

Il diritto romano dopo Roma

Attraverso le modernità

a cura di Antonio Palma

contributi di R. Cardilli, M. d'Orta,
I. Fagnoli, F. Fasolino, F. Fernández de Buján,
M. Miglietta, A. Palma, U. Vincenti



Giappichelli



INTRODUZIONE

Antonio Palma

Otto Colleghi ed Amici decidono di affrontare assieme la non lieve (ma stimolante) fatica di scrivere un manuale di diritto romano nell'anno del Signore 2022.

Di ottimi manuali ve ne sono già tanti in circolazione, sia per qualità scientifica che per efficacia pedagogica, nei quali l'articolazione degli argomenti illustrati corrisponde a consolidati canoni espositivi, caratteristici dell'insegnamento superiore della nostra disciplina, che si radicano in una tassonomia difficile da stravolgere, in quanto sedimentazione di una millenaria esperienza pratica e didattica.

Ed allora la domanda non può che sorgere spontanea: perché scrivere l'ennesimo manuale istituzionale? Perché questo non è solo un manuale istituzionale, almeno nell'accezione metodologica del termine.

Gli Autori – alcuni dei quali con decenni d'insegnamento alle spalle – hanno voluto cimentarsi in un'opera che tenta di strutturarsi, quanto più possibile, attraverso caratteri di novità in grado di soddisfare la loro ambizione al rinnovamento di modelli epistemologici, di fissazione e trasmissione della conoscenza giuridica.

Cominciamo dal titolo del volume: *Il diritto romano dopo Roma. Attraverso le modernità*, al tempo stesso sia denotativo, in quanto rispecchia puntualmente il contenuto delle pagine del testo, che si spinge in più luoghi all'analisi dell'eredità del diritto romano, che connotativo, in quanto rimanda alla problematicità dei rapporti tra esperienza antica e contemporanea, evocando suggestioni comparatistiche. Si tratta dunque di un titolo che rappresenta un manifesto programmatico e insieme un compromesso tra le diverse sensibilità dei singoli Coautori.

Se il *diritto romano dopo Roma* è un'ovvietà storica sul piano della sequenza temporale, simbolico è invece il messaggio che il titolo esprime e che va letto in stretto rapporto con la seconda sua parte, *attraverso le modernità*. Perché è solo attraversando le modernità giuridiche, che s'inverano nella Storia, che può esprimersi quello scavo archeologico, laborioso ed incessan-

te, che consente di rinvenire in apparentemente antiquari depositi – da molti ritenuti anacronistici – il diritto romano inteso quale “esperienza secondaria”, vissuta dopo la vigenza storica di quel diritto e fissatasi culturalmente nella memoria antropologica dell’Umanità.

Affermazione questa che non deve essere tacciata di ingenua illusorietà, in quanto il *diritto romano dopo Roma* è una presenza negli studi giuridici dell’intero mondo, e non solo in quello occidentale.

Una ragione di questa presenza deve pur esserci; ed infatti vi è. Risiede nel fatto che in ogni processo euristico predomina un criterio selettivo volto a salvare solo ciò che si ritiene utile sia alla pragmaticità del quotidiano che alla speculazione teoretica, che di quel quotidiano rappresenta la sublimazione più immediata. Ed il *quid* caratterizzante il diritto romano, che ne rappresenta il dato ontologico che ne assicura la persistenza, si rinviene, non nell’ordinamento giuridico di una comunità del Lazio sulle rive del Tevere, ma in una vicenda storica fattasi universale perché fortemente adattatasi alle più diverse realtà umane, dimostrando quei caratteri di “secondarietà debole”, che l’hanno resa, per ciò stesso, patrimonio di tutti.

I Romanisti hanno il dovere di rendersi custodi di questo patrimonio conoscitivo, che ha di certo chiara derivazione dal diritto di Roma come esperienza storica, ma che porta in sé il seme di una vita e di un destino di “*longue durée*” che lo emancipa dall’avventura della sua emersione. Si tratta di un’autonomia condotta non solo all’interno della comunità dei dotti, ma proiettatasi anche nel profondo delle più eterogenee costruzioni giuridico-normative, in forma diversa, a volte come non apparente presupposto di istituti alieni a quell’esperienza, ma che da essa derivano terminologie, grammatica e sintassi, un lessico giuridico costitutivo delle diverse coordinate concettuali.

L’illustrata circostanza temporale di un *dopo* (Roma) più rilevante di un *prima* (di Roma) pone certo la questione di quale sia il nucleo fondativo di una disciplina che si fa sempre altro nei contenuti e nelle sue letture e riletture, che ne trasformano costantemente oggetti e significati, un processo che la rendono materia debole e forte allo stesso tempo, poiché è proprio la flessibilità la ragione della sua permanenza.

Ma la domanda non può di certo trovare risposte banali e burocratiche nelle tabelle ministeriali, che pongono limiti contenutistici agli Autori di questo manuale, i quali sono ben consapevoli che trattasi di limiti vaghi e per ciò stesso valicabili.

Una possibile risposta, almeno quella qui adottata, è che il diritto romano è ciò che tale si ritiene senza dubbio sulla scorta di una non ignorabile tradizione, ma altresì in ragione della tensione intellettuale di coloro che continuano a studiarlo, della passione che agita i suoi indefessi cultori, delle ambizioni che li sollecitano.

Può apparire una affermazione ardita quella appena indicata, ma non lo è se si guarda alle rivoluzioni metodologiche già intervenute dai Glossatori fino all'ultimo secolo appena trascorso.

Non è sufficiente a smentire il nostro assunto opporre un originalismo interpretativo che assicuri il pieno rispetto delle fonti. La storia dell'evoluzione della disciplina è caratterizzata da rivoluzioni metodologiche che ne hanno profondamente mutato prospettive, si pensi alla Pandettistica, o alla critica interpolazionistica, che di quelle fonti fece riscrittura a volte arbitraria. Processo continuo, se dagli anni Settanta del secolo trascorso ha registrato la fioritura gli studi ricostruttivi, a partire da approfondimenti palinogenetici, dei profili dei singoli giuristi romani, di cui si accentuano le qualità autoriali, dando enfaticamente non poca rilevanza a fonti come l'*Enchiridion* di Pomponio.

Il diritto romano diviene allora il "diritto dei giuristi" (Juristenrecht), con una evidente forzatura della realtà, assata su plurimi 'formanti' di un ordine legale avente a Roma sue specificità, un ordine legale che non si fa sistema, ma corpo complessivo di materiali di carattere normativo, costituito da testi legislativamente prodotti, ma anche da testi-norme, testi-principi, testi giustificativi di decisioni. Ed ancora, testi creati dalla *iuris scientia* come componente di una dinamica interazione tra legislazione, giurisdizione e comportamenti sociali, all'interno di un circuito nomopoietico recettivo delle istanze della comunità nel quale gli esercenti l'*imperium*, nelle sue più diverse epifanie, e i giudici rappresentano i veri motori della "verbalizzazione normativa" del reale, nel quale la "parola del potere" si fa "parola del diritto".

Simile prospettiva non spoglia di autorevolezza i *prudentes*, quali tecnici del diritto, che attraverso la loro attività ermeneutica esprimono lo *ius controversum* continuamente alimentato in seno alla loro comunità dove, per il tramite di una riflessione collettiva, che attraversa il tempo su un piano di contemporaneità, personalità grandi e piccole vengono assorbite in un magma interpretativo dove tutto coesiste.

Ma grandi sono stati peraltro i progressi che lo studio della *iurisprudentia* romana ha apportato all'evoluzione della disciplina, fino al punto d'incentivare la produzione di un ampio spettro di biografie miranti a rappresentare un diritto giurisprudenziale come costituito da figure antonomastiche di giuristi, occupati nella risoluzione topica di controversie più o meno complesse. Si tratta di una visione certo intrigante, che esercita da sempre una forte malia in coloro che la adottano, ma che non tiene nel dovuto conto che il progresso del diritto è incontrovertibilmente legato al potere e al suo esercizio.

La storia del diritto romano si determina così dal sovrapporsi di diverse visioni che esprimono nella loro conflittualità un'incertezza che, in fondo, di

quel diritto rappresenta la forza e che rende il suo studio la disciplina più autenticamente antidogmatica e per questo motivo la più adatta ad intendere un'attualità sempre più 'liquida', che sfugge a schemi preconfezionati.

Il manuale che segue è denso di contraddizioni, evidenti disomogeneità stilistiche e contenutistiche, rappresenta dunque lo specchio di una realtà che è scientificamente controversiale, interpretabile e reinterpretabile, ma proprio per questo suo carattere in grado di resistere al tempo, nel cui flusso è immersa senza argini e senza nostalgie.

