure in rapporto ai poteri del tutore, rientrando a pieno titolo la costituzione di dote (suscettibile di coincidere con l'intero patrimonio della sposa: *Vat. Fragm.* 115) tra gli atti che dalla donna potevano essere validamente compiuti solo con l'interposizione dell'*auctoritas*. Né è da trascurare il fatto che, ancora in *Flacc.* 86, Cicerone richiama questa circostanza in veste di ulteriore argomento a favore della propria tesi difensiva.

Si può dunque supporre che, pur fermo restando il collegamento all'acquisto della *manus* di una forma di *successio* nel patrimonio muliebre provvista di tratti analoghi a quanto avveniva in caso di *adrogatio* (Gai 3,83), il sostanziale parallelismo di effetti ravvisato tra conferimento di beni al marito e costituzione di dote si sia tradotto, nella linea di pensiero accolta dall'Arpinate, in un argomento idoneo a giustificare l'imprescindibilità del consenso dei tutori agnatizi per il passaggio al marito od all'esercente la *potestas* su di lui di ogni bene rientrante nel patrimonio muliebre, con conseguente superamento, in quest'ambito, dell'antica distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. La circostanza non poteva che determinare il parallelo scadere della medesima distinzione anche in rapporto alla norma decemvirale riferita in Gai 2,47: il suo vigore, dal giurista indicato come risalente (*olim*), era, dunque, già compromesso in epoca ciceroniana dalla linea di pensiero che abbiamo intravisto e che meriterebbe, a mio avviso, di venire approfondita anche in rapporto al suo probabile influsso su venir meno della *conventio in manum* per *usus*: fenomeno, questo, intorno al quale Gaio, limitandosi ad accennare ad un'intervenuta *desuetudo* e ad incognite *leges*, offre ragguagli decisamente vaghi.

6. A prescindere dalla particolare posizione della Vestale, sulla quale qui sorvoliamo, la *testamenti factio* attiva femminile poté affermarsi solo attraverso la rimozione dei due ostacoli costituiti l'uno dalla mancanza di un idoneo strumento e l'altro dai diritti degli agnati nonché, in subordine, dei *gentiles* sul patrimonio di lei. Decisivo rilievo assumono, dunque, l'introduzione del testamento librale e la pratica delle *coemptiones* fiduciarie, all'interno di un quadro che lascia aperti notevoli spazi problematici.

La prima difficoltà è costituita dalla cronologia da assegnare al “ritrovato della pratica, guidata dalla giurisprudenza pontificale”⁶⁵, che, facendo leva sul-

⁶⁴ VOLTERRA, *Nuove ricerche*, cit., in *Scritti giuridici*, III, cit., 94 ss., con considerazioni riprese da L. MESSINA, “*Coemptio sacrorum interimendorum causa*”, cit., 414 s.

⁶⁵ VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 15. Anche il BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., 41 valuta la *mancipatio familiae* come “uno di quei geniali espedienti pratici, frequenti in Roma, che,

l'effettuazione di una *mancipatio* avente ad oggetto *familiam pecuniamque* (Gai 2,104), realizzava un negozio fiduciario *mortis causa* relativo alla destinazione dell'intero patrimonio del disponente⁶⁶. L'opinione comune è, infatti, pressoché concorde nel riferire ad epoca largamente postdecemvirale l'ingresso nell'ordinamento giuridico del *tertium genus testamenti* che venne, per questa via, a svilupparsi. Lo stesso non può dirsi, però, in rapporto alla primigenia applicazione della *mancipatio familiae* a fini ereditari, incentrata per intero sulla *mancipatio* e nella quale il *familiae emptor ...heredis locum obtinebat* (Gai 2,103), sicuramente riferibile ad epoca di gran lunga anteriore rispetto alla sua "ingegnosa applicazione" al *testamentum per aes et libram*⁶⁷. Direi dunque che, essendo pacifica la possibilità per le donne di usufruire del testamento librato, appare frutto di sostanziale preconetto procrastinare il possibile esplicarsi dell'iniziativa femminile in questo campo, a tal fine subordinandola al superamento della *mancipatio familiae* (alla quale non si vede per quali motivi non avrebbero potuto fare ricorso le donne, ove si ammetta il loro accesso al modulo testamentario che sulla sua base si sviluppò, continuando ad impernarsi sulla *mancipatio*) ed all'acquisizione delle forme più mature da parte del richiamato strumento successorio.

mentre segnano il tramonto di arcaiche concezioni, schiudono nuove vie allo sviluppo del diritto", per riferire (*ibid.*, 46 ss.) all'*interpretatio prudentium* la "trasformazione della *mancipatio familiae* in testamento", attraverso il rapporto instaurato tra Tab. V.3 e VI.1 (*FIRA*, I², 37; 43; CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., II, 635 ss.; 652 ss.) e l'adattamento del formulario della *nuncupatio*, destinato a ridursi per effetto dell'introduzione delle *tabulae*. Questa evoluzione, approfondita dal VOCI, *Diritto ereditario romano*, II² (*Parte speciale*), Milano 1963, Milano 1963, 64 ss. e resa oggetto di puntuale richiamo dall'AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze 1966, 166 ss.; 170 e vc. *Testamento*, cit., 461, rimane non priva tuttora di punti oscuri (GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit. 429): si ritiene comunque compiuta, al più tardi, nel secondo secolo a.C. (ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, 522), ovvero "im Lauf der Jüngerer Republik" (KASER, *Privatrecht*, I², cit., 678).

⁶⁶ Così VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 97; II, 70, il quale sottolinea, peraltro, l'esclusione dei rapporti obbligatori e dei diritti più direttamente connessi con l'*hereditas* (*ibid.*, I, 92 s.), in analogia con BONFANTE, *Istituzioni*¹⁰, cit., 479 e SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 91 nt. 1. Diversamente PEROZZI, *Istituzioni*², cit., II, 473 e dubitativo AMELOTTI, vc. *Testamento*, cit., 461.

⁶⁷ GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., 429: cfr. 356. Si vedano, in particolare, PEROZZI, *Istituzioni*², cit., II, 475; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, cit., 482 s.; BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 280; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 522; VOCI, *Diritto ereditario*, I², cit., 96; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 720; MARRONE, *Istituzioni*, cit., 664 e nt. 126; D'ORS, *Derecho privado romano*⁹, cit., 338. Il fatto che "la *familiae mancipatio* nella sua fase più antica era un surrogato molto imperfetto del testamento", alla cui mancanza era, appunto, destinata a supplire (SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 92; 94 nt.) depone, del resto, nel senso della sua alta risalenza, sicuramente non contraddetta dalla notizia (Gai 2,102) secondo cui avrebbe fatto ricorso a questo strumento chi *neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat et subita morte urgebatur*: spiegazione certo sommaria e tale da lasciare in ombra la verosimile corrispondenza di questo strumento successorio, "nell'evolversi del contesto economico-sociale, a più sentite esigenze di testare" (AMELOTTI, vc. *Testamento*, cit., 460 s.) ma immeritevole di venire bollata come rivelatrice di "un candore insuperato" e come "priva di ogni verosimiglianza" (SOLAZZI, *ibid.*, 89; 90: cfr. 95 e nt. 3), almeno se riferita non al testamento librato nella sua veste definitiva ma, appunto, all'originaria *mancipatio familiae*: cfr. SCIALOJA, *Diritto ereditario*, cit., I, 312 s. e BONFANTE, *Corso*, VI.1, cit., 348 s..

Nella recente ricostruzione operata dalla Monaco è questo, viceversa, un passaggio obbligato per porre la *testamenti factio* attiva muliebre in rapporto di non eccessiva antecedenza rispetto alla *lex Atilia* ed al delinearsi del meccanismo della *coemptio fiduciaria*, datato all'inizio del secondo secolo a.C.⁶⁸. La sequenza ricostruita permette, così, alla studiosa di collocare a ridosso del 186 a.C., cioè alla più risalente attestazione di un testamento femminile, il compiuto acquisto, da parte della donna, di una capacità patrimoniale capace di esplicarsi anche nella trasmissione per atto *mortis causa* del proprio patrimonio, in ciò cogliendo il punto di arrivo di un processo svoltosi nei decenni precedenti e destinato a trovare sbocco nella *lex Voconia*, valutata come espressione compromissoria della “tendenza ad ammettere il nuovo con cautela, cercando di salvaguardare, almeno per i ceti più elevati, quel controllo sull'economia che era sempre stato nelle mani degli uomini” riconoscendo la capacità femminile a succedere ma ad essa ponendo limiti destinati a durare nel tempo.

