

Diritto romano

Potere: bisogna riflettere sulla morfologia delle forme di potere del sistema romano.

Vi sono tre nuclei tematici:

1. **Dimensione di potere all'interno della famiglia**, nel sistema delle relazioni di parentela e dei rapporti interpersonali che si costituiscono secondo due categorie concettuali:
 - **Generazione**; che lega un soggetto a un altro
 - **Genere**; il rapporto uomo-donna, come elemento che determina situazioni di potere e, inevitabilmente, di subordinazione a quel potere.

Il sistema familiare costituisce l'asse portante del sistema ordinamentale romano al cui vertice troviamo il *pater familias*, la dimensione potestativa ininterrotta nel tempo sta a significare la centralità della famiglia all'interno del sistema di potere.

2. Dimensione di potere che si esprime nella **relazione tra il soggetto e la realtà materiale** che lo circonda, il mondo esterno, l'individuo e la cosa. Ciò significa studiare l'emersione dell'appartenenza, il modo in cui si configura il rapporto tra la famiglia e le cose, i beni materiali. Inizialmente si configura verosimilmente come appartenenza plurale per poi divenire individuale e da questo momento in poi ci sarà la percezione dei limiti dell'appartenenza, del potere del privato sulle cose. Si apre quindi il tema dei **beni comuni**, che chiama in causa modelli di tipo solidaristico in una dimensione comunitaria.
3. Dimensione del potere del **privato sul privato**; il contesto di riferimento è l'obbligazione, perché è il luogo del potere del creditore nei confronti del debitore. La subordinazione del debitore si costruisce attorno la responsabilità sulla quale si innesta il rapporto di **obbligazione**. È il contratto il luogo in cui si genera grazie al consenso la sottoposizione del potere del creditore rispetto al debitore, infatti non ha mai efficacia reale. L'obbligazione naturale, art. 2034, è un'obbligazione incoercibile, se il debitore adempie non può avere indietro ciò che ha prestato. L'atto illecito genera una forma di responsabilità, quella extracontrattuale, anch'essa genera un potere.

Questi tre nuclei tematici si legano al sistema del diritto pubblico attraverso la corrente dell'interpretazione costituzionalmente orientata, inaugurata da Stefano Rodotà nella sua prolusione all'università di Macerata nel 1966: il sistema del codice civile del 1942, gli istituti privatistici devono essere sviluppati, interpretati e giurisdizionalmente attuati conformemente ai valori e ai principi della Carta Costituzionale. I cardini su cui sono costruiti gli **artt. 2 e 3 Cost.** diventano le linee sulle quali l'elaborazione del diritto privato.

Il Codice civile argentino del 1971 risentiva fortemente del codice Napoleonico, fino a quando viene costituita una commissione del 2013, nel 2014 viene varato il nuovo progetto entrato in vigore nell'agosto del 2015.

L'**art. 1** del Codice civile argentino che ha scelto un'impostazione casistica recita: *"i casi che questo codice regola devono essere risolti secondo le norme che risultano applicabili conformemente alla Costituzione nazionale e ai trattati in tema di diritti umani nei quali la Repubblica è parte.*

La distribuzione tra privato e pubblico come momenti sistematicamente distinti che agganciano fonti e diversi e criteri sviluppativi diversi ci rappresenta due dimensioni in forte e doveroso dialogo. L'interpretazione costituzionalmente orientata della nostra dottrina trova posto nel codice civile argentino.

Pietro Bonfante (1864-1932) allievo di Vittorio Scialoja, professore di diritto romano, commerciale insegna a Roma ma è anche rettore alla Bocconi. La riflessione scientifica di Pietro Bonfante muove da una prolusione il cui tema è l'originaria indistinzione tra diritto privato e diritto pubblico: essi rappresentavano un unico ordinamento, due anime di una normativa assolutamente unitaria e l'elemento in grado di comprovare l'originaria indifferenziazione è data dalla famiglia, il carattere politico della famiglia arcaica anticipazione storica dello Stato che interpreta le funzioni proprie della

comunità statale. Colui che esprime il potere di assicurare ordine e sviluppo è il *pater familias* in una struttura autocratica, un modello che si potrebbe definire **autarchico**.

I modelli familiari nell'esperienza giuridica romana

Vi sono una pluralità di figure rispetto al modello unitario. F. D. Pasmeli intitola un articolo agli inizi del 2010, l'Arcipelago familiare, evocativo di tante realtà familiari ciascuna a sé, chiamava in causa un'antica metafora formulata nel 1948 di cui è autore uno studioso di diritto ecclesiastico di nome Arturo Carlo Jemolo noto per i suoi atteggiamenti polemici nei confronti della Costituzione, lui avrebbe aspirato ad una scrittura in termini pragmatici, meno valoriale, timoroso che potesse dar luogo ad una disapplicazione della Carta.

L'art. 29 Cost. definisce la famiglia e Jemolo teme un intervento legislativo troppo aggressivo e formula nel saggio del 1948 la metafora: "la famiglia è un'isola che il mare del diritto lambisce, ma lambisce soltanto".