Questo è il senso del presente manuale che gli Autori hanno voluto offrire all'attenzione degli studenti nel suo pluralismo culturale volto a dimostrare che l'eternità del diritto romano si costruisce sulla sua precarietà, e che il simbolo cui dobbiamo guardare per rappresentare questa realtà non è la Torre di Babele con la sua imponenza architettonica e la sua apparente stabilità, ma l'Universo nella sua dimensione inflazionaria, sempre cangiante ma sempre identica a sé stessa.

In definitiva questo libro non è altro che un invito ad entrare nei labirinti di un mondo vivo ed eterno nel suo costante cambiamento.

CAPITOLO PRIMO

LE PERSONE

Umberto Vincenti

SOMMARIO: 1. L'archetipo: il *pater familias* come *dominus*. – 2. Nascita di una categoria giuridica nella Roma antica. – 3. Le persone, le cose e la 'mano'. – 4. Le persone e la libertà. – 4.1. Gli schiavi. – 4.2. Le mogli *in manu*, il matrimonio, la tutela muliebre. – 4.3. I figli. – 5. Le persone e l'integrità del patrimonio familiare. – 5.1. La tutela e la curatela delle persone incapaci. – 6. La persona come maschera. – 7. Le persone 'incorporali'. – 8. Verso la 'disumanizzazione' della persona. – 9. L'uomo è, la persona ha (o può avere). – 10. Identità e contraddizioni sistemiche. – 11. Dopo Roma. – 12. Nel Medioevo e nel Rinascimento: continua il dominio del *pater*. – 13. La modernità prerivoluzionaria: verso l'eguaglianza. – 14. La parabola delle divisioni delle persone e l'affacciarsi del soggetto unico universale. – 15. La crisi del soggetto unico universale. – 16. Per una nuova categoria.

1. L'ARCHETIPO: IL *PATER FAMILIAS* COME *DOMINUS*

Al centro del diritto privato romano troviamo la persona umana: una constatazione che appare ovvia se si pensa al diritto come a un insieme di regole funzionali al disciplinamento sociale. Ma le cose non sono così semplici come potrebbe sembrare. Oggi quando pensiamo alla persona ci riferiamo a qualunque uomo; e anche questa affermazione cela alcune, gravi, questioni come, per esempio, quella concernente l'inizio della vita umana che il nostro codice fa cominciare con la nascita, ma che, per taluno, dovrebbe farsi cominciare almeno da una certa fase della gestazione materna. È una questione, questa, che si intreccia con la scienza e con l'interpretazione dei dati scientifici. Ma quando diciamo che le persone umane sono tutte eguali noi esprimiamo, magari nemmeno rendendocene conto, un'opzione politica che è ferma e indiscutibile nella contemporaneità occidentale. Nell'antichità, e in Roma antica, non era così: il principio di eguaglianza non faceva parte dello statuto della persona.

Insomma anche la categoria persona, e forse più di ogni altra categoria giuridica, dipende dalle coordinate spazio-temporali. Qui cercheremo di esporre in sintesi la storia della persona, anzi delle persone, in diritto romano (anche nei suoi sviluppi successivi, in età medievale e moderna): persone, sì, perché in Roma antica non esisteva un unico statuto della persona, ma più statuti in quanto le persone non erano, come detto, tutte eguali.

Però, la nostra storia comincia prima della nascita di Roma, in quelle comunità pre-civiche stanziate sui colli romani e nelle immediate vicinanze. Il diritto romano non può essere stato creato dal nulla da un mitico fondatore, come dal nulla non nacque la Città: Roma deve avere recepito, in tutto o in parte, le strutture giuridiche immanenti nei villaggi che precedettero e, unendosi, dettero vita alla Città. Vediamo di scoprire qualcosa dai dati a nostra disposizione.

Nei villaggi – agglomerati di capanne di legno, paglia e fango – che si trovavano sulle sommità del Palatino, del Quirinale, dell'Esquilino netta era la distinzione di genere, tra maschi e femmine. Già nella civiltà protovillanoviana (1200-900 a.C.) i ruoli erano rigorosamente separati: agli uomini le incursioni e i saccheggi nei villaggi vicini, alle donne la cura della casa. Nei cinerari biconici il genere del defunto era evidenziato dalle coperture: a forma di elmo per gli uomini, di ciotola per le donne.

Questi villaggi erano dominati e, in certo senso, anche governati da compagnie, anche esigue, di guerrieri agli ordini di un capo, forse già appellato *rex*: la comunità era nelle mani di questi uomini ciascuno dei quali esercitava un potere all'interno della propria capanna e sulle persone, legate a lui in quanto sottoposte (a prescindere cioè dal vincolo del sangue), che vi abitavano. Per come erano strutturate queste società primitive dobbiamo pensare che in esse fossero presenti anche degli schiavi, uomini e donne razzati dagli altri villaggi, in un numero limitato, immaginiamo, perché la dimensione dei conflitti non era certo quella delle guerre di conquista quali Roma intraprenderà incessantemente nei secoli successivi. La conferma dell'esistenza di aristocrazie guerriere dominanti si ricava inequivocabilmente dai corredi funerari nei quali abbondano le armi e, talora, panoplie complete: come nella tomba 94 della necropoli dell'Esquilino, ove si sono rinvenuti scudo, elmo, carro, il corredo di un capo-guerriero dell'VIII secolo a.C., attivo nell'area dove stava sorgendo Roma.

Questi uomini – questi capi ai diversi livelli – erano denominati *patres*. *Patres* erano i capi delle *gentes*, consorzi di uomini liberi e legati tra loro dalla discendenza (magari solo immaginata) dal medesimo capostipite e da una comunione di interessi all'interno delle comunità di villaggio che si identificavano con la *gens* insediatavi; *patres* erano i capi delle *familiae* loro assoggettate e sulle quali essi si comportavano come dei re; *patres* anche i compo-

nenti il *regium consilium*, quale sarebbe stato creato da Romolo, attingendo dai capi delle *gentes* più potenti, per sostenerlo nel governo della Città da lui fondata. Anche nella leggenda sulle origini di Roma, narrata da Virgilio, il principe troiano Enea, progenitore di Romolo, è qualificato come *pater, pater Aeneas*.

Un grande studioso del diritto romano del secolo scorso, Pietro Bonfante, ha sostenuto che il singolo *pater familias*, che esercitava il *dominium* sulla sua capanna e sul campicello attiguo, svolgeva una funzione politica di governo: la tesi non è ardita perché dobbiamo pensare che, in età pre-civica e ancora nella prima Roma, il potere del capo della comunità di villaggio, e poi il *rex*, non aveva la forza per imporsi in tutto sui capi-famiglia. Egli doveva piuttosto apparire come un loro delegato per l'esercizio di quelle funzioni (la difesa esterna, per esempio) che non potevano essere svolte dai singoli *patres*; e nemmeno dalle *gentes*, anche se il potere di queste ultime doveva essere notevole, giungendo esse ad organizzare bande armate. Così la tradizione ci conferma che, all'interno delle *familiae*, esistevano tribunali domestici presieduti dal *pater*, decisore unico e definitivo: essi esercitavano la giurisdizione sui sottoposti del *pater* infliggendo, se colpevoli, punizioni anche corporali. Il potere assoluto del *pater* – su uomini, donne, animali, cose a lui assoggettate – era anticamente denominato *manus*: lo stesso termine che il giurista Pomponio (II secolo d.C.) adopera per identificare il potere di quei re, a noi ignoti, che avrebbero governato Roma prima di Romolo, quando questa non aveva un ordine giuridico stabilito (che avrebbe poi dato Romolo).

Un giurista vissuto tra il II e il III secolo d.C., Domizio Ulpiano, definirà esattamente il *pater* come «colui che ha il dominio in casa» (D. 50.16.192.2): *dominium* è il termine tecnico che identifica la proprietà romana. Non ricorrere più il termine *manus* (che, vedremo, verrà adoperato, superata l'età arcaica, a significare specificamente il potere del *pater* sulla moglie come sulle mogli dei figli); ma il *dominium* romano resterà in ogni tempo un potere assoluto ed egoistico sulle cose, assai distante dalla proprietà funzionale (all'interesse generale) della nostra contemporaneità. Sicché la definizione di Ulpiano attesta che la primazia del *pater* all'interno della *familia* resterà immutata nel corso dei secoli, anche se una progressiva evoluzione si verificherà in conseguenza del mutare dei contesti socio-economici.

Per questo l'archetipo – delle *personae* in diritto romano – è il *pater* così come lo abbiamo sinteticamente descritto in relazione all'età delle origini: tutta la costruzione del diritto delle persone e della famiglia sarà, per così dire, immanente alla posizione del *pater* quale signore esclusivo della capanna dei primordi e poi della *domus* familiare: l'unico soggetto indipendente nella *familia*. *Manus* e *dominium* sono poteri giuridici; con perfetta congruenza, anche i familiari si identificano sulla base di questa relazione dominicale, di

assoggettamento, esista o non esista, con il *pater*, un vincolo di sangue (che, se nella normalità dei casi esisteva, restava però giuridicamente irrilevante al fine dell'appartenenza a una *familia*, contando esclusivamente la *potestas*, termine con cui verrà definito in ultimo il potere paterno).

