

PREMESSA METODOLOGICA E CRONOLOGICA

Pubblico il presente lavoro senza particolari pretese, se non quelle di essere uno strumento che possa in qualche modo agevolare gli studenti della seconda decade del XXI secolo nella comprensione di un fenomeno così importante, complesso ed affascinante come il diritto privato romano. Come base ho utilizzato il mio precedente testo *Lezioni di diritto privato romano*, pubblicato nel 2015, di cui ho voluto conservare il carattere di versione scritta delle lezioni di Istituzioni di diritto romano, che da oltre vent'anni tengo presso la Facoltà (ora Dipartimento) di Giurisprudenza dell'Università di Pisa. Da ciò discendono, come avvertivo già allora, due conseguenze di non poco conto. La prima è che non desidero in alcun modo né competere con i numerosi Manuali oggi in circolazione, molti dei quali sono realmente pregevoli, né, tanto meno, aspirare all'altezza dei Manuali dei grandi Maestri del passato. La seconda è che l'esposizione risente dei miei interessi personali, per cui alcuni argomenti sono trattati in maniera più ampia, mentre su altri sorvolo o mi trattengo brevemente. Un tale squilibrio è però in parte dovuto anche ai continui stimoli e riflessioni che mi provengono dalle numerose esperienze di insegnamento all'estero (cominciate nel lontano 1993) in corsi universitari di pregrado, *Summer Schools*, corsi di Dottorato, alta Formazione e Perfezionamento, in Europa e soprattutto fuori dall'Europa (Cina e America Latina), dove studenti e specializzandi mi pongono sempre domande puntuali su come il diritto romano abbia affrontato certe tematiche oggi in voga e sui rapporti ancora esistenti fra diritto romano, ordinamenti moderni e progetti di futura unificazione dei contratti e, più in generale, di interi settori del diritto privato patrimoniale.

Credo che alla sfida rappresentata da domande di questo genere un romanista contemporaneo non possa e non debba sottrarsi, trincerandosi nella storia e ritagliando in essa la propria piccola nicchia, impermeabile ad ogni contatto con la realtà odierna. È purtroppo sotto gli occhi di tutti come la formazione giuridica tradizionale sia attualmente in grave crisi nel nostro Paese e non occorre qui rammentarne i motivi (veri o pretestuosi che siano). Un dato sembra ormai certo: esistono pressioni fortissime ed incontenibili per accentuare il carattere professionalizzante degli studi dei futuri giuristi, accrescendo il ruolo di alcune materie considerate più utili, se non indispensabili,

ed eliminandone altre o riducendole al lumicino, perché meramente “culturali”, e quindi inutili.

Per dimostrare quanto un tale assioma non corrisponda al vero, l'unica strada che resta ad un cultore del diritto romano è, a mio avviso, aprirsi al dialogo con i giuristi di diritto positivo – sempreché ovviamente non vi siano da parte loro i consueti pregiudizi – e mettere in luce l'estrema difficoltà di comprendere il diritto vigente totalmente separato dalle sue radici storiche. Questo dialogo non significa certo che io propugni la fine dell'autonomia dei nostri studi ed il loro asservimento alle esigenze del diritto positivo, né che io sia un fautore a tutti i costi della continuità del diritto romano fino ai nostri giorni o – peggio ancora – del “salto” dal diritto romano alle codificazioni moderne. Vuol dire solo che non dobbiamo avere paura né di confrontarci con i giuspositivisti disposti a farlo, né di cercare nelle fonti quelle risposte che ci vengono richieste dai nuovi bisogni. A volte tali risposte non ci sono, a volte ne emergono alcuni germi, a volte si nascondono nelle pieghe e si riescono a recuperare solo rompendo gli schemi tradizionali, con cui il diritto romano viene insegnato quasi immutabilmente da oltre centocinquanta anni, quasi fossimo ancora nell'epoca della Pandettistica.

Ove qualcuno ravvisasse in ciò una attualizzazione del diritto romano, sarebbe facile obiettarli che per secoli la scienza giuridica ha usato i suoi principi come punto di partenza per trovare sempre nuove soluzioni e non si capisce perché oggi si gridi allo scandalo, se lo si fa. La completezza degli ordinamenti giuridici nazionali è un mito ormai tramontato e sono gli stessi giuspositivisti che si affannano alla ricerca di principi o regole non contenuti in essi, ma in grado di eterointegrarli. Ed in questo il contributo che possiamo dare noi come romanisti è enorme, vista la ricchezza del patrimonio giuridico racchiuso nelle nostre fonti. Naturalmente dobbiamo stare sempre attenti a non confondere il diritto romano dei Romani con la tradizione giuridica che su di esso si è stratificata per secoli fino a tutto il XIX secolo (almeno in certi Paesi, come la Germania).

Passando ora al metodo, ho preferito seguire quello tradizionale e maggiormente in uso nell'insegnamento universitario del diritto privato romano. Per quanto, infatti, io rispetti profondamente chi lo suddivide in grandi periodi storici (come il *Römische Privatrecht* di Max Kaser e le *Istituzioni di diritto romano* di Giovanni Pugliese e dei suoi allievi) o in grandi formazioni economico-sociali (come il *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma* del mio primo Maestro, Feliciano Serrao, limitato purtroppo solo a quella arcaica), al cui interno si trattano in chiave sincronica i diversi istituti, ritengo più confacente alle esigenze didattiche la loro esposizione sistematica, ripercorrendo in breve la storia di ciascuno. Come è facile immaginare, la mia non è una presa di posizione aprioristica, ma dettata dall'esperienza di anni che mi ha dimostrato quanto sia più agevole per gli studenti l'apprendi-

mento secondo la metodologia tradizionale, anziché per blocchi separati pur se omogenei.

Il diritto privato romano non si presenta compatto ed unitario per tutti i tredici secoli della sua durata (dalla metà del secolo VIII a.C. alla metà del secolo VI d.C.), ma si articola in vari periodi storici che si susseguono, ciascuno con proprie caratteristiche, legate prevalentemente all'andamento della situazione economico-sociale ed alla formazione di un impero "mondiale".

Il primo periodo corrisponde al diritto arcaico, ricadente tra le origini e la metà del III secolo a.C. e costituito dal *ius civile*, proveniente dagli antichi *mores*, dalla legge delle XII Tavole e dall'*interpretatio* dei Pontefici. Il complesso di principi, regole ed istituti che lo compongono mira a soddisfare le esigenze di una società piuttosto chiusa su se stessa, caratterizzata da un'agricoltura di sussistenza e traffici commerciali limitati.

Le profonde trasformazioni determinate dall'espansione del dominio romano, a cominciare dalla fine del IV secolo a.C., modificano il precedente assetto della *civitas*, aprendo una nuova fase del diritto privato, che dura nei suoi elementi di fondo fino alla metà del III secolo d.C. In tale arco di tempo le basi economiche si fondano sulla produzione agricola finalizzata principalmente al mercato e sugli scambi commerciali, che si sviluppano in misura mai conosciuta fino ad allora, portando alla circolazione di merci e ricchezze. Contestualmente fioriscono le attività produttive, finanziarie, i trasporti ed i servizi in genere, dando vita alle nuove classi sociali degli *equites* e dei liberti. Grazie all'evoluzione dell'economia, si afferma la nozione dinamica di *negotiatio*/impresa e si viene a formare un'importante rete di attività imprenditoriali. Le forze di lavoro sono prevalentemente schiavistiche ed il numero di schiavi arriva quasi ad eguagliare quello delle persone libere. Su tale quadro incide poco il mutamento della forma di governo da repubblicana ad imperiale: il principe non interviene ad alterare il contesto economico generale, anzi i suoi schiavi e liberti si aggiungono alle altre categorie di operatori commerciali distinguendosi per la loro vivacità.

Le nuove forme giuridiche del diritto privato sono introdotte in via fondamentale dall'attività giurisdizionale dei magistrati in sede di *ius honorarium* e dall'attività interpretativa dei giuristi ormai laicizzati, che contribuiscono in modo determinante all'evoluzione dei vari piani ordinamentali del diritto (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*). Un ruolo minore è quello assolto dalla legislazione repubblicana ed augustea e dalle costituzioni imperiali, mentre una maggiore rilevanza, specie in certi settori, è assunta nel Principato dai senatoconsulti.

Il diritto privato di questo periodo storico è normalmente denominato dagli studiosi moderni come diritto preclassico e classico o semplicemente di-

ritto classico, mutuandosi la terminologia adottata dalla storia dell'arte. La scelta tra le due denominazioni è dovuta semplicemente al fatto che la prima è prediletta da chi vuole sottolineare la differenza tra forme giuridiche dell'epoca medio e tardo repubblicana (seconda metà del III – fine del I secolo a.C.: diritto preclassico) e del Principato (I secolo – metà del III secolo d.C.: diritto classico), mentre la seconda appare preferita da chi considera trascurabile tale differenza, ravvisando una sostanziale continuità tra i due momenti. L'aggettivo classico sottintende anche il raggiungimento della massima perfezione e splendore del diritto privato.

