

TUTELA DELLA MADRE DOPO IL DIVORZIO NEL I SECOLO D.C.
SPUNTI DI RIFLESSIONE.*

Paola Luigia Carucci**

SOMMARIO: 1. – La donna nel I secolo cristiano; 2. – Interventi augustei; 3. – Diffusione del divorzio; 4. – Intervento del senato *de agnoscendis et alendis liberis*; 5. – Presunta incidenza della legislazione di Gortina. 6. – Obbligo di *agnoscere natum*: dal Planciano ad un significativo passo di Cervidio Scevola.

1. – *La donna nel I secolo cristiano.*

Proseguendo un percorso iniziato nella tarda repubblica, la donna e madre del I secolo d.C. appare notevolmente cambiata; è una donna più emancipata, più libera – se non addirittura libertina – nei costumi e negli atteggiamenti; altresì più curata, adornata e sofisticata, non solo nel vestire ma finanche nella maniera di pettinarsi.¹

L'immagine femminile dei nuovi tempi è ben diversa da quel modello antico, sobrio e tradizionale di *virtus et honos* ben rappresentato dalle figure emblematiche di Lucrezia (casta, dedita a filare la lana e agli impegni tradizionali di donna e di madre) o di Virginia (altrettanto

* Intervento svolto nel corso del Seminario di studi del 22 maggio 2017, dal titolo «Lo spazio della donna nel mondo antico», tenuto presso il 'Centro studi sui fondamenti del diritto antico', Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

** Docente a contratto IUS/18 presso le Università 'Parthenope' e 'Suor Orsola Benincasa' di Napoli.

¹ La cura della donna romana di età imperiale era particolarmente elaborata. A parte le vesti, i gioielli e i calzari, un ruolo significativo nel nuovo modello di matrona romana fu occupato dalle acconciature. Divennero, infatti, di moda pettinature più sofisticate che le *ornatrices* realizzavano sovente con il *calamistrum*, una bacchetta di ferro scaldata nella cenere impiegata per rendere la chioma riccioluta o increspata. Riguardo a tale moda e allo strumento per realizzare le acconciature, alcuni riferimenti già in età repubblicana da parte di Varrone che riferiva l'uso del *calamistrum* per inanellare i capelli; cfr. Varr., *De l. lat.*, 5.29 ... *Calamistrum, quod his calfactis in cinere capillus ornatur. Qui ea ministrabat, a cinere cinerarius est appellatus* ... [...*Calamistrum* è detto così per il fatto che scaldando tali ferri nella cenere si ornano i capelli. Colui il quale svolge questo lavoro, da 'cenere' è chiamato 'cenerario'...]; nel passo, il linguista tardorepubblicano puntualizzava anche il significato di numerosi altri vocaboli inerenti alla cura delle pettinature femminili, così continuando: ... *Discerniculum, quo discernitur capillus. Pecten, quod per eum explicatur capillus. Speculum a speciendo, quod ibi se spectant. Vestis a vellis vel ab eo quod vellus lana tona universa ovis: id dictum, quod vellebant. Lanea, ex lana facta. Quod capillum contineret, dictum a rete reticulum; rete ab raritudine; item texta fasciola, qua capillum in capite alligarent, dictum capital a capite, quod sacerdotulae in capite etiam nunc solent habere. Sic rica ab ritu, quod Romano ritu sacrificium feminae cum faciunt, capita velant. Mitra et reliqua fere in capite postea addita cum vocabulis Graecis.* Cicerone riferisce un uso anche maschile dell'arricciacapelli cfr. Cic., *post red. in sen.*, 16 (*frons calamistri notata vestigiis*) e Cic., *pro Sestio*, 8.18 (*calamistrata coma*); analogamente; il vocabolo venne impiegato da Apuleio per descrivere la raffinatezza dei banchetti in *Metamorph.*, 2.19 ... *Diribitores plusculi splendide amicti fercula copiosa scitule subministrare, pueri calamistrati pulchre indusiati gemmas formatas in pocula vini vetusti frequenter offerre*... [... Uno stuolo di camerieri, splendidamente vestiti, inappuntabili, servivano numerose portate e giovani schiavi, dai capelli arricciati e dalle vesti succinte, versavano in continuazione vino pregiato in calici realizzati con pietre preziose...]. Ampie testimonianze della nuova sofisticatezza della donna romana anche nella numismatica e nella ritrattistica in marmo e bronzo; basti pensare alla rappresentazione delle chiome di varie imperatrici, dove i capelli appaiono acconciati con complicatissimi boccoli adornati sovente con coroncine e diademi.

casta e pudica, salvata dall'onore con l'uccisione per mano paterna), due 'donne-simbolo' della storia antica di Roma.

Nella letteratura, nell'arte, nelle fonti giuridiche, le donne del I secolo cristiano appaiono molto diverse da quello che era lo standard tradizionale, il modello tipico matronale. Si tratta di donne che, a stare alle fonti letterarie e anche alle fonti giuridiche, avevano spesso dimenticato il ruolo di madri.

Tuttavia, sia pur descritta sovente con asprezza e severità la donna del I secolo dell'età cristiana deve essere riconsiderata anche nelle difficoltà del nuovo stile di vita. Le fonti giuridiche, ancor più delle fonti letterarie, consentono di percepire subito gli aspetti problematici della nuova condizione femminile. Infatti, le fonti letterarie ci raccontano prevalentemente fatti, vicende e problemi inerenti alle donne e le commentano; ma le fonti giuridiche ci prospettano chiaramente e tecnicamente le 'soluzioni' apprestate per regolamentare la vita delle donne emancipate. Da sempre, il diritto tenta di escogitare soluzioni giuridiche ai problemi del vivere sociale; e alle volte il diritto punisce queste donne emancipate, altre volte, all'opposto, le tutela. Com'è riferito soprattutto dalle fonti letterarie, fin dalla repubblica, sono in aumento alcune vicende considerate deprecabili della nuova realtà familiare: l'aborto, l'adulterio, il divorzio; eppure, tali vicende, sebbene un portato dell'emancipazione ingenerano non poche difficoltà al mondo femminile!

L'aborto può essere considerato un momento fondamentale di libertà della donna, che decide di non essere madre! E il diritto 'tollera' la scelta della madre a non essere madre consentendo l'aborto nei limiti in cui esso non leda un prevalente interesse maschile. Tuttavia, questa libertà della donna può trasformarsi in pericolo per la donna stessa! Infatti, date le conoscenze mediche non era infrequente che le donne morissero quando venivano sottoposte alle pratiche abortive; famoso è il caso di Flavia Giulia Augusta, della *gens flavia*, figlia di Tito e nipote di Domiziano (dal quale rimase incinta) che appunto perse la vita quando le interruppero una gravidanza indesiderata e inopportuna.²

Quanto all'adulterio, altra libertà della donna, fin nella legislazione augustea è punita solo la donna adultera (e non l'uomo che commette adulterio). Inoltre le sanzioni sono pesanti: la *relegatio in insulam* accompagnata da sanzioni patrimoniali; e, ancorché limitato, permane lo *ius occidendi* della donna. Un caso rimasto celebre fu quello della figlia scapestrata di Augusto e Scribonia, Giulia maggiore, la quale fu mandata in esilio dopo essere stata sorpresa in atto di adulterio.³ Peraltro, la violazione della fedeltà coniugale continuò nell'età imperiale ad essere

² Cfr. Suet., *Dom.*, 22. ...*Fratris filiam, adhuc virginem oblatam in matrimonium sibi cum devictus Domitiae nuptiis pertinacissime recusasset, non multo post alii conlocatam, corruptit ultro et quidem vivo etiam tum Tito, mox patre ac viro orbatam ardentissime palamque dilexit, ut etiam causa mortis extiterit coactae conceptum a se abigere.* [...Gli era stata offerta in matrimonio la figlia di suo fratello, quando era ancora vergine: molto attaccato a sua moglie Domizia la rifiutò ostinatamente, ma, poco tempo dopo, quando essa fu sposata con un altro, non esitò a sedurla, e ciò avvenne mentre Tito era ancora vivo; più tardi, quando essa ebbe perduto suo padre e suo marito, provò per lei una passione così violenta che ne causò la morte, obbligandola ad abortire, dopo averla messa incinta]. Juven., *Sat.*, 2.32 ... *cum tot abortiuis fecundam Iulia uuluam solueret et patruo similes effunderet offas.* [...mentre Giulia sgravava di continui aborti il suo ventre fecondo, partorendo feti in tutto simili allo zio].

³ Cfr. Suet., *Aug.*, 65; Plin., *Nat. Hist.*, 7.149; in particolare, Tac., *Ann.*, 1.53 *Eodem anno Iulia supremum diem obiit, ob impudicitiam olim a patre Augusto Pandateria insula, mox oppido Reginorum, qui Siculum fretum accolunt, clausa. fuerat in matrimonio Tiberii florentibus Gaio et Lucio Caesaribus spreveratque ut inparem; nec alia tam intima Tiberio causa cur Rhodum abscederet* ... [In quel medesimo anno morì Giulia, relegata molto prima per la sua dissolutezza dal padre Augusto nell'isola di Pandateria (Ventotene) e, in seguito, nella città di Reggio, sullo stretto di Sicilia. Era stata sposata con Tiberio, negli anni in cui erano in vita Gaio e Lucio Cesare, disprezzandolo e ritenendolo indegno di lei; ed era stato questo il motivo personale per il quale Tiberio si era

punito, con una severità crescente; e continuò ad essere punita solo l'infedeltà della donna: così la *relegatio in insulam* fu sostituita in epoca post-costantiniana, da Costanzo e Costante (nel 339), dalla pena di morte eseguita bruciando le adulate sul rogo.

I divorzi, diversamente dal mondo antico sul quale le fonti hanno difficoltà a ricordarne degli esempi, sono aumentati; Seneca affermò che «le donne contano gli anni dal nome dei mariti»⁴; e lo stesso Augusto, che volle quanto meno apparire restauratore del *mos maiorum*, era divorziato da Scribonia quando sposò Livia, a sua volta divorziata! Eppure, il diritto disvela che la dissoluzione della coppia, determinata da un divorzio, in certi casi dovette pesare notevolmente sulle donne!

Con riferimento al divorzio, in particolare, Augusto richiamò la donna alla sua funzione generativa e al suo ruolo di madre; e altri interventi sul divorzio, tra tarda repubblica e I secolo d.C., si preoccuparono invece di tutelare la condizione patrimoniale della donna dopo il divorzio.

Insomma, nonostante la descrizione di tante nequizie femminili da parte della letteratura classica (Giovenale, Marziale Seneca, ecc.), il mondo del diritto ci offre uno specchio diverso di quella realtà femminile, dove la donna appare sì richiamata al suo ruolo di madre, sì colpita duramente per l'adulterio, ma anche meritevole sovente di tutela dopo un divorzio.

È questa la realtà che emerge dando uno sguardo alle riforme di Augusto e alla disciplina del divorzio, che scorre dall'età repubblicana alla prima età imperiale.

2. - *Interventi augustei.*

Edificante appare una riflessione sugli interventi ritagliati, ma significativi, di Augusto in materia di divorzio.

In particolare, il primo dei *principes* cercò di legare il divorzio a forme speciali e allargò l'onere di contrarre matrimonio anche ai divorziati; ma in questo non c'è una tutela della madre; piuttosto c'è attenzione al ruolo della donna nella trasformazione dei costumi romani.

Peraltro, a mio avviso, in tema di divorzio Augusto non fu guidato da un intento morale, in quanto gli interventi sul divorzio rientranti nella legislazione matrimoniale augustea⁵ non appaiono risolversi in obiettivi prettamente moralistici, ma in un programma ben più ampio; a mio vedere, nell'intervenire sul tema, il *princeps* era ragionevolmente interessato a dare anzitutto delle disposizioni normative al fenomeno frequente del *divortium*, e, sia pure ammettendo che la

trasferito a Rodi...]; poi, il racconto di Tacito si arricchisce di ulteriori dettagli sulla vendetta di Tiberio per i tradimenti subiti.

⁴ Sen., *De benef.*, 3.6.2.

⁵ In specie, con la *lex Iulia de adulteriis*, venne riformato l'istituto del divorzio, predisponendo che esso dovesse avvenire secondo certe regole e forme; insomma si richiedeva che la volontà di divorziare dovesse essere comunicata con certe particolari modalità. Tuttavia, tali forme speciali venivano richieste non per l'efficacia dello scioglimento, ma con effetti limitati in taluni ambiti; tanto per citare un caso, per la rilevanza dell'*adulterium*.

D'altra parte, prima dell'intervento augusteo, nel nuovo tipo di matrimonio *sine manu* il divorzio era avvenuto in virtù della mera cessazione, in uno o ambedue i coniugi, dell'*affectio* coniugale; e naturalmente, tanto la prassi quanto gli operatori giuridici considerarono, via via, come indici rivelatori della fine dell'*affectio*, una serie di comportamenti, tra i quali il più attendibile, naturalmente, era la dichiarazione di *repudium*. Al di fuori dei casi in cui c'era una dichiarazione di ripudio, talora, si era invece posto in diverse occasioni il problema della riconoscibilità esterna del *divortium*. Il problema si era posto anche per casi molto famosi; si pensi al matrimonio di Antonio con la moglie Ottavia, dove nonostante la moglie non fosse stata ripudiata, il triumviro intratteneva un legame 'apparentemente matrimoniale' con la figura ben nota di Cleopatra. In argomento, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1997, 596.

Inoltre, con la *lex Iulia et Papia Poppea* la 'pena del celibato' fu allargata anche ai divorziati che non passassero a nuove nozze.

sua intenzione fosse anche di arginare l'eccessivo abuso dei divorzi, non appare ammissibile che Augusto volesse fornire un 'giudizio di valore' sullo scioglimento del matrimonio *ex divortio* con la sua normativa; tanto più che, egli stesso, in prima persona, si era reso protagonista del divorzio da Scribonia, prima di sposare Livia, a sua volta divorziata e per di più incinta!⁶

Detto diversamente, a mio vedere, nell'ambito del divorzio, l'obiettivo immediatamente perseguito dalla riforma augustea fu presumibilmente, invece, di ridurre gli effetti socialmente negativi del fenomeno della cessazione dei matrimoni. È plausibile, perciò, che il *princeps* mirasse a porre dei limiti all'uso capriccioso e discrezionale del divorzio predisponendo delle modalità da seguire, che ne rendessero la realizzazione più ponderata, e più chiara la riconoscibilità esterna.

Inoltre, il *princeps* ebbe, anche in questo ambito, lo sguardo rivolto al problema demografico: sì che fece onere di contrarre matrimonio anche ai divorziati che non volessero incorrere nelle sanzioni della *lex Iulia et Papia Poppea*.⁷ Fu questo un aspetto molto importante del programma augusteo; com'è desumibile da un discorso ricordato da Dione Cassio, dove, si richiamava l'importanza della nuove e fruttuose unioni e si puntualizzava la necessità di mantenere alto il *quantum* delle nascite, le quali erano richieste finanche nei matrimoni successivi ad un *divortium*.⁸

⁶ Cfr. Dio Cass. 48.34.3; Suet., *Aug.*, 62-63, *Tib.* 4.7; Tac., *Ann.*, 1.10. Dalla sintetica testimonianza di Svetoniana si apprendono le tortuose vicende matrimoniali del *princeps*; cfr. Suet., *Aug.*, 62 ... *privignam eius Claudiam, Fulviae ex P. Clodio filiam, duxit uxorem vixdum nubilem ac simultate cum Fulvia socru orta dimisit intactam adhuc et virginem. Mox Scriboniam in matrimonium accepit nuptam ante duobus consularibus, ex altero etiam matrem. Cum hac quoque divortium fecit, "pertaesus," ut scribit, "morum perversitatem eius," ac statim Liviam Drusillam matrimonio Tiberi Neronis et quidem praegnantem abduxit dilexitque et probavit unice ac perseveranter.* 63 *Ex Scribonia Iuliam, ex Livia nihil liberorum tulit, cum maxime cuperet. Infans, qui conceptus erat, immaturus est editus.* [sposò Claudia, figliastra di Antonio e figli di Fulvia e di Clodio, benché appena in età da marito; poi, urtatosi con la suocera Fulvia, la rimandò a casa sua ancora vergine. In seguito si unì in matrimonio con Scribonia, che era già stata moglie di due ex consoli, da uno dei quali aveva avuto figli. Divorziò anche da lei, disgustato, come scrive egli stesso, dalla sregolatezza dei suoi costumi, e subito dopo sposò Livia Drusilla, togliendola al marito Tiberio Nerone benché fosse incinta, e l'amò e la stimò sempre e costantemente. Da Scribonia ebbe Giulia, da Livia nessun figlio, benché lo desiderasse moltissimo. Livia ebbe sì una gravidanza, ma il bambino nacque prematuramente]. Tacito (*loc. ult. cit.*) narra che Ottaviano, prima di sposare Livia, da poco divorziata, e in stato di gravidanza, chiese ai pontefici *an concepto necdum esto partu recte nuberet*; Per informazione di Dione Cassio (48.44) sappiamo che i pontefici risposero che se vi era qualche dubbio sul concepimento il matrimonio doveva essere rinviato, diversamente poteva aver luogo subito.