Il quadro tracciato non pecca certo di incoerenza, costituendo il naturale sbocco dell' itinerario logico attraverso il quale la ricerca si snoda. La premessa di base (ossia l'assunto relativo all'originaria incapacità giuridica femminile) obbliga infatti l'A. a ricostruire l'affermarsi di quest'ultima enfatizzando il ruolo della *lex Atilia*, per riferire, poi, al quarantennio successivo un impetuoso far capo alle donne appartenenti alle classi alte di patrimoni tanto ingenti da rendere necessaria, attraverso la *lex Voconia*, l'introduzione di misure stabilizzatrici sul piano sociale. Diviene, del pari, giocoforza riferire al medesimo periodo storico l'ingresso nell'ordinamento giuridico degli strumenti idonei a permettere alle donne l'esercizio della *testamenti factio* attiva.

E' da dire, tuttavia, che le caratteristiche della tutela femminile atiliana appaiono consequenziali rispetto alla situazione nella quale essa poteva aver luogo, cioè alla presenza di una proprietaria di beni priva di tutore legittimo o testamentario e che si trovava, di conseguenza, sola con le sue conclamate *levitas animi* ed *infirmittas consilii* nella gestione del patrimonio, ossia ad uno stato di cose suscettibile di produrre pericolosi effetti destabilizzanti rispetto alla disciplina, sorta in rapporto alla tutela agnatizia, che configurava determinate attività come suscettibili di venire realizzate dalla donna solo *tutore autore*⁶⁹. Nulla di più facile, dunque, per il legislatore dell'appellarsi a questa regola di *ius civile* per configurare nella richiesta di un *tutor* ai competenti magistrati un ragionevole onere, giustificandolo in termini di guarentigia benevolmente predisposta a favore di colei che intendesse compierli. Con il che veniva conseguito non solo l'effetto di ribadire in via generale, entro i limiti conformi alla

⁶⁸ *Hereditas e mulieres*, cit., 184.

⁶⁹ ZANNINI, *Studi*, II, cit., 118 s.; 126, il quale sottolinea come la nomina del tutore presupponesse una conforme richiesta dell'interessata, in vista del compimento di un determinato atto oppure in via preventiva, e l'accettazione da parte del designato (*ibid.*, 124), da ciò derivando la necessaria presenza *in iure* di entrambi e la configurabilità della tutela del sesso quale istituto tipicamente volontario (*ibid.*, 122 ss.; 130; 137 s.). Questa prospettiva è accentuata (con una certa enfasi) dalla SCACCHETTI, *Presunzione muciana*, cit., 21 s.

tradizione, l'assoggettamento alla tutela della donna *sui iuris* ma anche quello di innalzare al livello di esigenza rientrante nella sfera dell'interesse pubblico un certo controllo sulla gestione del patrimonio di lei⁷⁰, tanto più che lo *studium*

⁷⁰ La prestazione dell'*auctoritas* da parte del tutore Atiliano restava circoscritta (al pari di quella del tutore legittimo e testamentario) alle ipotesi previste nell'elenco "limitato e tassativo" contenuto in Tit. Ulp. 11,27 (ZANNINI, *Studi*, II, cit. 134) ma, in definitiva, non tanto esiguo. E' da dire, d'altra parte, che l'elenco in questione (*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*) si presenta piuttosto farraginoso. In primo luogo, infatti, premette al divieto, sicuramente originario, relativo alla cessione di *res Mancipi* quello di consentire alla liberta di *in contubernio alieni servi morari*, che, determinando la possibile ricaduta in servitù della liberta medesima a favore, stavolta, del *dominus* del convivente, risulta giustificabile solo in chiave di estensione del precetto più antico, condotta alla luce del *senatus consultum Claudianum* del 52 a.C. (sul quale si veda C. MASI DORIA, *In margine a PS. 2,21°11*, in "Mélanges Wo_odkiewicz", Warszawa, 2000, I, 507 ss.). In rapporto alle altre ipotesi, credo che, considerando la cronologia della fonte, il *lege aut legitimo iudicio agere* debba intendersi alla luce di Gai 4,103-104, ossia come comprendente *omnia iudicia*, inclusi, in contrasto con la conclusione cui perviene lo ZANNINI, *Studi*, I, cit., 93, quelli che *imperio continentur*: quanto, poi, a *si se obligent, si civile negotium gerant*, è da dire che, anche ove si accetti la lettura dello studioso ascrivendo alla seconda proposizione "una funzione sussidiaria, di chiarimento e di completamento" della prima (*ibid.*, 101), il divieto risulta idoneo a comprendere (come egli ammette: *ibid.*, II, 137) una vasta gamma di attività negoziali, che spaziano dalle molteplici applicazioni della *stipulatio*, alla costituzione di dote, all'adizione di eredità nella forma della *cretio* (*ibid.*, I, 114), nonché alla nomina di un *cognitor* (*ibid.*, I, 102; 105 ss.; 114; 117 s.). Dalla richiesta di un tutore non poteva dunque prescindere neppure la "rentière" non desiderosa di contrarre nozze, in quanto la titolarità di beni implicava, come minimo, la possibile cessione di *res Mancipi* (si pensi ai parti delle schiave e degli animali *quae collo dorsove domantur*) e/o una gestione patrimoniale, di per sé comportante, in alcuni casi, l'esigenza di operare *stipulationes*. E' dunque da condividere il rilievo (*ibid.*, II, 141) secondo cui la mancanza di un tutore pregiudicava in forte misura la capacità della donna di disporre del proprio patrimonio. Non sarei, invece, d'accordo sulla riferibilità di questo fatto anche all'epoca anteriore alla *lex Atilia*. Proprio il collegamento della casistica contenuta nel richiamato passo dei *Tituli* alla tradizione relativa alla tutela agnatizia rende, infatti, almeno altrettanto plausibile ammettere (in conformità ad un'ipotesi non esclusa da PEPPE, *Storia di parole*, cit., 140) che, prima del plebiscito in questione, l'assenza di tutori agnatizi o testamentari non comportasse per la *sui iuris* limitazioni del tipo descritto: riesce disagevole presumere, in assenza di ogni riscontro, che il mancato sussistere di una circostanza minoratrice della capacità di agire (quale è da considerare, come abbiamo visto, la soggezione alla tutela) dovesse, per forza, tradursi in una più grave ed irrimediabile minorazione della capacità di agire medesima. Mi sembra, dunque, lecito supporre che la *lex Atilia* abbia operato, sì, nel senso della parificazione, nei limiti del possibile, della condizione giuridica femminile ma non nel senso di permettere anche alle *sui iuris* fino ad allora sprovviste di tutore di compiere determinati atti, bensì, al contrario, in quello di consentire anche ad esse di compierli soltanto *tutore auctore*, con ciò estendendo loro, mediante l'introduzione della nuova figura del *tutor Atilianus*, una disciplina conforme, sotto questo aspetto, alla regola cui erano assoggettate le donne sottoposte a tutela agnatizia o testamentaria. Un tale indirizzo necessitava, evidentemente, di un supporto teorico adatto a far discendere la tutela muliebre da una circostanza riferibile alla donna in quanto tale. Non sorprende, dunque, che il motivo delle femminili leggerezza ed inesperienza, che sicuramente suonava bene anche agli spiriti catoniani nonostante la sua verosimile derivazione dalla cultura greca (sul punto si vedano i rilievi di TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in "BIDR", LXXX, 1977, 292 ss. nt. 210) sia stato prontamente recepito fino a costituire una sorta di π , assunto come fondamento dell'istituto in sede giuridica (Gai 1,144; 190: *propter animi levitatem*; Tit. Ulp. 11,1: *propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*) e largamente ripreso nelle fonti letterarie.

ad curiosiorem sui cultum ispirato da *imbecillitas mentis* e da una *graviorum operum negata adfectatio* (Val. Max. 9,1,3) aveva suggerito, anni prima, al tribuno C. Oppio di frenare indirettamente la dissennatezza delle spese femminili ponendo limiti legislativi alle esibizioni di lusso⁷¹.