In alternativa, un'altra parte di studiosi, più sensibile al collegamento del diritto con la nuova realtà economica, che lo produce, preferisce il nome di diritto dell'età commerciale o diritto dell'età imprenditoriale. Nelle pagine che seguono i due termini, diritto classico e diritto dell'età commerciale, vengono utilizzati promiscuamente come sinonimi.

Infine, nella seconda metà del III secolo d.C., il diritto privato entra nella sua terza ed ultima fase, caratterizzata dalle ripercussioni su di esso dei cambiamenti economico-sociali da cui sono contrassegnati i due secoli finali del mondo romano (IV-VI d.C.). La progressiva involuzione del settore agricolo in unità autosufficienti, la perdita di importanza del commercio, una decadenza delle attività produttive e finanziarie e dei trasporti offrono uno scenario nuovo, in cui il governo imperiale assume atteggiamenti 'dirigisti', introducendo le corporazioni di mestiere obbligatorie e certi monopoli statali nei settori produttivo e commerciale e sostenendo una rigorosa politica fiscale e monetaria. In più, l'irrigidimento delle classi sociali e l'affermazione del Cristianesimo esplicano i propri effetti anche in molti campi del diritto privato, soprattutto in tema di persone e di famiglia.

La caduta dell'Impero romano d'Occidente nel 476 non rappresenta il momento conclusivo di questa fase, che viene invece collocato tradizionalmente alla morte nel 565 dell'imperatore d'Oriente Giustiniano, in quanto artefice della monumentale codificazione, chiamata dal XVI secolo *Corpus iuris civilis*, da cui traiamo la maggior parte delle notizie dell'ordinamento giuridico vigente alla sua epoca ed in quelle precedenti.

Per designare il diritto privato di questo periodo si usano, a seconda dei diversi orientamenti, le espressioni diritto postclassico e giustiniano (quella normalmente in voga) oppure diritto del Tardo Antico oppure ancora diritto dell'età post-imprenditoriale. Anche in tal caso nelle pagine seguenti si farà un uso indifferenziato di esse.

Infine, desidero manifestare la mia piena soddisfazione per come gli studenti, sia del Dipartimento di Pisa che dell'Accademia Navale di Livorno, han-

no risposto ai miei insegnamenti racchiusi nella precedente versione di questo Manuale. Nessuno di loro, infatti, neppure mediante i questionari anonimi di valutazione, si è lamentato dell'inadeguatezza o della poca chiarezza delle nozioni ivi esposte ed il livello di preparazione di molti è stato all'altezza delle mie aspettative.

Per ultimi i ringraziamenti. Rinnovo quelli alle Colleghe ed ai Colleghi di altre materie giuridiche, che credono nella fondamentale importanza del dialogo interdisciplinare tra storia e diritto attuale e nei suoi frutti sul piano didattico e scientifico, non relegando il diritto romano tra gli insegnamenti inutili per la formazione dei futuri giuristi. Rinnovo anche la mia gratitudine ai romanisti del Dipartimento pisano per i continui stimoli che mi derivano dal quotidiano confronto di idee con loro. In particolare, un grazie sincero rivolgo ad Alessandro Cassarino e Alessandro Grillone per il loro aiuto nella revisione del testo e delle bozze di stampa del presente volume. Naturalmente mi assumo, in prima persona e da solo, tutta la responsabilità per quanto ho scritto.

Pisa, gennaio 2019

CAPITOLO I

LE PERSONE E LA FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. La collocazione del diritto delle persone all'interno della sistematica del diritto privato romano. Gli *status* degli uomini (*de statu hominum*) e la loro modifica. Il diritto di postliminio (*ius postliminii*). – 2. Lo *status libertatis*. – 3. Lo *status civitatis*. – 4. *Personae sui iuris* e *alieni iuris*. Il nome delle persone. – 5. *Conventio in manum* e matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*). – 6. La libertà di contrarre matrimonio: sponsali, donazione nuziale, *tempus lugendi*, leggi matrimoniali augustee ed altri divieti di età imperiale. – 7. La dote ed i beni parafernali (*bona paraphernalia*). – 8. Il divorzio. – 9. Le unioni fra persone diverse dal matrimonio legittimo. – 10. La *patria potestas*: il momento iniziale. – 11. La posizione giuridica del nascituro, l'aborto e la contestazione della paternità. – 12. Contenuti della *patria potestas*. – 13. L'adozione: *adrogatio* e *adoptio*. – 14. La liberazione dalla *patria potestas*. – 15. Filiazione non sottoposta alla patria potestà. Legittimazione per successivo matrimonio. – 16. I rapporti di parentela e gli alimenti. – 17. Il *mancipium* e la *potestas dominica*. – 18. La tutela degli impuberi. – 19. La tutela muliebre e la posizione della donna nel diritto privato. – 20. Le curatele. – 21. La possibilità di scelte consapevoli di fine vita. – 22. Le persone giuridiche.

1. *La collocazione del diritto delle persone all'interno della sistematica del diritto privato romano. Gli status degli uomini (de statu hominum) e la loro modifica. Il diritto di postliminio (ius postliminii)*

Nelle *Institutiones* di Gaio (1.8) e di Giustiniano (1.3 ss.), che sulle prime espressamente si modellano, l'esposizione delle nozioni elementari del diritto privato si apre con il diritto relativo alle persone (*ius personarum*), secondo una linea di pensiero riflessa ancora alla fine del III secolo d.C. nelle parole di Ermogeniano (1 *iuris epit.*) in D. 1.5.2: «*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris ... dicemus* [poiché dunque tutto il diritto è stato costituito per gli uomini, per prima cosa parleremo dello *status* delle persone e poi di tutte le altre cose ...]».

Questa scelta sistematica è stata seguita anche dalle codificazioni moderne in ambito europeo (ad es., nei Codici civili francese, spagnolo, italiano, austriaco, tedesco ed olandese), latinoamericano (ad

es., Codici civili messicano federale, cileno, argentino, brasiliano) ed estremo orientale (ad es., Codici civili giapponese e di Taiwan, Disposizioni generali del diritto civile cinese del 2017), dove il diritto delle persone è trattato all'inizio.

Nel diritto privato romano è la teoria degli *status* personali a svolgere una funzione, in un certo senso, analoga a quella rivestita negli ordinamenti moderni dalle nozioni di capacità giuridica e capacità di agire, da cui differisce però sotto alcuni rilevanti profili.

Capacità
giuridica

Contrariamente ad oggi, dove la capacità giuridica si acquista a tutti al momento della nascita (ad es., art. 1, 1° c., c.c.it.), a Roma il diritto arcaico la prevedeva solo per chi fosse stato libero, cittadino e *sui iuris*, ossia giuridicamente indipendente perché non sottoposto ad un potere personale altrui (del proprio *pater* o di un terzo). Ne erano quindi privi gli schiavi, gli stranieri (salvo alcune categorie, che vedremo al § 3) e le persone *alieni iuris* o *alieno iuri subiectae* [assoggettate ad un potere altrui]. Successivamente, nel corso del Principato (31 a.C.-235 d.C.) prima si attenua in misura notevole e poi, dopo l'emanazione della costituzione Antoniniana nel 212 d.C.¹, viene meno la necessità del requisito della cittadinanza e, allo stesso tempo, si riconosce in modo progressivo la capacità giuridica delle persone sottoposte ad un potere altrui, mentre nessun passo in avanti si fa per la mancanza di libertà.

Capacità di
agire

Diverso è anche il discorso sulla capacità di agire. Se attualmente si acquista in modo automatico con il compimento della maggiore età (ad es., art. 2, 1° c., c.c.it.), nel diritto romano ne erano titolari anche le persone prive della capacità giuridica, come schiavi, stranieri ed *alieni iuris*, purché non si trovassero in una delle situazioni per le quali l'ordinamento ne disponeva una limitazione, come impubertà, sesso femminile (almeno in origine²), infermità mentale e prodigalità. Parallelamente, un soggetto libero, cittadino e *sui iuris*, e quindi dotato di piena capacità giuridica, versando in una di queste quattro situazioni, vedeva la propria capacità di agire limitata e necessitava dell'assistenza di un tutore o curatore per compiere atti giuridici relativi al proprio patrimonio (§§ 18-20). Tale assistenza non occorreva invece per chi non avesse la capacità giuridica, poiché i suoi atti non producevano effetti in capo a lui, bensì (e solo a certe condizioni che vedremo³) nella sfera patrimoniale dell'avente potestà: il padrone, se si trattava di uno schiavo, il *pater*, nel caso di un figlio soggetto alla *patria potestas*.

¹ Cfr. *infra*, § 3.

² Cfr. *infra*, § 19.