⁷ Considerata nell'insieme, la legislazione matrimoniale di Augusto, comprendente la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e la *lex Papia Poppaea* del 9 d.C., colpiva la libertà matrimoniale a favore dell'incremento demografico; essa induceva al matrimonio e alla procreazione; erano previste sanzioni per i trasgressori (*caelibes* o *orbi*) e vantaggi per i coniugi con prole. L'onere di contrarre matrimonio era previsto anche a carico di vedovi e divorziati.

⁸ Cfr. Dio Cass. 56.1, dove si racconta che, durante i giochi trionfali, i cavalieri insistevano con veemenza perché fosse abolita la legge sul celibato e sulla mancanza di figli; allora, Augusto convocò nel Foro tutti insieme, per gruppi, i non sposati, gli sposati e i padri, e vedendo che questi ultimi erano molto meno numerosi dei primi, puntualizzò loro che, originariamente, Roma non era così povera di uomini, e che grazie al matrimonio e alla procreazione dei figli il popolo romano aveva superato tutti gli altri: perciò sarebbe stato giusto e necessario, se si intendeva far esistere ancora la città e dominare su tutti i paesi, che una grande moltitudine di popolo, in tempo di pace coltivasse la terra, sospingesse le navi, si dedicasse ai commerci e alle arti, ed in tempo guerra difendesse i beni della propria famiglia e potesse, con altre nascite, rimediare alla perdita dei caduti. Rivolgendosi ai non sposati, addirittura Augusto avrebbe poi detto: «come devo chiamarvi? Uomini? Non avete ancora dimostrato di esserlo. Cittadini? Se fosse per voi presto non esisterebbe più uno Stato Romano? State facendo di tutto per distruggere questo nome. Lo Stato è fatto di uomini non di case, di portici e di piazze vuote».

Insomma, cercando di legare il divorzio a forme speciali, e allargando l'onere di contrarre matrimonio e anche ai divorziati, Augusto volle verosimilmente colpire la nuova cultura dell'emancipazione delle donne alla ricerca di nuove affermazioni⁹, e limitare la tendenza al lusso e alla sfrenatezza che faceva dimenticare alle stesse il ruolo di madri.¹⁰

Invero, il problema della denatalità e della necessità di favorire il matrimonio era stato avvertito fin dalla tarda repubblica; numerose testimonianze vi fanno cenno. Ad esempio, Cicerone riconosceva al matrimonio uno strumento di accrescimento della comunità romana; cfr. Cic, *De off.*, 1.54 *coniugio ... est principium urbis et quasi seminarium rei publice*.

Da Gellio viene ricordato un discorso fatto al popolo da Quinto Metello Numidico, quand'era censore (nel 102 a.C.), il quale esortava i romani a prendere moglie per la salvezza della *Civitas*; cfr. Gell., *Noct. Att.*, 1.6.5 '*Sed enim Metellum*' inquit '*sanctum virum, illa gravitate et fide praeditum cum tanta honorum atque vitae dignitate pud populum Romanum loquentem, nihil decuit aliud dicere, quam quod verum esse sibi atque omnibus videbatur, praesertim cum super ea re diceret, quae cotidiana intellegentia et communi pervulgatoque vitae usu comprehenderetur. 6 De molestia igitur cunctis hominibus notissima confessus eaque confessione fidem sedulitatis veritatisque commertus, tum denique facile et procliviter, quod fuit rerum omnium validissimum atque verissimum, persuasit civitatem salvam esse sine matrimoniorum frequentia non posse*'. ['Ma Metello', disse, 'uomo irreprensibile, reputato per la propria serietà e sincerità, esempio di grande dignità nelle cariche e nella stessa vita privata, mentre parlava al popolo romano doveva dire solo ciò che a lui e a tutti appare come la verità; soprattutto trattando un argomento che era ben noto per la quotidiana osservazione, l'esperienza comune e abituale. Egli ha cominciato con l'ammettere i fastidi notissimi a tutti, e con tale ammissione essendosi guadagnata la fiducia nella propria coscienza e sincerità, poté allora arrivare facilmente e naturalmente a far ammettere un'affermazione fra tutte la più valida e la più vera: che la *civitas* non può essere salva senza che ci sia un gran numero di matrimoni'].

⁹ Da un'analisi delle testimonianze che parlano dell'emancipazione femminile si può trarre che le nuove concezioni etico-sociali risalgono al tempo della seconda guerra punica. L'inevitabile sbocco delle politiche espansionistiche condotte da Roma fu, infatti, non solo un cambiamento delle condizioni di ricchezza dell'impero, in quanto quello che era uno 'Stato contadino' si era trasformato via via in una grande potenza economica di grossi proprietari terrieri, di commercianti e di finanziari in cerca di ulteriore ricchezza e affermazione. La novità del lusso, tanto decantata dalle fonti storiche, fu dunque la manifestazione più evidente di una nuova cultura fondata in parte sull'effimero e sull'apparenza, in parte sulla libertà.

Quanto alle origini storiche dell'affermarsi del lusso, Livio indica l'origine della lussuria in età repubblicana; Cfr. Liv. 39.6 ... *luxuriae enim peregrinae origo ab exercitu Asiatico invecta in urbem est. ii primum lectos aeratos, vestem stragulam pretiosam, plagulas et alia textilia, et quae tum magnificae supellectilis habebantur, monopodia et abacos Romam advexerunt. tunc psaltria sambucistriaeque et convivalia alia ludorum oblectamenta addita epulis; epulae quoque ipsae et cura et sumptu maiore apparari coepit. tum coquus, vilissimum antiquis mancipium et aestimatione et usu, in pretio esse, et quod ministerium fuerat, ars haberi coepit. vix tamen illa quae tum conspiciebantur, semina erant futurae luxuriae. [... i primi segni del lusso straniero penetrarono nell'Urbe con l'armata d'Asia. I suoi soldati importarono i primi letti ornati di bronzo, ampie coperte preziose, veli e altri fini tessuti, mense rotonde con un solo piede e tavolini a mosaico per argenterie, mobili di raffinata eleganza. Allora invalse l'uso di rallegrare i banchetti con danzatrici, musicanti e altri piacevoli passatempi; i banchetti stessi furono imbanditi con maggiore cura e spesa. Allora il cuoco, considerato dagli antichi come l'ultimo degli schiavi, incominciò ad essere apprezzato, e quello che era mestiere divenne arte. Eppure tutto quello che si vedeva in quel periodo altro non era che il germe della futura lussuria].*

Efficacemente, Velleio Patercolo indicò le caratteristiche di questa nuova società repubblicana viziata dal lusso; cfr. Vell. Pat., *Hist. Rom.*, 2.1 *Potentiae Romanorum prior Scipio viam aperuerat, luxuriae posterior aperuit: quippe remoto Carthaginis metu sublataque imperii aemula non gradu, sed praecipiti cursu a virtute descitum, ad vitia transcursum; vetus disciplina deserta, nova inducta; in somnum a vigiliis, ab armis ad voluptates, a negotiis in otium conversa civitas ...* [Alla potenza di Roma aprì la strada il primo degli Scipioni; il secondo l'aprì al lusso, Passato il pericolo cartaginese, eliminata la rivale nell'impero, la degenerazione morale non avvenne per gradi, ma a precipizio. Ci fu una corsa ai vizi. Abbandonata la disciplina antica, ne subentrò una nuova. I cittadini si convertirono dalle veglie armate al sonno, dalle armi ai piaceri, dall'attività all'ozio ...].

Di pari passo con i mutamenti economici si determinarono, dunque anche mutamenti del costume. Così, nel fornire il ritratto di Sempronia, Sallustio, storico e politico dell'ultimo secolo repubblicano, ci descrive una donna ben diversa dallo *standard* tipico della matrona romana del I secolo a.C., una donna che, nei nuovi tempi, si libera dai lacci stringenti dell'antica *familia* romana patriarcale. Cfr. Sall., *De coniur. Catil.*, 25.1 *Sed in iis erat*

Università degli Studi di Salerno

D'altra parte, fin dall'epoca del *boom* economico dell'età mercantile repubblicana, problemi come l'adulterio, l'aborto e il divorzio erano diventati così ricorrenti, da necessitare una disciplina adeguata.

3. – Diffusione del divorzio.

I primi divorzi – tecnicamente ripudi – a divenire noti nella storia di Roma, ovvero quello del senatore Lucio Annio e quello di Spurio Carvilio Ruga, sollevano riflessioni importanti su tale fenomeno e sulle vicende che ne accompagnarono la disciplina. Invero, alla fine del I secolo d.C., il biografo Plutarco¹¹ – sia pure in contraddizione con Dionigi di

Sempronia, quae multa saepe virilis audaciae facinora commiserat. 2 Haec mulier genere atque forma, praeterea viro atque liberis satis fortunata fuit; litteris Graecis et Latinis docta, psallere et saltare elegantius quam necesse est probae, multa alia, quae instrumenta luxuriae sunt. 3 Sed ei cariora semper omnia quam decus atque pudicitia fuit; pecuniae an famae minus parceret, haud facile discerneres; libido sic accensa, ut saepius peteret viros quam peteretur. 4 Sed ea saepe antehac fidem prodiderat, creditum abiuraverat, caedis conscia fuerat; luxuria atque inopia praeceps abierat. Verum ingenium eius haud absurdum: posse versus facere, iocum movere, sermone uti vel modesto vel molli vel procaci; prorsus multae facetiae multusque lepos inerat. [25.1 Ma vi era tra loro Sempronia, che molti gesti aveva compiuto con audacia da uomo. 2 Fu una donna fortunata per nobiltà, per bellezza, per il marito e i figli. Esperta di letteratura greca e latina, di musica, danza, con più finezza di quanto convenga a una donna onesta, e in molte altre attività che sono strumenti del lusso. 3 Però, tutto per lei valeva di più del decoro e del pudore. Non era facile capire se spreccasse di più il denaro o la reputazione. Di sensualità talmente accesa, era più spesso lei a cercare gli uomini invece di essere cercata. 4 Però, molte volte era stata spergiura, rinnegatrice di debiti, complice d'omicidio. Sfarzo e miseria l'avevano rovinata. Invero, la sua non era un'intelligenza qualunque: era capace di comporre poesie, di fare battute di spirito, di esprimersi su toni svariati, di modestia, di tenerezza, di seduzione; insomma era spiritosa e raffinata]. Sebbene non sia originato dalla stessa ammirazione, ma comunque simile è il ritratto dell'emancipazione femminile fornito nell'età imperiale da Giovenale, nella sesta satira.

D'altra parte, l'affermarsi di un nuovo modello di matrona è ben descritto anche nelle pagine di Livio (Liv. 34.1), allorché ricorda l'attiva opposizione delle donne romane alla *lex Oppia* del 215 a.C., che imponeva limitazioni nell'uso degli ornamenti femminili. Certo, ai tempi della succitata legge, gli impulsi dell'emancipazione delle donne incontrarono forti opposizioni da parte del mondo maschile, come emerge in modo evidente dai discorsi di M. Porcio Catone; così quando le donne bloccarono le strade della città e l'accesso al Foro, chiedendo l'abrogazione della legge che colpiva l'eleganza femminile, Catone protestò con queste parole: «ora noi le lasciamo addirittura intervenire nell'amministrazione dello Stato, immischiarsi nel Foro, nelle assemblee e nelle votazioni».

¹⁰ Per citare un caso, il filosofo Favorino, nell'età di Adriano, parlò di un nuovo atteggiamento delle donne che spesso si rifiutano di allattare i figli, o abortiscono per non sciupare il proprio corpo.

¹¹ Cfr. Plut., *Rom.*, 22; dove si ricorda che, con legge, Romolo stabilì che fosse vietato ad una moglie di lasciare il proprio marito; ma permise al marito di cacciare sua moglie nel caso in cui ella avesse avvelenato o scambiato i figli o commesso adulterio; tuttavia, se un uomo mandava via la moglie per un altro motivo, la legge prescriveva che metà del suo patrimonio diventava di proprietà della moglie e l'altra metà doveva essere consacrata a Demetra (per i Romani: Cerere). Dal racconto plutarchiano emerge che, tuttavia, il marito poteva svincolarsi dal matrimonio in casi eccezionali (fra essi c'è noto l'adulterio, il trafugamento delle chiavi della cantina vinaria e l'avvelenamento della prole); infatti, sempre dalla testimonianza di Plutarco apprendiamo che, al di fuori dei casi in cui era considerato ammissibile, la divisione dalla moglie era punita con una notevole sanzione patrimoniale.

Un po' diversa la narrazione di Dionigi di Alicarnasso, in base alla quale, una legge di Romolo avrebbe previsto non il ripudio ma la morte della *uxor*, da comminare con l'assistenza del *consilium domesticum*, nel caso di adulterio e di ubriachezza. (cfr. Dion. Hal. 2.25.6). La divergenza delle fonti lascia una forte perplessità sulla originaria possibilità di scioglimenti matrimoniali.

In ogni caso, stando alla testimonianza di altre fonti, la legislazione decemvirale (cfr. Tab. 4.3) doveva essersi occupata dello scioglimento coniugale quanto riguardo alla forma; cfr. Cic., *Phil.*, 2.28.69, il quale ricorda il *gestum*, se non i *verba*, che simbolicamente e formalmente rappresentavano il momento di cessazione del vincolo di coniugio; cfr. Gai *ad leg. duod. tab.* D. 48.5.44(43) dove, nel commento di Gaio al testo dei decemviri si legge *si ex lege repudium missum non sit ...* [se non sia stato mandato un ripudio in base alla legge delle XII tavole ...] dandosi, in tal modo, contezza della regolamentazione del ripudio fra il 451 e il 450 a.C.

Università degli Studi di Salerno

Alicarnasso – riferisce che il divorzio unilaterale esisteva sin dalla nascita stessa di Roma e che qualora fosse *contra ius* ne derivava una pesante sanzione patrimoniale a carico del marito e a favore della ex-moglie e madre; allora, tali divisioni vennero ricordate nelle fonti come ‘primi divorzi’, pur non essendo ragionevolmente i primi della realtà giuridica romana, in quanto fecero scalpore un po’ per i personaggi coinvolti, un po’ per il diverso trattamento giuridico riservato allo scioglimento del coniugio.