È la comune soggezione al medesimo *pater*, presente o passata (se il *pater* fosse morto), che fonda il vincolo di parentela primario del diritto romano, l'*adgnatio*. La parentela di sangue era, invece, detta *cognatio*; e naturalmente gli *adgnati* potevano essere anche tra loro *cognati* (per esempio, due fratelli o i figli di due fratelli). Ma *adgnati* erano anche gli adottati rispetto a ogni altro membro della *familia*: determinante era la soggezione alla comune potestà e gli adottati non erano consanguinei degli altri *adgnati* della *familia*. Era vero anche il contrario: che vi potevano essere *cognati* che tra loro non erano *adgnati* in quanto appartenenti a diverse *familiae* e, dunque, soggetti alle potestà di *patres* diversi: *cognati tantum*, soltanto cognati come, per esempio, i figli di due sorelle (e per questo si diceva che i *cognati* giungevano allo stipite comune per il tramite di una persona di genere femminile; mentre gli *adgnati* vi giungevano per mezzo di un maschio).

2. NASCITA DI UNA CATEGORIA GIURIDICA NELLA ROMA ANTICA

Oggi non sappiamo chi sia 'persona' dal punto vista giuridico. La questione è importante perché l'incertezza non arrovella solo i tecnici e finisce con l'influenzarci tutti: parliamo di una categoria giuridica fondante, la cui matrice è romana.

Nei manuali istituzionali dei giuristi dei primi secoli dell'impero il termine *persona* è adoperato a indicare il destinatario di quella parte del diritto (*ius*), di quell'insieme di regole che non attengono alle cose, bensì agli uomini: questo insieme è il diritto delle persone, appunto lo *ius personarum*. Presso quei giuristi *persona* era sinonimo di uomo, in latino *homo*. In effetti il diritto romano assumeva quali *personae* tutti gli uomini in quanto esseri umani: e ciò a prescindere dalla loro posizione (giuridica) nella comunità, per esempio se liberi o schiavi. La categoria *persona* manteneva così, nel suo ingresso nel diritto, il suo sostrato naturalistico: valeva l'equazione *persona = homo*. Però, se pur tutti gli uomini erano *personae*, le *personae*, una volta introdotte nella dimensione artificiale dello *ius*, dismettevano la loro eguaglianza naturale e risultavano diverse in dipendenza del loro diverso statuto giuridico. La categoria *persona* aveva allora la funzione di trasferire gli uomini in un altro mondo: dalla *natura* allo *ius*.

Questa attitudine trasformatrice della categoria *persona* è connessa al significato originario del termine: *persona* è, etimologicamente, la maschera

teatrale che cela il volto e altera la voce, e le maschere, come le persone nella messinscena cui dà vita l'applicazione delle regole giuridiche, sono diverse a seconda del carattere da rappresentarsi. Secondo un'opinione riferitaci da Aulo Gellio (5.7) *persona* è vocabolo ricavato da *personando*: e *personare* indica quel risuonare, quell'accrescere della voce che, in effetti, dipende dalla sua concentrazione nella maschera (usualmente in terracotta). Le maschere sono tragiche, satiriche, comiche: tutte egualmente *personae*, ma la varietà delle loro forme determina il ruolo o la parte di ciascuno degli attori che le calano sul proprio volto. Il diritto come la *comoedia* o la *tragoedia*, il diritto come il copione: nella scena giuridica gli uomini diventano persone e ciascuno recita la parte imposta dallo statuto che gli appartiene.

L'evoluzione si staglia con sufficiente chiarezza: per le sue esigenze di costruzione di una realtà istituzionale, che ha esistenza *in societate* e non *in natura*, il diritto attinge all'etimologia del termine *persona*, il cui significato originario di maschera è esteso, per traslato, a includere quello di parte e di ruolo in una vicenda di vita artificiale (quella che vuole il diritto). Per quest'aspetto la narrazione scenica è equivalente alla narrazione giuridica; e nella narrazione giuridica gli uomini debbono agire secondo i ruoli assegnati dalle regole e così diventano persone.

Ogni persona ha la sua maschera e, dunque, la parte a essa spettante. I ruoli corrispondono agli 'stati personali' (*status personarum*); e per i Romani il ruolo di protagonista compete *ab initio* ai padri di famiglia: maschi, cittadini, non soggetti ad alcuna potestà che, invece, essi esercitavano su mogli e figli della famiglia, oltre che sulle cose della famiglia tra le quali erano annoverati altri uomini, gli schiavi.

Abbiamo sopra descritto come dai primordi l'assetto socio-economico della Città fosse affidato a quelle *personae* che avevano lo *status* di *patres*: la totale irrilevanza delle altre *personae* (con *status* di figli, mogli, schiavi) implica che la categoria *persona* abbia valenza in positivo solo nei *patres*, presso i quali essa assume una connotazione autoritativa e patrimonialistica: la vera *persona*, in quel contesto, era il *pater familias*, il quale aveva potere e, dunque, diritti a esclusione di qualunque altro membro della famiglia perché così era garantita l'unitarietà nella gestione del patrimonio familiare, funzionalizzata alla sua conservazione e, con la fortuna, al suo accrescimento, il che sottende il grave disvalore della dissipazione e dello sperpero.

Quest'idea che la *persona* sia una metafora giuridica renderà possibile l'ulteriore creazione, da parte dei giuristi romani, di *personae* non uomini, ma idonee alla titolarità del potere economico a cominciare dal potere del proprietario (il *dominus*): la metafora si astrattizza maggiormente attraverso il procedimento della finzione, conducendo a esistenza la cosiddetta persona giuridica (che può addirittura prescindere dalla presenza umana e ridursi a

una mera dotazione di beni materiali, come nelle moderne fondazioni), capace però di essere proprietaria come se fosse un uomo.

Con questi caratteri la categoria *persona* è, dunque, stata inventata ed elaborata nel diritto romano, poi perfezionata nel diritto medievale e rinascimentale, giungendo inalterata a contatto con la filosofia del giusnaturalismo, dalla quale essa venne profondamente cambiata a seguito di oltre un secolo di alto pensiero sanzionato dalle rivoluzionarie dichiarazioni dei diritti e dalle codificazioni civilistiche ottocentesche.

La premessa dell'eguaglianza morale fra tutti gli uomini conduce non solo alla formale scomparsa della schiavitù, ma anche alla formalizzazione dell'uomo qualunque (quello del terzo stato della Rivoluzione di Francia) quale soggetto unico delle norme generali e astratte che ne fanno il centro del sistema giuridico attribuendogli la titolarità di alcuni diritti naturali o innati, a sfondo personale, primi fra tutti quelli alla vita e alla libertà, e l'attitudine alla titolarità dei diritti patrimoniali: se tutti abbiamo il diritto di rimanere vivi e liberi, nei fatti, però, solo alcuni hanno il diritto di proprietà sulle cose, tra le quali i mezzi di produzione. Ma allora nella dinamica concreta l'uomo naturale, l'uomo qualunque, il soggetto unico universale sarebbe rimasto in posizione di marginalità e non sarebbe poi cambiata molto la sua posizione dopo le Rivoluzioni e i nuovi testi, le nuove bibbie giuridiche, che ne sarebbero seguite.

Al centro del sistema, si è affermato anche di recente, sarebbe rimasto, se non l'antico *pater familias*, almeno la sua versione rammodernata dalla borghesia, «il maschio bianco possidente»: una specie di erede della figura paterna di ascendenza romana, nelle cui mani sarebbe però stato trasmesso quasi intatto il diritto per eccellenza, il *dominium*, la proprietà, solo un po' meno assoluta e meno esclusiva rispetto al paradigma romano. E anche gli altri diritti, a contenuto non patrimoniale, i diritti naturali, innati, inviolabili per eccellenza sarebbero stati modellati, dal legislatore del moderno stato di diritto, come la proprietà: diritti da avere per escludere gli altri più che per essere persona tra le persone.

Il contesto assolutamente straordinario di questi ultimi decenni ha posto la categoria giuridica di 'persona' in una crisi forse più grande di quella che l'attraversò in conseguenza dell'Illuminismo. Alla fine del Settecento il mondo occidentale aveva a sua disposizione un armamentario ideale assolutamente nuovo che imponeva un profondo adattamento delle categorie giuridiche romanistiche; nell'epoca nostra sono scese in campo non solo nuove idee (meno nuove, parrebbe, di quel che sembra), in quanto il vecchio mondo umano è stato invaso dalla tecnologia che vuole imporre qualcosa più che un'evoluzione o una trasformazione. Cerchiamo che lo sconvolgimento ap-

propinquantesi non obliteri definitivamente la razionalità di duemila anni di pensiero giuridico.