Tutto ciò depone, in primo luogo, nel senso della presenza, all'epoca, di un notevole numero di donne provviste di beni e prive di tutore⁷². Permette, nel medesimo tempo, di ritenere che la tutela Atiliana si sia posta a fianco di quella legittima senza incidere sulla fisionomia di quest'ultima e, anzi, mutuando da essa (come già prima aveva fatto la tutela testamentaria) le funzioni di controllo sulla gestione del patrimonio intrinseche all'istituto. Si deve dunque concludere che la prima conservò a lungo una *vim* superiore rispetto agli altri tipi di tutela muliebre non in virtù di peculiari caratteri potestativi ad essa intrinseci ma su un piano eminentemente fattuale, ossia in conseguenza del far capo ai suoi

Per un'esauriente rassegna di queste, tra le quali la più risalente è costituita da Cic. *Mur.* 27 (*propter infirmitatem consilii*), rinvio ad ALBANESE, *Persone*, cit., 348 s. e nt. 7 e, soprattutto, a ZANNINI, *Studi*, I, cit., 44; 48 ss.; 63 ss.; 69: cfr. ID., *Gaio antifemminista?*, cit., 297 ss. Si veda anche, in generale, S. DIXON, *Infirmitas sexus: Womanly Weakness in Roman Law*, in "TR", LII, 1984, 343 ss.

⁷¹ Al di là degli specifici divieti introdotti (Liv. 34,1,3; Oros. *adv. pag.* 4,20,14) ed un'eco dei quali si incontra anche in Plauto (F. DELLA CORTE, *Catone censore. La vita e la fortuna*², Firenze, 1969, 133 s.), la *lex Oppia*, rogata nel 215 a.C. ed abrogata venti anni dopo dalla *Lex Valeria Fundania* (ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., 254; 267; BROUGHTON, *Magistrates*, cit., I, 255; 340) era valutata, ancora in età imperiale, come introduttiva di vincoli all'autonomia femminile (Tac. *ann.* 3,33,4). Su questo motivo si incentrano, nella testimonianza del Patavino, sia l'intervento di M. Porcio Catone, console in quell'anno (Liv. 34,2,14: *omnium rerum libertatem, immo licentiam, ... desiderant*), sia la replica del tribuno M. Fundanio, il quale sottolinea che, una volta abrogata la legge, *non ... minus filiae, uxores, sorores etiam quibusdam in manu erunt, giacché numquam salvis suis exiit servitus muliebris, et ipsae libertatem quam viduitas et orbitas facit detestantur* (Liv. 34,7,11-12), unificando nel termine *manus* la *patria potestas*, la *manus* maritale ed *etiam* la *tutela* dei *fratres*, così come aveva fatto il precedente oratore (Liv. 34,2,11). Ai nostri fini, presenta, però, soverchiante interesse l'accento del medesimo personaggio al fatto che i *maiores ... nullam, ne privatam quidam rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt*, che lascia intravedere, se posto in rapporto con il contesto in precedenza riferito, il possibile venir meno della relativa disciplina per intervenuta *orbitas* di fratelli riferita ad una *sui iuris*, restando così la donna non sottoposta ad alcun potere. Mi sembra importante sottolineare anche come, nella rielaborazione liviana, il discorso di Catone, imperniandosi sull'assunto *duobus vitiis, avaritia et luxuria, civitatem laborare* (Liv. 34,4,2), rifletta un motivo pubblicistico assai diffuso nella tarda repubblica: sul punto rinvio al mio "*Luxus*" e "*avaritia*" nell'opera di Sallustio (*Osservazioni e problemi*), in "Athenaeum", LVII, 1979, 277 ss., mentre per la bibliografia dedicata in modo specifico alla *lex Oppia* basterà fare rinvio ai puntuali riferimenti della MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 188 ss., ntt. 10; 11; 12; 15.

⁷² A determinare la circostanza contribuirono, verosimilmente, in forte misura le sanguinose vicende della seconda Punica: a sua volta, è da condividere il rilievo di PEPPE, *Storia di parole*, cit., 139, il quale giustifica il fatto che il provvedimento fu proposto da un tribuno osservando che "donne plebee e soprattutto orfani plebei erano certamente i soggetti più esposti, in quanto inseriti in strutture parentali più deboli di quelle della *nobilitas*". Ciò suggerisce di pensare che la presenza, anche in epoca anteriore, di donne prive di legami familiari e non sottoposte a tutela testamentaria costituisse, nell'ambiente plebeo, una possibilità certo atipica ma, forse, meno rara di quanto lo studioso ritiene (*ibid.*, 136 s.).

titolari della qualità di successibili *ab intestato* della pupilla: circostanza, questa, in Gai 1,192 posta alla base del rilievo secondo cui essi *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*, mentre il tutore di altro tipo *saepe etiam invitus auctor fieri a pretore cogitur* (Gai 1,190), in aderenza ad un costume autorevolmente fatto risalire già all'epoca repubblicana⁷³. E' facile osservare come il discorso del giurista rimanga circoscritto al concreto operare del *praetor*, in entrambi i casi legittimato a piegare i *tutores* alla volontà della pupilla ma nel primo condotto (forse anche per effetto di disposizioni normative emanate a favore degli interessati: *ea ... omnia ipsorum causa constituta sunt*) ad un più cauto esercizio di questo potere, astenendosi senz'altro dall'imporre loro la prestazione dell'*auctoritas* alla confezione di un testamento (cfr. Gai 2,122) e subordinando, nelle altre due ipotesi, il proprio intervento all'accertato sussistere di una *magna causa*, adeguata a suffragare la volontà femminile⁷⁴ di procedere alla vendita di *res Mancipi* od all'assunzione di obbligazioni.

La medesima fonte puntualizza, poi, che ciò corrispondeva ad una finalità di protezione economica dei patroni (in relazione ai quali cfr. anche Gai 3,43) e dei *parentes*, in quanto diretta ad evitare, *quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent*, che essi *per testamentum excludantur ab hereditate*, ovvero che *alienatis pretiosioribus rebus*⁷⁵ *susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat*.

Gaio parla, è vero, di tutori legittimi con esclusivo riferimento al patrono ed al *parens manumissor*, ai quali questa forma di tutela era rimasta circoscritta dopo l'abolizione, ad opera di Claudio, della *tutela legitima agnatorum*⁷⁶.

⁷³ In questo senso cfr., ad es., TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 170.

⁷⁴ Abbastanza scontata l'osservazione di HANARD, *'Manus' et mariage*, cit., 263, secondo cui "la réserve ... suggère un recours possible de la femme qui fut introduit par le prêteur ": circostanza, questa, presumibile in ogni caso di diniego dell'*auctoritas* tutoria.

⁷⁵ Il punto di vista del MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 63 e nt. 32, ad avviso del quale "l'espressione sembra indicare nel testo tutti i beni di grande valore e non solo le *res Mancipi*" trova sostegno sia nel senso proprio di *pretiosior* che su base logica, considerando il risultato sostanziale perseguito dalla disciplina descritta. In senso decisamente contrario depone, però, il precedente esplicito accenno alle *res Mancipi*, alle quali soltanto il divieto per la donna di procedere ad alienazioni non autorizzate dal tutore risulta riferito in Tit. Ulp. 11,27. Credo, dunque, plausibile osservare che il persistere immutato dell'antica norma in materia (pur assoggettato ad un'interpretazione estensiva riflessa nel divieto per la patrona di consentire *libertae suae ... in contubernio alieni servi morari* (*supra*, nt. 70) si traduceva in un limite oggettivo del pur ampio potere di veto del *tutor legitimus*: il che, del resto, ben si armonizza con il rilievo dello studioso secondo cui "la riforma di Claudio s'inserisce in un contesto in cui la donna libera gestisce largamente il suo patrimonio".