Nello specifico, della prima esperienza di *divortium*, divenuto celebre, ci resta il racconto efficace di Valerio Massimo¹²; dalla cui narrazione si apprende che la rottura del coniugio sarebbe avvenuta nel 304 a.C., e avrebbe coinvolto un senatore colpito da nota censoria, altresì rimosso dal senato in ragione del ripudio effettuato. Il divorzio di Lucio Annio si staglia sull’approssimarsi del terzo secolo precristiano, allorché il lusso della società romana aveva determinato un cambiamento di costumi e di valori tale da travolgere la solidità della famiglia e dei legami matrimoniali.¹³ L’autore del racconto, Valerio Massimo scriveva invece negli anni di Tiberio, allorché la questione morale era di singolare attualità, e la sua intenzione era quella di ricordare nella sua opera i tanti *exempla* storici di comportamenti virtuosi o riprovevoli, tra i

Si dia o meno credito al racconto di Plutarco, l’unico dato chiaro è che per lungo tempo nell’esperienza di diritto romana la facoltà di sciogliere il matrimonio sarebbe spettata solo all’uomo, concretando un *repudium*, uno scioglimento unilaterale. Data la scarsità di notizie sulle cessazioni dei vincoli matrimoniali si presume che il fenomeno fosse quanto meno raro presumibilmente per la concezione sacra della *familia*, se non per la *penuria mulierum*; e se, nel corso del tempo, appaiono usati promiscuamente i vocaboli *repudium* e *divortium* ciò non toglie che la cessazione del matrimonio appare lungamente governata dalla decisione maritale piuttosto che muliebre. Riguardo poi alle formalità da seguire per la cessazione del coniugio, come appare chiaro dalle fonti il divorzio varia forme e prassi di continuo, essendo strettamente connesso al tipo di matrimonio e alla realtà giuridica di riferimento. Cfr. per l’epoca arcaica e repubblicana FEST. sv. *diffareatio*; sv. *remancipatam*; Gai 1.137; D. 48.5.44(43); e con riferimento all’età del principato e alla *lex Iulia*, cfr. D. 24.2.9 e D. 38.1.11.1, onde si apprende che il divorzio ‘unilaterale’ va comunicato alla controparte, in forma orale o scritta, alla presenza di sette testimoni, cittadini romani puberi.

¹² Lo storico romano, nei primi anni del principato, ricordava ancora, tra i ‘fatti e detti memorabili’ da lui raccolti in un’opera dedicata a Tiberio, il *factum* esecrabile del senatore Annio risalente al tempo della repubblica. Cfr. Val. Max., *Fact. et dict. memorab.*, 2.9.2 *Horum severitatem M. Valerius Maximus et C. Iunius Brutus Bubulcus censores consimili genere animadversionis imitati sunt: L. enim Annum senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum consilio adhibito. Ad hoc crimen nescio an superiore maius: illo namque coniugalia sacra spreta tantum, hoc etiam iniuriose tractata sunt. Optimo ergo iudicio censores indignum eum aditu curiae exstimaverunt* [Fecero similmente (lett. imitarono) provvedimenti così severi i consoli Marco Valerio Massimo e Caio Giunio Bubulco: infatti rimossero dalla carica di senatore Lucio Annio, colpevole di avere, senza tener conto del parere degli amici, ripudiato la donna che, vergine, era stata da lui condotta in sposa. Ma non so se questa colpa sia superiore a ciò: giacché gli scapoli impenitenti avevano solo trascurato i sacri riti coniugali, mentre Annio li aveva anche offesi. Con perfetta decisione, dunque, i censori lo ritennero indegno di stare in senato].

¹³ Sul punto, interessanti spunti in L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. I re. La città. Il principe*, Napoli 1989, 244ss.; dove l’a. così scriveva: «sul finire del 4° secolo, divorziare era considerato biasimevole, mentre poco prima che iniziasse l’ultimo quarto del 3° secolo ci si cominciò a preoccupare di garantire alla moglie e al *pater familias* la restituzione della dote nel caso che il matrimonio dovesse sciogliersi [...] Nel moltiplicarsi dei divorzi immotivati, nel diffondersi dei culti bacchici, nelle rivolte degli schiavi-contadini, è il segno di una profonda crisi morale»; a proposito dello scadimento di valori, l’a. richiamava testimonianze sia della vita pubblica che privata: ad es. la testimonianza liviana del comportamento da *consul mercennarius* di Caio Manlio Valsone, accusato di aver condotto contro i Galli, piuttosto che una guerra del popolo romano, una ‘grassazione privata’, e poi la cura dei banchetti, degli arredi, delle suppellettili, complessivamente da considerarsi «germi della futura lussuria». Più di recente, in questo ambito, A. BOTTIGLIERI, *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Napoli 2002, 41ss. E. CANTARELLA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2015, 97ss.

Università degli Studi di Salerno

quali ultimi era annoverabile il *factum* del senatore Annio, sul quale non manca il giudizio personale dell'autore: che definiva *optimo iudicio* la valutazione severa dei censori.

Riguardo al successivo divorzio celebre, quello di Carvilio, ch'è probabilmente databile intorno all'anno 230 a.C., ne parlano numerose fonti, fra repubblica e primo principato, da Dionigi di Alicarnasso e Valerio Massimo, fino all'età classica più avanzata, con Plutarco, Aulo Gellio e Tertulliano¹⁴; dal resoconto di costoro si apprende che il ripudio sarebbe avvenuto a causa dell'impossibilità a generare della donna, e che i censori, nonostante l'opposizione del popolo, non comminarono alcuna sanzione.¹⁵

¹⁴ Cfr. Dion. Hal., *Antiq.*, 2.25.7; Val. Max., *Fact. et dict. memorab.*, 2.1.4; Gell., *Noct. Att.*, 4.3.1, 17.21.44; Tertull., *De monog.*, 9.8 e *Apol.* 6.6; Plut., *Quaest., Rom.* 59. Fra tutte, di particolare interesse, soprattutto per l'indicazione da parte dell'autore dei riflessi di ordine giuridico che sarebbero seguiti, è il racconto contenuto in Gell., *Noct. att.*, 4.3.1 *Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma, aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiserabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. 2 Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit cum Spurius Carvilius, qui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, <s>et iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse quod iurare a censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum* [È stato tramandato alla memoria che per circa 500 anni dopo la fondazione di Roma non vi furono nella città e nel Lazio né azioni legali, né garanzie concernenti la dote di una sposa, in quanto, invero, non se ne sentiva affatto il bisogno, non sciogliendosi fino a tutto quel periodo nessun matrimonio. 2 Anche Servio Sulpicio, nel libro che compose sulle doti, scrisse che apparvero necessarie per la prima volta le garanzie concernenti la dote allorché Spurio Carvilio, che ebbe il soprannome Ruga, uomo di alto rango, divorziò dalla moglie, dato che da costei, per difetto fisico, non venivano generati figli, nell'anno 523 dalla fondazione di Roma, sotto il consolato di Marco Atilio e Publio Valerio. E, d'altra parte si tramanda che quel Carvilio amasse in modo particolare la moglie che ripudiò, e che la tenesse per carissima in virtù del carattere di quella, ma che antepose il rispetto del giuramento ai sentimenti e all'amore, in quanto era stato costretto dai censori a giurare che avrebbe preso moglie allo scopo di avere figli].

Ma per un confronto con la vicenda di scioglimento matrimoniale del senatore L. Annio mi pare anche utile la riproduzione, in questa sede, anche di Val. Max., *Fact. et dict. memorab.*, 2.1.4 *Repudium inter uxorem et uirum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit. Primus autem Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui, quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur...* [Dalla fondazione di Roma fino al centocinquantesimo anno non si verificò alcun ripudio fra moglie e marito. Il primo che mandò via la moglie per la sua sterilità fu Spurio Carvilio; egli, sebbene sembrasse spinto da un motivo apprezzabile, tuttavia non andò esente da riprovazione, poiché si ritenne che neppure il desiderio di avere figli dovesse essere preposto alla fedeltà coniugale ...]. Ebbene, Valerio Massimo testimonia che c'è confusione nelle fonti riguardo all'*origo* del divorzio; infatti, nella sua opera, dopo aver presentato il divorzio di Spurio Carvilio Ruga come il primo della storia di Roma (non similmente ad altri autori), ricorda poi anche il divorzio di Lucio Annio, che aveva precedenza storica sul divorzio di Carvilio. La caduta in contraddizione dell'autore del I secolo d.C. ci fa scorgere la presenza di qualche errore nella trattazione del tema; un equivoco, come si vedrà, forse legato ad un concetto diverso di 'primo divorzio'; basti a ciò riflettere alla puntualizzazione, nell'opera *de dotibus*, di Servio Sulpicio Rufo, il quale – come sappiamo da Gallio – scrisse che, dal divorzio di Carvilio, avvenne un 'fatto del tutto nuovo', ossia i privati ritennero opportuno ricorrere a delle *cautiones* per regolare la sorte della dote (Cfr. Gell., *Noct. Att.*, 4.3.2). Allora, verosimilmente, il divorzio di Carvilio fu forse il primo divorzio nel quale si pose il problema della sorte del patrimonio dotale.

¹⁵ Carvilio non fu sanzionato dai censori, nell'esercizio della *cura morum*, poiché egli aveva giurato che il matrimonio era stato attuato con un fine, lo scopo naturale di avere figli, e nel presupposto che la moglie potesse procurarglieli; pertanto, essendo la donna risultata incapace di generare, gli era parso giusto ripudiarla per sposarne un'altra.

Sul punto, si veda: R. A. BAUMAN, *Family law and roman politics*, in *Sodalitas*, 3, Napoli 1984, 1283ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2000, 140ss.

Università degli Studi di Salerno

È interessante notare che questi due divorzî segnarono un passaggio importante nella disciplina della cessazione del matrimonio; infatti, mentre del primo scioglimento coniugale, Valerio Massimo metteva in luce la rimozione dall'alto consesso del senatore e l'intervento sanzionatorio della censura, nella narrazione del divorzio di Carvilio, Aulo Gellio puntualizzava, invece, che, nell'occasione, si pose, per la prima volta, il problema di garantire la restituzione della dote;¹⁶ si è pertanto osservato che dal *divortium* di Lucio Annio (sullo scorcio del IV secolo) a quello di Spurio Carvilio (verso la fine III) si devia da una considerazione morale dello scioglimento del coniugio – che ragionevolmente era anche la considerazione antica del *divèrtere* – ad una valutazione dello stesso di carattere prettamente patrimoniale.¹⁷ Bisognerà attendere che la cristianità si radichi maggiormente nell'impero perché nella coscienza romana il divorzio possa recuperare quella valutazione morale, tanto decantata dal precettore di Nerone, Seneca, il quale lamentava la mancanza nel suo tempo di donne che sentissero ancora la vergogna di un ripudio e che, anzi, all'opposto contavano gli anni dal nome dei mariti piuttosto che dal nome dei consoli.¹⁸

Le ultime testimonianze sul coinvolgimento dei censori, con le sanzioni delle quali disponevano, nella decisione di scioglimento del matrimonio, risalgono alla seconda metà del III sec. a.C. Successivamente, al giudizio morale del censore si affiancò, e poi si sostituì la sentenza avente incidenza patrimoniale dello *iudex privatus* nominato dal pretore. Pertanto, via via, a fronte di un ripudio ingiustificato della moglie, sarà il pretore a stabilire la perdita dei beni pervenutigli a titolo di dote e la loro attribuzione alla donna; mentre, a quanto pare, i magistrati preposti alla *cura morum* avrebbero smesso d'intervenire in tali questioni familiari.¹⁹

¹⁶ Cfr. Gell., *Noct. Att.*, 4.3.2; da allora, con l'aumento dei divorzî anche al di fuori di colpa da parte della moglie, si avvertì l'esigenza di un obbligo legale di restituzione della dote costituita, in genere, dal *paterfamilias* della sposa (se non da un terzo, o dalla sposa medesima) *ad onera matrimonii ferenda*.

D'altra parte, la dote costituiva in certi casi uno spostamento patrimoniale economicamente rilevante; tanto per considerare un esempio, Cicerone (*Top.* 4.23) rammentava che nei matrimoni *in manu* (peraltro oramai inusuali nel suo tempo) se la donna fosse stata *sui iuris*, addirittura, tutti i suoi beni sarebbero passati in proprietà del marito per effetto della *conventio in manum*, spogliandola di ogni avere.

¹⁷ Vd. L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. I re. La città. Il principe*, Napoli 1989, 244ss.

¹⁸ Cfr. Sen., *De benef.*, 3.6.2, dove peraltro Seneca concludeva che «le donne escono di casa per sposarsi e si sposano per divorziare». Vd. J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, Bari 1973, 92-119.

¹⁹ Gneo Domizio, che sembra essere pretore nel 192 a.C. diede ragione al marito che aveva ripudiato la moglie perché si ubriacava e punì la moglie con la perdita della dote; cfr. Plin., *Nat. hist.*, 14.90: ... *dote multavit*.

In altra vicenda, ricordata nelle fonti, venne condannato, invece, il marito a restituire la dote alla moglie che aveva ripudiato per averla sposata con il fine di divorziare da lei e lucrarne la dote; cfr. Val. Max., *Fact. et dict. memorab.*, 8.2.3 *Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicii C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita questione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit, praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse* [Molto più coraggiosamente e in armonia con la sua mentalità di soldato si comportò C. Mario: difatti, poiché C. Titinio Minturnese tentava di privare della dote sua moglie Fannia – che aveva sposato volutamente pur conoscendone l'immoralità – dopo averla ripudiata a questo titolo, egli, scelto come giudice, fatta l'istruttoria in presenza delle due parti, trasse in disparte Titinio e gli consigliò di recedere dal suo proposito e di restituire la dote alla donna. Ma, pur avendo tentato più volte di persuaderlo, costretto da quello a pronunciare una sentenza, condannò la donna ad un sesterzio di multa per offesa al pudore e Titinio a restituire tutta la dote con la premessa che aveva giudicato in quel modo perché era chiaro che Titinio aveva voluto le nozze con l'impudica Fannia dolosamente al fine di impadronirsi della sua dote]. Sul punto, altresì, Plut., *Marius*, 38.4-5.

Insomma, di pari passo alla progressiva estromissione del censore dalle questioni di divorzio, si assiste ad un affievolimento della considerazione del ripudio sotto il profilo morale, per diventare un concetto per lo più patrimoniale e di evidenza esclusivamente giuridica. Anzi, come testimonia Cicerone, diversamente dai tempi passati, allorché il divorzio doveva avvenire con ragione (pena, come si è constatato, la sanzione del censore), come rovescio della medaglia, messo fuori gioco il giudizio censorio, sullo scorcio della repubblica si fece elevata la frequenza dei divorzi *sine causa*, ossia ingiustificati, capricciosi, biasimevoli.²⁰

A fronte di questo fenomeno, come si evince dal racconto gelliano succitato, in un'epoca imprecisata, e successivamente al dibattito suscitato dal divorzio di Carvilio Ruga, venne escogitato appunto un rimedio rappresentato da una solenne promessa fatta dal marito al momento del matrimonio, con la quale costui si impegnava a restituire la dote in caso di divorzio ingiustificato; e tale promessa di restituzione prese il nome di *cautio rei uxoriae*, mentre la *dos* fu denominata significativamente *res uxoria*. Successivamente, per opera del *praetor* fu inoltre introdotta un'apposita azione, l'*actio rei uxoriae*, con la quale il padre della *uxor*, se non la *uxor* medesima, avrebbero potuto agire per ottenere la ripetizione di quanto fosse stato trasferito alla famiglia del marito a titolo di dote. Pertanto, quando il fenomeno del divorzio si fece parossistico affiorò l'esigenza di tutelare maggiormente le donne, a matrimonio disciolto, fornendo gli strumenti processuali per la restituzione della dote e limitando la stessa disponibilità del patrimonio dotale in capo al marito, a alla famiglia di lui. Il regolamento della dote costituì inevitabilmente un altro momento di attenzione e tutela della condizione femminile di ex moglie e madre; il riappropriarsi di tale complesso di beni *post divortium* poteva servire a far fronte alle esigenze di vita della donna e degli eventuali figli di lei.