3. LE PERSONE, LE COSE E LA 'MANO'

Intorno al 170 d.C. il giurista romano Gaio scriveva nelle sue *Institutiones* (1.8) che «tutto il diritto, di cui ci serviamo, pertiene alle persone o alle cose o alle azioni». Sia le persone che le cose sono entità del mondo reale assunte dal diritto così come esse sono in natura, ma attribuendo loro lo statuto più congruo rispetto ai suoi fini; mentre le azioni, che si esperiscono nel processo per ottenere ragione, appartengono all'artificialità giuridica, nel senso che in natura non esistono e il diritto le crea per garantire l'osservanza delle sue regole.

Quanto alle persone, Gaio non ne offre una definizione, anche se afferma che «nel diritto delle persone la suprema divisione è questa, che tutti gli uomini sono liberi o schiavi» (Gai Inst. 1.9). Ciò induce a concludere che, nella prospettiva gaiana, *persona* sia l'equivalente di *homo*. Sopra così si è detto; tuttavia, occorre ora ribadire, la persona non è l'uomo *tout court*, ma l'uomo considerato dal diritto che, per i suoi fini, lo ascrive (come attesta Gaio) a una partizione piuttosto che a un'altra (né cosa né azione); ed è in funzione di queste partizioni normative che l'uomo è persona.

Gaio non definisce nemmeno le cose (*res*) e passa alle distinzioni in proposito. La prima riguarda l'appartenenza: «esse sono o nel nostro patrimonio oppure sono tenute fuori del nostro patrimonio» (Gai Inst. 2.1). Il giurista vuol dire che le cose sono usualmente in proprietà privata e che, eccezionalmente, talune non lo sono perché non possono essere in proprietà di alcuno (per esempio, le cose consacrate al culto degli dei) o perché appartengono alla collettività generale (cose pubbliche). È da notare che gli schiavi, per quanto annoverati naturalisticamente tra le *personae*, sono cose.

Le cose rilevano in quanto siano di qualcuno: lasciando da parte l'ipotesi delle cose pubbliche, si può dire, sempre con Gaio, che le cose sono private (*privatae*) in quanto «sono di singoli uomini» (Gai Inst. 2.11). Uomini, persone, cose in proprietà privata: tra le persone, solo alcune (gli uomini liberi) possono *avere* (nel loro patrimonio) le cose suscettibili di proprietà privata e tra queste cose si ascrivono anche le persone non libere (gli uomini schiavi).

La dicotomia persone-cose è centrale nella trattazione di Gaio; ed è in effetti l'apogeo di tutto il diritto privato romano. Essa ha influenzato la sistematizzazione della materia giuridica, come la stessa riflessione sulla medesima, fino ai nostri giorni. Il punto di arrivo sarà questo: persone sono tutti gli uomini (secondo la prospettiva romana attestata in Gaio); la novità è che og-

gi tutte le persone possono avere: avere cose e, più in generale e meno materialmente, 'diritti'. Dobbiamo cercare le ragioni di questo cambiamento; e a questo scopo dovremo scavare sulla relazione intercorrente tra persone e cose.

Le due dimensioni – i due mondi – naturale e, rispettivamente, artificiale intersecano anche le *res*: queste sono corporali o incorporali. Le prime «si possono toccare, come un fondo, un uomo, una veste, l'oro, l'argento e poi innumerevoli altre cose» (Gai Inst. 2.13). L'uomo qui è lo schiavo che, dunque, è contemporaneamente *homo*, *persona* e *res*: ci ritorneremo. «Incorporali sono le cose che non si possono toccare, quali sono quelle che esistono nel diritto, come un'eredità, un usufrutto, un'obbligazione» (Gai Inst. 2.14). Si capisce che l'archetipo delle cose sono le *res corporales*. Il diritto romano ha assunto in sé *in primis* la realtà naturale, che è fatta di corpi: i corpi-uomini e i corpi-cose.

Qui interessa evidenziare come *ab initio* era attraverso la *mano* – toccando, afferendo, prendendo – che la persona si impossessava dei corpi: di ciò che è fuori di noi. Per esempio, chi voleva *avere* una cosa che non aveva, avrebbe potuto ottenerla, in antico, con il consenso di chi l'avesse in dominio, tramite la cosiddetta mancipazione (*mancipatio*). L'acquirente avrebbe dovuto pronunciare la formula: «io dico che quest'uomo (= questo schiavo) è mio ed egli sia a me acquistato per mezzo di questo bronzo e della bilancia bronzea» (Gai Inst. 119). Un rito antichissimo, come testimoniato dal bronzo che valeva come prezzo in un'epoca cui era ignota la moneta coniatata, bronzo il cui valore era misurato dal peso riscontrato sulla bilancia. Gaio spiega l'etimologia della mancipazione: la cosa da acquistare doveva essere presa con la *mano* e così se ne sarebbe determinato il passaggio (Gai Inst. 1.121; 3.83).

La *mano* assoggettava anche le persone: era il caso del debitore insolvente del cui corpo il creditore poteva impossessarsi afferrandolo con la *mano*, secondo l'antico rito processuale della *legis actio sacramento in rem*. Vedremo che alla *manus* – intesa come potestà – del *pater familias* era, nell'epoca più antica, regolarmente assoggettata anche la moglie (del *pater* o di un suo discendente): l'assoggettamento era così intenso che il *pater aveva* tutte le cose di lei: «acquistiamo così le cose della donna che abbiamo ricevuto in mano quale moglie» (Gai Inst. 2.98).

Così in Roma antica le persone avevano condizione diversa a seconda che potessero o meno *avere* come proprie le *cose*. Questa capacità di *avere* coincide con la capacità di *essere* persona nel senso più pieno: chi abbia questa capacità ha la *mano* idonea all'impossessamento tramite presa delle *cose*, alla loro difesa processuale, al loro acquisto in conseguenza di una dazione da altri. Questo potere lo aveva solo il *pater*; ed era *pater* il maschio che avesse i tre *status* (1) di libero; (2) "di diritto proprio" (*sui iuris*), non soggetto, cioè, alla potestà di un altro *pater*; (3) di cittadino romano.

Vi sono dunque delle persone che non solo non hanno, ma nemmeno possono avere: gli schiavi e le mogli *in manu*. Ma non possono avere nemmeno i figli: in antico assoggettati anch'essi alla mano o al mancipio (*mancipium*) paterno, quest'ultimo un potere in origine monolitico in quanto indistintamente riferito a persone e cose soggette al *pater*, poi selezionato in potestà (*potestas*) quanto alle persone e dominio (*dominium*) quanto alle cose. Spiega conclusivamente Gaio: «insomma si deve sapere che le persone che sono sotto potestà, mano o mancipio non possono alienare giacché queste persone non possono avere nulla di proprio e nulla pertanto esse possono rivendicare come proprio in un processo» (Gai Inst. 2.96). Le persone che non hanno la 'mano' che crea potere, ma che vi sono assoggettate o sono assoggettate al suo surrogato di epoca successiva, la potestà, hanno però la mano che materialmente può afferrare, prendere, impossessarsi delle cose; e dunque le cose assunte dalla mano che non ha e non può avere cadono sotto la mano di chi, nella famiglia, ha o può avere: «infatti, attraverso quelle persone che abbiamo in mano o in mancipio noi acquistiamo la proprietà a qualunque titolo» (Gai Inst. 2.90).

4. LE PERSONE E LA LIBERTÀ

Nell'Occidente contemporaneo *soggetto* di diritto è l'uomo (o donna) in quanto capace di essere titolare di diritti o doveri in senso soggettivo: l'essere soggetto di diritto – titolare di *capacità giuridica* – è oggi riconosciuto a qualunque uomo, a prescindere dalla circostanza che egli sia o meno effettivamente titolare di diritti; e, anzi, ognuno di noi ha la titolarità almeno di alcuni diritti (se non tutti siamo proprietari, certamente tutti abbiamo il diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, al nome, e così via). Ovviamente la soggettività giuridica presuppone che uno sia nato vivo (e, per diritto romano, con forme umane: erano esclusi i cosiddetti *monstra* o *prodigia*, i parti che non avessero le forme del genere umano, che il giurista severiano Paolo esclude che possano considerarsi figli: D. 1.5.14).

Sappiamo già che in diritto romano non era così. Nella terminologia giuridica il termine *subiectus* (cioè soggetto) era adoperato rigorosamente: *subiectus* (participio passato del verbo *subicio*) è il sottoposto, il sottomesso, l'assoggettato; e *subiecti* sono i sudditi. Congruamente il sottoposto alla mano o alla potestà era *subiectus*. Precisamente gli schiavi, ma anche le mogli *in manu* e i figli, se sono persone, sono soggette al potere altrui, cioè del *pater familias* (che è l'unica persona che, nella famiglia, ha o può avere). Vengono così in considerazione le due *divisiones* fondamentali delle persone. Entrambe sono operate utilizzando la *libertas* quale criterio di discriminazione delle

persone: la prima (la *summa divisio de iure personarum*) tra liberi da una parte e schiavi dall'altra; la seconda (l'*alia divisio*) tra *pater* da una parte e, dall'altra, le persone *subiectae* alla sua *potestas*, cioè moglie *in manu*, figli e anche schiavi.