⁷⁶ Gai 1,157 (... *lex Claudia ... quod ad feminas attinet, agnatorum tutelae sustulit; itaque masculus quidam impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina vero talem habere tutorem non potest*); 171 (... *agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sunt*); Tit. Ulp. 11,8; altre fonti in ROTONDI, *Leges publicae*, cit., 467. Il tenore di Gai 1,157 mostra che la legge in questione abolì la tutela degli agnati non solo sulle puberi ma anche sulle impuberi ed eliminò

Puntualizza, però, altrove che questa aveva costituito il modello originario dell'una e poi, indirettamente, dell'altra. Chiarisce infatti che la *libertarum et impuberum tutela* era stata enucleata facendo leva sulla disposizione decemvirale diretta a deferire i beni dei liberti morti intestati *ad patronos liberosve eorum*, ciò conducendo i *veteres* ad argomentare il far capo ad essi anche della tutela sui medesimi soggetti, a motivo del fatto che il legislatore *et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat* (Gai 1, 165): a sua volta, al padre che *filium nepotemve ex filio et deinceps impuberes, aut filiam neptemve ex filio et deinceps tam puberes quam impuberes alteri ea lege mancipio dederit, ut sibi remanciparentur, remancipatosque manumiserit*, era stata riconosciuta la qualità di *legitimus tutor* dell'emancipato o *tutor* dell'emancipato o dell'emancipata *exemplo patronorum*⁷⁷.

La tutela del patrono era stata, dunque, introdotta ed assimilata a quella degli agnati sulla base del far capo agli uni ed agli altri di analoghe aspettative successorie⁷⁸, mentre l'estensione del medesimo ufficio al *parens manumissor* aveva trovato il proprio fondamento in un dato di carattere formale, colto nell'analogia tra la *manumissio* della schiava e quella della figlia che, già dal padre mancipata ad altri ed uscita, quindi, dalla *patria potestas*, fosse poi tornata nella sfera potestativa del *pater* trovandosi stavolta, nei confronti di lui, in un rapporto connotato in senso servile e perciò idoneo a porla, una volta *manumissa*, in situazione coincidente, sul piano giuridico, con quella di una liberta.

Il diritto a succedere alla pupilla morta intestata è dunque indicato come unitario fondamento della tutela muliebre legittima da Gaio, restando, così, comprovato il collegamento tra la tutela agnatizia ed il far capo ai suoi titolari di

dunque, in via generale, la possibilità per le donne di avere come tutore un agnato. E' comprensibile che ciò abbia contribuito a generare, nonostante il prolungato vigore della *lex Atilia* (punto, questo, reso oggetto di particolare approfondimento in MELILLO, *Istituzioni di Giustiniano*, cit., 353 ss.) una certa difficoltà nell'assegnazione di tutori provvisti di adeguati requisiti (Hermog. 2 *iuris epit.* D. 26,3,7,1) alle *sui iuris* prive di tutore legittimo, testamentario o fiduciario. Alla luce di questo fatto si spiegano, nella ricostruzione dell'A., gli interventi in quest'ambito dei consoli, del *praefectus urbis* e, a partire da Marco Aurelio, del *praetor tutelaris*, nonché, ancora in chiave di rimedio alla carenza di vocazioni tutorie, l'abolizione della *lex Claudia* da parte di Costantino, confermata da Leone X (C.Th. 3,17,2 del 326; C. 5,30,3 del 472), "nella prospettiva, sempre meglio pronunciata, della natura e finalità pubbliche delle tutele, e nella linea progrediente di equiparazione dello *status* delle donne rispetto a quello maschile", tanto più che "ormai l'*adgnatus* non costituiva un pesante anello potestativo sull'autonomia della donna" ma, semplicemente, "uno dei *cognati*, che il presumibile vincolo affettivo collocava in prima linea tra i candidati alla tutela *ab intestato*" (*Condizione femminile*, cit., 81).

⁷⁷ Gai 1,166; 175: cfr. I. 1,18 (su cui D. DALLA, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano*, I, Torino, 1998, 215), dove l'accento alla possibile qualità di *puberes* della *filia* e della *neptis ex filio* è omesso per effetto dell'intervenuta abolizione della tutela muliebre, in chiave di intervenuta equiparazione tra maschi e femmine.

⁷⁸ Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26,4,3 pr.: *Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt. Ergo manumissor ex lege duodecim tabularum tutor est ...* Cfr. I. 1,17 e, su tali testi, MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 25 s., nonché MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 62 s. e nt. 31.

diritti ereditari sul patrimonio pupillare. Nulla autorizza invece (è forse il caso di ribadirlo) ad invertire il rapporto tra le due circostanze, ipotizzando che il mancato esercizio della tutela da parte dei medesimi soggetti potesse compromettere la persistenza, a loro favore, dei diritti in oggetto, ferma restando, in ogni caso, la subordinazione del loro concreto realizzarsi all'assenza di contrarie disposizioni di ultima volontà.

7. A Gaio siamo debitori anche della notizia secondo cui *olim*⁷⁹ *non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent*, secondo una regola abolita da Adriano (Gai 1,115^a). A parte le Vestali (chiaramente identificabili nelle *exceptae personae*), le donne *sui iuris*, pur legittimate a testare *tutore auctore* mediante il *testamentum per aes et libram*, potevano dunque, fino ad allora, compiere utilmente il relativo negozio solo dopo una pregiudiziale *capitis deminutio* (Tit. Ulp.11,9; Gai 1,158) *minima* (Gai 1,162; Tit. Ulp. 11,13) produttiva dell'estinzione del *ius agnationis* (Gai 1,163), attraverso un procedimento basato su una *coemptio* che, seguita da *remancipatio* e successiva *manumissio*, permetteva loro di acquisire il *manumissor* come tutore fiduciario (Gai 1,166^a), chiamato a prestare l'*auctoritas*.

Non è chiaro a quale epoca possa essere fatto risalire l'affermarsi di questo meccanismo, analogo nel suo schema a quello attestato con riferimento a colei che desiderasse *quos habet tutores deponere et alium nancisci* (Gai 1,115), oppure sostituire una tutela fiduciaria a quella legittima del patrono (Gai 1,195^a).

Personalmente, sarei portato a pensare ad un tempo anteriore all'inizio del secondo secolo a.C. E' infatti innegabile che i più antichi accenni ad esso si incontrano in Cic. *top.* 4,18 e nella rievocazione storica (Liv. 39,19,5) dei privilegi concessi *ex senatus consulto* ad Ispala Fecennia nel 184 a.C.: l'emergere della *coemptio* come alternativa "laica" alla *confarreatio*, rimonta peraltro, ancorché posteriore alla legislazione decemvirale⁸⁰, sicuramente più indietro

⁷⁹ Nell'avverbio, che riflette in modo generico il richiamo di una disciplina pregressa, non mi sembra si possa cogliere un riferimento cronologico più risalente rispetto alla riforma di Adriano, come non escludono ZANNINI, *Studi*, I, cit., 157; 184 e, sulla sua scia, MARTINI, "*Coemptio fiduciae causa*", cit., 172 e nt. 6.