Ciò detto, il senatoconsulto Planciano, che intervenne (a quanto pare nel primo secolo dell'età imperiale) proprio in materia di scioglimento del matrimonio costituisce un'espressione ulteriore della considerazione oramai prevalentemente patrimoniale del divorzio. In particolare, detto senatoconsulto si occupò della prole nascente dopo il divorzio dei genitori con l'intento di garantire una tutela alimentare di tali figli, così sgravando la madre (ed eventualmente la famiglia di lei) dagli oneri esclusivi di crescita del nato.

Nel mio tentativo di ricostruzione storica del senatoconsulto Planciano, dalla sua proposta fino all'età giustiniana (dato che sopravvive nell'opera di Giustiniano) ho ritenuto che ragionevole autore del senatoconsulto sia stato un tale M. Plancius Varus, uomo politico vissuto nel I secolo d.C., che percorreva il suo *cursum honorum* negli anni di Vespasiano; in particolare, di costui si sa che fu pretore a Roma nel 69 d.C., inoltre, governatore della provincia di Bitinia, anche governatore di Apamea; si suppone che fu probabilmente console '*suffectus*', dato che il suo nome non appare nelle liste dei consoli, e, però, prima di avere gli incarichi provinciali occorreva essere consoli!

In considerazione degli effetti che il senatoconsulto comportava, e soprattutto dell'*alere*, vi si può scorgere la presenza di un *favor mulieris* e un *favor matris*. Non a caso, com'è puntualizzato

²⁰ Cic., *Ep. ad fam.*, 9.7.2.

Varie figure celebri della tarda età repubblicana furono protagoniste dell'esperienza del divorzio, da Silla a Cesare, a Pompeo, a Catone l'Uticense, allo stesso Cicerone, che giunto all'età di cinquantasette anni, divorziò dalla madre dei suoi figli dopo quasi trent'anni di vita coniugale per unirsi alla giovane e ricca Publilia. D'altra parte anche la ex moglie di Cicerone, Terenzia, si rimaritò ancora due volte, prima con Sallustio e poi con Messala Corvino.

Silla, addirittura, fu sposato cinque volte. Pompeo fu due volte vedovo ed altrettante divorziò. Cesare ripudiò Pompea; e lo stesso Catone l'Uticense non disdegnò di divorziare dalla moglie Marcia per lasciarle sposare Ortensio, riprendendola, poi, in moglie una volta vedova e ricca del patrimonio del secondo marito.

da Ulpiano²¹, il meccanismo poteva essere attivato solo dalla donna, che era non solo l'unica in condizione di conoscere il proprio stato di gravidanza, ma anche colei che unitamente al figlio *in visceribus* beneficiava del riconoscimento del nato. D'altra parte, per l'ipotesi inversa, ovvero quando fosse stato il padre intenzionato ad *agnoscere partum* e la donna negasse di essere incinta, dai *divi fratres* venne emanato un rescritto che appositamente disciplinava la materia del contendere soddisfacendo, in questo caso, l'interesse del marito.

In particolare, con la delibera del senato prende forma giuridica l'obbligo alimentare del padre nei confronti del figlio, prendendo il posto di quello che era un semplice dovere morale di allevare e sostenere la prole. Si può supporre, cioè, che proprio grazie al Planciano sia stata aperta la strada, per il padre biologico, all'obbligo di sostentamento della prole generata, *ab initio* ricompreso nel generico *agnoscere* paterno, poi, più limpidamente definito *alere*.

L'*occasio* per la configurazione del dovere alimentare del *pater* verso il *filius*, dunque, si sarebbe presentata proprio per far fronte al problema del sostentamento dei figli nascenti dalle coppie divorziate. In origine, infatti, la *patria potestas* era così assoluta da non lasciare spazio a obblighi di contenuto patrimoniale nei confronti dei sottoposti; e se il *pater* provvedeva alle necessità del *filius* ciò avveniva in esplicazione di un dovere morale, e non giuridico. D'altra parte, se l'antica struttura della *familia* romana escludeva, che il padre potesse essere assoggettato ad un'obbligazione patrimoniale nei confronti delle persone sottoposte alla sua autorità, di pari passo con il progressive indebolimento dei poteri paterni e con la trasformazione dei legami intrafamiliari avrebbe trovato poi affermazione anche l'obbligo del *pater* di prestare gli *alimenta* ai figli *in potestate*.²²

Invero, l'*alere*, in particolare, ricevette un appropriato sviluppo solo a partire da Antonino Pio;²³ e, nella progressiva emersione del dovere alimentare, si può ritenere che il Planciano (a mio avviso di età vespasiana), abbia, se non introdotto, quanto meno contribuito alla configurazione dell'*obligatio* relativa agli alimenti tra padre e figlio.

In altri termini, il ruolo del senato potrebbe essere più o meno incidente nell'affermazione del dovere alimentare: verosimilmente, il senatoconsulto giuridicizzò, in attesa di ulteriori e più generali sviluppi, l'obbligo etico di provvedere agli alimenti dei nati dopo un divorzio, e ricomprese tale *obligatio* alimentare nel più generale e onnicomprensivo vocabolo '*agnoscere*', in attesa che la giurisprudenza separasse i concetti di *agnoscere* e *alere*.

Quella sorta di 'epidemia di divorzi' – per usare un'espressione di Carcopino –, registrata sin dalle fonti dell'età repubblicana, aveva evidentemente sollevato via via il problema di tutelare anche i figli nati da genitori divisi. È pensabile – come si accennava – che proprio l'esigenza di tutela della prole generata dalle coppie divorziate abbia determinato i senatori ad occuparsi, in caso di dissoluzione della famiglia, sia del riconoscimento delle nascite, sia della delicata materia dei rapporti alimentari fra genitori e figli;²⁴ così, anche per tal via, il *divortium*

²¹ Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.5... *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere*.

²² Vd. F. PASTORI, *Elementi di diritto romano. Le Obbligazioni*, Milano 1991, 233; poi, anche Lanfranchi ('*Ius exponendi*., e *obbligo alimentare* cit. 19) individuava una 'limitazione parziale della *patria potestas*'.

²³ È così orientata l'opinione dominante. A tal proposito, si veda E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, 1, Milano 1933, 251ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano 1954, 291; R. ORESTANO, sv. *Alimenti*, in *NNDI*. 1 (1957) 483.

²⁴ Altra questione è se poi la genesi del senatoconsulto sia avvenuta nel mondo provinciale, come a me è parso probabile, alla luce delle indagini svolte a proposito della collocazione cronologica della delibera del consesso.

sarebbe stato disciplinato in tutte le sue pieghe.²⁵ Ad intervenire nella questione familiare, particolarmente pressante per le nascite prive di sostentamento, sarebbero stati dunque i senatori! La presenza di un provvedimento senatorio che si occupa specificamente del regime della prole nata dopo un divorzio rispetto alla quale si ponesse un problema di paternità e di riconoscimento e di sostentamento testimonia appunto che, nell'epoca del Planciano, insieme al divorzio, tali problemi dovevano essere a tal punto frequenti da richiedere una regolamentazione.

Il senatoconsulto aggiunge, dunque, un altro tassello al mosaico delle informazioni sull'evoluzione del fenomeno della dissoluzione della famiglia e costituisce, considerato da quest'angolatura, un intervento normativo di evidente spessore storico-sociale oltre che giuridico.

Fatte queste osservazioni sulla tutela alimentare prevista nel senatoconsulto, si può osservare che il Planciano si inserisce a pieno titolo in quel 'trend' di considerazione giuridica del divorzio dal punto di vista patrimoniale (piuttosto che morale) ben evidente a partire dal divorzio di Spurio Carvilio Ruga del III secolo a.C., allorché per la prima volta si pose il problema della restituzione della dote alla ex-moglie. Al tempo del Planciano, fermo restando che le questioni attinenti alla restituzione della dote erano state già affrontate, si poneva un problema ulteriore: quello della sopravvivenza e, con ampia probabilità altresì l'educazione²⁶, di un figlio nascente da un'unione spezzata. Si volle quindi assicurare un'assistenza paterna ai bisogni di crescita del nato dopo un *divortium*, addossando anche sul padre ogni onere a ciò finalizzato.

Nella storia del diritto familiare romano, la disciplina dell'*agnoscere et alere partum* prevista dal senatoconsulto Planciano ebbe un'importanza che trascende il ben limitato ambito di applicazione; infatti, quella disciplina costituisce un indizio chiaro del progressivo affermarsi di un diritto soggettivo nuovo, ossia il diritto dei figli ad essere alimentati dal *pater*, cui si affianca la salvaguardia dell'interesse della donna a poter condividere con l'ex-coniuge le responsabilità della nascita di un figlio. Su questo stesso sfondo si staglia la possibilità di imporre ad un *pater*, attraverso la *coercitio extra ordinem*, il sostentamento del *filius*.

Resterebbe da chiedersi se la particolare fattispecie prevista dal senato possa aver anticipato gli altri casi. Ci si chiede appunto se dall'esigenza di alimentare i figli generati dopo il divorzio, *ex senatusconsulto* si possa essere affermato un primo, e più specifico, diritto agli alimenti a favore dei nati, che poi avrebbe ricevuto più larga applicazione.

Certo, a mio vedere, è percepibile dal testo dell'assise senatoria che deliberò il Planciano una singolare politica di welfare²⁷ – per impiegare un termine attuale –, consistente nel tentativo della Stato, o meglio della *Civitas*, d'intervenire nell'economia familiare onde garantire l'assistenza e il benessere dei suoi componenti, modificandone la distribuzione dei redditi, a tutto vantaggio nel caso specifico di madri e figli.

Sia pur lontana da quegli interventi diretti sullo stato di bisogno e sulla povertà, di cui l'istituzione imperiale degli *alimenta* costituisce un esempio significativo, l'alto consesso aveva così partecipato all'attuazione di quegli stessi programmi solidaristici; sebbene, diversamente da quel che avveniva nelle forme di beneficenza pubblica, il senato aveva toccato, a quanto pare per

²⁵ Queste esigenze avvertite nel diritto romano sarebbero state similmente prodotte, *mutatis mutandis*, alcuni anni addietro, a seguito della entrata in vigore della legge 898 del 1970. Per un'analisi storico-comparatistica del senatoconsulto Planciano, vd. G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del Seminario romanistico internazionale*, Perugia 1972, 243-245.

²⁶ È in particolare per la suggestione proveniente dall'editto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* che, tra le responsabilità cui sarebbe tenuto il *pater*, ricomprendiamo anche l'educazione del figlio.

²⁷ Chiaramente intendendo per 'welfare', latamente, il complesso delle politiche pubbliche dirette a migliorare le condizioni di vita dei cittadini, piuttosto che – come pure è frequente – Stato assistenziale.

la prima volta, un problema di solidarietà ‘intrafamiliare’, intervenendo nelle dinamiche familiari grazie ad un gioco processuale che iniziava con una *denuntiatio* della donna contro il marito.²⁸

A mio avviso, andrebbe rimarcato che, quanto meno nei primi secoli dell’impero, il programma solidaristico del senato non sembra espressione di una mera esigenza ‘filantropica’ di solidarietà intrafamiliare, oppure di cristiana *pietas* o *caritas sanguinis*, ma ragionevolmente, prima di ogni altra cosa, appare piuttosto manifestazione di esigenze redistributive del reddito con l’obiettivo ultimo di mantenere elevato il *quantum* delle nascite. D’altra parte, le continue missioni militari dell’età flavia richiedevano continui contingenti di soldati alle armi e, peraltro, stando alle fonti letterarie, le donne perseveravano nel non volere dare alla luce molti figli.

4. – *Intervento del senato de agnoscendis et alendis liberis.*

Il senatoconsulto Planciano, che, con varie argomentazioni, nella mia ricerca ho ritenuto collocabile nel I secolo d.C., sotto Vespasiano, ha per oggetto la disciplina della filiazione dopo il divorzio; tale intervento del senato ebbe di mira un momento particolare del rapporto di filiazione, ovvero la fase della gestazione antecedente al *partus* del figlio. La delibera della suprema assemblea testimonia l’esigenza dello ‘Stato romano’ di intervenire nello sconvolgimento intrafamiliare determinato da un divorzio; e fu emanata, come si è già accennato, nell’interesse del nascituro e della madre di lui.

Nel Digesto, e precisamente in D. 25.3.1.1 e ss. è anzitutto sintetizzata la procedura attraverso la quale si agiva *ex senatusconsulto*. La ricostruzione di essa avviene in forza del libro 34 *ad edictum* di Ulpiano, dove, a seguire – dal paragrafo 8 – si ritrovano menzionate alcune puntualizzazioni provenienti da altri giureconsulti.

Lo squarcio di Ulpiano raccolto da D. 25.3.1.1 a D. 25.3.1.7 contiene una descrizione della disciplina prevista nel testo senatorio senza ‘personalismi’ del giurista severiano; a partire dai paragrafi successivi (D. 25.3.1.7 e ss.) il racconto richiama, invece, varie considerazioni dei *prudentes* inerenti a quella trama normativa, con ciò delineando un lavoro aggiuntivo ed integrativo sul senatoconsulto da parte della giurisprudenza.

Il verbo *permittit*, con il quale prende avvio la descrizione della materia *de liberis*, e al quale è sottinteso il nominativo *senatusconsultum*, rende evidente che, quivi, il giurista di Tiro stava appunto riportando le prescrizioni della delibera dell’alto consesso; su tale (sia pur breve) resoconto ulpiano – al di là della rielaborazione tardoantica – si può ammettere, a mio parere, una tendenziale fedeltà al testo senatorio originale tanto per il tono della narrazione, quanto per l’autore della stessa.²⁹

²⁸ Per questo aspetto, si vd. M. P. BACCARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino 2012, 137; la quale, ivi, scriveva che il senatoconsulto Planciano «può essere considerato il punto di partenza di quella solidarietà familiare derivante da antichi principi», comportando appunto ‘l’obbligo giuridico’ per il padre di *agnoscere partum*, con tutto ciò che l’*agnoscere* avrebbe comportato, tra cui inevitabilmente il dovere di alimentare il nato.

²⁹ Ulpiano, in quanto giurista membro dell’alta burocrazia imperiale aveva naturalmente facile accesso agli *acta* normativi contenuti negli archivî imperiali; di tal che il suo stile appare sovente caratterizzato dalla menzione alquanto fedele di formule edittali, di leggi, di senatoconsulti o di *constitutiones principum*. Talora, lo stesso giurista dichiara apertamente di riprodurre i precisi *verba* del testo normativo, talaltra – come nel caso specifico – appare abbastanza evidente che, sia copiato o meno l’*actus* originale, ne viene quanto meno riportata una sintesi dell’originale. Sullo stile di Ulpiano vd. A. GUARINO, *L’esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, 235; G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW. 2.15 (1976) 737ss.; A. SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in *Storia di Roma*, 2.3, Torino 1992, 57ss.

Il meccanismo processuale previsto dai senatori aveva inizio con una *denuntiatio* della madre divorziata, che, informando l'ex marito della constatata gravidanza, sollecitava il riconoscimento del figlio, con tutto ciò che il riconoscimento comportava, a cominciare dall'assunzione delle responsabilità di sostentamento.