³ *Infra*, §§ 12 e 17.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, è chiaro come tutto il diritto relativo alle persone ruotasse intorno ai tre *status* fondamentali: quello di libero (*status libertatis*), di cittadino (*status civitatis*) e di *persona sui iuris*, ridotti praticamente a due dopo l'estensione a tutti gli abitanti della cittadinanza (§ 3). Essi non erano però imm modificabili, in quanto si poteva verificare un loro mutamento, chiamato tecnicamente *capitis deminutio*. Le Istituzioni di Gaio (1.159 ss.) ci informano che questa era “massima” (*capitis deminutio maxima*), quando un individuo perdeva la libertà e la cittadinanza, “media” o “minore” (*capitis deminutio minor sive media*), quando perdeva la cittadinanza, ma non la libertà, “minima” (*capitis deminutio minima*), quando passava dalla condizione di *persona sui iuris* a quella *alieni iuris* o viceversa.

I tre status

Capitis deminutio

Un breve accenno merita, infine, il diritto di “postliminio” (*ius postliminii*), un istituto introdotto per far riacquistare al Romano, caduto in prigionia dei nemici, il suo precedente *status*, con tutti i diritti ed obblighi connessi, qualora, per qualunque motivo, fosse riuscito a rientrare in patria. Il suo nome deriva dalla circostanza che il riacquisto era subordinato al ritorno nei confini del territorio romano (*post limina* nel senso di “ripassare i confini”). Poiché la prigionia comportava l'assunzione della condizione di schiavo del nemico e la conseguente perdita della posizione giuridica anteriore, grazie a tale istituto essa veniva ripristinata automaticamente⁴. Tale automatismo non valeva, come le nostre fonti si premurano di indicarci⁵, nei soli casi del matrimonio e del possesso, per i quali chi rientrava doveva porre nuovamente in essere gli elementi costitutivi (consenso e convivenza, nel matrimonio, intenzione di possedere ed effettiva disponibilità materiale della cosa, nel possesso).

Diritto di postliminio

2. Lo status libertatis

Passando ora all'esame del primo *status*, la somma divisione tra le persone era tra liberi e schiavi, come dicono, con parole pressoché identiche, i Manuali istituzionali gaiano (1.9) e giustiniano (1.3 pr.): *summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* [la somma divisione del diritto delle persone è questa, che tutti gli uomini sono o liberi o schiavi]. Colpisce – ed è importante sottolineare – l'inclusione sul piano giuridico dei servi

Divisione delle persone: liberi e servi

La condizione servile

⁴ V., ad es., in generale, Pomponio, 37 *ad Q. Mucium* in D. 49.15.5 e, in riferimento alla patria potestà, i *Tit. Ulp.* 10.4.

⁵ Pomponio, 3 *ad Sab.* in D. 49.15.14.1, per il matrimonio, e Papiniano, 3 *quaest.* in D. 4.6.19.

nel concetto di persona, dato che gli stessi, come vedremo in seguito (Cap. V, § I.2), costituiscono anche una categoria di cose (*res*) e, come tali, suscettibili di atti di disposizione patrimoniale. Si rivela così, fin dalle battute iniziali delle opere giuridiche didascaliche, l'ambiguità della loro posizione all'interno del diritto: da un lato, persone, dotate di una propria capacità di agire (una volta superata la pubertà), e, dall'altro, cose, oggetto di proprietà (*dominium*) del padrone, che li poteva vendere, donare, dare in pegno, lasciare in legato e così via.

Mentre Gaio tace, poche e brevi annotazioni sono dedicate alla condizione di schiavo nelle Istituzioni di Giustiniano, che le mutua per lo più dalle Istituzioni di Ulpiano, di cui ci sono pervenuti solo alcuni frammenti nel Digesto⁶. Tale condizione è considerata come un istituto proprio del diritto comune a tutte le genti (*ius gentium*), ma contraria al diritto naturale, secondo il quale tutti gli uomini nascono liberi (*cum iure naturali omnes liberi nascerentur*); essa può dipendere dalla nascita da madre schiava o dalla successiva riduzione in servitù per cause previste dallo stesso *ius gentium*, come la prigionia di guerra, o dal diritto proprio della comunità di appartenenza (*ius civile*)⁷.

Fin da ora va rilevato che la classe servile, se sotto il profilo giuridico risulta unitaria, sul piano sociale appare profondamente stratificata: accanto a servi che operano da gestori di imprese, lavorano come medici, precettori, architetti, ne troviamo all'opposto altri duramente sfruttati nelle miniere, nei trasporti marittimi e nei lavori agricoli.

*Ingenui e
liberti*

Nell'ambito delle persone libere, si dà importanza alla differenza tra chi è nato già in possesso di tale *status*, detto "ingenuo" (*ingenuus*), e chi invece lo ha ottenuto in seguito, il "liberto" (*libertus*) (Gaio, *Inst.* 1.10 e I. 1.3.5): *ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt* [sono ingenui quelli che sono nati liberi, sono liberti quelli che sono stati manomessi da una schiavitù conforme al diritto]⁸. Tale differenza è un indice sicuro di mobilità sociale, per cui gli schiavi non erano destinati a restare tali per sempre, ma potevano ricevere – e molto spesso ricevevano – la libertà dai loro padroni. Il passaggio dalla condizione servile a quella di libero si rifletteva anche sul nome: mentre gli schiavi erano indicati con uno solo (ad es., Stico, Panfilo o Erote, seguito nei documenti e nelle iscrizioni dall'appellativo del padrone), i liberti assumevano i

*Il nome degli
schiavi e dei
liberti*

⁶ Ulpiano, 1 *instit.* in D. 1.1.4 e I. 1.3.2.

⁷ I. 1.3.4.

⁸ Gai. *Inst.* 1.11.

tre nomi dei nati liberi: nome e gentilizio (*praenomen et nomen*) del patrono, cui si aggiunge (dalla fine del II secolo a.C.) il cognome (*cognomen*) e/o un agnome (*agnomen*), consistente o solo nell'antico nome servile (ad es., Marco Tullio Tirone, liberto di Marco Tullio Cicerone) oppure nell'aggiunta anche del gentilizio o cognome del patrono con la desinenza "iano" (ad es., Lucio Mummio Felice Corneliano, liberto di Lucio Mummio Cornelio).

Nel campo del diritto privato, essere un liberto produceva determinate conseguenze in materia di tutela legittima, spettante al patrono ed ai suoi figli sui liberti impuberi e le liberte (Gaio, *Inst.* 1.165), di successioni ereditarie e di prestazione di giornate lavorative (*operae*) da promettere all'*ex*-padrone, come avremo modo di vedere più oltre⁹.

Disposizioni
privatistiche
sui liberti

Fin dal V secolo a.C., le tre più antiche forme di manomissione o affrancamento dalla schiavitù attribuivano sia la libertà che la piena cittadinanza romana¹⁰. Questa scelta di rendere cittadini gli schiavi liberati segna una profonda differenza con le città greche, che rifiutavano la condizione di cittadino agli *ex*-servi, e rappresenta un elemento specifico della *civitas* romana, che sarà esaltato come un suo punto di forza da Filippo V di Macedonia nel 214 a.C.¹¹. Le tre più antiche forme, che le Istituzioni di Gaio (1.17) pongono sullo stesso piano e definiscono *iustae ac legitimae* [conformi al diritto e legittime], sono la manomissione "con la bacchetta" (*manumissio vindicta*), la manomissione nel testamento (*manumissio testamento*) e la manomissione fatta nel censimento (*manumissio censu*).

Le tre forme
più antiche di
manomissione

La *manumissio vindicta* si modellava su una delle più risalenti azioni utilizzata nel processo privato arcaico, la *legis actio sacramenti in rem* [azione della legge, fondata su un giuramento, *in rem*], al fine di affermare giudizialmente la proprietà su cose o il potere su persone. In origine, davanti al tribunale del magistrato (*in iure*) un soggetto *sui iuris* affermava, d'accordo con il padrone (il *dominus*), la libertà dello schiavo assumendo le funzioni di *adsertor libertatis* [assertore della libertà] e lo toccava con una bacchetta (la *vindicta*, appunto); il padrone non replicava ed il magistrato dichiarava la condizione di uomo libero dello schiavo, che così acquistava anche la cittadinanza. Come si vede, si trattava dell'impiego di un processo fittizio. Ad un certo momento, forse già nel IV secolo a.C., il procedimento si semplifica ed è sufficiente la presenza *in iure* del solo padrone, il quale, toccando il servo con la bacchetta, pronunciava una

⁹ Sugli aspetti successori v. *infra*, Cap. II, §§ 15 e 16.

¹⁰ Si veda, ad es., la testimonianza dei *Tit. Ulp.* 2.4.

¹¹ Cfr. l'epistola diretta agli abitanti di Larissa in W. DITTEMBERGER, *Sylloge Inscriptionum Graecarum*, Leipzig 1915-1924, p. 543, linee 29-34.

formula solenne con cui lo dichiarava libero e la funzione del magistrato si limitava a prenderne atto.