In questo contesto è importante una nota definizione di Fiorentino, un giurista del II secolo d.C.: «la libertà è la facoltà naturale di fare quel che a ognuno piace, a meno che non sia impedito dalla forza o dal diritto» (D. 1.5.4). E il giurista completa sostenendo che la schiavitù, cioè la negazione di quella *naturalis facultas*, è *contra naturam*: conclusione ovvia se la libertà è una dotazione naturale di qualunque uomo; e tuttavia il diritto romano ammetteva che un uomo potesse essere assoggettato, come una cosa, al dominio altrui.

Fiorentino non va oltre; in particolare non ci dice se anche l'assoggettamento al *pater* di moglie *in manu* e figli fosse altrettanto *contra naturam*. Ma probabilmente lo escludeva in quanto moglie *in manu* e figli godevano pur sempre dello *status libertatis* e la loro minorità dipendeva invece dallo *status familiae*, cioè dalla posizione da loro occupata nella *familia* che, sappiamo, in Roma era organizzata intorno alla primazia assoluta (giuridica e anche morale) del *pater*.

Forza e diritto possono in effetti menomare o annientare la libertà umana; ma la loro azione è diversa. La forza opera al livello puramente fattuale; e difatti se sono ostaggio di una banda armata il mio *status* – la mia condizione giuridica – non patisce alcunché, restando inalterata. Ma se sulla mia libertà intervenga, con i suoi artifici, il diritto, il mio *status* ne sarà determinato: assumerò lo *status servitutis* oppure lo *status* di *alieni iuris* (in quanto *servus* oppure moglie *in manu* o *filius familias*, tutti *subiecti* al *pater*).

Se si scorre il Digesto si troveranno infinite discussioni dei giuristi romani circa le persone *subiectae alieni iuris*, specie con riferimento agli schiavi: discussioni lontanissime dai nostri principi e valori; e che conservano interesse esclusivamente dal punto di vista storico. Ma la storia da fare non è solo quella di Roma antica il cui contesto fu, dall'inizio alla fine, quello di una società rigidamente schiavista e patriarcale. La storia implicata è anche quella che, relativamente al modello romano di persona e di famiglia, si aprì dopo Roma, particolarmente quando il giusnaturalismo attaccherà a fondo le discriminazioni tra persone derivanti dal diritto romano.

4.1. Gli schiavi

La schiavitù non era, però, una peculiarità di Roma e del suo diritto perché era presente presso tutti i popoli dell'antichità: presso le antiche popola-

zioni del bacino del Mediterraneo, un uomo poteva assoggettare totalmente un altro uomo: accanto agli uomini liberi, stavano, dunque, gli uomini non liberi, cioè gli schiavi. Nella *Politica* Aristotele giustificava la schiavitù in quanto «fin dalla nascita alcuni sono destinati ad obbedire» e costoro sarebbero da parificarsi piuttosto agli animali «perché gli uni e gli altri, gli schiavi e gli animali domestici, si utilizzano per i servizi necessari al corpo».

Ad affermare una parificazione del genere il diritto romano non arriverà mai; e, anzi, abbiamo appena letto che Fiorentino riteneva la schiavitù un'istituzione *contra naturam*. Addirittura fin il diritto romano più antico – lo *ius civile* – consentiva al *dominus* di manomettere, cioè di liberare lo schiavo attribuendogli non solo la libertà, ma pure la cittadinanza romana. Per ottenere questo risultato – libertà e cittadinanza – il padrone non avrebbe potuto manifestare come voleva la sua volontà liberatoria, ma era vincolato all'osservanza rigorosa delle forme a ciò imposte dallo *ius civile*: in sede processuale (con la *manumissio vindicta*: un finto processo dove lo schiavo veniva rivendicato da un terzo d'accordo con il *dominus* che non replicava e pertanto il magistrato ne sanzionava la libertà); o extra-processuale (con le *manumissiones censu* o *testamento*: rispettivamente, lo schiavo era iscritto, su richiesta del *dominus*, quale libero nei registri del censore; oppure era dichiarato libero, con una formula stabilita e inderogabile, nel testamento del *dominus*).

Grosso modo così doveva esser stato l'assetto più antico, in un'epoca in cui gli schiavi erano pochi e preziosi. Ma a seguito delle vittoriose guerre di conquista condotte da Roma, nel corso dell'età repubblicana, intorno a tutto il bacino del Mediterraneo il numero degli schiavi crebbe a dismisura e il loro valore economico diminuì proporzionalmente. Rimase però ferma la regola per cui solo le tre manomissioni civilistiche ora ricordate avessero quale effetto l'attribuzione anche della cittadinanza romana.

Lievitando il numero degli schiavi cresceva anche quello dei manomessi, anche per la diffusione di un certo spirito di liberalità; ragioni di ordine pubblico consigliavano però di evitare immissioni massicce di nuovi cittadini in conseguenza della contemporanea comparse di nuovi modi di liberazione ai quali era estraneo l'obbligo di uniformazione a forme particolari, dandosi rilevanza solo alla volontà liberatoria comunque manifestata dal *dominus*. Così farà il pretore assicurando nei fatti la libertà a chi fosse stato liberato senza l'adozione delle forme prescritte dallo *ius civile*: per esempio, tramite la inequivoca dichiarazione liberatoria resa dal *dominus* davanti a testimoni oppure in un documento scritto: civilisticamente il manomesso in questi modi – manomissioni dette pretorie rispettivamente denominate *inter amicos* e *per epistulam* – sarebbe rimasto schiavo ma il pretore avrebbe negato al *dominus* pentito la possibilità di agire in rivendica (con la *vindicatio in servitutem*).

Si intuisce che l'autorità pubblica intendeva comunque favorire l'acquisto della libertà: lo spirito di liberalità assurse a criterio di politica del diritto e si cominciò a parlare di *favor libertatis*, un criterio che ispirerà, anche in età imperiale, l'adozione di regole volte a favorire non solo la liberazione degli schiavi, ma pure il miglioramento della loro condizione. Per esempio, Claudio sancì l'acquisto della libertà in favore dello schiavo che fosse stato abbandonato infermo dal padrone; e Costantino, anche per influsso della carità cristiana, vietò la separazione delle famiglie degli schiavi (famiglie di fatto in quanto non era consentito il matrimonio tra schiavi) in occasione delle vendite.

Da quanto sopra accennato si è capito che una causa di riduzione in schiavitù – nel tempo divenuta la più frequente – era la prigionia di guerra. In antico aveva tale effetto anche la cosiddetta vendita *trans Tiberim* – cioè oltre la riva destra del fiume, in territorio etrusco, cioè straniero – del debitore insolvente. In entrambi questi casi si diventava schiavi da liberi quali si era. Ma si poteva nascere schiavi in quanto partoriti da madre schiava (almeno se rimasta tale durante tutto il tempo della gestazione perché se fosse stata libera anche solo per un breve intervallo durante la gravidanza il figlio sarebbe nato libero: *favor libertatis*). Leggiamo dunque nelle *Istituzioni* di Giustiniano (1.3.4) che sono schiavi coloro che nascono *ex ancillis nostris*, dalle nostre schiave. L'ordinamento servile era esaustivo al punto che lo *ius civile* contemplava il caso dell'uomo libero che diveniva schiavo vendendo sé stesso al fine di spartire il prezzo con il suo creditore.

Si intende che di quest'ordinamento nulla è rimasto nella modernità. Ma all'eguaglianza e ai diritti universali siamo giunti in reazione all'ordinamento servile e patriarcale consegnatoci dal diritto romano. In questa prospettiva è probante anche solo qualche richiamo a quanto si legge al cap. 4 del libro I del *Contratto sociale* di Rousseau. Qui si comincia con il sostenere che nessun uomo può arrogarsi un potere naturale di dominio su un altro uomo: una premessa però comune alle *Istituzioni* di Fiorentino. Poi Rousseau si scaglia contro la previsione – del diritto romano – che consentiva all'uomo libero, vendendo sé stesso, di essere ridotto in schiavitù: «rinunciare alla propria libertà vuol dire rinunciare alla propria qualità di uomo, ai diritti dell'umanità e anche ai propri doveri». E poi ancora contro la riduzione in schiavitù del prigioniero di guerra perché «gli uomini non sono nemici per natura»; e la guerra «non è una relazione tra uomo e uomo [...] ma tra Stato e Stato». Alla fine la condanna non potrebbe essere più radicale: «queste parole *schiavitù* e *diritto*, si contraddicono, si annullano a vicenda». È il segno più caratteristico della modernità; e Rousseau non era certo ostile a Roma antica se nel IV libro del *Contratto* descrive la costituzione della Repubblica romana quale modello per gli Stati moderni.