Nel paragrafo 1, prima di tutto, venivano riportate appunto le condizioni e i termini per la *denuntiatio ex Planciano*; ovvero si prevedeva che qualora la *uxor*, dopo il divorzio, verificasse lo stato di gravidanza, entro 30 giorni poteva fare denuncia al marito della sua condizione di gestante così da addossargli le responsabilità di *pater*. In luogo di lei, erano autorizzati a dare notizia della gravidanza anche altri soggetti. La legittimazione si allargava appunto *parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est ... denuntiare intra dies triginta post divortium*.³⁰

A mettere in moto l'*iter* processuale predisposto dal senato potevano essere dunque: la *mulier*, il *parens* nella cui potestà ella si trovasse³¹, o, al più un incaricato-mandatario (colui al quale *mandatum ab eis est*, dice esattamente la fonte) della prima o del secondo. Per contro, l'ex-marito non poteva *agere ex Planciano*, poiché la *denuntiatio a marito non incipit sed a muliere*.³² Ulpiano non delinea particolari formalità per la *denuntiatio*, e si limita a parlare di una denuncia *ex eo praegnatem esse*; essenziale appare, perciò, solo rendere noto il proprio stato di gravidanza – *sufficit enim mulieri hoc notum facere*³³ – grazie ad una comunicazione che poteva essere attuata anche da un semplice incaricato.³⁴

Certo, per dar corso alla procedura il tempo per tale notifica – per usare una terminologia moderna – era breve, e pari a 30 giorni dal *divortium*. Se la donna (o chi per lei), per negligenza o volontà contraria, non avesse denunciato tempestivamente, ma dopo che fossero trascorsi i

³⁰ Cfr. D. 25.3.1.1; la dottrina propende nel ritenere che da parte dei classici vi fosse indifferente uso dei termini *pater* e *parens*, con la conseguenza che si riferirebbero alla figura del *pater familias* espressioni come *mulieri parentive in cuius potestate est, ipsi marito vel parenti in cuius potestate ipsi est*; Sul tema si veda, ad es., G. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, Milano 1937, 265, e F. LANFRANCHI, *Premesse terminologiche*, in *Studi Cagliari* 30 (1934-1946) 46ss.

³¹ La *mulier* potrà, dunque, procedere direttamente alla *denuntiatio* se e in quanto sia *alieni iuris*; analogamente, come si vedrà nel prosieguo della procedura, vale per l'ex-marito, il quale potrà esercitare la *contra denuntiatio* se non soggetto ad altrui potestà.

³² Cfr. D. 25.3.1.5. Come osservava Lanfranchi (*Ricerche* cit. 9, nt. 21, 22), si può individuare una «possibilità indiretta del marito di iniziare la procedura» nel passo tramandato da D. 25.4.1.4, dove viene in considerazione l'ipotesi del marito che sospetta la gravidanza della moglie e quest'ultima nega; in tale fattispecie, di regola, non doveva essere applicata la procedura *ex senatusconsulto* (cfr. D. 25.4.1.1 *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret...*), tuttavia, qualora poi, una volta giunta dinnanzi al magistrato, la moglie ammettesse lo stato di gestazione allora, com'è specificato da Ulpiano, *ordo senatus consulti expositus sequetur*.

³³ Cfr. D. 25.3.1.3; ivi, dal racconto di Ulpiano, nel segmento *non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas* emerge chiaramente che la *mulier* non fosse tenuta ad inserire nella *denuntiatio* un invito a *mittere custodes*, anche se lo scopo della notifica pare soprattutto quello di consentire al marito di compiere un'idonea sorveglianza della gestazione attraverso la *custodia ventris*, come, peraltro, è maggiormente evidente in PS. 2.24.5 (per tale testimonianza *infra*).

Sul passo vd. *Index Itp.* p. 110. In proposito, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen 1910, 57, metteva in dubbio la genuinità delle locuzioni *notum facere, quod...denuntiare, quod...*; pertanto, partendo dall'idea che *notum facere quod* fosse quasi sempre non genuino così sosteneva: «Der Paragraph ist auch sonst formal nicht ohne Anstoss. Er ist heicht entbehrlich und warscheinlich Glosse». *Contra* Lanfranchi, secondo il quale non ci sarebbe ragione per ritenere che il testo sia stato rimeneggiato, né Beseler fornisce i motivi per sospettare dette locuzioni. Vd. F. LANFRANCHI «*Ius exponendi, e obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in *SDHI.* 6 (1940) 8 nt.; *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. I.* cit. 7 nt. 11.

³⁴ Cfr. D. 25.3.1.1.

triginta dies – ripetendo le parole del narratore – *denuntians causa cognita audiri debet*.³⁵ La *denuntiatio* fuori dei termini non era, dunque, del tutto inutile, perché la donna doveva comunque essere ascoltata.

Quanto al luogo e alle persone cui la *denuntiatio* dovesse essere indirizzata, il giurista severiano specifica che la *mulier* era tenuta ad effettuare tale avviso *ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat*³⁶. Pertanto, se la donna (o chi altrimenti legittimato alla *denuntiatio*) non avesse avuto la possibilità di comunicare direttamente l'intenzione di agire *ex senatusconsulto* ai soggetti legittimati passivamente rispetto alla denuncia, sarebbe stato sufficiente far pervenire la notizia della gravidanza presso la *domus* di costoro.

Il comportamento della controparte, a seguito dell'iniziativa della donna – o di chi per lei –, poteva essere di tenore diverso; la reazione maritale poteva variare, presumibilmente a seconda del grado di sospetto in ordine alla sincerità della donna e, quindi, alla attribuibilità della futura nascita comunicata.

Tanto, in effetti, pare di cogliere analizzando con attenzione il contegno del marito previsto nel racconto ulpiano. In proposito, in D. 25.3.1.3 ss. viene anzitutto indicato che il *maritus* – così genericamente individuato nella fonte – avrebbe potuto esercitare una 'controdenuncia'³⁷ qualora volesse contrastare la qualità di 'figlio proprio' del nascituro in grembo alla *uxor*; inoltre, a scopo di controllo, egli avrebbe potuto inviare dei *custodes* presso la gestante;³⁸ e, in ultima analisi, viene altresì considerata l'ipotesi che il denunciato non facesse alcunché.³⁹

Sebbene il testo contenuto in D. 25.3.1.3 preveda in modo disgiunto e distinto la *missio* di tali 'custodi del ventre' rispetto al *denuntiare contra*, ragionevolmente, e come sembra peraltro di poter dedurre dalla lettura complessiva della fonte ulpiana⁴⁰, la controdenuncia alle asserzioni muliebri poteva espletarsi non solo in forma semplice, ma anche nella più articolata forma della

³⁵ Cfr. D. 25.3.1.7. Certo, lascia un po' perplessi l'espressione *causa cognita*: quale significato poteva avere il fatto che una 'denuncia tardiva' obbligasse al mero ascolto della denunciante? E in che cosa sarebbe consistita una tale *causae cognitio*?

Appare condivisibile l'interpretazione del passo formulata da una parte della dottrina secondo cui il giurista romano intendeva dire che, in caso di ritardo, dopo aver valutate le circostanze, ovvero *causa cognita*, il giudice poteva considerare valida la *denuntiatio* ancorché non più nei termini; in altri termini, qui assumessero un rilievo i motivi del ritardo, sì che a fronte di un ritardo giustificato si poteva dar corso comunque alla procedura. Vd. M. G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR.* 73 (1970) 333; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 261 nt. 260.

Diversamente, l'affermazione *causa cognita* potrebbe più semplicemente riferirsi alla possibilità, lasciata impregiudicata dalla *denuntiatio* tardiva, di esperire la via ordinaria per conseguire quel riconoscimento che ormai non si poteva più ottenere con il Planciano.

³⁶ Cfr. D. 25.3.1.1.

³⁷ Il termine è lo stesso usato nelle fonti; cfr. D. 25.3.1.4, dove si adopera proprio l'espressione *contra denuntiaverit*.

³⁸ Cfr. D. 25.3.1.3. ... *mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas*.

³⁹ Cfr. D. 25.3.1.4 *Poenam autem mariti ... nisi aut custodes praemisericit aut contra denuntiaverit non esse ex eo praegnatam*.

⁴⁰ A questa reazione più complessa sembrerebbe riferirsi D. 25.3.1.11 – che verrà presto analizzato – lì dove viene riportata l'osservazione di Marcello: *sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur*. Si veda, in merito, LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. I.* cit. 10ss.; a parere dello studioso, l'invio di *custodes* addizionato alla controdenuncia naturalmente costituiva la reazione maggiormente energica ed efficace, concretando un atteggiamento di «spiccata diffidenza nei confronti della donna»; così facendo, infatti, si negava fortemente di essere il padre del nascituro e, per conseguenza, si inviava chi potesse verificarlo.

controdenunzia accompagnata dalla sorveglianza dei *custodes*. Così che, alle condotte alternative dell'*aut mittere custodes aut denuntiare* dovrebbe aggiungersi, quale terza eventualità, la condotta che combina i vantaggi di entrambe.

Il senatoconsulto predispose una tutela speciale; la procedura viene attivata a poco tempo dal divorzio quando la donna si accorge di avere un nascituro in grembo; l'*iter* normalmente segue i tempi della gestazione, essendo legata alla gestazione la disciplina dei controlli predisposti dal senato, ma può avere un corso più veloce quando l'ex-marito o l'ex moglie tengano un contegno un po' singolare nell'iter procedurale: si pensi all'ipotesi contemplata in D. 25.3.1.4, dell'ex-marito che rimane irreattivo rispetto alla *denuntiatio* della ex-moglie; in tal caso ex *senatusconsulto Planciano* ne derivava la *poena* del *cogatur maritus partum agnoscere*. È questa una di quelle circostanze in cui – come osservava Pietro Bonfante – la coscienza giuridica romana ritenne di assegnare al silenzio un valore di assenso; in tal caso, ad avviso dello studioso, il silenzio del marito a fronte della gravidanza denunciata dalla donna «vale come riconoscimento della prole futura».⁴¹

L'inerzia del marito poteva, invero, fondarsi su tanti motivi; ma in questo tratto il dettato normativo disvela la consapevolezza del popolo romano impegnato nella materia giuridica, e in questo caso il senato, che il diritto debba poggiare su dati obiettivi e 'significanti'; e così, l'assenza di reazione a fronte di una comunicata *denuntiatio* assumono una consistente rilevanza di ordine giuridico, al punto che, nel caso in esame, il non-reagire di chi poteva reagire genera la conseguenza gravosa dell'obbligo di riconoscimento, senza poter «nascondersi e nascondere le proprie responsabilità dietro i paraventi delle omissioni».⁴² L'inerzia viene dunque sanzionata – *poena autem mariti*⁴³ – in base ad un principio di responsabilità che investe non solo le azioni del soggetto, ma qualche volta, come in questo caso, anche le 'non azioni'.

Come rovescio della medaglia di questo riconoscimento coattivo conseguente all'ambigua inattività di un marito che non contesta, né afferma che il figlio sia il suo, vi è il rischio che la tutela della prole sia così fortemente intensa da soverchiare la verità dei fatti. E, a dimostrazione di quanto pericolosamente distorti dovettero apparire gli effetti del senatoconsulto, se così applicato, vi è l'attenzione e la riflessione dei giuristi dedicata al problema.

Si pensi, altresì, anche al caso di inattività o non collaboratività della donna, previsto ex D. 25.1.3.6, dove la conseguenza prevista dalle prescrizioni del senatoconsulto era *liberum est marito... partum non agnoscere*;

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

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.6 *Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, vel si non denuntiaverit mulier, aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentive eius partum non agnoscere.*⁴⁵

⁴¹ Vd. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 4, Milano 1979, 304ss.

⁴² In tal senso M. S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, 191.

⁴³ Così è detto in D. 25.3.1.4. A tale proposito L. SOLIDORO, *la rilevanza giuridica del silenzio* cit. 338 che con riferimento al segmento *poena autem mariti ea est ... debebit igitur respondere* così sintetizza: «le parole del giurista accentuano il significato del senatoconsulto Planciano, che penalizzava il silenzio del marito ...» e poi aggiunge «È questo uno di quei casi in cui il silenzio – equiparato all'assenso a titolo di sanzione a carico del coniuge che non avesse reagito – generava obbligazione».

agnoscere, nisi vere filius fuerit.⁴⁴

Inoltre, come dimostra l'osservazione conclusiva di Ulpiano riguardo al contegno passivo o non collaborativo delle parti, la procedura è di tipo sommario ed eventualmente transeunte. Nel ribadire gli esiti della riflessione giurisprudenziale il giurista sintetizza appunto: *nihil praeiudicare filio*; Le sue osservazioni sul contegno passivo tanto della *uxor* che del *maritus* sono contenute in D. 25.3.1.15.

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.15 Ex his apparet, sive uxor omiserit, quae eam ex senatusconsulto observare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem secundum divi Pii rescriptum: sive maritus neglexerit facere, quae ex senatus consulto debet, natum cogitur omnimodo alere, ceterum recusare poterit filium.⁴⁶

Colpisce, fra l'altro, nel riferimento alla condotta inosservante delle prescrizioni del senatoconsulto da parte della donna, il richiamo ad un intervento rescritturale di Antonino Pio; un

⁴⁵D. 25.3.1.6 Ma se il marito di sua volontà presenta dei custodi e lei non li ammette, o se la donna non denuncia, oppure se (la donna) denuncia ma poi non ammette i custodi, ad arbitrio del giudice, è libero il marito o il padre di lui di non riconoscere il parto.

⁴⁴D. 25.3.1.4 La pena per il marito se non manda i custodi, o non controdenuncia che non è incinta di lui, è di essere costretto a riconoscere il parto: e se non lo riconosce viene punito *extra ordinem*. Dovrà dunque rispondere che la donna non è gravida per sua responsabilità, o si deve rispondere in nome di lui: e se ciò sarà fatto, non avrà da riconoscere obbligatoriamente il nato se non quando gli è veramente figlio.

⁴⁶D. 25.3.1.15 Dalle cose dette emerge che se la moglie omise ciò che in forza del senatoconsulto doveva osservare, il figlio non rimane pregiudicato per niente, qualora sia veramente figlio del padre, non soltanto riguardo al diritto di essere figlio di lui, ma nemmeno riguardo agli alimenti, secondo il rescritto dell'imperatore Pio; se poi è il marito a trascurare quelle cose che si debbono fare in forza del senatoconsulto, sarà costretto in ogni caso ad alimentare il nato, ma potrà rifiutarlo come figlio suo.

Il Beseler (vd. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen 1910, 58-59) ha considerato l'intero paragrafo alterato sia sul piano formale che su quello sostanziale, in quanto da esso risulterebbero, a parere dello studioso tedesco, varie incongruenze e contraddizioni. Una posizione critica non condivisa, invero, dalla dottrina romanistica italiana che si è occupata di questi temi. Vd., ad es., E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, 1, Milano 1933, 273, il quale sebbene ritenne il brano non esente da critiche, non arrivò al punto di considerare 'insiticio' il frammento per intero, come aveva fatto il Beseler; F. LANFRANCHI, "Ius exponendi, e obbligo alimentare nel diritto romano classico", in *SDHI*. 6 (1940) 89, invece, sia pure ammettendo una certa 'sovrabbondanza' nello sviluppare e nell'insistere su taluni concetti già affrontati e da lui stesso menzionati, sostenne che non ci sarebbero motivi idonei ad escludere che il testo possa essere classico.

In dettaglio, fra le critiche di ordine formale mosse dal Beseler intorno a tale paragrafo vi è anzitutto l'impiego verbale di *apparere*, sospettato dallo studioso, eppure frequente nel linguaggio giuridico dello stesso Ulpiano (Vd. *VIR*, sv.); poi, al vaglio critico fu passata l'espressione *in iure sui* considerata non classica; e, infine, oggetto di rilievo fu la parte *in alimentis secundum divi Pii*, dove l'a. scorgeva l'assenza di un *praestandis*, sebbene il significato non mi pare cambi col testo così com'è.

Come Beseler, anche Albertario (*Sul diritto agli alimenti* cit. 273) espungeva dal frammento l'inciso *natum cogitur omnimodo alere*, considerandolo un'alterazione dei codificatori giustiniani. Albertario ritenne che nel tratto *sive maritus neglexerit facere, quae ex senatus consulto debet* vi sia stata un'aggiunta ad opera dei giustiniani, i quali «spinti dalla loro tendenza ad assicurare in ogni modo e in ogni caso gli alimenti ai figli» avrebbero obbligato ad alimentare i figli anche quei padri che non avessero osservato talune formalità previste dal senatoconsulto, anche se il *filius* «non può essere riconosciuto per *suus* e non lo sarà». Per lo stesso motivo, l'a. riteneva interpolato anche il paragrafo 25.3.1.14 nel tratto *cogendum tamen alere*, che considerò «a viva forza incuneato nel testo».