La *manumissio testamento* era disposta dal testatore mediante l'uso di una precisa formula comprendente le parole «ORDINO/*iubeo*» (ad es., ORDINO CHE IL MIO SERVO PANFILO SIA LIBERO: *iubeo Pamphilum servum meum liberum esse*) o «VOGLIO/*volo*» (ad es., VOGLIO CHE IL MIO SERVO PANFILO SIA LIBERO: *volo Pamphilum servum meum liberum esse*). La liberazione poteva essere stabilita senza condizioni (*pura*) oppure sottoposta a condizioni: in quest'ultimo caso, il servo liberato nel testamento sotto condizione prendeva il nome di "statulibero" (*statuliber*) e godeva della libertà solo con l'adempimento della condizione.

La *manumissio censu* infine si realizzava con l'iscrizione dello schiavo nelle liste del censo (eseguito, in età repubblicana, dai censori ogni cinque anni) da parte del padrone, che lo rendeva in tal modo libero e cittadino.

Forme
semplificate di
manomissioni

Il forte aumento del numero di schiavi nel corso del II e del I secolo a.C. porta ad un aumento delle manomissioni ed all'introduzione di forme più semplici e rapide, come quella *inter amicos* [fatta con dichiarazione agli amici] e quella *per epistulam* [mediante lettera]. Parallelamente, sotto Augusto, prevalgono i timori di un'eccessiva alterazione della compagine sociale dovuta al gran numero di neocittadini di origine servile, che inducono ad approvare alcuni interventi limitativi della libertà di manumissione dei padroni.

Leggi
limitative delle
manomissioni

Il primo è la legge *Fufia Caninia* del 2 a.C., con cui si stabiliva un numero massimo di schiavi che si potevano manomettere per testamento, proporzionandolo a quelli posseduti dal testatore: da due a dieci, la metà; da undici a trenta, un terzo; da trentuno a cento, un quarto; da centouno a cinquecento, un quinto; sopra i cinquecento, fino al numero massimo di cento. Queste cifre danno un'idea chiara delle dimensioni del fenomeno. Nel 4 d.C., poi, viene approvata la legge *Aelia Sentia*, che vietava le manomissioni in frode ai creditori e regolava quelle compiute in favore di schiavi colpiti da pene infamanti, equiparandoli agli stranieri arresisi (*peregrini dediticii*), e di schiavi minori di 30 anni da parte di padroni minori di 20, attribuendo agli stessi lo *status* non di cittadini, ma di *Latini Aeliani*, a meno che, nel secondo caso, non si fossero osservate certe modalità. Infine, la *lex Iunia Norbana*, approvata sotto Tiberio nel 19 d.C., ma in linea con la politica augustea, riconosceva lo status di *Latini Iuniani*, e non di cittadini, agli schiavi manomessi in forme non solenni (ad es., per lettera o tra amici)¹².

¹² Su tali leggi la nostra fonte principale è Gaio, *Institutiones* 1.13 ss.

Si spiega così perché si distinguono in Gaio (*Inst.* 1.12) tre generi di liberti (*tria genera libertinorum*): quelli divenuti cittadini romani, quelli divenuti Latini e quelli annoverati tra gli stranieri *dediticii*. Tali categorie, pur sopravvivendo alla costituzione Antoniniana del 212 d.C., decadono profondamente già sul finire del III secolo d.C. e non sorprende quindi che Giustiniano, preso atto della realtà, le abbia anche espressamente abolite¹³.

Tre generi di liberti

La grande suddivisione delle persone tra schiavi e liberi e, all'interno di questi, tra nati liberi (*ingenui*) e schiavi liberati (*libertini*) permane anche nel diritto giustiniano (Istituzioni 1.3-5), pur considerandosi la schiavitù come un istituto del *ius gentium contra naturam* (D. 1.1.4); si ampliano però i tipi di manomissione (ad es., quella compiuta in chiesa, la *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*), manifestando un evidente favore dell'ordinamento giuridico per la libertà (*favor libertatis*).

Liberi e schiavi in età giustiniana

Un'ultima annotazione riguarda i "processi di libertà" (*causae liberales*), aventi ad oggetto l'accertamento dello stato di schiavo. Esistenti già all'epoca delle XII Tavole¹⁴, essi si svolgevano tra chi affermava la condizione servile di una persona, rivendicando il suo potere su di lei e chi invece ne dichiarava la libertà (*adsertor libertatis*). Le modalità erano dunque le stesse della manomissione *vindicta* ricordata in precedenza, ma qui si trattava di un vero contenzioso. Il preteso schiavo formava oggetto del processo, non assumendo in esso alcun ruolo attivo. Due le particolarità di tali procedimenti: la prima è che fino all'età imperiale, pur modificandosi il rito a seconda delle epoche (*per legis actiones* e *per formulas*), la sentenza viene emessa da un collegio di giudici (*iudices decemviri* o *recuperatores*) e si deve attendere il I secolo d.C. ed il nuovo rito *extra ordinem*, affinché siano sostituiti da un giudice unico (prima i consoli e poi un apposito pretore)¹⁵; la seconda è rappresentata dalla regola per cui, durante il processo, l'asserito servo rimane in una situazione di libertà (D. 40.12.24, Paolo, 51 *ad ed.*). La figura dell'*adsertor libertatis* è eliminata da Giustiniano (C. 7.17.1 e 2), permettendo alla persona, il cui stato era controverso, di difendersi da sola.

Processi di libertà

3. *Lo status civitatis*

Come abbiamo detto nel paragrafo precedente, la differenza tra cittadini (*cives*) e stranieri (*peregrini*) in tema di capacità di diritto privato era importante in epoca arcaica, mentre viene progressiva-

¹³ Vedansi. I. 1.6 e 7.

¹⁴ In base alla testimonianza delle Istituzioni di Gaio 4.14.

¹⁵ Sulle diverse forme processuali succedutesi nel tempo si rinvia al Cap. VII.

mente meno durante la tarda Repubblica ed il Principato. Nella più antica città esistevano, infatti, alcuni istituti giuridici riservati ai cittadini, da cui gli stranieri erano esclusi: quelli del *ius Quiritium* [il diritto dei Quiriti], tra cui rientrava la più risalente forma di proprietà privata, il *dominium ex iure Quiritium* (o proprietà quiritaria)¹⁶, e quelli del *ius civile*, inteso come diritto proprio dei soli cittadini, che comprende, ad esempio, la “mancipazione” (*mancipatio*), l’usucapione ed il contratto di *sponsio*, sulle quali avremo modo di ritornare¹⁷.

Ma gli stranieri non si trovavano tutti in una identica condizione, configurandosi al loro interno varie categorie. I più privilegiati erano i federati, ai quali mediante i singoli trattati (*foedus*) potevano essere riconosciuti determinati diritti nella sfera dei rapporti privati con i Romani. Tra di essi godevano di una posizione di particolare favore i membri delle comunità latine, che avevano concluso con Roma il *foedus Cassianum* nel 493 a.C. e dato vita alla Lega latina (*nomen Latinum*): costoro, infatti, chiamati *Prisci Latini*, avevano la capacità di contrarre matrimonio legittimo con i Romani (*ius conubii*) e la possibilità di concludere attività commerciali, facendo uso delle forme giuridiche riservate ai cittadini (*ius commercii*) e ricevendo la corrispondente tutela giurisdizionale. Tali diritti erano in linea generale attribuiti anche a quanti, tra il 338 e la metà del II secolo a.C., si erano iscritti nella lista dei partecipanti alle colonie latine (i *Latini coloniarii*) e a quanti nei primi due secoli dell’Impero era conferito il diritto di latinità maggiore (*Latium maius*) o minore (*Latium minus*) per aver rivestito determinate cariche (magistrati e decurioni) all’interno delle proprie comunità cittadine.

Inoltre, come dimostrano due norme decemvirali (una sui processi privati con gli stranieri, *Tab. II.2*, e l’altra sulla garanzia per evizione nella compravendita, *Tab. VI.4*¹⁸) già tra il VI ed il V secolo a.C. si era formata una prassi commerciale tra popoli vicini, fondata nella reciproca fiducia (*fides*), che aveva fatto sorgere i primi germi di un “diritto dei traffici internazionali” anche al di fuori dei trattati.

L’incapacità dipendente dallo *status civitatis* si attenua agli inizi del II secolo a.C., a seguito dell’espansione imperialistica di Roma dopo le guerre puniche e dello sviluppo del *ius gentium*, nella sua

¹⁶ V. *infra*, Cap. V, §§ III.1 e 3.

¹⁷ Nei Capp. V, § III.4 *sub c* e *d* e VI, § II.9.