Analoga è la posizione di Rousseau in confronto della famiglia. Nel modello romano le persone *alieni iuris* (cioè soggette alla *potestas* del *pater familias*) anche se libere – come la moglie e i figli – subivano comunque limiti non indifferenti nell'esercizio di quella libertà: a loro era negata quella che modernamente si chiama capacità giuridica per cui non potevano avere beni propri o essere creditori o debitori in proprio. Da questo punto di vista la loro condizione non era poi molto dissimile da quella degli schiavi (anche se, differentemente da questi ultimi, i figli potevano contrarre valido matrimonio e figli e moglie *in manu* erano *sui heredes* del *pater*). Approfondiamo un poco la condizione di queste persone libere sì, ma *alieni iuris*, soggette al *pater*, l'unico a cui potremmo riconoscere modernamente la titolarità della capacità giuridica nella *familia romana*.

4.2. Le mogli *in manu*, il matrimonio, la tutela muliebre

Qui si è già ricordata la definizione che di *pater* dà Ulpiano. Nel medesimo passo il giurista offre anche una famosa definizione della famiglia romana: «più persone che sono soggette alla potestà di uno solo per natura o per diritto», quali il padre, la madre, il figlio e la figlia, i loro discendenti ulteriori, per esempio i nipoti e le nipoti. Vedremo che si cadeva in potestà del *pater familias* in conseguenza della nascita (ecco il richiamo alla natura) oppure di un atto giuridico quale l'adozione o il matrimonio accompagnato dalla *conventio in manum* (per effetto, cioè, di una regola di diritto). I componenti di una famiglia erano così uniti dal già ricordato vincolo dell'*adgnatio*, un tipo di parentela, dunque, che non postulava necessariamente la consanguineità.

Per quanto la sua matrice risalisse assai in antico, la definizione ulpiana sopra riportata si mantenne integra per tutta l'età della Repubblica ed era ancora valida nel Principato. Essa riflette una concezione della famiglia alquanto lontana da quella che abbiamo al giorno d'oggi, in quanto il fondamento del gruppo non è individuato nel matrimonio o nella comune ascendenza, ma nella dipendenza dal vincolo potestativo del *pater*: questi, abbiamo già sottolineato evocando Ulpiano, è colui che «ha il dominio nella casa». Ciò non significa, si intuisce (e, anzi, il giurista vi accenna implicitamente, evocando la natura come presupposto dell'assoggettamento), che alla famiglia romana non si accompagnasse il matrimonio tra il padre e la madre. Così accadeva nella stragrande maggioranza dei casi. Però – non solo in antico ma per buona parte dell'età repubblicana – sul matrimonio o, se si vuole, nel matrimonio l'elemento prevalente, in quanto ascrivente la moglie alla *familia* come definita da Ulpiano, era la già menzionata *manus*. Non era, infatti, concepibile che chi fosse stata scelta per generare i continuatori di una certa

famiglia (delle sue tradizioni, dei suoi riti) non entrasse a far parte di quella famiglia: per ottenere quest'integrazione – attestata come normale nella definizione ulpiana, un po' di retroguardia, da cui abbiamo preso le mosse – occorreva la *conventio in manum*. Era quest'ultima un atto formale e rilevante *iure* (avendo quale effetto, appunto, la sottoposizione della sposa alla potestà del marito o *pater* di lui). Si faceva consistere nel rito della *confarreatio*: la consacrazione a Giove Farreo di una focaccia di farro, che gli sposi spezzavano alla presenza, oltre che di dieci testimoni, del pontefice massimo e del flamine di Giove, a simboleggiare la comunione di vita.

Il rito, piuttosto complicato, probabilmente riservato ai patrizi, finì con l'andare desueto, anche se ancora in età imperiale per essere ammessi ai sacerdoti maggiori occorreva essere nati da nozze confarreate e sposati con *confarreatio*. Ma la *conventio in manum* poteva consistere pure in una sorta di compera della donna, cosiddetta *coemptio* (una *mancipatio* a causa di matrimonio dicono le fonti), da parte del marito o del *pater* di lui. Comunque la pratica indissolubilità tra matrimonio e *manus* è dimostrata dall'*usus*: questo era semplicemente la convivenza della moglie presso la casa del marito per un anno, dalla quale si faceva conseguire (cioè nel difetto di *confarreatio* o di *coemptio*) l'assoggettamento alla *manus*.

Uxor in manu era dunque la moglie e la *mater familias* assoggettata alla *manus* del *pater familias*, cioè alla sua *potestas*. Ella era considerata, nella famiglia del marito, alla stregua di una figlia (se il marito era *sui iuris*) o di una nipote (se il marito era *alieni iuris*): era, dunque, legata dal vincolo dell'agnazione, il che aveva riflessi in tema di tutela e cura e di successione ereditaria (con evidente vantaggio per la donna che, parificata ai figli e ai nipoti, ne acquisiva la corrispondente aspettativa ereditaria alla morte del *pater*).

Tuttavia la *conventio in manum* andò progressivamente in desuetudine nel corso della Repubblica. Già le XII Tavole, prevedendo che la donna potesse evitare la *manus* conseguente all'*usus* semplicemente allontanandosi per tre notti consecutive (*trinoctium*) dalla casa maritale, attestano l'esistenza di un'alternativa al modello originario del matrimonio (*cum manu* appunto). Quest'alternativa è il matrimonio cosiddetto libero: espressione speculare della volontà reciproca di considerarsi marito e moglie (cosiddetta *adfectio maritalis*), da confermarsi e rinnovarsi tutti i giorni in quanto, se fosse venuta meno, anche il matrimonio non vi sarebbe più stato. Ecco che il matrimonio cominciò, a Roma, ad essere avvertito come un vincolo giuridico sì ma dal quale ci si sarebbe potuti liberare addirittura senza l'osservanza di certe regole o procedure. Quest'idea di un matrimonio fondato null'altro che sul persistente consenso dei coniugi si mantiene, grosso modo integra, in tutto l'arco del successivo svolgimento dell'esperienza giuridica romana. Nel corso

del tempo muta, però, il contesto, anche giuridico, con inevitabile riflesso sulla percezione, a livello personale e sociale, del matrimonio e della famiglia stessa. Il matrimonio libero finì con il soppiantare del tutto la *conventio in manum* nel II secolo a.C., con la vistosa conseguenza che la moglie restava o soggetta alla potestà del *pater* originario oppure *sui iuris* e, dunque, indipendente: per la famiglia del marito e, dunque, per i suoi stessi figli ella, non diventando un'*adgnata*, era un'estranea.

Varie cause sono state individuate per spiegare il passaggio dal matrimonio *cum manu* al matrimonio libero (*sine manu*). Si è pensato che alla famiglia del marito potesse essere conveniente riservarsi la possibilità di escludere il sorgere del vincolo agnatizio in capo alla moglie, al fine di evitare che ella acquisisse, in via ereditaria, una quota del patrimonio familiare. È però da rilevare che, da un lato, la donna non aveva, in quell'epoca, la capacità di fare testamento (e così di nominare eredi estranei alla famiglia) e che, dall'altro, ella morendo avrebbe lasciato agli *adgnati*, primi fra tutti ai figli.

Piuttosto la progressiva scomparsa della *manus* è da porre in connessione con la diffusione del divorzio alla quale deve aver contribuito il più generale mutamento della mentalità e del costume determinatosi a seguito dell'espansione di Roma nel bacino del Mediterraneo. In antico, infatti, il divorzio doveva considerarsi inesistente, salvo il diritto dell'uomo di ripudiare la moglie ricorrendo sue gravi colpe (come l'adulterio o l'aborto all'insaputa del marito). Negli ultimi secoli della Repubblica si ammise che uno o entrambi i coniugi, venendo meno la *adfectio maritalis*, potessero divorziare; e nei fatti, stando alle fonti, i divorzi dovevano essere assai frequenti, specie nelle classi più alte della società: è così attestato che, nel II secolo a.C., una donna potesse generare più figli a famiglie diverse, e una pratica di questo genere era frequente.

D'altra parte, occorre sottolineare, in questo periodo, entrò nell'uso che il marito (o il futuro marito) si impegnasse, con apposita promessa, a restituire senz'altro la dote alla moglie nel caso di divorzio. La dote era costituita da uno o più beni che la donna era solita apportare (se era *alieni iuris* per concessione del suo *pater*) al marito al fine di contribuire al sostentamento della futura famiglia: quando vi era la *conventio in manum* essa rappresentava una sorta di compensazione economica per la quota ereditaria che la moglie avrebbe acquisito alla morte del marito e si intende che, caduta la *manus*, non vi sarebbe stata ragione perché il marito trattenesse i beni dotali se il matrimonio si fosse sciolto.

In questo contesto risulta congruo che la moglie non entrasse, con il matrimonio libero, a far parte della famiglia del marito; e per questo la *lex Voconia* del 169 a.C. vietò ai mariti ascritti alla classe di censo più elevata di istituire eredi le mogli. La famiglia ora era costituita solo dal *pater* e dai suoi di-

scendenti (che, si deve ricordare, restavano nella famiglia nel caso di divorzio e non venivano affidati alla madre), i quali garantivano la titolarità familiare del patrimonio.