A mio avviso, è, invece maggiormente verosimile che l'idea di voler salvaguardare le nascite con una significativa tutela alimentare debba farsi risalire già all'epoca classica, come testimonierebbero lo stesso *rescriptum divi Pii* richiamato in D. 25.3.1.15 ed altre riflessioni giurisprudenziali dello stesso tenore; pertanto, non mi pare condivisibile l'eliminazione dell'inciso *natum cogitur omnimodo alere* proposta da Albertario.

Università degli Studi di Salerno

atto imperiale, a noi ignoto, che doveva senza dubbio occuparsi della tutela alimentare dei figli, connettendosi alla procedura ex Planciano.

L'altra peculiarità emergente dal passo è che esso sembra offrirci un ridondante 'quadro di sintesi' relativamente al contegno passivo di entrambe le parti. Infatti, nel segmento, visto nella sua interezza, era tracciata una riflessione ultima e conclusiva della *interpretatio* raccolta dai commissari giustiniani dall'opera del giurista severiano; una *opinio* che dovrà essere confrontata altrettanto 'conclusivamente' con la descrizione della delibera *ex senatusconsulto* emergente dai paragrafi D. 25.3.1.1-7.

Se si ferma l'attenzione sulla fattispecie del marito inattivo ex D. 25.3.1.15, si potrà cogliere bene, il *novum* derivante dalla speculazione giurisprudenziale inerente alla tutela apprestata nei confronti di madri e nascituri; il *novum* giurisprudenziale è racchiuso nelle parole *natum cogitur omnimodo alere ceterum recusare poterit filium*, che esplicitano la costrizione attuale per il presunto *pater* ad alimentare in ogni caso il nato, pur potendolo rifiutare in un secondo tempo come figlio suo.

In tal caso, si verificava che l'obbligo alimentare si rendeva indipendente dalla soluzione della questione di stato; infatti, ancorché si garantiva l'*alere* del nato e la condivisione delle responsabilità con la madre, come emerge dalle fonti giurisprudenziali succitate, l'*agnoscere* rimaneva un dato rivedibile, potendo così travolgere in un tempo successivo anche l'*alere*. Insomma, fino a quando non fosse provata l'assenza di un legame di sangue con il nato, era purtuttavia previsto che il dovere alimentare venisse addossato all'affermato *pater* in favore del nato, così tutelando naturalmente anche la madre.⁴⁷

È probabile che considerazioni di natura sociale dovettero indurre la *iuris prudentia* a slegare – sia pure in via provvisoria – l'*alere* paterno dal correlativo giudizio di stato, superando così il rigore dello stretto diritto, che avrebbe dovuto esigere invece, per logica giuridica, un'assoluta certezza della paternità prima di imporre l'obbligo di sostentamento del nato.⁴⁸ È possibile, cioè che nella difficoltà del bilanciamento fra gli interessi contrapposti del marito che rimaneva passivo e della donna che sostanzialmente anelava all'assunzione delle responsabilità paterne, i *prudentes*, per apprestare tutela nel modo migliore ad entrambe le parti contendenti, abbiano scelto di favorire la finalizzazione all'esigenza alimentare di tutto l'iter procedurale *ex senatusconsulto*, rimandando ad un tempo e ad una sede diversa l'approfondimento della questione inerente allo *status*.

Nella sua rielaborazione, il giurista di Tiro riepiloga e conferma quanto aveva già enunciato in più momenti l'*opinio* giurisprudenziale, rafforzandone la portata normativa, riassumendo che se il presunto padre *neglexerit facere quae ex senatus consulto debet* (e cioè se non espleta *contra-denuntiatio*, o *missio* di *custodes*) egli *natum cogitur omnimodo alere*, e cioè deve in ogni caso ad alimentare il nato, ma, al momento opportuno, potrà rifiutarlo come figlio suo, *ceterum recusare poterit filium*.⁴⁹

⁴⁷ Risuonano, infatti, come degli obblighi da adempiere per apprestare tutela con urgenza interinale il *cogendum tamen alere* (D. 25.3.1.14) e il *cogitur omnimodo alere* (D. 25.3.1.15) previsti a carico del marito che, malgrado non provi alcunché in ordine al suo *status*, ometta delle attività processuali.

⁴⁸ Sul punto, si vedano le osservazioni di J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard*, 1, Parigi 1912, 343-344; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano 1954, 293ss; M. G. ZOZ, *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Mélanges Fritz Sturm*, 1, Liege 1999, 595ss.

⁴⁹ La riflessione giurisprudenziale alla quale si riferiva Ulpiano comprendeva sicuramente Giuliano; cfr. D. 25.3.1.12 *...si ... is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit neque contestato dixerit eam ex se praegnatem non esse ... ei id quod editum sit agnoscere sit necesse;*.

Ebbene, come testimoniano le espressioni ‘*nihil praeiudicare filio*’ e ‘*ceterum recusare poterit filium*’, l’opera ulpiana aveva inteso decisamente puntualizzare che la questione di paternità non si esauriva necessariamente con il meccanismo procedurale introdotto dal senato, ma poteva essere oggetto di trattazione ulteriore.⁵⁰

Con riferimento al padre inattivo, anche in altre opere dei *prudentes* fu posto in rilievo che la procedura prevista dal senatoconsulto non precludeva un successivo e più sicuro accertamento della filiazione, e che, volendo, non ci si dovesse fermare alla paternità risultante dal meccanismo processuale predisposto dal senato.

Infatti, l’inciso ulpiano *natum cogitur omnimodo alere...* ci autorizza a concludere che la *iuris prudentia* dell’età severiana avesse confermato quel percorso interpretativo imboccato da Giuliano⁵¹, che, appunto, assegnava una prevalenza alla questione alimentare sulla questione del riconoscimento e di stato. In particolare, con lo stesso intento, nel paragrafo 14 del frammento D. 25.3.1, Salvio Giuliano nei suoi *Digesta* precisava che il riconoscimento coatto, previsto già in D. 25.3.1.4 ed imposto al divorziato rimasto passivo rispetto alla *denuntiatio* della *mulier* implicava soltanto l’obbligo alimentare, ancorché ciò non significasse che il parto gli apparteneva – *non suum illi partum effici* –!

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.12 Iulianus libro nono decimo digestorum scripsit: quod senatus consulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex eo concepisse et is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit neque contestato dixerit eam ex se praegnatam non esse, ut ei id quod editum sit agnoscere sit necesse, non eo pertinet, ut, si quis agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit...⁵²

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.14 Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnatam maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere: ceterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversus uxorem praegnatam invenerit et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senatus consulto continetur, omiserit, suum heredem ei nasci.⁵³

Anche l’attività interpretativa del diritto di matrice imperiale puntualizzò la prevalenza della tutela alimentare su quella di stato; in particolare, il rescritto di Antonino Pio, sempre richiamato nella ‘sintesi’ del paragrafo 15, ricalcando quanto già doveva essere stato sostenuto

⁵⁰ In Proposito, vd. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 262, il quale osservò che «anche terzi, eventualmente, potranno tentare con un processo d’accertamento [...] di ottenere una sentenza in cui si dichiara che la persona che altri era stato costretto ad *agnoscere* ed *alere* in base al senatoconsulto non era *filius*».

⁵¹ In particolare, come risulta da Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.8, a proposito della madre che non avesse attivato la procedura *ex senatusconsulto*, Giuliano aveva appunto già sostenuto che *si in totum omiserit denuntiationem, Iulianus ait nihil hoc nocere ei quod editur* [Se del tutto trascura la *denuntiatio*, Giuliano dice che ciò in nulla nuoce a colui che viene generato].

⁵² D. 25.3.1.12 Giuliano nel libro 19 dei *Digesta* scrisse ciò che fu compreso nel senatoconsulto, se la donna denunzierà al marito di aver concepito da lui, e colui al quale si denuncia non manda *custodes* per custodire e vigilare il parto, né testimoni che quella era gravida per responsabilità sua, sarà necessario riconoscere il parto che fu dato alla luce; non riguarda ciò se uno dice di riconoscere il figlio e averlo per suo erede quantunque sia concepito da altri...

⁵³ D. 25.3.1.14 Lo stesso Giuliano scrive che se, alla denuncia della moglie di essere incinta, il marito non nega, il parto non diviene suo (lett. non è procurato a quello il parto come suo), deve però obbligarsi ad alimentare il nato. Ma, egli dice che è grave torto se uno è stato per lungo tempo lontano e al ritorno trova la donna gravida, e perciò la rifiuta, a costui, se mai omise qualcosa di ciò che è contenuto nel senatoconsulto, gli nasca un erede.

Giuliano,⁵⁴ specificò ulteriormente che, per l'inerzia femminile il figlio non rimane pregiudicato a svolgere le attività a propria tutela. D'altra parte, com'è ben noto, proprio sotto tale imperatore, l'obbligo agli alimenti ricevette una diffusa attenzione.

L'elaborazione giurisprudenziale, che, com'è stato osservato più volte, puntualizzò la preminente finalizzazione alimentare del senatoconsulto, fu dunque accolta dal successore di Adriano, il quale, come risulta da D. 25.3.1.15, emanò un *rescriptum* che seguiva e rinforzava proprio questa direzione evolutiva.

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.15 Ex his apparet, sive uxor omiserit, quae eam ex senatusconsulto observare oportuit, nihil praeiudicare filio, si filius est, non tantum in iure sui, verum ne in alimentis quidem secundum divi Pii rescriptum ...⁵⁵

Come si evince dal passo, l'imperatore rescrisse che l'inattuazione o l'inosservanza delle prescrizioni *ex senatusconsulto* da parte della madre, insomma qualsiasi inerzia materna non avrebbe pregiudicato le aspettative del figlio (*ne quidem* = nemmeno) in materia di alimenti nei confronti del presunto padre.

Detto altrimenti, si voleva con queste parole ribadire che, quand'anche non fossero state seguite le disposizioni del senatoconsulto, il figlio non si poteva trovare bloccato da alcuna 'preclusione processuale', in quanto egli avrebbe potuto nondimeno attivare un ordinario processo di accertamento *ex praeiudicio* della paternità per ottenere il riconoscimento del suo *status*, con tutto ciò che ne conseguiva. Il rescritto di Antonino Pio avrebbe precisato inoltre, se mai ve ne fosse bisogno, che la sentenza del procedimento attivato con l'*actio praeiudicialis* avrebbe contemplato pure la tutela di tipo alimentare.⁵⁶

Da una parte della dottrina romanistica è stato, tuttavia, sollevato il sospetto che solo a partire dal lavoro interpretativo dei *prudentes* l'accertamento della qualità di *filius* avrebbe avuto preminente rilievo a fini alimentari,⁵⁷ di tal che, gli effetti dell'*agnoscere* discendenti *ex Planciano* miranti all'*alere* non sarebbero originari, e non appartenerebbero al testo senatorio, ma

⁵⁴ Come risulta da D. 25.3.1.8, dov'è ricordato il pensiero di Salvio Giuliano, qualora la donna avesse ommesso di esercitare la *denuntiatio*, ciò per nulla avrebbe nuociuto alla prole; cfr. Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.8 *Quin immo et si in totum omiserit denuntiationem, Iulianus ait nihil hoc nocere ei quod editur.*

⁵⁵ D. 25.3.1.15 Dalle cose dette emerge che se la moglie omise ciò che in forza del senatoconsulto doveva osservare, il figlio non rimane pregiudicato per niente, qualora sia veramente figlio del padre, non soltanto riguardo al diritto di essere figlio di lui, ma nemmeno riguardo agli alimenti, secondo il rescritto dell'imperatore Pio...

⁵⁶ In tal senso, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 264-265 nt. 276, il quale, sostiene che all'epoca di Antonino Pio, l'accertamento pregiudiziale della qualità di *filius* ebbe rilievo «anche a fini alimentari». Riguardo alla fattispecie in parola, egli affermava altresì che oltre al figlio anche la donna o terzi interessati a far luce sulla paternità «avrebbero potuto intentare un normale processo d'accertamento pregiudiziale (*praeiudicium*) che si poteva concludere con una sentenza che eventualmente dichiarasse proprio la qualità di *pater* di colui che pur non poté essere condannato agli alimenti in forza del SC. Planciano».

⁵⁷ Così J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard*, 1, Parigi 1912, 342ss. Più di recente, A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e Giustizia nel Processo*, Napoli 2002, 117 nt. 48, la quale così scriveva: «dalle fonti un'originaria funzione alimentare dei senatoconsulti non risulta: la riduzione ai fini alimentari dell'obbligo di *agnoscere ex senatusconsulto* fu il frutto dell'interpretazione giurisprudenziale». *Contra*, gli studi di F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. I.* cit. 54 nt. 170, il quale dichiarava che la *coercitio* e l'obbligo di riconoscimento di cui si trattava in D. 25.3.1.4, ove si aveva riguardo all'originario testo del senato, parlava di *agnoscere* ma aveva un prevalente contenuto di *alere*; B. ALBANESE, *Le persone* cit. 262, il quale, sulla stessa linea di pensiero di Lanfranchi, interpretava l'*agnoscere partum* coattivo, previsto nel testo senatorio e descritto in D. 25.3.1.4, nel senso di «sostenere le spese necessarie per l'allevamento (*alere*) della creatura che la donna aveva affermato d'aver concepito da lui in giuste nozze».

sarebbero il portato della successiva interpretazione giurisprudenziale, poi confermata – quanto meno relativamente alla fattispecie richiamata in D. 25.3.1.15 – dal rescritto di Antonino Pio.

Ancora a conferma dell'eventuale provvisorietà degli effetti procedurali *ex Planciano* vi è l'*interpretatio* di Ulpio Marcello, giurista che fece peraltro parte del consiglio imperiale di Antonino Pio e quindi era ragionevolmente a conoscenza della nuova politica del diritto in tema di alimenti, il quale riferiva che l'ex marito *sine praeiudicio* inviava i custodi presso la donna o faceva la controdenuncia;

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.11 Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit. licebit igitur ei partum editum ex se negare nec ei nocebit, quod ventrem custodierit: et ita Marcellus libro septimo digestorum scripsit: ait enim sive quis neget uxorem sive ex se praegnatem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur.⁵⁸

Invero, da questo passo, come in altri, traspare un intreccio di opinioni: nella prima parte del paragrafo, infatti, emerge il pensiero ulpiano che, come disvelato nella porzione finale del frammento, a sua volta ricalcava un'osservazione risalente ad Ulpio Marcello.

Ulpiano introduceva la citazione marcellina con una riflessione sulle reazioni dell'ex-marito rispetto alla *denuntiatio* inoltrata dalla moglie, così sostenendo: *si maritus ... custodes miserit, nullum praeiudicium sibi facit* e anche *licebit ... ei partum editum ex se negare*, e cioè gli sarà permesso negare che il figlio è nato da lui; infine, quasi a voler rinforzare il concetto già espresso, egli rimarcava *nec ei nocebit, quod ventrem custodierit*.

Su questo punto, il giurista severiano stava facendo 'proprio' un concetto evidentemente espresso prima da Marcello (e, come si percepisce dall'impiego di *ait* e *scripsit*, riportandone l'*opinio* in modo alquanto fedele): infatti, il principio emergente è sempre lo stesso nelle due porzioni del frammento.