¹⁸ La prima norma prevedeva la possibilità di differire un processo, se la controparte era uno straniero: *aut status dies cum hoste ... eo dies diffisus esto* [... o il giorno stabilito <per la comparizione davanti ad un giudice> con uno straniero ... in questo caso il giorno possa essere differito], e la seconda stabiliva la perpetuità della garanzia per evizione (*infra*, Cap. VI, § II.11), quando l’acquirente fosse stato uno straniero: *adversus hostem aeterna auctoritas* [nei confronti di uno straniero <sia> perpetua la garanzia per evizione].

duplice accezione di complesso di istituti giuridici comuni a tutti i popoli e ‘diritto degli affari’ nascente dalle transazioni commerciali; resiste invece nel diritto di famiglia, nelle successioni ereditarie e nella proprietà privata delle cose più preziose (le *res m̀ncipi*). Questo è ovvio perché la cittadinanza influisce maggiormente su quegli aspetti del diritto privato, che sono più radicati alla realtà sociale di una comunità, mentre tende a divenire irrilevante nei settori più propriamente patrimoniali e dinamici, come la gestione delle attività imprenditoriali, le obbligazioni e parte dei diritti reali.

Una dimostrazione della progressiva irrilevanza della qualità di cittadino la possiamo vedere nelle Istituzioni di Gaio (1.28 ss.) – siamo quindi intorno alla metà del II secolo d.C. – perché la sua più grande preoccupazione in proposito è quella di esporre quali sono i casi in cui un Latino può acquistare la cittadinanza romana.

Perdita di importanza della condizione di cittadino

Tra di essi, si affrontano dapprima le situazioni dei Latini *Aeliani* e *Iuniani* sposati con donne romane o della stessa loro condizione, informandoci che avrebbero potuto conseguire la cittadinanza romana, qualora fosse nato da quel matrimonio un figlio ed avesse compiuto un anno. L’acquisto era dunque subordinato alla presenza di un figlio vissuto almeno un anno (*anniculus*), perché, data l’elevatissima mortalità infantile nei primi mesi di vita, il compimento di quell’età offriva maggiori speranze di sopravvivenza.

Latini che diventano Romani

Poco dopo (1.65 ss.), quando esamina i casi in cui i figli cadevano sotto la potestà del padre in epoca posteriore alla nascita, tratta il tema della “prova dell’errore di *status* <di cittadino>” (*erroris causae probatio*), utilizzata per sanare quelle situazioni dove, per errore, un Romano e una Latina (o una straniera) oppure un Latino (o una straniera) e una Romana si erano sposati credendo di essere entrambi cittadini ed avevano avuto (almeno) un figlio. Una disciplina piuttosto minuziosa, introdotta da senatoconsulti e costituzioni imperiali (soprattutto di Adriano, 117-138 d.C.), aveva come *ratio* di fondo che, se era provato l’errore sulla cittadinanza del coniuge, questi ed i figli, a prescindere dal compimento di un anno d’età, diventavano comunque cittadini.

Erroris causae probatio

Tutta questa attenzione si spiega con la crescente diffusione della latinità, concessa, durante il Principato, ad intere province (la Spagna, le Alpi marittime) e a molte comunità cittadine come tappa intermedia, soprattutto per le *élites*, verso l’acquisto della cittadinanza. Ed infatti, pochi decenni più tardi, nel 212, la costituzione Antoniniana, emanata dall’imperatore Antonino Caracalla, estendendo lo *status* di cittadino a tutti gli abitanti dell’Impero¹⁹, toglie definitivamente ogni sua rilevanza ai fini della capacità giuridica.

Costituzione Antoniniana

¹⁹ V. Ulpiano, 22 *ad ed.* in D. 1.5.17.

4. Personae sui iuris e alieni iuris. *Il nome delle persone*

Ora veniamo all'ultimo *status*, che poi è quello più importante perché su di esso si fondano le basi del diritto di famiglia. Alcune persone sono giuridicamente indipendenti e perciò sono indicate come *sui iuris*, altre, in quanto sottoposte ad un potere altrui, vengono denominate *alieni iuris* o *alieno iuri subiectae*.

Pater
familias

La persona *sui iuris* è chiamata anche *pater familias*, un'espressione però che non implica necessariamente l'avvenuta procreazione di figli. *Pater familias* fa però riferimento solo ad una persona di sesso maschile; nel caso di una donna, si dice che è *sui iuris*, anche se raramente nelle fonti troviamo il termine *mater familias*, con cui però si allude piuttosto alla moglie legittima e madre dei figli all'interno della "piccola famiglia" (*familia proprio iure*), incentrata sulla figura del *pater*²⁰.

Piccola
famiglia

Questo tipo di famiglia, di marcato carattere patriarcale (come avveniva in tutti i popoli indoeuropei), era quella mononucleare, composta dal *pater*, appunto, dalla moglie, dai figli legittimi, naturali e/o adottivi, dagli schiavi e dalle persone *in mancipio* o *in causa mancipii* (§ 17). Diversa era la nozione di "grande famiglia" (*familia communi iure*), che comprendeva sotto l'unico potere del *pater* anche le famiglie (moglie e figli) dei figli maschi²¹; su di essa torneremo parlando del rapporto di parentela chiamato agnazione (§ 16).

Grande
famiglia

Poteri del
pater familias

Una volta chiariti questi punti, dobbiamo dire che il *pater familias* dispone di quattro poteri, intorno ai quali ruota tutto il diritto di famiglia romano, soprattutto in età arcaica:

- a) la *manus* [mano], il potere che ha il marito sulla moglie;
- b) la *patria potestas* [patria potestà], il potere che il *pater* ha sui figli nati da matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*) e sui figli adottivi;
- c) il *mancipium* [mancipio], un potere del *pater* esercitato su persone temporaneamente aggregate alla famiglia ed in genere prive di vincoli di parentela con lui;
- d) infine la *potestas dominica* [potestà dominicale], il potere di cui è titolare, in quanto padrone, sugli schiavi.

Poteri della
donna sui iuris

Diversamente dall'uomo, la donna *sui iuris* poteva essere titolare unicamente della *potestas dominica* sui suoi servi, essendo esclusa sia dalla *patria potestas* che dal *mancipium*. Con riferimento alla patria

²⁰ Tra le fonti giuridiche in D. 1.6.4 (Ulp. 1 *inst.*) si fa riferimento alla moglie non soggetta alla *manus*, mentre in D. 50.16.195.2 (Ulp., 46 *ad ed.*) a quella sottoposta al potere del marito.

²¹ Sulle due nozioni di *familia* v. ancora Ulpiano, 46 *ad ed.* in D. 50.16.195.2.

potestà, tale esclusione si è mantenuta per secoli: in Italia, è durata fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge n. 151/1975), in quanto, nel testo originario del vigente Codice civile (artt. 316-317), essa era ancora riservata al padre, attribuendosi alla madre solo nel caso di morte, assenza o impedimento di quest'ultimo²².

Nel corso dell'evoluzione del diritto romano, questi quattro poteri del *pater familias* si trasformano o addirittura scompaiono. La *manus* ed il *mancipium* sono i primi a tramontare, come si desume già da alcune disposizioni delle XII Tavole che li limitano (sulle quali ci soffermeremo fra breve²³), cosicché nella tarda Repubblica e nei primi due secoli dell'Impero la loro presenza è del tutto marginale fino a scomparire durante il III secolo d.C. Continuano sempre ad esistere la *patria potestas* e la *potestas dominica*, ma entrambe subiscono notevoli attenuazioni del loro contenuto: la prima perde molti dei connotati originari, ed anche la seconda riceve una serie di limitazioni, che prenderemo in esame a suo tempo (§§ 12 e 17).

Un breve discorso va infine dedicato alla denominazione delle persone. Nel diritto romano non si rinvencono disposizioni giuridiche al riguardo, lasciando libero il campo al costume ed alle consuetudini sociali. Degli schiavi e liberti abbiamo già parlato (§ 2); quanto alle persone nate libere di sesso maschile (non importa se *sui iuris* o *alieno iuri subiectae*), si identificano con tre nomi (*tria nomina*): il prenome (*praenomen*), proprio di ciascun individuo, il nome (*nomen*), indicativo del gentilizio comune a tutti i componenti di una gente (*gens*), ed il cognome (*cognomen*), che contraddistingueva gli appartenenti ad un'originaria famiglia agnaticia: ad es., di Marco Tullio Cicerone, Lucio Cornelio Silla e Caio Giulio Cesare, Marco, Lucio e Caio sono i prenomi, Tullio, Cornelio e Giulio i gentilizi, Cicerone, Silla e Cesare i cognomi. Nella discendenza legittima (§ 10) vi era anche l'abitudine di indicare, nelle denominazioni ufficiali (durante la titolarità di magistrature o cariche pubbliche) il prenome del padre e del nonno (ad es., Marco Tullio, figlio di Marco, nipote di Marco, Cicerone o Lucio Cornelio, figlio di Lucio, nipote di Publio, Silla). Alle donne, invece, mancava il prenome, essendo di solito chiamate con il solo gentilizio al femminile (ad es., Tullia, Cornelia, Giulia), fino all'età imperiale, e poi, molto spesso, anche con il cognome sempre femminilizzato (ad es., Livia Drusilla, Annia Faustina, Domizia Lucilla).