Nella prospettiva ora delineata si capisce la definizione gaiana (diversa solo in apparenza da quella di Ulpiano) secondo cui la famiglia si identifica nel patrimonio del *pater* ("la sua famiglia, cioè il suo patrimonio"): *familia* ha, nella lingua latina, anche questo significato che, a ben guardare, non è in contraddizione con quello di «insieme di persone soggette alla potestà dello stesso *pater*», in quanto è proprio il vincolo agnatzio che lega queste persone ad assicurare che una certa famiglia possa mantenere la titolarità del suo patrimonio.

Congruamente la moglie, non più *adgnata* nella famiglia del marito in seguito alla scomparsa della *conventio in manum*, non poteva ricevere alcunché in donazione dal consorte (o dal *pater* di lui) in conseguenza dell'affermarsi del divieto di donazioni tra coniugi nell'ultimo scorcio della Repubblica: è evidente che, alla base di questa pregnante proibizione, vi era l'esigenza di salvaguardare l'integrità patrimoniale della famiglia. Questa sarebbe stata compromessa attraverso le donazioni a una moglie che facilmente avrebbe poi potuto divorziare (o da cui si sarebbe facilmente potuto divorziare), con spostamento patrimoniale da una famiglia all'altra, in un contesto socio-politico in cui la ricchezza familiare era determinante. L'eventualità, tutt'altro che remota, di un divorzio fu alla base anche della regola per cui si presumeva che, fino a prova contraria, ogni bene della moglie provenisse dal marito e dovesse spettare a lui nel caso di divorzio.

Con alcune leggi Ottaviano Augusto cercò di favorire, da un lato, la natalità della famiglia romana imponendo a tutti l'obbligo di sposarsi durante l'età feconda e, dall'altro, di ridare dignità al matrimonio perseguendo, tra l'altro, l'adulterio della donna quale crimine pubblico, con l'irrogazione di gravi pene (come la relegazione) all'adultera e al suo complice. A stare alle testimonianze di cui disponiamo, il programma augusteo di restaurazione del costume sessuale e familiare risultò velleitario. Grande influenza ebbe, invece, l'ideologia cristiana che finì con l'essere ispiratrice di importanti riforme, in particolare in tema di divorzio. Questo fu decisamente contrastato, anche se non si pervenne mai a vietarlo. Il divorzio poteva avvenire senza alcuna sanzione se fosse stato giustificato da una giusta causa (quale, per esempio, l'attentato alla vita del coniuge per entrambi; l'adulterio, per la moglie, l'averne una stabile concubina, per il marito). Invece, nel difetto di una giusta causa, il coniuge che avesse preso l'iniziativa avrebbe subito sanzioni di varia natura, di carattere patrimoniale e personale (come l'incapacità di sposarsi nuovamente prima di un certo tempo o, in diritto giustiniano, il ritiro in un convento). Sempre possibile era il divorzio consensuale, cioè con l'accordo

di entrambi i coniugi: solo Giustiniano cercò di sanzionarlo, ma le sanzioni furono presto rimosse dal suo successore.

Nonostante queste disposizioni limitative della libertà di divorziare, è da dire che l'idea fondamentale del matrimonio romano, l'essere fondato sul perdurante consenso dei coniugi, non venne mai meno. Solo nel medio evo riuscì a prevalere la diversa idea alla base del matrimonio canonico che, concependolo come un sacramento, valorizzò esclusivamente il consenso iniziale: questo, liberamente prestato, non si sarebbe più potuto revocare e il matrimonio divenne così indissolubile.

Si deve ancora ricordare che, anche se *sui iuris*, la donna resterà comunque sottoposta per secoli a tutela perpetua sulla base di una presunta volubilità dell'animo femminile (che Gaio non esitava a considerare una giustificazione pretestuosa). Con il che la donna non avrebbe potuto disporre dei suoi beni senza l'autorizzazione del tutore (*auctoritas tutoris*): il tutore doveva obbligatoriamente intervenire, prestando il suo assenso, a tutti i più importanti atti di disposizione giuridica (come alienazioni, assunzioni di debiti, manumissioni) compiuti dalla donna. Se si considera che il tutore era indicato nel testamento dal *pater* (*tutela testamentaria*) o, in difetto, era un suo agnato (in pratica un maschio della sua famiglia: *tutela legittima*) si intende che lo scopo era sempre quello di conservare integra la ricchezza familiare. Più tardi si ammise che il tutore potesse essere nominato dal magistrato (*tutela dativa*). Questa protezione venne peraltro a decadere fin dagli inizi del Principato: l'assistenza tutoria si era ormai ridotta, ci informa Gaio, a mera finzione, potendo il pretore addirittura costringere il tutore a prestare il proprio assenso. In età giustiniana la tutela muliebre è del tutto scomparsa.

4.3. I figli

Filii familias: sono tutti i nati da matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*) da un maschio della famiglia, sia esso il *pater* o un *filius*. Come *alieni iuris*, anche il *filius* non poteva avere beni propri (né essere creditore o debitore). Così il figlio in potestà, se acquistava qualcosa (perché, per esempio, uno prometteva di dargli una certa somma di denaro a una data scadenza), acquistava al padre, nel senso che l'acquisto entrava a far parte del patrimonio paterno. Il *pater* avrebbe però potuto concedergli un piccolo patrimonio in godimento e in amministrazione, il peculio, la cui proprietà restava comunque paterna. Era una prassi che, grosso modo, era applicata anche in confronto degli schiavi, spesso nell'interesse del padrone che si sarebbe potuto avvantaggiare dello schiavo peculiatore per aumentare il volume dei propri affari e dei propri profitti applicandosi la medesima regola per cui ogni acqui-

sto (dei soggetti a potestà) era acquisito al *pater*. Augusto concesse ai suoi soldati *filii familias* di poter disporre eccezionalmente dei vari proventi (dal soldo militare al bottino di guerra) derivanti dall'esercizio della milizia: beni che vennero complessivamente denominati come peculio castrense per distinguerlo da quello di provenienza paterna (e denominato peculio profetizio).

Si deve aggiungere che lo *status* di *filius* si sarebbe potuto acquisire in conseguenza di adozione. Ma l'adottando sarebbe potuto essere un *filius familias* o, anche, un *pater familias*. Nel primo caso, si sarebbe dovuta osservare la forma dell'*adoptio*, piuttosto complicata, ancora un finto processo nel quale il *pater* adottante rivendicava fittiziamente come propria la *potestas* sull'adottando. Nel secondo, l'adozione avrebbe postulato la forma pubblicistica dell'*adrogatio* da compiersi davanti ai comizi curiati, con il pontefice massimo che interrogava l'adottante, l'adottato e, in ultimo, il popolo curiato perché approvasse l'adozione che avrebbe comportato un mutamento interessante la *civitas* in quanto la *familia* dell'adottando si sarebbe estinta. Quest'ultimo avrebbe perso lo *status* di *sui iuris* e, da *pater*, si sarebbe trovato ad essere *filius* dell'adottante; avrebbe anche perso la proprietà dei propri beni che sarebbero stati acquisiti dall'adottante divenendone però *heres suus* (e, reciprocamente, l'adottante si sarebbe così garantito, in assenza di figli propri, un successore).

I *filii* (e l'*uxor in manu*) divenivano *sui iuris* alla morte del *pater*, purché questi non fosse un avo (un nonno): in questo caso gli sarebbero subentrati i suoi *filii* i quali sarebbero divenuti *patres* nelle loro *familiae*, con la conseguenza che i loro discendenti, e le rispettive mogli, sarebbero continuati a trovarsi nella condizione di *alieni iuris*. Però se, in progresso di tempo, si ammise che la moglie avrebbe potuto evitare le conseguenze dell'*usus* allontanandosi dalla casa del marito per tre notti consecutive, si ammise pure che il *filius* potesse sottrarsi alla *potestas* paterna se il *pater* lo avesse volontariamente liberato tramite un atto *ad hoc*, l'*emancipatio*, anch'esso alquanto complesso dal punto di vista formale implicando due successive vendite del figlio a un compratore fittizio che lo manometteva facendolo con ciò ricadere nella potestà del *pater*: questi lo avrebbe dovuto vendere una terza volta con l'effetto di renderlo libero in base a un precetto delle XII Tavole che sanzionava il *pater* con la perdita della potestà qualora ne avesse abusato vendendo per tre volte il figlio. Nel tempo si consentì che bastasse una sola vendita; e nel tardo impero si ammise che l'emancipazione avvenisse per iscritto imperiale e poi, più semplicemente, davanti a un magistrato.