L'espressione *sine praeiudicio* sembra di poco significato; tuttavia, si comprende bene con l'aggiunta ulpiana che anzi *licebit igitur ei partum editum ex se negare*. Ulpiano chiariva appunto, con le sue parole, il *sine praeiudicio* marcellino: il giurista sottintendeva che la questione della paternità poteva non esaurirsi qui; ovvero, l'accertamento della filiazione legittima era suscettibile di un giudizio successivo che la procedura *ex senatusconsulto* non escludeva, o meglio – per rimanere nella terminologia della fonte – non 'pregiudicava'. (*nullum facit praeiudicium sibi ... - sine praeiudicio mittet custodes ...*).

Insomma, neanche l'esaurimento della procedura *ex Planciano* chiudeva la questione dell'accertamento della paternità con tutte le sue implicazioni; e così il meccanismo processuale predisposto dal senato si confermava ancora una volta importante fondamentale per l'urgenza, ma non per la definitività del risultato processuale.

Come testimonia la fonte giustiniana, la cornice interpretativa che accompagna il senatoconsulto ricalca, insomma, la presenza di un pericoloso 'nodo' nella concreta applicazione del Planciano, che si poteva sbrigliare precisando ripetutamente la portata provvisoria e

⁵⁸ Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.11 Così nel caso contrario, se, avendo la moglie fatto la *denuntiatio*, il marito manda i custodi, non arreca a sé alcun pregiudizio; dunque gli sarà permesso negare che il figlio è nato da lui, né gli sarà di nocimento aver disposto la custodia del ventre. Così scrisse Marcello nel libro 7 dei *Digesta*: invero, dice il giurista, sia che egli neghi la qualità di *uxor*, o che la gravidanza sia opera sua, senza pregiudizio e rettamente manderà i custodi, specialmente se in procinto di mandarli si contesterà proprio ciò.

Il passo è stato oggetto di numerose espunzioni da parte di Beseler; ma senza adeguata giustificazione di ciò. Vd. G BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen*, Tübingen 1920, 213. Egli espungeva dal testo tali tratti: *quemadmodum per contrarium, nullum praeiudicium sibi facit, igitur, sine praeiudicio, protestetur* Vd. anche F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in ZSS. 42 (1921) 319ss.

transeunte degli esiti del procedimento connessa all'immediata tutela alimentare della prole.⁵⁹ Il grande vantaggio dell'*agere ex senatusconsulto* era infatti connesso alla specialità dell'*iter* e al momento della sua attivazione, previsto nell'immediatezza di un divorzio, e tale da consentire alla donna di poter agire quando il figlio era ancora un nascituro, e non ancora un nato.

In tal modo, dalla riflessione giurisprudenziale sulla disciplina *ex Planciano* derivava che l'obbligo alimentare si rendeva indipendente dalla questione di stato; l'*agnoscere* rimaneva un dato rivedibile, potendo così travolgere in un tempo successivo anche l'*alere*, ma fintanto che non fosse provata l'assenza di un legame di sangue con il nato, era comunque previsto che gli alimenti venissero corrisposti dall'affermato *pater*.⁶⁰

I *prudentes*, pur di apprestare tutela nel modo migliore ad entrambe le parti contendenti, avevano scelto, dunque, di favorire l'esigenza alimentare del nato, sottraendolo al rischio di abbandono, nonché di favorire la madre che, senza la partecipazione paterna, avrebbe dovuto prendersene cura da sola o, al più con l'ausilio della propria famiglia. Insomma al figlio si assicuravano le responsabilità paterne, alla ex-moglie e madre si assicurava la corresponsabilità dell'ex-marito nel sostentare e nell'allevare il frutto dell'unione, o - per ripetere la terminologia più frequente in questi passi escerpiti - il *partus*.

La filiazione dopo il divorzio era, quindi, ampiamente considerata, sia nell'immediatezza del parto, ancorché con una disciplina che operava eventualmente soltanto *medio tempore*, sia in seguito, potendosi riaprire la questione della paternità anche dopo l'esperimento del procedimento *ex Planciano*.

A mio vedere, il senato aveva deciso di intervenire, e in qualche modo di 'interferire', in un settore lasciato, dapprima, a soluzioni interne alla *familia*, per favorire il riconoscimento e il sostentamento dei nati, e per evitare che *filii* potessero essere andare incontro ad abbandono o a morte⁶¹ per le disfunzioni dell'istituto familiare romano, già da tempo registrate⁶² e variamente affrontate.⁶³

In ultimo, occorre riflettere sul dato che il senato parlò di *agnoscere*, e poi la giurisprudenza separò l'*agnoscere* dall'*alere*; e ciò non ritengo debba meravigliare: infatti, dato che l'obbligo alimentare nei primi secoli dell'impero non è un istituto 'configurato', nella

⁵⁹ Sul tema J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard*, 1, Parigi 1912, 343-344, il quale riscontra una 'tendance restrictive' da parte dei giuristi - a partire da Giuliano - consistente nel voler riportare il senatoconsulto Planciano al semplice problema dell'*alere* dissociando la questione di legittimità dalla questione alimentare. Essi, dunque, ridussero via via il contenuto dell'*agnoscere ex senatusconsulto* ad un semplice *alere*. Di diversa opinione F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. I*. cit. 37, per il quale il problema dell'*agnoscere ex senatusconsulto* era già in funzione dell'*alere*, altrimenti il senato avrebbe dato vita ad un meccanismo processuale che permetteva facili alterazioni fraudolente dello *status*.

Da ultimo, interessanti rilievi di A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e Giustizia nel Processo*, Napoli 2002, 93ss.

⁶⁰ Risuonano, infatti, come degli obblighi da adempiere per apprestare tutela con urgenza interinale il *cogendum tamen alere* (D. 25.3.1.14) e il *cogitur omnimodo alere* (D. 25.3.1.15) previsti a carico del marito che, malgrado non provi alcunché in ordine al suo *status*, ometta delle attività processuali.

⁶¹ Emblematico specchio della situazione di pericolo per i nati che versassero in condizioni di bisogno il testo di Scevola, posto in D. 40.4.29, nel quale si dava conto, ancora in tempi successivi al senatoconsulto Planciano, del problema dell'abbandono dei figli.

⁶² Nell'ambito della letteratura latina, numerosi autori (tra cui, ad es., Ovidio, Seneca, Giovenale) descrivono con crudezza una serie di deviazioni dell'istituto familiare: dalla dissolutezza dei costumi, alla frequenza dei divorzi e dell'adulterio, o al ricorso alle pratiche abortive. Sulla crisi del matrimonio, vd. E. CANTARELLA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2015, 105 ss.

⁶³ Mi riferisco alla legislazione matrimoniale augustea. vd. E. CANTARELLA, *Istituzioni* cit. 105-108.

delibera *ex senatu* si parlava *sic et simpliciter* di ‘riconoscimento’, ancorché da esso sarebbero discese naturalmente tutte le funzioni paterne: tra le quali, oramai, non solo i poteri insiti nel ruolo di *pater* ma anche, a mio avviso, la responsabilità di allevare il nato.

Detto altrimenti, il senato parlò di *agnoscere partum* ricomprendendo implicitamente anche l'*alere*. Solo nel tempo a seguire, la giurisprudenza e gli imperatori avrebbero isolato il concetto di ‘obbligo alimentare’, e l'avrebbero favorito in più occasioni. Se, nell'assetto più maturo dell'impero, ‘riconoscimento’ e ‘alimentazione’ vennero slegati è insomma sintomo dell'avvenuta emersione, in quel tempo, del concetto giuridico di ‘alimenti’. Un tale sviluppo normativo, è ben rappresentato proprio nel percorso di evoluzione ‘lessicale’ del senatoconsulto Planciano, dove, mentre *ab initio* l'alto consesso aveva impiegato il vocabolo *agnoscere* con valore onnicomprensivo, di poi l'*interpretatio* avrebbe distinto nettamente l'*agnoscere* dall'*alere*, assegnando alle parole un significato giuridico autonomo.

5. - Presunta incidenza della legislazione di Gortina.

Nel mio studio sul Planciano ho ritenuto possibile che il ragionevole *auctor* del senatoconsulto, il Plancius uomo politico vissuto negli anni di Vespasiano, si sia ispirato alla preesistente legislazione di Gortina, città che sorgeva nella parte centrale dell'isola di Creta, eletta a capitale dell'isola nel 67 a.C. da Metello; insomma al tempo di Plancius, Creta era una provincia romana; là vi era una sede del proconsole romano; là Vespasiano aveva soggiornato più volte, e, inoltre era stato questore della provincia di Creta e Cirene, risiedendo proprio a Gortina.

L'idea è che questo Plancius avrebbe proposto il senatoconsulto dopo l'esperienza bitinica, prima di passare a governare la città di Apamea negli anni 78-79. A suffragare quest'ipotesi è stato osservato altresì che costui potrebbe essersi ispirato alle disposizioni in ordine alla filiazione e al divorzio contenute nella legge di Gortina, a Creta;⁶⁴ l'isola del Mediterraneo costituiva una ‘tappa normale’ nelle rotte verso l'Asia Minore, e perciò l'occasione per conoscere la legge cretese non sarebbe certo mancata a tale Plancius nei suoi spostamenti fra Roma e la Bitinia.⁶⁵

Se collegato a tale personaggio, il senatoconsulto si collocherebbe comunque intorno alla seconda metà del I secolo d.C.⁶⁶, verosimilmente a partire dal 69, cioè l'anno di pretura di M.

⁶⁴ Sono state consultate tali edizioni della legge di Gortina: D. COMPARETTI, *Mon. Ant. Acc. Lincei* 3 (1893) 127 (contenente altresì la sua traduzione italiana) e M. GUARDUCCI, *Inscr. cret.*, 4, Roma 1950, 143, 156. In materia, inoltre, si veda, U. E. PAOLI, sv. *Cortina*, in *NNDI*. 7 (1961) 1149; A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel codice di Gortina*, Milano 1997; Id., *Gortina*, in *Monografie della scuola archeologica di Atene e delle missioni italiane in Oriente*, 3, Roma 1988, 321-337.

⁶⁵ Sul punto, illuminanti sono gli studi di G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto* cit. 249-251, per il quale questo *Plancius* (o *Plancianus*) si sarebbe forse ispirato alla legislazione della città di Creta, da lui presumibilmente visitata al tempo dell'incarico di governatore della Bitinia. Peraltro, L'a. così aggiunge: «Non è da dimenticare poi che Vespasiano, il suo protettore, oltre ad aver soggiornato più volte a Gortina, era stato anche, prima di salire al trono, questore della provincia di Creta e Cirene, con residenza proprio a Gortina. E le leggi della città, sistemate poi da Traiano nella sua costruzione, erano esposte in ordine già prima alla vista di tutti. Lo prova la numerazione delle pietre»; *contra* B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit. 261 nt. 257, che considera «irrelevanti le vaghe affinità esistenti tra le norme del SC Planciano e quelle della legge cretese di Gortina».

⁶⁶ Come è stato puntualizzato *supra*, le teorie più frequenti oscillano fra l'età di Vespasiano e quella di Traiano; e vi è anche chi prospetta la possibile risalenza nei due *imperii* senza optare per nessuno di essi in particolare. Tra costoro si può annoverare, ad es., R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1, Parigi 1947, 262, secondo cui «le senatusconsulte Plancien ... rendu sous Vespasien ou Trajan»; A. METRO, *La datazione dell'editto «de inspiciendo ventre custodiendoque partu»*, in *Syntelesia*, 2, Napoli 1964, 951 e 954, il quale ritiene il

Plancius Varus, oppure nel 71 d.C. in un suo presunto consolato. Era questo, peraltro, il tempo in cui andava progressivamente esaurendosi l'attività normativa assembleare e s'inaridiva la portata innovativa dell'editto pretorio. a tutto vantaggio del senatoconsulto, che, invece, passava progressivamente a costituire una fonte del diritto privilegiata.

L'interesse che Gortina ha per i giuristi è dovuto all'eccezionale importanza delle sue epigrafi ritrovate esposte alla vista di tutti sui muri di palazzi pubblici; esse contenevano le leggi della città. Era uso delle città greche iscrivere sulle pareti degli edifici pubblici le leggi, così da portarle alla conoscenza di tutti. La scoperta delle epigrafi gortinie è merito della missione archeologica italiana, che a partire dalla fine del 1800 eseguì a Gortina scavi sistematici (il capo della missione era l'archeologo italiano Federico Halbherr che scoprì le epigrafi nel 1884; la scoperta epigrafica fu poi pubblicata in Italia da Domenico Comparetti). Il complesso dei vari documenti epigrafici costituisce il 'diritto di Gortina', che può essere collocato indietro nel tempo successivamente al V secolo a.C., perché esse presuppone la circolazione della moneta che a Creta risale ai primi decenni di quel secolo. Le epigrafi furono, peraltro, risistemate da Traiano nella sua opera di ricostruzione.

Per alcuni le epigrafi costituiscono il 'codice' di Gortinia; d'altra parte, se anche non si arriva a tanto, si deve ammettere che esse contengono molte leggi della città, offrendo un'importante testimonianza giuridica tanto dell'ordinamento cittadino quanto dei rapporti familiari. Questo *corpus* normativo consente, peraltro, una ricostruzione della condizione giuridica della donna, dei figli e degli schiavi.

Diversamente dalla donna romana, la donna gortinia può esprimere direttamente la propria volontà con effetti giuridici; basti pensare che il vincolo matrimoniale non può costituirsi senza il suo consenso, cioè deve consentire al proprio matrimonio; inoltre, ella può essere titolare di diritti patrimoniali dei quali dispone liberamente, nel senso che la donna di Gortina può direttamente e senza l'assistenza di alcuno compiere atti di disposizione su ciò che le appartiene; infine, costei può stare in giudizio.

Con riferimento ai figli, il diritto della città cretese stabilisce tre periodi di età a ciascuno dei quali corrisponde una diversa condizione giuridica: l'impubertà (dall'infanzia fino ai 12-14 anni, secondo se tratti dell'impubere de sesso femminile o maschile), la minore età, la maggiore età che è proprio dai 18 anni. Invero, solo l'ultradiciottenne ha piena capacità di disposizione sui suoi beni. Nel settore della filiazione, traspaiono una sensibilità e un'accuratezza del legislatore di Gortina nella disciplina della sorte del figlio che sia nato dopo il divorzio: dallo studio epigrafico si apprende un *iter* da seguire; il figlio dei coniugi divorziati doveva essere portato dai parenti al padre presunto, il quale doveva dichiarare se intendeva riconoscerlo e allevarlo.⁶⁷

Riproduco, di seguito, alcuni passi interessanti delle diritto di gortinio (nella traduzione fornita da traduzione di M. Guarducci), i quali rivelano la sensibilità rispetto alla sorte del figlio che nascesse dopo il divorzio dei suoi genitori.

testo senatorio «al più tardi di età traiana», «forse proprio traiana»; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, 129 nt. 34 che così sintetizza: «Le S.C. Plancien (Vespasien ou Trajan)».

Infine, vi è chi abbraccia un segmento temporale molto ampio dell'età del principato senza inoltrarsi in soluzioni più precise; si veda, ad es., P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi 1906, 162, che scriveva «un sénatus-consulte antérieur à la mort d'Hadrien, le sénatus-consulte Plancien».

⁶⁷ U. E. PAOLI, sv. *Gortina* cit. 1149ss.

Ep. G. col. III 44-52 “Se partorisce una donna divorziata, si rechi a casa del marito alla presenza di tre testimoni. Se non accoglie (il neonato), spetterà alla madre decidere se allevare o esporre il figlio. Prevalga il giuramento dei parenti e dei testimoni riguardo al fatto che si siano recati (a casa del marito)”.

Ep. G. col. IV 8-17 “Se una donna divorziata ha esposto il bambino prima di recarsi (dall'ex-marito) secondo quanto stabilito, nel caso di un libero pagherà 50 stateri, nel caso di uno schiavo 25, se soccombe in giudizio. Se però non c'è una casa dove recarsi, oppure non lo vede (l'ex-marito), non sia esposta a sanzioni se espone il bambino.”