*Il nome delle
persone*

La trasmissione del gentilizio e del cognome avveniva, normal-

²² Da tale legge la potestà sui figli (oggi chiamata "responsabilità genitoriale" in base al d.l.vo n. 154/2013) è riconosciuta ad entrambi i genitori.

²³ *Infra*, §§ 5 e 17.

mente, a seguito della nascita da matrimonio legittimo (§ 5), mentre i figli adottivi (§ 13) assumevano i nomi del padre adottivo con l'aggiunta di un secondo cognome, detto "agnome" (*agnomen*), già menzionato in riferimento ai liberti (§ 2), terminante in "iano", indicativo del proprio gentilizio di origine (ad es., l'imperatore Augusto, il cui nome alla nascita era Caio Ottavio, dopo l'adozione da parte di Cesare, acquista quello di Caio Giulio Cesare Ottaviano) o, più spesso, di quello del padre adottivo (ad es., Quinto Fabio Massimo Emiliano, in quanto adottato da Lucio Emilio Paolo).

Il sostanziale disinteresse per una disciplina ordinante in materia di nomi delle persone è evidente nella legislazione giustiniana, che, recependo gli orientamenti precedenti, riconosce pienamente agli individui (di condizione libera) la loro scelta e modifica, purché quest'ultima non abbia finalità fraudolente ("come fin dall'inizio ai privati va riconosciuta la libertà di imporre ai singoli nome, cognome e prenome, così il loro mutamento non è pericoloso ... pertanto mutarli lecitamente senza frode alcuna ... non ti è affatto proibito", *sicut initio nominis cognominis praenominis recognoscendi singulos impositio privatim libera est, ita horum mutatio ... periculosa non est. Mutare itaque ... sine aliqua fraude licito iure ... minime prohiberis*)²⁴. Bisognerà poi attendere il Concilio di Trento (terminato nel 1563) per vedere un primo intervento regolatore in questo settore ad opera della Chiesa, con l'introduzione dell'obbligo per i parroci di tenere registri sulle nascite ed i matrimoni (al fine di accertare gli impedimenti dovuti alla consanguineità tra gli sposi) ed in seguito (dal 1614) anche sulle morti, contribuendo così ad una certa stabilizzazione ed ufficializzazione dell'onomastica²⁵. Neppure le codificazioni civili ottocentesche (*in primis*, il *Code Napoléon* del 1804) affrontano sistematicamente l'argomento ed è merito della sola legislazione del XX secolo quello di aver dettato una disciplina sul nome ed averlo compreso tra i diritti della personalità e, in quanto tale, tutelabile in modo pieno ed assoluto a livello giuridico (§ 12 BGB, artt. 6-9 c.c.it.).

²⁴ C. 9.25.1, dove è raccolta un'unica costituzione di Diocleziano del 293; si vedano anche le Istituzioni (2.20.29).

²⁵ Nell'Alto Medioevo gli individui erano, infatti, designati con il solo prenome (a causa soprattutto della personalità del diritto); solo a partire dal secolo XI si afferma progressivamente anche l'uso del cognome (sul piano sociale e giuridico) dapprima nelle regioni del Norditalia. Ancora dopo il Concilio di Trento resiste in molte aree l'indicazione in base al semplice prenome, che scompare definitivamente nel corso del XIX secolo.

5. Conventio in manum e matrimonio legittimo (iustae nuptiae)

Secondo una parte degli studiosi moderni, il più antico matrimonio romano si confonderebbe con il potere del marito sulla moglie, identificandosi così con la *manus*. In realtà, i due istituti sono collegati, essendo il matrimonio il presupposto indispensabile per l'acquisto della *manus*, ma restano distinti anche nel diritto arcaico.

Il matrimonio romano è chiamato *matrimonium* o *iustae nuptiae* [giuste nozze], dove il termine “giusto” (*iustus*) non implica alcuna valutazione di ordine morale, ma vuole semplicemente dire “conforme al *ius*”, vale a dire legittimo. Ha carattere rigorosamente monogamico, non potendo sussistere che una moglie legittima (§ 9). La sua struttura si configura nell'età più antica e rimane invariata, nelle sue linee di fondo, fino al V secolo d.C., fondandosi su due elementi fondamentali: il primo, di tipo soggettivo (potremmo anche dire psicologico), è l'*affectio maritalis*, consistente nella reciproca volontà dell'uomo e della donna di considerarsi come marito e moglie; il secondo, di natura oggettiva, sono le manifestazioni esteriori di tale *affectio*, date dall'entrata solenne nella casa del marito, dalla convivenza, dalla costituzione della dote (§ 7) e da ogni altra condotta atta a dimostrarla nelle relazioni sociali. L'elemento soggettivo doveva perdurare, perché, nel momento in cui cessava, cessava anche il matrimonio.

*Matrimonio
legittimo*

*Elementi
fondamentali*

Accanto a questi due elementi essenziali, occorre anche quattro ulteriori requisiti perché il matrimonio fosse ritenuto legittimo:

*Ulteriori
requisiti*

I. La reciproca capacità naturale al matrimonio, raggiunta con la pubertà e la connessa capacità di procreare. Per accertare la sussistenza di tale requisito negli uomini, è probabile che in origine si procedesse ad una ispezione del corpo (*inspectio corporis*), sostituita in seguito dalla fissazione dell'età minima di quattordici anni; per le donne, invece, questa era abbassata a dodici. È dunque una caratteristica importante del diritto romano che le persone non si facessero sposare durante l'infanzia, come invece avveniva in altre civiltà dell'antico oriente mediterraneo (ad es., in quella egiziana).

II. Il secondo requisito era l'assenza di certi gradi di parentela e la conseguente inammissibilità del matrimonio endogamico, per evitare i problemi derivanti dalla consanguineità. Erano vietati tutti i matrimoni tra parenti in linea retta – quindi non si potevano sposare madre e figlio, padre e figlia, nonno e nipote – e fra parenti in linea collaterale entro un certo grado, come, ad esempio, tra fratelli e sorelle (i matrimoni adelfici o consanguinei, frequenti nell'Egitto faraonico e tolemaico ed in altri regni ellenistici). Il divieto riguardava nell'età più antica i matrimoni tra parenti collaterali entro il sesto

grado (tra figli di cugini), ridotto poi al quarto grado (fra cugini). Tuttavia, all'inizio dell'Impero il requisito del quarto grado viene abbassato al terzo, per permettere il matrimonio tra zio e nipote *ex fratre* [nata dal fratello], consentendo così a Claudio (41-54 d.C.) di sposare Agrippina (minore), figlia di suo fratello Germanico. In età post-classica, con Teodosio I (378-395), si ritorna al limite del quarto grado, vietando il matrimonio tra cugini (salvo specifica dispensa). Tale divieto è eliminato definitivamente da Giustiniano.

III. Il terzo requisito è il *conubium* [connubio], consistente nell'esistenza tra gli sposi di una reciproca capacità giuridica di contrarre matrimonio. Si tratta di una capacità che in origine doveva sussistere non solo tra cittadini romani e stranieri, ma anche tra patrizi e plebei all'interno della *civitas* romana. Sappiamo infatti che il secondo decemvirato nel 450 a.C. aveva introdotto una norma – in una delle ultime due Tavole (*Tab. XI.1*) – con cui era stato tolto il *conubium* previsto in precedenza tra patrizi e plebei, ripristinato però pochi anni dopo, nel 445 a.C., dalla legge Canuleia. Tale requisito era normalmente riconosciuto in un trattato (*foedus*), come era avvenuto per le più antiche comunità latine (i *Prisci Latini*) a seguito del *foedus Cassianum* del 493 a.C. (§ 3). La sua rilevanza viene meno con l'estensione generalizzata della cittadinanza a seguito della costituzione Antoniana del 212.

IV. Infine il quarto requisito era dato dal consenso dei *patres familias* degli sposi, qualora fossero stati persone sottoposte a patria potestà. Detto requisito, pur restando formalmente, perde poco a poco d'importanza con l'attenuazione della patria potestà (§ 12).