⁸⁰ VOGLI, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi* [1982], in *Studi*, cit., II, Padova 1985, 23; ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 276. Il PEPPE, *Storie di parole*, cit., 145; 147 s.; 169; ID., *L'urnetta n. 2260 di Chiusi ed il matrimonio romano arcaico. Alcuni spunti per una formazione del diritto*, in "Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo", II, Napoli, 1997, 135 definisce un preciso percorso tra l'origine del sintagma *convenire in manum* ed il successivo affermarsi della *coemptio matrimonii causa*, da lui fatto risalire ad epoca non anteriore all'avanzato IV secolo a.C. per concludersi tra gli inizi del III e gli inizi del II secolo a.C., in sintonia con la scissione tra matrimonio e *manus* e con l'intervenuta creazione del sostantivo al fine di qualificare il corrispondente istituto giuridico. Lo studioso (*Storie di parole*, cit., 156) riferisce, peraltro, già alla fine del VI secolo a.C. l'affiancamento alla *confarreatio* delle formalità dirette a giustificare "in modo forte e pubblico il sorgere del potere sulla moglie", attraverso un'applicazione della *mancipatio* poi confluita nella *coemptio* descritta da Gaio: *supra*, nt. 50. Da richiamare anche SACCHI, *Il "Tri-vaso del Quirinale. Implicazioni giuridico-culturali legate alla destinazione/fruizione dell'oggetto*, in "RIDA", XLVIII, 2001, 320 s.

nel tempo. Le applicazioni a fini fiduciari di questo duttile strumento possono ritenersi maturate in un momento successivo⁸¹. Abbiamo, però, visto (*supra*, ntt. 29; 31) che al tempo di Plauto era familiare al pubblico la figura del *senex coemptionalis*, basata su un adattamento della *coemptio* tale da presupporre il pregresso svolgersi intorno all'istituto di un'attività interpretativa piuttosto intensa⁸². Nel medesimo senso depone, d'altra parte, la richiamata testimonianza

⁸¹ La seriorità della *coemptio fiduciaria* (da JHERING, *Esprit* 3, IV, cit., 273 s. annoverata tra gli "atti apparenti") rispetto a alla *coemptio matrimonii causa* corrisponde a comune opinione (letteratura in PIRO, "Usu in manum convenire", cit., 57 s. nt. 50, cui *adde* BARTOCCI, *Species Nuptiarum*, cit., 126 s.) e non mi sembra idonea a smentirla il rilievo di HANARD, "Manus" et mariage, cit., 246, il quale, osservando che "rien ne permet de décider, au regard de nos sources, que la *coemptio* fiduciaire fut postérieure ou antérieure à la *coemptio matrimonii causa*", prospetta l'ipotesi (già ritenuta plausibile da ALBANESE, *Persone*, cit., 300) secondo cui "la fonction originaire de la *coemptio* fut d'assurer une protection sociale efficace à la femme isolée" "en échange de l'apport de tout son patrimoine et des revenus de son activité" (*ibid.*, 254 s.). Riesce peraltro difficile, pur in un contesto sociale "aux caractères patristiques accentués", immaginare tanto disperata da suggerire un così drastico rimedio la situazione di una *sui iuris* abbiente priva di legami agnatici. A ciò mi sembra il caso di aggiungere che, ove si accettino l'integrazione e la lettura di Gai 1,123 comunemente accolte, nella trattazione gaiana le due applicazioni del negozio, pur distinte in modo netto, sono accomunate non solo dallo svolgersi entrambe *per mancipationem* (Gai 1,113: cfr. BARTOCCI, *ibid.*, 128) ma anche dal fatto che la donna (anche ove non avesse realizzato la *coemptio cum marito suo* ... *ut apud eum filiae loco sit*: Gai 1,114: cfr. 1,115b) cadeva *in manum* (Gai 1,113) e non *in servilem condicionem*: circostanza, questa, che si verificava, viceversa, per effetto della *remancipatio* operata dal *coemptionator* (ALBANESE, *Persone*, cit., 292), in virtù dell'adozione di un diverso formulario (ASTOLFI, *Matrimonio* 2, cit., 256 s.). In tal modo, la donna stessa veniva a trovarsi in una momentanea condizione servile, dalla quale usciva in seguito a *manumissio vindicta* che faceva acquisire al manomissore, *per similitudinem patroni*, la qualità di *tutor*, peraltro indicato come *fiduciarius* in Tit. Ulp. 11,5. Questa analogia di procedura (produttiva, nella sua fase iniziale, di effetti diversi solo in dipendenza dalla qualità o meno di marito propria del *coemptionator*: Gai 1, 115b) suffraga la tesi tradizionale, conducendo a vedere nella *coemptio fiduciae causa* un adattamento della *coemptio* a finalità non connesse con le nozze. Il fatto che, in questo caso, la donna non veniva a trovarsi né *loco filiae* (come avveniva nella *coemptio matrimonii causa*) né *loco servae* (situazione nella quale cadevano in linea di massima, come puntualizza Gai 1,123, *mancipati mancipatae*) conduce, infatti, a pensare ad un'elaborazione pervenuta a separare la *manus* dagli effetti ad essa connessi in ambito matrimoniale, al fine di far conseguire alla *coemptio* l'acquisto della *manus* (ASTOLFI, *ibid.*, 298) anche in un'ipotesi che "mit der Ehe nichts zu tun hat" (KASER, *Privatrecht*, 12, cit., 324). L'accento ad una situazione caratterizzata dal sussistere della *manus* in assenza di matrimonio può, d'altra parte, cogliersi anche in Gai 2,139, su cui si veda PIRO, "Conventio in manum" e successivo matrimonio in Gai 2,139, in "Labeo", XXXV, 1989, 307 ss.

⁸² Questo fatto è ben presente al MARTINI, "Coemptio fiduciae causa", cit., 184, il quale ammette che "già al tempo di Plauto era diffuso il ricorso a dei *senes* per fare una *coemptio*" ma ritiene che questa "difficilmente avrebbe potuto essere una *coemptio interimendorum sacrorum causa*", considerando, viceversa, ammissibile una così alta risalezza della "*coemptio* con dei vecchi anche per cambiare tutore o meglio ancora per poter fare testamento". In una posizione simile si colloca la MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 184, riferendo anch'essa ad epoca più tarda la comparsa della *coemptio interimendorum sacrorum causa* e scorgendo "nella testimonianza liviana non solo il primo testamento muliebre attestato, ma anche la conferma che fin dalle prime tracce la prassi per ottenere il *ius testandi* per le libere e per le ingenuae era quella attestata in seguito da Gaio". Ad avviso della MESSINA, "Coemptio sacrorum interimendorum causa", cit.,

(riferita ad epoca coeva) di Livio, a maggior ragione ove in essa si colga il richiamo di una formula non inedita⁸³. La risalenza ad epoca anteriore del ricorso alla *coemptio* fiduciaria per favorire la *testamenti factio* attiva femminile non può dunque venire esclusa.

Resta aperto un interrogativo intorno alla possibilità o meno per la donna di operare la *coemptio*, sia *matrimonii causa* che *fiduciae causa*, anche prescindendo dall'assenso dei tutori, in armonia con il ruolo di protagonista che le fonti attribuiscono, in questo campo, alla donna stessa⁸⁴, a favore della quale, oltre tutto, era prevista la possibilità di costringere il coemptionante a remanciparla⁸⁵. Una tale ipotesi appare, però, preclusa sia da Cic. *Flacc.* 84,

433, la *coemptio* in questione, pur se inquadrabile entro lo schema delle *coemptiones matrimonii causa*, avrebbe invece costituito "l'archetipo delle *coemptiones fiduciarie*", prive, a suo avviso, di effetti successori (*ibid.*, 420; 429). L'ipotesi già approfondita e respinta dal VOLTERRA, *Nuove ricerche*, cit., in *Studi*, III, cit., 63 sulla scia di una suggestione di J. GAUDEMET, *Observations sur la manus*, in "RIDA", II, 1953, 337 s., è argomentata abilmente. Il contributo non arreca peraltro elementi nuovi, limitandosi, da un lato, ad accentuare la portata di Gai 2,98 e, dall'altro, a sostenere, in contrasto con i due insigni studiosi, che l'*actio fiduciae* non garantiva alla donna l'effettivo recupero del proprio patrimonio, giudicando impensabile che la riflessione giuridica "non si preoccupasse di congegnare il funzionamento delle applicazioni fiduciarie della *coemptio*, in vista dei particolari scopi che esse erano destinate ad attuare, in modo che la donna avesse le più ampie garanzie di raggiungerli" (*ibid.*, 412; 420). Riesce, nel medesimo tempo, disagevole adattarsi all'idea (*ibid.*, 421 s.) del permanere, in caso di *coemptio*, dei diritti della donna stessa in uno stato di pendenza, destinato a protrarsi fino alla *manumissio* di lei: né convince la negazione della possibilità di obbligare il coemptionator alla *remancipatio*, argomentata nel caso di *coemptio sacrorum interimendorum causa* con un ragionamento (*ibid.*, 434 e nt. 116: cfr. 401) che, in verità, non mi risulta troppo chiaro ma sul quale si fonda il rilievo secondo cui "la prudenza consigliava di rivolgersi a chi, nella peggiore delle ipotesi, non avrebbe esercitato a lungo la *manus* perché la sua morte non poteva essere lontana".