Come si vede, anche da questa parte siamo molto lontani dalla modernità i cui assetti peculiari si sono però venuti a creare proprio attraverso l'eradicazione progressiva dal modello romano (avvertito piuttosto come antimo-

dello). Nel capitolo 2 del *Contratto sociale* il passaggio è annunciato senza riserve: «il legame naturale» tra padre e figlio cessa quando quest'ultimo abbia acquisito la sua indipendenza, anzi «appena si trova in età di ragione, essendo egli solo giudice dei mezzi adatti alla propria conservazione, diventa per questo padrone di sé». Rousseau annuncia così i tempi nuovi che, tuttavia, acquisteranno effettività solo nel corso del Novecento, per la resistenza della tradizione alimentata dai valori cristiani che riuscirono a rallentare alquanto l'eclissi del padre quale capo della famiglia.

5. LE PERSONE E L'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO FAMILIARE

Ricordiamo Ulpiano per il quale «padre di famiglia è appellato chi nella casa ha il dominio e correttamente viene così denominato, sebbene non abbia un figlio» (D. 50.16.195). Sicché, per essere *pater* e dunque persona non soggetta, rileva non l'averne una propria discendenza (e, dunque, una famiglia), ma il non avere un *pater* in vita e, perciò, il non essere soggetto a quest'ultimo. Questa struttura familiare, caratterizzata da un potere paterno e maritale così pregnante, sarebbe stata prerogativa pressoché esclusiva dei Romani, come Gaio ci informa in una rapida notazione a sfondo sociologico, assolutamente eccezionale in un giurista così tecnico, attento cioè al solo dato normativo: «questo diritto è proprio dei cittadini Romani, giacché non vi sono forse altri uomini che abbiano sui propri figli una potestà tale quale noi l'abbiamo» (Gai Inst. 1.55). Ora, per quale ragione nella famiglia romana una sola persona *aveva* (o poteva avere)? Vediamo un poco.

Ogni indagine deve prendere le mosse dall'eccezionale rilevanza che, presso i Romani, ebbe la ricchezza familiare: è un dato, questo, evidentissimo nei primi secoli e durante tutta la Repubblica, e che, per quanto attenuato, rimase anche in epoca imperiale. Nel manualetto gaiano è scritto, a proposito del testamento del *pater familias*, che questi, almeno fino al III secolo a.C., affidava a una persona di fiducia l'incarico di dare esecuzione alle sue ultime volontà relativamente alla sorte «della sua famiglia, cioè del suo patrimonio» (Gai Inst. 2.102). L'essere della famiglia si identifica con le sue cose, vale a dire la famiglia coincide con il patrimonio familiare. Questa identificazione è, in effetti, reale e funzionalizza il potere economico assoluto di chi ha, del *pater*. Nella comunità agro-pastorale dei primi secoli il patrimonio familiare è costituito essenzialmente dalla casa (*domus*) e dal campicello avito (*fundus*). *Domus* e *fundus* erano le cose che alla famiglia risultavano indispensabili per garantire la sua sopravvivenza generazionale: la famiglia era e continuava a essere in quanto essa avesse e continuasse ad avere le sue cose.

La famiglia era, dunque, il suo patrimonio; e questo era garanzia di future

generazioni e, allo stesso tempo, di identità, di misura del valore, della famiglia. Il podere era così significativamente denominato *heredium*: l'etimologia (da *heres*, l'erede) lascia intendere che il dominio su di esso doveva essere trasmesso integro di padre in figlio. E almeno fino al IV-III secolo a.C., fino dunque al cuore dell'età repubblicana, i figli erano eredi necessari del *pater* (i cosiddetti *sui heredes*) e non potevano rifiutare l'eredità. D'altra parte, non si può escludere che, ancora nel V-IV secolo a. C., il *pater* non potesse disporre per testamento del patrimonio familiare in presenza di figli ai quali quel patrimonio sarebbe dovuto inderogabilmente trapassare.

L'identificazione della *familia* con il suo patrimonio postulava la necessità che alcune regole fossero schierate a salvaguardia della ricchezza familiare. La prima la conosciamo: vi era un solo titolare, il *pater*, perché si credeva che la conservazione fosse maggiormente assicurata se vi fosse stata unità nel potere di amministrazione e di disposizione dei beni della famiglia. D'altra parte, la proprietà unica del *pater* era avvertita come funzionale al superiore interesse della comunità familiare: si è appena accennato alla destinazione necessaria dei beni paterni ai figli al fine che la famiglia non perdesse la sua posizione all'interno della *civitas* prima ancora che ne venisse compromesso il suo tenore di vita. Per questa ragione è anche possibile che, in antico, il *pater* nemmeno potesse disporre in vita dei beni di cui pur era *dominus*: il paradigma parrebbe esser stato appunto quello della proprietà funzionale. Come si vede, siamo agli antipodi dell'individualismo oggi trionfante.

Si può dire che fosse diffusa una vera e propria sindrome conservativa della ricchezza all'interno della famiglia che l'ha prodotta: le persone che hanno (e, particolarmente, le persone che hanno molto) non possono compromettere la famiglia, intesa come patrimonio e, indirettamente, come future generazioni. Le donne, che pur generano i figli alla famiglia, rappresentano un pericolo, almeno a partire dall'affermarsi del matrimonio libero: alle vedove, ormai estranee alla famiglia, non spetta ereditariamente alcuna cosa in proprietà, ma solo in usufrutto, con la conseguenza che, morta la vedova, il bene sarebbe ritornato nella piena disponibilità della famiglia.

L'indagine sulle norme a disciplina del regime patrimoniale della famiglia romana conferma che, in essa, una persona aveva e doveva avere; e, si aggiunge, a questa persona spettava in esclusiva il potere di amministrare il patrimonio familiare. In questo contesto è evidente la congruenza dell'opzione per cui il potere decisionale, in merito al governo della famiglia e, dunque, delle sue *res*, non dovesse essere condiviso, in quanto l'unicità del comando evitava in radice le inevitabili divisioni con pregiudizio del superiore interesse familiare.

La sindrome conservativa doveva corrispondere a una virtù familiare se il giurista Servio Sulpicio Rufo scriveva a Cicerone, appena colpito dal grave

lutto per la morte dell'amata figlia Ottavia, che la massima aspirazione di un padre consisteva nel generare dei figli che dimostrassero di essere in grado di mantenere integra la ricchezza familiare ricevuta in successione.

5.1. La tutela e la curatela delle persone incapaci

Vi sono poi le regole che si applicavano in confronto di quelle persone *sui iuris* (e, se maschi, definiti anche *patres*) che non avevano ancora raggiunto l'età minima per potere liberamente disporre (alienandoli, per esempio) dei propri beni: per esempio, il figlio che, in tenera età, si fosse venuto a trovare orfano di padre e di cui avesse ereditato il patrimonio. Occorre sapere che fin da antico il diritto romano distingueva tra puberi e impuberi: i primi erano coloro che avessero la capacità di generare, i secondi non l'avevano ancora per la troppo giovane età. A rigore una discriminazione del genere era fondata sulla fisicità; e congruamente alle origini si postulava l'accertamento caso per caso tramite l'ispezione corporale (*inspectio corporis*). Successivamente si cominciò a dar rilievo (eventualmente in una con l'*inspectio corporis*, almeno per i maschi) al compimento di una certa età: quattordici anni per i maschi, dodici per le femmine. Con Giustiniano si pose fine a ogni discussione e queste età vennero definitivamente confermate.

Ma a che serviva discriminare tra puberi e impuberi? Si intuisce che al raggiungimento della pubertà si doveva accompagnare qualcosa d'altro, giuridicamente rilevante; e ciò era la presunzione che il pubere conseguisse anche una sufficiente maturità mentale, per cui si riteneva che egli si dovesse rendere conto di quel faceva, particolarmente nelle attività produttive di effetti giuridici. Insomma, possiamo dire, con terminologia moderna, che con la pubertà si acquisiva la capacità di agire: l'idoneità a compiere atti validi dal punto di vista del diritto. Ora nella normalità dei casi gli impuberi avevano un *pater* e, dunque, non avevano beni propri. Ma se il *pater* fosse morto durante l'impubertà del *filius*? E se mancasse un ascendente in linea maschile intermedio? La conseguenza la conosciamo: quel *filius* sarebbe divenuto *sui iuris* e, ereditando dal *pater* premorto, avrebbe avuto beni propri provenienti dal patrimonio familiare. Per amministrare questi beni, e per provvedere alle necessità dell'impubere, era prevista fin da antico la nomina di un *tutor*. Anche la tutela degli *impuberes* poteva essere, alla pari della tutela muliebre, legittima e testamentaria. I primi chiamati alla tutela legittima erano gli *adgnati* (un fratello maggiore, uno zio paterno): cioè coloro che erano chiamati alla successione legittima dell'impubere, appartenenti alla sua stessa *familia*. Sottostante vi è l'esigenza di tutelare non solo l'impubere, ma anche la conservazione dei suoi beni all'interno della *familia*. Una preoccupazione, questa, che certamente era anche del *pater* che, nel testamento, nominasse il