*Matrimonio
postclassico e
giustiniano*

Nel V secolo d.C. e nel diritto di Giustiniano, il consenso al matrimonio, anziché essere necessario per tutta la sua durata, è sufficiente che vi sia nel solo momento iniziale, al fine di creare un vincolo destinato a permanere fino al suo scioglimento per morte, divorzio o annullamento, avvicinandosi quindi alla concezione moderna dell'istituto. Data l'influenza del Cristianesimo, il consenso iniziale veniva prestato dagli sposi con un giuramento sul Vangelo o in Chiesa, ma, nonostante ciò, il matrimonio civile continuava ad avere una propria disciplina rispetto al matrimonio religioso, considerato dalla religione cristiana come un sacramento e quindi indissolubile. Ancor oggi, nella maggior parte degli ordinamenti, la conclusione del matrimonio civile è separata dalla celebrazione di quello religioso. E così era anche Italia fino al Concordato con la Chiesa Cattolica del 1929 (confermato nel 1984), quando è stata introdotta la possibilità che il matrimonio religioso sia riconosciuto (tranne in alcuni casi) direttamente anche dall'ordinamento statale, operando

il ministro di culto come ufficiale di stato civile. Questa possibilità è stata in seguito estesa, con appositi accordi, ad altre confessioni religiose diverse da quella cattolica.

Del regime giuridico del matrimonio romano appena descritto si possono ancora trovare come retaggi nel diritto moderno il divieto di concluderlo fra persone che non abbiano compiuto una certa età (di solito, la maggiore età e, solo in certi casi, 16 anni, art. 84 c.c.it.), a riprova del raggiungimento della necessaria maturità fisica ed intellettuale, ed il divieto di sposarsi fra parenti entro un certo grado (art. 87 c.c.it.), per prevenire malattie e difetti ereditari.

*Retaggi nel
diritto
moderno*

Ritornando al diritto romano arcaico, un matrimonio legittimo, come si diceva, era il presupposto affinché, contemporaneamente o in un momento successivo, il marito acquistasse il potere della *manus* sulla moglie. Se il marito era una persona *alieni iuris*, la *manus* veniva acquistata dal titolare della patria *potestas* su di lui.

*Manus sulla
moglie*

Dalle Istituzioni di Gaio (1.110 ss.) sappiamo che erano tre i modi con cui le mogli “convenivano” nella “mano” del marito, detti perciò *conventiones in manum* (al singolare, *conventio in manum*): la *confarreatio* [confarreazione], la *coemptio* [coempzione] e l'*usus* [uso]. I primi due risalgono sicuramente all'epoca monarchica e sono contestuali alla conclusione del matrimonio.

*Modi di
acquisto*

La *confarreatio* è una cerimonia religiosa, in cui si usavano determinate parole solenni e si spezzava, alla presenza di dieci testimoni, un pane di farro in onore di Giove Farreo (vale a dire di Giove nella sua versione di protettore dei raccolti di farro); la scelta di questo cereale era dovuta all'essere un simbolo di fertilità. All'epoca di Gaio, questa forma di *conventio in manum* accompagnata al matrimonio era in uso solo per chi voleva rivestire certe cariche sacerdotali (di Flamine maggiore o di *Rex sacrorum*), che infatti doveva nascere da un matrimonio “confarreato” e sposarsi con lo stesso rito.

La *coemptio* è una compravendita fittizia che il marito, o il titolare della *potestas* su di lui, fa della moglie o della nuora. Essa si svolge adattando a tal fine un atto giuridico formale, che troveremo molte volte nel diritto privato romano: la *mancipatio* (in italiano, la “mancipazione”). Il suo utilizzo in funzione di finta compravendita si desume dalla parola latina *emptio*, che vuol dire “compera”. È importante sottolineare che si trattava di un finto acquisto, perché ciò caratterizza il diritto romano, pur nella sua fase arcaica, rispetto ad altre tradizioni giuridiche dell'antico Oriente mediterraneo, dove le mogli si compravano realmente (anche quando il prezzo aveva solo valore simbolico).

Infine, mediante l'*usus*, il marito diventava titolare della *manus* sulla moglie dopo un anno che erano sposati. Qui vediamo chiara-

mente come la *conventio in manum* fosse un atto totalmente distinto rispetto al matrimonio, perché la sottoposizione al potere maritale avveniva solo con il decorso di un anno dalle nozze²⁶. Questo modo di acquisto era equiparato ad una forma di usucapione²⁷.

E, proprio in rapporto all'*usus*, troviamo nelle XII Tavole (*Tab. VI.5*) una norma, che costituisce un importante segnale a dimostrazione del declino, già intorno alla metà del V secolo a.C., del regime della *manus* del marito sulla moglie. In base a tale norma, designata abitualmente come *usurpatio trinoctii* [interruzione del tempo per una durata di tre notti], alla donna sposata era consentito di allontanarsi, una volta all'anno e per tre notti consecutive, dalla casa del marito, onde evitare l'acquisto da parte sua della *manus* per "uso". La presenza di una simile disposizione nelle XII Tavole rivela un preciso orientamento della società verso un matrimonio senza l'acquisto della *manus* (*sine manu*) e non sorprende quindi che, dopo le XII Tavole, in un arco di tempo relativamente breve, tale potere del marito sparisca, abolito in parte da successive leggi (non meglio precisate da Gaio, *Inst.* 1.111), in parte dalla desuetudine (*ipsa desuetudine*).

Riflessi
patrimoniali

La *manus* aveva anche riflessi di carattere patrimoniale: infatti, quando il marito l'acquistava, la moglie veniva a trovarsi nell'identica posizione di una figlia sottoposta alla patria potestà (*loco filiae*), implicando, da un lato, la recisione di tutti i suoi legami (e quindi di ogni aspettativa ereditaria) verso la famiglia di origine e, dall'altro, la perdita del suo patrimonio, ove fosse stata *sui iuris*, in favore del marito, con conseguente venuta meno delle aspettative ereditarie dei parenti della stessa. D'altro lato, però, mettere la moglie su un piano di parità con i figli significava, nel caso di morte del marito senza un testamento, ripartire in egual misura il patrimonio ereditario tra lei ed i figli medesimi, con il rischio che la parte di sua spettanza potesse poi finire – per successione – ai parenti di lei e dunque ad un'altra famiglia. Tali profili patrimoniali hanno anch'essi indubbiamente inciso sul tramonto del regime della *manus* maritale, oltreché sulla nascita della figura dell'usufrutto²⁸.

²⁶ Gaio, *Inst.* 1.111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat ...* [In base all'uso' conveniva sotto il potere <del marito> colei che per un anno continuo restava sposata ...].

²⁷ Sulla quale v. *infra*, Cap. V, § III.4 *sub d.*

²⁸ V. *infra*, Cap. V, § IV.1.

6. *La libertà di contrarre matrimonio: sponsali, donazione nuziale, tempus lugendi, leggi matrimoniali augustee ed altri divieti di età imperiale*

Raggruppiamo ed esaminiamo in questa sede istituti eterogenei, di alcuni dei quali si conservano tracce ancor oggi, caratterizzati tutti, però, dall'incidere sulla libertà matrimoniale. In primo luogo abbiamo gli sponsali, le promesse di matrimonio, dette così dalla parola latina *sponsalia*, originata dal verbo *spondeo* [prometto] utilizzato dai promittenti. Gli sponsali consistevano in due promesse: una della donna (o del suo *pater familias*) di andare in sposa ad un certo uomo, la seconda dell'uomo (o del suo *pater familias*) di prendere quella donna come moglie.

Sponsali

Ora, fino al III secolo a.C., gli sponsali avevano effetti giuridici vincolanti nel senso che doveva far seguito il matrimonio; in caso contrario, il promittente inadempiente era tenuto al pagamento di una penale in denaro preventivamente concordata o, in assenza, al risarcimento dei danni stabilito da un giudice, salvo la presenza di una giusta causa per la rottura della promessa²⁹. Da osservare che mai, nemmeno nel diritto arcaico, si è configurata una costrizione a concludere il matrimonio promesso, un principio valido anche oggi (art. 79 c.c.it.).

Dopo il III secolo a.C., però, cessa la rilevanza giuridica degli sponsali ai fini della conclusione del matrimonio, in quanto si ritiene illecito, perché contrario ai buoni costumi (*contra bonos mores*), ogni impedimento alla libertà matrimoniale³⁰. Per altri aspetti, però, gli sponsali producono certi effetti giuridici, pur dopo di allora. Per esempio, una volta rotta la promessa di matrimonio, lo *sponsus* (il futuro sposo o fidanzato) non potrà sposare la madre della *sponsa* (la futura sposa o fidanzata) e, viceversa, quest'ultima non potrà sposare il padre dello *sponsus*. Ed inoltre agli *ex* fidanzati non era consentito testimoniare in giudizio reciprocamente, né a favore né contro.

Nell'età post-classica il maggior problema derivante dalla rottura degli sponsali era quello della restituzione dei doni. In tale periodo si era infatti affermata l'abitudine di dare "una caparra in occasione degli sponsali" (le *arrahae sponsaliciae*), consistente in donativi fatti a conferma dell'impegno di sposarsi. Il regime applicabile viene ad essere quello normalmente previsto per ogni tipo di caparra³¹: se la

Arrhae sponsaliciae

²⁹ Cfr. le parole di Servio Sulpicio Rufo (I secolo a.C.), riportate da Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 4.4.2.