Ebbene, in base alle epigrafi di Gortina, l'ex-marito ha il diritto di considerare come proprio figlio legittimo il nato dalla donna divorziata; e, anche se la legge non lo dice, è pensabile che giocassero anche dei meccanismi presuntivi della paternità legittima, vale a dire che il figlio doveva nascere in un arco temporale tale da rendere verosimile il concepimento in costanza di matrimonio.

Se l'ex-marito respinge il figlio, e cioè non lo riconosce come proprio, la decisione sulla sorte del neonato spetterà alla madre.⁶⁸ Solo se riconosciuto, il figlio può diventare *gnesios*, cioè legittimo.

La legislazione di Gortina consente, inoltre, all'ex-marito la possibilità di agire per rivendicare il figlio sostenendo di non essere stato tempestivamente avvertito della sua nascita. Di fronte a questa rivendicazione, i parenti della donna possono scegliere fra due strade: o accolgono la richiesta dell'ex-marito e consegnano il nato, che, in questo caso, sarà riconosciuto come figlio legittimo e presumibilmente presentato all'eterìa dal padre; oppure fanno resistenza affermando di aver regolarmente notificato la nascita recandosi a casa dell'ex-marito. Se decidono di resistere (magari per odio verso l'ex-marito) la legge prevede che i *kadestai* della donna abbiano diritto di offrire un giuramento che il giudice deve accettare. Se invece decidono di non prestare giuramento e di consegnare il nato all'ex-marito non sono previste sanzioni né a carico dei parenti della donna, né a carico dei testimoni. Lo si desume dal fatto che le sanzioni sono irrogabili, invece, nel caso in cui la donna sia accusata di aver esposto il neonato senza aver notificato la nascita all'ex-marito.⁶⁹

Significativo è il trattamento della madre, la quale, nel caso che non abbia l'appoggio dell'ex-marito e padre del nato, non potrà essere punita per avere esposto il figlio.

6. – *Obbligo di agnoscere natum: dal Planciano ad un significativo passo di Cervidio Scevola.*

Com'è ben noto, nelle fonti si parla di *tollere liberum* con probabile allusione ad un oscuro uso sacrale; che poi, tale atto, consistente nel ‘sollevare il figlio’, avesse valore soltanto morale o fosse anche giuridicamente rilevante è stato oggetto di tante riflessioni, sulle quali non mi soffermo. Però, comunque si interpreti il *tollere liberum*, in senso etico o in senso giuridico, il *pater* restò pieno arbitro di ‘accogliere’ (o forse ‘riconoscere’) il nato finché non furono

⁶⁸ A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel Codice di Gortina*, Milano 1997, 19, osserva che «prendendo alla lettera il testo sembra che rilevi solo la volontà della madre, In realtà l'accento ai *kadestai* rileva che dopo il divorzio, la donna è ritornata nella famiglia d'origine. Difficilmente quindi potrà decidere di allevare il bambino se i suoi parenti (e in particolare il padre o i fratelli) sono contrari. È vero quindi che il legislatore imputa la decisione alla madre; ma con ciò si intende soprattutto sottolineare che l'ex-marito, una volta respinto il neonato, non può più determinare la sua sorte». Diversamente R. Körner, *Inscriptliche Gesetzestexte der frühen griechischen Polis*, Köln-Weimar-Wien 1993, 490 nt. 6).

⁶⁹ A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel Codice di Gortina* cit. 19-20.

introdotti rimedi processuali atti a consentire alla madre e al figlio di ottenere un riconoscimento per mezzo di una sentenza dello 'Stato' romano. Uno di questi rimedi è quello della procedura *ex senatusconsulto Planciano*, che interviene, peculiarmente, nella fase antecedente alla nascita.

Si determinò così, a partire da questo momento, un intervento della *Civitas* in materia di riconoscimento; il fatto è che, nei primi secoli della storia di Roma, la *familia* rappresentò un'organizzazione abbastanza autonoma, autarchica, e lo il potere pubblico interveniva poco all'interno di essa: dove c'era un gruppo familiare c'era un *pater* che costituiva il capo del gruppo e che dirigeva il gruppo, c'era un organismo interno che interveniva nelle decisioni importanti e prendeva il nome di *consilium domesticum*, c'erano *sacra* propri delle singole famiglie. Invero, nei primi secoli sembrano coesistere due organizzazioni distinte con ordinamenti distinti: la *Civitas* e la *familia*; vi è dunque un ordinamento esterno della *Civitas* e un ordinamento interno della famiglia. Per un tratto lungo di storia romana lo 'Stato' interviene solo eccezionalmente nelle dinamiche che attengono all'ordine familiare. Ma nei secoli a venire le cose mutarono; e, via via lo 'Stato' cominciò ad interferire nelle questioni familiari.

Nel caso del senatoconsulto Planciano il sistema giurisdizionale romano 'impone' al padre di riconoscere il nato anche se costui non vuole. Con il suo potere, insomma, lo 'Stato' era entrato nell'intimo equilibrio della *familia* romana e ne aveva violato la sacra autonomia di un tempo; attraverso il senatoconsulto Planciano la *Civitas* 'impondeva' il riconoscimento per tutelare adeguatamente il *filius* e, in più modi, anche la madre di lui, che, senza tutela sarebbe rimasta sola nella crescita del nato.

Ecco l'interferenza del potere pubblico nella famiglia!

Ritengo utile un approfondimento sul 'perché' il potere cittadino decida di intervenire in questo ambito.

Non si può ignorare che della prole scomoda sembrerebbe non infrequente che le donne se ne liberassero; dalle testimonianze tratte dalle fonti risulta che oltre all'abbandono, era anche largamente praticato, nonostante i divieti legali, l'infanticidio.⁷⁰ Così, tanto per citare un caso, una crudele morte per fame era talora subita dai figli illegittimi ed adulterini; perfino Augusto, nonostante favorisse l'incremento delle nascite, risulta aver disposto che morisse di fame l'infante nato da Giulia minore.⁷¹

Il senatoconsulto *de agnoscendis liberis* intese verosimilmente combattere il pericolo di abbandono, se non addirittura di soppressione, dei figli; al tempo stesso, però, il esso volle anche verosimilmente occuparsi della possibile condizione di difficoltà delle madri. Il punto è che senza l'azionamento della procedura *ex Planciano* la donna avrebbe dovuto occuparsi da sola, o al più con l'aiuto della propria famiglia, della crescita del *filius*.

La tutela della nascita offerta dal meccanismo *ex senatusconsulto* era non a caso – come si è appreso – una tutela alimentare; non sarebbe immediata invece la tutela successoria; e non risponderebbe invece ad esigenze immediate e pressanti quella di tipo morale. È, oltretutto, in sintonia con il pragmatismo romano un'interpretazione siffatta delle finalità del senatoconsulto; e, sebbene, per quel che sappiamo, nel testo senatorio si parlasse più semplicemente di *agnoscere*, piuttosto che di *alere*, è pur vero che, ragionevolmente, nell'ambito del riconoscimento si doveva considerare implicito, a mio avviso, un dovere di prestare gli alimenti in capo all'accertato *pater*. D'altra parte, la giurisprudenza avrebbe poi enfatizzato proprio la tutela immediata (e non necessariamente definitiva) dell'esigenza dell'*alere*.

⁷⁰ Sulla frequenza dell'infanticidio cfr. Tertull., *Ad nat.*, 1.15.

⁷¹ Vd. sul tema P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1971), 81 (= *Patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985).

A questo proposito, mi pare significativo evocare un noto passo di Scevola⁷², che, nel volgere dei tempi successivi al senatoconsulto, si occupò ancora della delicata sorte dei figli nascenti dalle donne divorziate; infatti, come si apprende dal giurista, i nati da una famiglia dissolta erano sempre esposti al rischio di essere abbandonati. Nel passo si descrive proprio un episodio di abbandono.

Scaev. 23 dig. D. 40.4.29 Uxorem praegnatem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit ...

Ebbene, nonostante che esistesse il meccanismo processuale *de agnoscendis et alendis liberis*, al tempo di Cervidio Scevola persisteva ancora il rischio di *expositio* della prole; viene di pensare che nelle situazioni di indigenza o difficoltà ad allevare un figlio senza l'appoggio paterno, le donne erano ancora portate a disfarsi dei figli.

Il testo di Scevola, posto in D. 40.4.29, costituisce uno specchio emblematico della situazione di pericolo per i nati da madri divorziate che non potevano occuparsene. È opportuno però richiamare il caso riferito dal giurista, trattandosi di una vicenda alquanto articolata di divorzio e successione.

Scaev. 23 dig. D. 40.4.29 Uxorem praegnatem repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato, quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi, an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate ei ignorantis patris esset, testamentum non valere ...⁷³

⁷² Cfr. D. 40.4.29 Un tale aveva ripudiato la moglie mentre era incinta e si era preso un'altra donna; quando la prima moglie partorì, espose il figlio...; cfr. LENEL, *Pal.* n. 102.

Sulla datazione presunta dei *Digesta* di Scevola, vd. da ultimo T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 2000, 49ss.; ivi l'a. contesta l'opinione di Krüger e Honoré secondo cui l'opera di Scevola sarebbe stata pubblicata in una data compresa fra il 169 ed il 177 d.C. e segue l'ipotesi risalente Lenel per la quale tali *Digesta* sarebbero stati composti invece dopo il 178 d.C.: infatti in tale anno sarebbe stato realizzato il senatoconsulto Orfiziano, sicuramente presente nell'opera perché senza di esso «non si spiegherebbe il problema affrontato da Scevola in D. 22.3.29.1». Più cauto è l'a. nell'indicare il termine *ante quem*, rispetto al quale egli non ritiene, diversamente da Lenel, di poter datare l'opera convincentemente prima della morte di Marco Aurelio avvenuta nel 180, né di poterne escludere, in ragione del contenuto, una pubblicazione postuma da parte dei discepoli.

⁷³ Cfr. D. 40.4.29 Un tale aveva ripudiato la moglie mentre era incinta e si era preso un'altra donna; quando la prima moglie partorì, espose il figlio; questi fu raccolto da un altro ed educato, chiamandosi sempre col nome del padre: fino al tempo in cui era in vita il padre, tanto da lui che dalla madre si ignorava se fosse nel novero dei vivi; morto il padre, e letto il testamento di costui, col quale il figlio non fu né diseredato né istituito erede, il figlio riconosciuto e dalla madre e dagli avi paterni possiede l'eredità del padre *ab intestato*, quasi legittimo. Fu domandato se quelli, che riceverono la libertà per testamento, siano liberi o servi? Rispose, che in verità il figlio nessun pregiudizio aveva sofferto, se il padre lo ignorava: e perciò, essendo *in potestate* del padre che lo ignorava, il testamento non era valido... LENEL, *Pal.* n. 102.

Sulla datazione presunta dei *Digesta* di Scevola, vd. da ultimo T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 2000, 49ss.; ivi l'a. contesta l'opinione di Krüger e Honoré secondo cui l'opera di Scevola sarebbe stata pubblicata in una data compresa fra il 169 ed il 177 d.C. e segue l'ipotesi risalente a Lenel, per la quale tali *Digesta* sarebbero stati composti invece dopo il 178: infatti, in tale anno sarebbe stato realizzato il senatoconsulto Orfiziano, sicuramente presente nell'opera perché senza di esso «non si spiegherebbe il problema affrontato da Scevola in D. 22.3.29.1». Più cauto è l'a. nell'indicare il termine *ante quem*, rispetto al quale egli non ritiene,

Nel dettaglio, il giurista, consigliere di Marco Aurelio, ricorda che una madre aveva esposto il figlio nato dal marito, dal quale era stata ripudiata mentre era in gravidanza; il padre aveva redatto un testamento in cui il *filius* non era contemplato; ma tale atto testamentario era stato considerato nullo per *praeteritio* di un *suus heres*, con la conseguenza che il figlio avrebbe potuto ancora far valere il suo stato ed incamerare i beni paterni.⁷⁴

Il caso presenta qualche peculiarità, perché l'*expositio* avviene ad opera della madre, quando invece, lo *ius exponendi* è un potere tipico del *paterfamilias*; inoltre, nella fattispecie richiamata da Scevola, il vincolo potestativo tra *pater* e *filius* non pare subire alcun cambiamento nonostante l'*expositio* da parte della madre.⁷⁵

Alla luce di queste osservazioni, il senatoconsulto Planciano può aver rappresentato un'importante misura a sostegno di quelle madri divorziate che non avessero i mezzi sufficienti al sostentamento dei figli, con la peculiarità di intervenire tuttavia ancora prima della nascita, scongiurando così vicende di *expositio* materna come quella narrata da Scevola. Dal ricordo di Cervidio Scevola sembra di poter dedurre, peraltro, che, ancora al tempo del giurista, la sorte della prole nascente delle famiglie divorziate, il cui sostentamento risultasse eccessivamente gravoso per le madri, rimaneva poco tutelato dal diritto se esse abbandonavano ancora i propri figli. Si scorge così la funzione 'ultima' del Planciano che mirando a tutelare i 'parti' delle donne favoriva il nascituro, la madre, e oltre ciò, la stessa *Civitas*⁷⁶ che rischiava di perdere un cittadino e un soldato. Con tale senatoconsulto, insomma, lo stato tutelava non solo donne e nascituri ma anche se stesso.

Abstract – Il contributo al dibattito scientifico, nel Seminario di studi sulla donna nel mondo antico, è inteso a lumeggiare il ruolo delle donne nell'età imperiale. Dal confronto fra le fonti letterarie e giuridiche emergono l'aspra visione moralistica dei letterati e la realistica percezione della debolezza della condizione femminile da parte del diritto.

diversamente da Lenel, di poter datare l'opera convincentemente prima della morte di Marco Aurelio avvenuta nel 180, né di poterne escludere, in ragione del contenuto, una pubblicazione postuma da parte dei discepoli.

⁷⁴ Sul punto, M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e Famiglia*, Milano 1938, 35 nt. 1, F. LANFRANCHI, "*Ius exponendi*," cit.; ambedue gli studiosi ritengono che il padre, fino alla morte, ignori la stessa esistenza del figlio. *Contra* A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*. 1. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979, 170, il quale afferma che «nulla vieta di interpretare, ciò che mi pare più vicino alla realtà, nel senso che il marito fosse a conoscenza della gravidanza della moglie».

⁷⁵ Nel caso del padre espositore, e fino all'età di Costantino (Cfr. CTh. 5.9.1), il rapporto di filiazione poteva essere fatto valere dal padre in qualsiasi momento, a riprova che, malgrado l'esposizione, la *patria potestas* non veniva meno; Cfr. C. 5.4.16, dove una costituzione di Diocleziano e Massimiano, presupponendo il persistere della *patria potestas* nonostante l'avvenuta *expositio* paterna, prevedeva che per la validità del matrimonio della figlia esposta era comunque necessario il consenso del *pater* espositore.

A proposito del perdurare del vincolo potestativo malgrado l'esercizio dello *ius exponendi*, si veda: E. VOLTERRA, *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'expositio*, in *Studi Besta*, 1, Milano 1939, 457-458 [=ora in *Scritti giuridici*, 4, Napoli 1993]; S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Scritti giuridici*, 3, Milano 1948, 95 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1971) 80 [= *Patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Studi di diritto romano*, 2, Padova 1985].

⁷⁶ A proposito della tutela dei nascituri vd. gli approfondimenti recenti di M. P. BACCARI, *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie*; Id. *La difesa del concepito*, Torino 2006, *passim*. 49ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*. Milano 2008 *passim*; C. TERRENI, «*Me puero venter erat solarium*». *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, 15ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 51ss. e bibl. corrispondente.

Università degli Studi di Salerno

The contribution to the scientific debate, in the Seminary of studies on woman in the antiquity, is intended to highlight the female role in the imperial age. Through a differentiation between literary and juridical sources comes out the literature's harsh moralistic view and the realistic estimate of the weak female condition by the world of law.