Busnelli negli anni 2000 scrive l'arcipelago familiare riprendendo la metafora: "l'isola è ormai diventata un arcipelago".

La prospettiva di una pluralità trova la sua applicazione nella legge Cirinnà del 2016, che disciplina le unioni civili e le convivenze di fatto.

Il modello romano è basato su un'unione eterosessuale a fini procreativi, che si allarga a dimensioni diverse, si tratta di un problema quantitativo.

Cicerone

Cicerone non è un giurista ma un **retore**, colui che assiste i clienti e interviene nel processo, un *advocatus*. A Roma le due qualifiche non coincidono perché sono diverse le competenze, l'aspetto retributivo in quanto il giurista non lavoro svolge una missione al contrario dell'avvocato che esercita una professione.

Il giurista è l'esperto di diritto che fornisce pareri, offre il *responsum*, i consigli su quale modello usare per garantire l'efficacia del proprio agire giuridico.

Si avvale della conoscenza del diritto grazie alla frequentazione dei giuristi, quindi il suo ruolo è quello di conoscitore frequentatore della disciplina giuridica, non la domina, non la produce.

Accanto a questa qualifica è però il modello di intellettuale in senso pieno, scrive opere di retorica, è un letterato che scrive orazioni; poi è un filosofo e, forse la parte più nota è questa, la riflessione filosofica che svolge sul modello della filosofia greca ormai entrata nel patrimonio romano. Delle tante opere filosofiche vi è il *De officiis*:

Libro III

Si tratta di un'opera simbolo in quanto rappresenta il testamento di Cicerone, è un trattato dedicato al figlio Marco non in forma dialogica ma in forma epistolare.

Scritta in tre mesi nell'Ottobre del 44 due anni prima Cesare prende il potere e inaugura un sistema politico che lo vede unico titolare di potere in Roma è il primo tentativo di inaugurare un modello costituzionale che scavalca la pluralità di poteri della Costituzione Repubblica costruita su tre organi:

- **Senato**
- **Comizio**; assemblea dei cittadini
- **Magistrati**; titolari delle cariche governative

Cicerone nel conflitto con Pompeo si era posto contro Cesare, e al 46 al 44 ha un atteggiamento cauto, di chi cerca di convivere, all'indomani dell'affermazione di Cesare.

Nel Febbraio del 44 Cesare assume la carica di dittatore a vita, si tratta della esteriorizzazione che questo potere mai accentato su di lui inaugura come una vera e propria dittatura a vita. Fin alle Idi di Marzo quando si configura il complotto contro Cesare, che vede la sua uccisione in Senato. Le fonti

dicono che nel momento in cui Cassio impugna il coltello pronuncia il nome di Cicerone ma si ritiene che no abbia fatto parte della congiura né in termini preparatori né esecutori.

La morte di Cesare segna la fine di un'epoca e l'apertura di un conflitto che poi si configurano entrambi eredi, Antonio e Ottaviano che entrano in campo e si combattono: Antonio si fa interprete della reazione popolare contro coloro che hanno provocato l'uccisione di Cesare. Cicerone si espone contro Antonio con le Filippiche, in cui vileggia Antonio e la sua compagna.

Il 43 Antonio a Modena vince e torna a Roma e con un colpo di mano si fa eleggere console, poi da nemico di Antonio ne diventa alleato diventando il triumviro. Antonio chiedere la testa di Cicerone e nell'autunno del 43 la sua condanna a morte è stata pronunciata.

Nel *De officiis* Cicerone unisce lo stoicismo greco a quella lettura tipica dell'esperienza romana, cioè a necessita di costruire una classe dirigente, una classe di governo.

Riflette sul tipo di atteggiamento mentale necessario per una partecipazione coerente alla vita politica e una gestione politica efficiente. Il concetto chiave è il bene pubblico.

Cic. De officiis, I.17.54

Infatti poiché questo per **natura** è l'istinto alla riproduzione comune a tutti gli esseri viventi, la prima **società** è nel matrimonio, la seconda è nei figli.

Esiste una prima *societas*, del *coniugio* poi quella tra i figli.

L'art. 29 Cost.: la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Natura e *societas* sono i due nuclei essenziali della definizione ciceroniana.

La riflessione di Cicerone è fatta in termini empirico-sperimentali, come se fosse un biologo o un naturalista. Riscontra che tutte le specie viventi sono caratterizzati da un istinto alla conservazione della specie.

Non è una prospettiva immediatamente antropocentrica ma di carattere naturalistico.

Aristotele sulla generazione degli animali scrive un trattato e dell'osservazione naturalistica fa uno dei pilastri del suo pensiero. Il giusnaturalismo è lo sviluppo delle antiche radici filosofiche del mondo greco, Cicerone individua la *libido proceandi* che per gli uomini si traduce nel matrimonio, il primo momento aggregativo.

La famiglia è una priorità cronologica che diventa una priorità logica. La famiglia è il momento iniziale dell'aggregazione più complessa, la città-Stato ma allo stesso tempo è anche *seminarium Reipublicae* il luogo nel quale si raccolgono i semi che dovranno dare in nuovi frutti.