³⁰ V., ad es., quanto dice il giurista Paolo, 15 *resp.* in D. 45.1.134 pr.

³¹ Cfr. *infra*, Cap. VI, § II.11.

promessa era rotta per colpa del futuro sposo, lo stesso perdeva le *arrahae*; se invece la colpa era della futura sposa, le veniva imposta la restituzione di una somma pari a quattro volte il valore dei donativi ricevuti (CTh. 3.5.11), ridotta in seguito alla misura del doppio (C. 5.1.5).

Donatio
propter
nuptias

Sempre all'inizio dell'età post-classica viene regolamentata anche la donazione nuziale, fatta cioè in vista delle nozze, chiamata *donatio ante nuptias* [donazione prima delle nozze] e nel diritto giustiniano *donatio propter nuptias* [donazione a causa delle nozze]. Normalmente si trattava di donazioni di considerevole valore che il futuro sposo faceva alla futura sposa in occasione del matrimonio, rafforzando così, sotto il profilo patrimoniale, l'impegno a contrarlo. Qualora non si fosse concluso per colpa della donna o per morte di uno dei due fidanzati, le cose donate andavano restituite. Benché la loro proprietà fosse della moglie, l'amministrazione spettava al marito e con lo scioglimento del matrimonio erano destinate ai figli in comune, conservando il coniuge superstite solo un diritto di usufrutto. Progressivamente l'importo di tali donazioni fu commisurato a quello della dote ed anche il regime giuridico dei due istituti si venne uniformando (I. 2.7.3).

Tempus
lugendi

Un altro istituto che attiene alla libertà di matrimonio è il *tempus lugendi* [il tempo per piangere], vale a dire il periodo che una donna rimasta vedova doveva far passare prima di sposarsi un'altra volta. La sua durata, già fissata da una norma di epoca regia conforme al *fas*³², era di dieci mesi e lo scopo consisteva nell'evitare la *conturbatio sanguinis* [il turbamento del sangue], ossia l'incertezza della paternità di un eventuale figlio nato dopo lo stato vedovile. Se non si rispettava tale tempo, nel diritto arcaico si prevedeva per la donna il compimento di un sacrificio espiatorio. A partire dal III secolo a.C., il pretore comminava l'infamia alla vedova ed al secondo marito, in base alla quale, oltre alla riprovazione sociale, si producevano a loro carico alcuni gravi effetti dal punto di vista giuridico, quali l'impossibilità di svolgere la funzione di testimone ed il divieto di rappresentare altre persone in un processo (*postulare pro aliis*)³³. Pene più dure, ma sempre sotto il profilo patrimoniale, vengono decise in età post-classica, giungendo fino ad escludere completamente dall'eredità del marito morto la vedova inosservante del periodo di lutto³⁴. Mai comunque si mette in discussione la validità del secondo matrimonio.

³² Plutarco, *Numa* 12.3 l'attribuisce a Numa Pompilio.

³³ Sull'applicazione dell'infamia si rinvia al Cap. VII, § 3 *sub a*.

³⁴ V. C. 5.9.1 del 380 e C. 5.9.2 del 381.

Un'ultima osservazione riguarda la donna divorziata, nei confronti della quale potevano sorgere identici problemi di incertezza della paternità. Per lei non vale il regime del *tempus lugendi*, che le viene esteso solo nel V secolo d.C. (C. 5.17.8.4), ma l'ordinamento predispone rimedi diversi, sui quali ci soffermeremo fra breve (*infra*, § 11).

Al tema della libertà matrimoniale si possono ricondurre anche le leggi matrimoniali fatte approvare da Augusto o per sua ispirazione: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* [legge Giulia sulle classi sociali che si devono sposare] del 18 a.C. e la *lex Papia Poppaea* del 9 d.C. Il loro obiettivo era quello di riordinare la società del tempo, incrementando i matrimoni e favorendo la procreazione di figli legittimi. Data la somiglianza del contenuto delle due leggi, già i giuristi di poco successivi non sono più in grado di distinguerle esattamente e ne parlano come di una sola legge (una sorta di testo unico), designandola con il nome di *lex Iulia et Papia*.

*Leggi
matrimoniali
augustee*

Tali leggi imponevano un obbligo di sposarsi a tutti gli uomini liberi tra i 25 e 60 anni e a tutte le donne libere tra 20 e 50³⁵, minacciando, in caso contrario, l'applicazione di sanzioni patrimoniali in materia successoria, consistenti nel limitare o escludere la loro capacità di ricevere per via ereditaria (Cap. II, § 14). Maggiormente penalizzati erano i *caelibes* [celibi], un termine con cui si indicano sia uomini che donne non sposate, soggetti ad un'esclusione totale di poter ricevere beni per successione, mentre coloro che si sposavano, ma non avevano i figli, qualificati, con una forte colorazione discriminatoria, come *orbi* [privi di figli], subivano le stesse sanzioni, ma ridotte alla metà³⁶. Da tale disciplina erano esenti i soli discendenti in linea retta fino al terzo grado. La *lex Iulia et Papia* disponeva inoltre precisi divieti matrimoniali in riferimento a determinate classi sociali, sui quali torneremo fra breve (§ 9). Queste normative dopo la metà del III secolo d.C. cadono in desuetudine – anche perché poco consone all'insegnamento dei Padri della Chiesa, favorevoli invece al celibato – e non sono più riportate, se non per aspetti marginali, nella Compilazione giustiniana.

Incidono, infine, sulla libertà di matrimonio una serie di divieti approvati durante il Principato, come quello fra chi amministra una carica in una provincia ed una donna del luogo³⁷ e quello fra tutore o figlio del tutore e pupilla prima della rendicontazione finale della gestione del patrimonio di quest'ultima e comunque prima che la

³⁵ Come si desume dai *Tit. Ulp.* 16.1.

³⁶ V. Gaio, *Inst.* 2.111 e 286-287.

³⁷ Come dice Paolo, 2 *sent.* in D. 23.2.38 pr.

stessa abbia compiuto i venticinque anni³⁸. A tali divieti si aggiungono quelli introdotti nel Tardo Antico per il matrimonio fra Cristiani e seguaci di altre fedi religiose e fra Cristiani ed eretici³⁹.

7. *La dote ed i beni parafernali* (bona paraphernalia)

L'analisi di questo istituto, in un'ottica contemporanea, ha come primo motivo di interesse quello di farci vedere il regime fondamentale dei rapporti patrimoniali tra coniugi nell'ordinamento romano e la tutela riconosciuta alle donne sposate nel caso di scioglimento del matrimonio.

Definizione La dote (*dos*) si può definire come un complesso di beni che vengono trasferiti dalla donna, se è *sui iuris*, o dal suo *pater familias*, qualora sia sottoposta a patria potestà, in proprietà del marito, al fine di sostenere gli oneri del matrimonio (*ad onera matrimonii sustinenda*). Da tale definizione si possono già sottolineare due elementi: la proprietà su questi beni va in capo al marito, ma è condizionata alla durata del matrimonio.

Carattere funzionale Oggi, all'apparenza, sembrerebbe inutile studiare le origini storiche della dote, visto che in Italia è stata abolita con la riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge n. 151/1975) e da allora non si contemplanò più contratti costitutivi di dote. Di essa si può parlare su un piano sociale, ma non giuridico. In realtà l'esame del regime romano ci offre un tipo di proprietà finalizzata e funzionale, per cui il marito diventa proprietario dei beni dotali per le esigenze del matrimonio e ne rimane titolare finché dura il vincolo. E nello stesso tempo la dote si configura anche come una garanzia patrimoniale per la moglie dopo il divorzio o la morte del marito.

Limiti per il marito Si capisce così perché si introducano progressivamente limiti alla libertà dell'uomo di amministrare ed utilizzare i beni portati in dote, pur essendone giuridicamente il proprietario. Il più rilevante è quello stabilito, nel 18 a.C., dalla c.d. *lex Iulia de fundo dotali* [legge Giulia sui fondi dotali] di Augusto, più probabilmente un capitolo o parte della sua legge sull'adulterio (*lex Iulia de adulteriis coercendis*) o sull'obbligo di matrimonio (*lex Iulia de maritandis ordinibus*, § 6), che vietava al marito di vendere fondi costituiti in dote senza il consenso della moglie (*invita uxore*).

³⁸ In base ad una *oratio* di Marco Aurelio, rivestita della forma di senatoconsulto, di cui ci danno notizia D. 23.2.62.2 (Pap., 4 *resp.*), D. 23.2.59 (Paul., *l. sing. de adsign. libert.*) e C. 5.6.6 pr. del 260.

³⁹ Cfr., ad es., la costituzione di Valentiniano, Teodosio e Arcadio del 388 in C. 1.9.6, che proibisce il matrimonio fra Cristiani e Giudei.