⁸³ DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica* [1953], in *Diritto economia e società*, cit., III, 6.

⁸⁴ La circostanza è frequentemente rilevata (cfr., nell'ambito della letteratura più attuale, VOLTERRA, *Nuove ricerche*, cit., in *Scritti giuridici*, III, cit., 58 s.; ZANNINI, *Gaio antifemminista?*, cit., 303 s.; HANARD, *'Manus' et mariage*, cit., 244; ASTOLFI, *Matrimonio*2, cit., 258; BARTOCCI, *Species Nuptiarum*, cit., 130), anche se non mancano autorevoli prese di distanza (ALBANESE, *Persone*, cit., 298; CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e 'conventio in manum'*, in "RISG", XCIII, 1959 – 1962, 205 ss.) dalle implicazioni che da essa vengono fatte discendere dalla PIRO, *'Usu in manum convenire'*, cit., 57 circa la "struttura della *coemptio* come atto unitario cui partecipavano entrambi i soggetti, *vir* e *mulier*", valorizzando (in contrasto con il senso originario assegnato a *coemere*, tra gli altri, da PEPPE, *Storia di parole*, cit., 132 s., a sua volta criticato da ASTOLFI, *ibid.*, 309 s.) il tenore delle "frases protocolarias" (SANCHO, *Matrimonio romano primitivo*, cit., 361) trasmesse da Boeth. *ad Cic. top.* 3,14, che la studiosa ritiene provvisto di alta affidabilità per la ricostruzione del rito (*Gai.1.113*, cit., 375 ss.; 385).

⁸⁵ Ciò comunemente si deduce, in rapporto sia alla *coemptio fiduciae causa* che a quella *matrimonii causa* da Gai 1,137^a, con opinione condivisa da L. MESSINA, *Le lacune di Gai 1.136-137*, in "Sodalitas. Scritti Guarino", II, Napoli, 1984, 830, la quale propone una ricostruzione dei precedenti paragrafi diretta a valorizzare "la parità di trattamento ... sotto il profilo della liberazione dalla *manus* ... fra donne *in manu viri* e donne *in manu extranei*". Nella seconda ipotesi, si ritiene che venisse aggiunta alla *mancipatio* originaria un'apposita clausola, ovvero un *pactum fiduciae* che imponeva al coemptionator di rimancipare la donna *cui ipsa velit* (Gai 1,115). La restituzione del patrimonio era garantita, a sua volta, dall'*actio fiduciae*, che, in ogni caso, poteva

relativo alla *coemptio* operata a fini matrimoniali, sia, in rapporto a quella posta in atto *fiduciae causa*, da Gai 1,115. Mi sembra, perciò, inevitabile valutare la prestazione dell'*auctoritas* tutoria a livello di requisito necessario per il prodursi del naturale effetto della *coemptio*.

Nel medesimo tempo, il categorico (*non aliter*) tenore di Gai 1,115^a lascia presumere che *olim* il consenso dei tutori (sia – prima della *lex Claudia* – agnatizi che testamentari o atiliani) non fosse sufficiente a permettere la redazione di un efficace testamento alla donna, la quale restava, dunque, obbligata a compiere preventivamente, con il loro consenso, le formalità produttive della propria *capitis deminutio*, attraverso un *iter* destinato a sfociare nella sottoposizione di lei ad un tutore fiduciario, autorizzato, egli sì, a consentirle di testare, per effetto dell'intervenuta rescissione dei vincoli familiari e dei correlativi diritti agnatizi sul patrimonio della *sui iuris*. A sua volta, il mancato accenno da parte di Gaio a questa circostanza in rapporto alle due superstiti figure di tutore legittimo (entrambe presentate come capaci senz'altro di autorizzare la pupilla alla redazione del testamento) può facilmente spiegarsi con il fatto che l'esigenza, a tal fine, della *coemptio* era stata resa oggetto di generalizzata abolizione da parte del richiamato *senatus consultum* adrianeo.

Alla base di questa disciplina stavano, evidentemente, le regole ereditarie, che attribuivano ai soggetti legati alla donna da vincoli parentali o gentilizi diritti sul suo patrimonio. Da queste derivava, per l'ingenua *sui iuris*, la subordinazione dell'esercizio del *ius testandi* ad una *capitis deminutio* capace di renderla estranea, sotto il profilo giuridico, al proprio gruppo d'origine ed a legittimarla, in virtù di questo fatto, a determinare la propria successione *tutore auctore*. Questo risultato non poteva conseguire altro che al compimento della *coemptio*, suscettibile, nell'epoca preadrianea, di venire favorito dal *paterfamilias* realizzando l'*iter* descritto in Gai 1,166; 172; 175; Gai *epit.* 1,6,5 ed operando, in tal modo, un'emancipazione che presentava l'inconveniente di privare la don-

venire intentata dalla donna una volta tornata allo stato di *sui iuris* (cfr., peraltro, ASTOLFI, *Matrimonio*², cit., 288). Nella prima, riesce naturale supporre che l'estinzione della *manus*, realizzabile con analoga procedura, fosse finalizzata non tanto al conseguimento di un tutore gradito (esigenza che poteva, in età augustea, non sussistere per la donna che beneficiasse del *ius liberorum*) quanto al riacquisto della condizione di nubile, correlativo al venir meno di quella di *filiae loco*. Gaio mostra di avere ben presente questo fatto, contrapponendo, appunto, la situazione della *uxor in manu* a quella della figlia naturale o adottiva sotto il profilo della possibilità di realizzare un tale risultato, che, per la *nupta*, presupponeva lo scioglimento del vincolo matrimoniale, d'altronde facilmente realizzabile con l'invio al coniuge del *repudium*. Risultava, in tal modo, possibile alla divorziata, cessando la ragione del suo trovarsi *filiae loco*, costringere il marito alla rinuncia alla *manus*, mancandola a chi avrebbe assunto, se del caso, la qualità di *tutor fiduciarius*. Circa il recupero dei beni, la disciplina era difforme rispetto a quella applicata nel caso di *coemptio fiduciae causa*, in virtù del già richiamato principio secondo cui *cum mulier viro in manum venit, omnia quae mulieris fuerunt viri sunt dotis nomine* (Cic. *top.* 4,23), sulla base del quale la restituzione del patrimonio del quale il marito era entrato in possesso per effetto della *conventio in manum* restava o regolata da *stipulationes* in precedenza intercorse o realizzabile mediante l'esperimento dell'*actio rei uxoriae*.

na del diritto di succedere *ab intestato* ma permetteva all'ascendente di sottrarla "ad una probabile rapace futura tutela agnatizia dei fratelli"⁸⁶ e di assumere egli stesso una tutela delineatasi recependo, secondo quanto abbiamo visto, come modello quella legittima del patrono ma destinata a distaccarsene per acquisire una parallela fisionomia fiduciaria⁸⁷.

Mi sembra, infatti, da condividere il rilievo della Monaco⁸⁸ secondo cui l'eventuale consenso (difficilmente ipotizzabile) prestato al testamento dai tutori agnatizi, configurandosi come personale rinuncia ai diritti sul patrimonio della pupilla che ad essi spettavano in quanto membri del gruppo familiare cui

⁸⁶ Cfr. PEPPE, *Posizione giuridica*, cit., 62 nonché, in relazione all'esigenza di un'unica *mancipatio* per la figlia (Gai 1,132a; Gai *epit.* 1,6,5) in deroga al tenore di Tab. IV.2 (CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., II, 631 s.) RUSSO RUGGERI, *Datio in adoptionem*, I, cit., 14 ss. e PEPPE, *Storia di parole*, cit., 150). Alla condivisibile adesione dei due studiosi al rilievo secondo cui la giurisprudenza pervenne a questo risultato "con una interpretazione formalistica, consapevolmente intesa al raggiungimento di fini pratici" (ALBANESE, *Persone*, cit., 234) della disposizione decemvirale, attribuendo a *filius* il senso specifico di figlio maschio (in significativo contrasto con la regola interpretativa indicata in Iul. *lib. sing. de ambig.* D. 32,62 ed in Ulp. 46 *ad ed.* D. 50,16,195 pr.) è da affiancare la considerazione di MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 71, il quale pone in rapporto la circostanza con "il peso diverso e inferiore che la donna aveva nella conservazione della *familia*".

⁸⁷ Il confronto tra Gai 1,168 (*agnatis et patronis et liberorum caput manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur*; cfr., in rapporto alla discutibile motivazione indicata, ALBANESE, *Persone*, cit., 444, nt. 54 e ZANNINI, *Studi*, II, cit., 33 ss.; 37 ss.; 42 ss.) e Tit. Ulp. 11,8 (*quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit, quoniam legitimum erat in iure cedere tutelam feminarum, non etiam masculorum, feminarum autem legitimam tutelam lex Claudia sustulit excepta tutela patronorum*) mostra che, nell'età compresa tra la *lex Claudia* ed Adriano, l'in iure cessio tutelae, un tempo ammessa anche per il *parens manumissor*, rimase ristretta al solo patrono: tema, questo, approfondito da MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 60 s.; 64 ss., evidenziando il cospicuo valore patrimoniale che la tutela sulle liberte poteva assumere e che si trova riflesso in Tit. Ulp. 19,11. A ciò si aggiunga che le posizioni del padre e del patrono si diversificavano in rapporto ai discendenti del *manumissor*, in quanto a quelli del patrono continuavano a far capo la tutela legittima e, dunque, i connessi diritti successori, mentre quelli dell'ascendente che *ex eo quod is sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est* assumevano veste di tutori fiduciari (Gai 1,175; cfr. MELILLO, *ibid.*, 68, nt. 50), privi, in quanto tali, di aspettative ereditarie sui beni dell'emancipata. E', del resto, significativo il fatto che Gaio, mentre annovera senz'altro il *parens manumissor* tra i *tutores legitimi* (Gai 1,165; 166; 192), in 1,172 prima lo inserisce implicitamente tra i tutori fiduciari (in armonia con la caratterizzazione assegnata, in generale, in Tit. Ulp. 11,5 a chi *liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore manumisit*; cfr. *supra*, nt. 81) e poi rileva come egli *e t legitimus tutor habeatur*, manifestando un'ambiguità dottrina che nasceva dalle stesse modalità del procedimento emancipatorio e che, proprio per questo, era destinata a riprodursi nell'età imperiale in rapporto al manumissore di discendenti impuberi (Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26,4,3,10: *Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps impuberes, quos in potestate habeat, emancipet, vice m legitimi tutoris sustinet*). Da ciò derivava, intorno alla possibilità o meno di computare *inter onera* la tutela in questione, l'incertezza testimoniata da Mod. 3 *excus.* D. 27,1,15,16 (*Si quis inter tres tutelam emancipati filii sui tutelam administret, an haec in numerum procedit, scio dubitatum esse: invenio tamen rescriptum emancipatae filiae tutelam numerari inter onera oportere*); cfr. *Fragm. Vat.* 189.

⁸⁸ *Hereditas e mulieres*, cit., 180.

essa appartenenza, avrebbe determinato non la loro estinzione definitiva ma il loro passaggio ad agnati di grado più remoto ed agli eventuali *gentiles*. Si deve, del pari, supporre che la medesima situazione fosse suscettibile di verificarsi in rapporto ai discendenti e, in generale, ai membri del gruppo familiare o gentilizio del patrono, al quale la liberta era unita da vincoli non meno rilevanti sul piano giuridico⁸⁹. Tali personaggi, pur se rimasti estranei all'esercizio della tutela, avrebbero, dunque, potuto rivendicare (come nel caso di L. Valerio Flacco) i beni della donna morta intestata. Analogo risultato è da presumere che potesse, a maggior ragione, verificarsi in presenza di un testamento redatto con l'*auctoritas* del tutore testamentario o atiliano, giacché la funzione di entrambi, esaurendosi nel controllo di specifici atti, non li legittimava ad autorizzare una manifestazione di ultima volontà suscettibile, integri restando i legami parentali della pupilla, di privare i congiunti di lei dei diritti successori⁹⁰.

Prima della riforma di Adriano, la presenza di un tutore legittimo, testamentario o atiliano si rifletteva, dunque, sulla situazione della *sui iuris* non in rapporto all'esercizio del *ius testandi* ma alla maggiore o minore disponibilità del titolare (o dei titolari) della funzione tutoria ad acconsentire alla *coemptio*, operata sia *matrimonii causa* che come momento iniziale della procedura idonea a permettere alla donna, mercé l'*auctoritas* prestata da un *tutor fiduciarius*, di disporre efficacemente in ordine alla propria successione. Si può supporre che i tutori legittimi, in virtù delle loro aspettative ereditarie, fossero a ciò, in linea di massima, più riluttanti degli altri, privi di ogni personale interesse in materia e più portati, di conseguenza, ad assecondare, in questo come negli altri campi, i desideri della pupilla.

E', poi, palese il legame individuabile tra l'affermarsi del meccanismo della *coemptio* e l'incremento del ruolo del tutore testamentario, così come dei vantaggi derivanti alla donna che, grazie alla presenza di lui (e, a maggior ragione, di una pluralità di contitolari della medesima funzione, allorché fu ritenuta sufficiente la prestazione dell'*auctoritas* da parte di uno solo di essi), restava sottratta alla tutela agnatizia e poteva, perciò, più facilmente usufruire di questa possibilità offertale dall'ordinamento: l'estensione della portata di un istituto per effetto del suo saldarsi con un istituto diverso e successivo costituisce un fenomeno non raro nella storia giuridica e, spesso, non prevedibile in tutte le sue implicazioni.

In rapporto al *tutor Atilianus* la disciplina descritta può invece sollevare perplessità, in quanto questa figura era prevista proprio a motivo dell'assenza di tutori legittimi e quindi – secondo quanto comunemente si presume – in relazione a donne sui patrimoni delle quali nessuno poteva vantare diritti. Non

⁸⁹ MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., 45 ss.

⁹⁰ Da segnalare, a questo proposito, il rilievo di A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., 343: "Es posible, sin embargo, que la *coemptio fiduciae causa* se hubiera generalizado de modo preventivo para evitar posibles reclamaciones de los parientes agnados incluso cuando había un tutor de otro tipo".

so, però, fino a che punto possa venire assegnata a questa circostanza carattere generale.

Suggerisce, per lo meno, una certa cautela in proposito la già ricordata notizia liviana secondo cui il *senatus consultum* emanato a favore di Ispala Fecennia per ricompensarla del contributo arrecato alla repressione dei Baccanali prevedeva, a fianco di privilegi diversi e della *tutoris optio ...quasi ei vir testamento dedisset*, anche una (*capitis*) *deminutio* che non ha mancato di sollevare perplessità. Nel caso concreto, questo beneficio risulta infatti disposto a favore di una liberta che, morto il patrono, aveva chiesto ed ottenuto un *tutor Atilianus*, il quale aveva prestato l'*auctoritas* al testamento di lei a favore del giovane amante *P. Aebutius* (Liv. 39,9,7). La concessione della *deminutio*, comportante la rescissione dei legami di ordine gentilizio, è apparsa perciò alquanto incongrua ed è stata posta in rapporto con l'opportunità di sottrarre la testatrice ad eventuali ritorsioni della *gens* alla quale essa apparteneva come liberta⁹¹, oppure facendo leva sulla sua nuova qualità di *ingenua*, suscettibile di rendere il testamento già redatto attaccabile sul piano formale per effetto della regola indicata in Cic. *top.* 4,18⁹²: punto di vista, questo, associato alla possibilità che Ispala Fecennia "alla luce di una diversa posizione economica derivante dal premio per la delazione, intendesse fare un nuovo testamento, per il quale avrebbe dovuto ricorrere alla *coemptio fiduciaria*"⁹³. Il privilegio in questione (poggiante, al pari della *tutoris optio*, su una *fictio* normativa disposta *ad personam*) può peraltro, a mio avviso, agevolmente giustificarsi considerando lo diretto a rimuovere la possibile eventualità che i membri della *gens* rivendicassero l'eredità della donna appellandosi alla sua origine servile e - in armonia con la tesi da noi accolta in ordine all'operato di L. Flacco - sulla loro correlativa qualità di *gentiles*, infirmando su questa base il testamento munito dell'*auctoritas* del *tutor Atilianus*. Non è infatti possibile fare riferimento, nel nostro caso, alla disciplina del *ius testandi* della liberta esposta da Gaio, il quale prospettava come caduto in desuetudine *totum gentilicium ius* (Gai 3,17).

Credo che, per converso, provenga dalla medesima fonte un consistente elemento a favore del discorso fin qui condotto. Esso può cogliersi nella distanza cronologica intercorrente tra la richiamata *lex Claudia* ed il *senatus consultum* adrianeo che eliminò *necessitatem coemptionis faciendae* (Gai 1, 115^a) per l'efficacia del testamento muliebre. La circostanza induce, infatti, ad ammettere che l'obbligo della *coemptio* sopravvisse all'abolizione della tutela agnatizia per lo spazio di più generazioni e, dunque, ad ascrivere ai due istituti autonomia funzionale reciproca. Così stando le cose, diviene plausibile giustificare il primo (destinato a perpetuarsi ai soli fini del mutamento di tutore) sulla base di un' esigenza di protezione delle aspettative ereditarie collegate ai legami parentali (non importa se di ordine naturale o fittizi) indipendente dall'esercizio

⁹¹ FRANCIOSI, *Clan gentilizio*6, cit., 47 s.

⁹² PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale*, cit., 65.

⁹³ MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 180.

della soppressa tutela legittima da parte dei soggetti ai quali queste facevano capo: nella circostanza vedrei, dunque, una conferma dei nostri precedenti rilievi su questo punto.

Emerge, così, in tutta la sua portata il fatto che l'ordinamento giuridico romano considerò a lungo "la donna ... eguale agli uomini in ciò che può ricevere" ma "non eguale ... agli uomini in ciò che può dare"⁹⁴, in quanto il riconoscimento a lei del diritto di ereditare corrispondeva ad una scelta diretta a renderle "detentrici provvisorie" di patrimoni destinati a venire in futuro trasmessi ad altri membri del gruppo di appartenenza⁹⁵.

Questa finalità comportava l'assunzione a livello di interesse pubblico di una sorveglianza sulla gestione dei patrimoni femminili da parte delle loro titolari che trovava il proprio ordinario strumento nella tutela agnatizia ma che, fermi restando i diritti di *adgnati* e *gentiles*, poteva venire dispiegata, con analoghe modalità e con analoghi limiti, anche da tutori testamentari o, in mancanza, atiliani: assume, sotto questo aspetto, significato non trascurabile la vicinanza cronologica tra la *lex Oppia* e la *lex Atilia*, rogata, al pari dell'altra, *in medio ardore Punici belli* (Liv. 34,1,3).

E', d'altra parte, indubbio che il fondamento ideologico assegnato alla seconda e, per suo influsso, esteso alla tutela del sesso in genere, ossia la pretesa *levitas animi* muliebre, non poteva conservare alcuna apprezzabile ragionevolezza allorché la normativa augustea (Gai 1,194) premiò con l'esenzione da ogni tipo di tutela (indirizzandosi, come è facile presumere, alle donne provviste di fortune adeguate a far loro apprezzare il beneficio) i meriti demografici⁹⁶, non potendo, evidentemente, la prolificità venire assunta come scriminante plausibile sotto il profilo anzidetto.

Ciò nonostante, l'istituto della tutela muliebre conservò una prolungata vitalità, in quanto la *lex Claudia* non incise su di esso ma sul suo possibile esercizio da parte degli agnati. Lasciò, dunque, integri i loro diritti sul patrimonio dell'intestata ma sottrasse a tali soggetti il potere di condizionamento, in quest'ambito, della volontà femminile inerente all'esercizio dell'ufficio tutorio.

A questo punto, però, la subordinazione per la donna della *testamenti factio* attiva all'espletamento della *coemptio* fiduciaria venne a perdere la propria ragion d'essere, degradandosi al livello di una pratica non priva del sapore di inutile gravame. Risultava, dunque, naturale circoscrivere al (coercibile o meno) consenso tutorio, già idoneo ad autorizzare la pupilla alla *coemptio*, il requisito necessario per il verificarsi di quello che era il naturale e scontato esito della relativa procedura.

⁹⁴ VOCI, *Diritto ereditario*, I2, cit., 76.

⁹⁵ CANTARELLA, *La vita delle donne*, in AA.VV., *Storia di Roma*, IV (*Caratteri e morfologie*), a cura di E. Gabba e A. Schiamone, Torino 1989, 601; cfr. PEPPE, *Storia di parole*, cit., 143.

⁹⁶ Sul tema M. ZAB_OCKA, *Il 'ius trium liberorum nell'ordinamento romano*, in "BIDR", XCI, 1988, e MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 65 e ntt. 43; 44.

Al termine della vicenda normativa scandita dai due provvedimenti imperiali, il principio della subordinazione all'*auctoritas* del tutore delle attività della *sui iuris* più significative (almeno in rapporto alla tradizione) sotto il profilo economico rimase dunque fermo in linea di principio, mentre risultò compromessa la sua funzionalità in rapporto all'originaria esigenza di salvaguardia dei patrimoni familiari.

Ciò risultava indubbiamente armonico con i mutamenti di ordine sociale riferibili al I e II secolo d.C.⁹⁷ In rapporto a questi è, d'altra parte, da tenere conto anche della spinta propulsiva riconducibile all'interno dello stesso mondo muliebre e, del resto, risalente nel tempo.

Gli artifici elaborati per aggirare la *lex Voconia*, l'accento alla frequentazione anche femminile dei giuristi testimoniata già in Cic. *de orat.* 2,142⁹⁸ e, direi, lo stesso insistente interesse di Gaio per la situazione delle *feminae* lasciano intravedere una significativa attività di queste nella vita sociale, in armonia con la loro significativa presenza in ambito economico testimoniata dalle fonti di età imperiale⁹⁹.

8. Nella storia della tutela muliebre mi lascia, dunque, scettico la distinzione tralatizia tra tutela potestativa e tutela assistenziale. Altrettanto scettico mi lascia ricercare l'origine in un'assenza di capacità giuridica femminile carente nelle fonti di oggettivi riscontri, in ossequio ad una visione tralatizia ed autorevole ma che trova il proprio limite nella premessa dogmatica dalla quale, come abbiamo visto, discende. Le fonti rendono, dal canto loro, indiscutibile il progressivo svuotamento dell'incidenza effettuale della tutela sull'autonomia della donna *sui iuris* nei negozi *inter vivos*, mentre conduce a pensare ad una tardiva e faticosa conquista della *testamenti factio* attiva il lungo perpetuarsi del meccanismo della *coemptio fiduciaria*.

Ben poco resta, a questo punto, da aggiungere, se non una calda espressione di gratitudine, che rivolgo ai Colleghi che hanno voluto riservarmi l'onore di concludere questo importante Convegno e che, spero, vorranno benevolmente considerare meritevoli di approfondimento ulteriore i rilievi finora esposti.

⁹⁷ Giacché "in una situazione socialmente in rapido ricambio, l'oscuramento delle ultime strutture agnatizie e l'ampliamento delle capacità femminili probabilmente dovevano incontrare il consenso di molte famiglie, in cui la mobilità dei patrimoni familiari e le alleanze matrimoniali passavano anche attraverso la rimozione di forme di tutela arcaiche, e tra l'altro troppo legate al solo ramo maschile delle famiglie" (MELILLO, *Condizione femminile*, cit., 91).

⁹⁸ MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., 207.

⁹⁹ MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. "Contrahere" e "pacisci" tra il primo e il terzo secolo*, Napoli 1986, 56 ss.