Ci troviamo a Costantinopoli negli anni successivi al **527 d. C.**, data in cui sale al trono l'imperatore Giustiniano cui si lega l'intera compilazione giustiniana, il Corpus Iuris Civilis.

Alla fine del IV sec. la storia dell'impero romano cambia in modo radicale, con la morte dell'imperatore Teodosio nel **395 d. C.** l'impero romano fino a quel momento unitario esteso su tre continenti, viene diviso in due parti: Impero Romano d'Occidente e Impero Romano d'Oriente. È una fase in cui gli eserciti romani hanno ormai dismesso la loro vocazione espansionistica e si è inaugurata una stagione difensivistica. Tenendo presente questa esistenza possiamo comprendere perché la capitale dell'Impero d'Occidente viene spostata, Roma non sarà più il cuore della parte occidentale anche se continuerà ad interpretare il suo valore simbolico ma vi saranno altre città, Milano, Ravenna che poteva essere città meglio difesa. Per la parte orientale la capitale sarà una città inaugurata l'11 Maggio del **230** da Costantino, **Costantinopoli**. In quell'anno i destini delle due parti dell'Impero formalmente si divaricano e il risultato di questa operazione non sarà comune l'una cadrà più rapidamente l'altra sopravvivrà più a lungo mantenendo il peso di una tradizione antica ormai esaurita.

La parte occidentale dell'Impero nel 476 cade sotto i colpi di una federazione di barbari guidati da Odoacre, Roma subisce uno dei tanti sacchi drammatici della sua storia, le salme imperiali vengono trasferire in Oriente anche simbolicamente legata alla fine di un'esperienza grandioso di Roma. L'ultimo imperatore della parte occidentale si chiamava Romolo Augustolo, un ragazzo, esiliato. Da quel momento in poi essa diventa il luogo delle esperienze politiche e legislative che avranno come

intitolazione una formula duplice, Romano barbarici, frutto di questa contaminazione tra l'elemento locale e il nuovo conquistatore, i popoli barbari e la cultura di cui si fanno portatori.

La parte orientale rimane l'unica dimensione che conserva l'identità che si agganciava ancora al modello classico e sente il peso della responsabilità di una sorta di testimonianza dell'esperienza romana classica.

Questa proiezione della parte orientale ad interpretare un senso di continuità con l'epoca classica trova il suo modello esemplare in Giustiniano che alla morte, nel 527, dello zio Giustino sale al trono. È un regno lungo, morirà nel 565, valutato in modo contraddittorio dai contemporanei e dagli storici moderni ma l'elemento che costituisce la linea di continuità è il senso di legame con il passato e l'esperienza classica di cui egli si interpreta non solo virtuale ma autentico, cercherà infatti di ricreare l'impero romano classico, i cui successi iniziali dureranno poco. Cerca anche di riconquistare i territori imperiali sottratti dai barbari.

Il secondo obiettivo sul quale la valutazione degli storici è uniforme è il recupero del materiale giuridico classico. Il risultato sarà imponente frutto della presenza di un personaggio di valore accanto a Giustiniano, **Triboniano**, braccio operativo rispetto al progetto ideato dalla mente imperiale.

Le sue doti alle quali lo stesso Giustiniano tributerà in riconoscimento adeguato al suo valore, gli permetteranno di realizzare questo obiettivo in un arco temporale brevissimo, in pochi anni. Ne risulteranno più opere:

1. **Codex**; intitolato Codex Iustinianus, il cui progetto parte nel 528 con la costituzione *Ac quae necessario* e nell'Aprile del 529 viene pubblicato con la costituzione *Summa rei publicae*. Intende essere una raccolta di costituzioni imperiali emanate dagli imperatori dei secoli precedenti che risultassero sostanzialmente vigenti in modo da costituire la base normativa per il futuro. Secondo il termine entrato in uso postclassico le costituzioni imperiali vengono denominate *leges*, dunque il Codex è raccolta di *leges*. È andato tuttavia perduto ma sappiamo che si mostrò inadeguato si avverte la necessità di procedere a una nuova versione del codice. Perciò nel 533 Giustiniano affida a una commissione ristretta di professori e avvocati in numero limitato, guidati da Triboniano, la revisione del Codex, la stesura di una nuova edizione del codice che nel **534** vedrà la luce, verrà pubblicato il Codex Iustinianus *preelectionis*.
2. Parallelamente ai lavori per la seconda edizione del codice un'altra commissione con Teofilo e Doroteo elabora le **Institutiones Iustiniane**; vedranno la luce il 21 Novembre del 533. Costituiscono il manuale per lo studio della disciplina giuridica, l'insegnamento del diritto era affidato ai singoli professori e quindi alla loro modalità di organizzare l'insegnamento su modelli in crisi come quello delle Istituzioni di Gaio, unico manuale pervenutoci per intero. I professori incaricati di redigere il manuale avevano comunque tenuto presente il manuale delle istituzioni di Gaio. L'insegnamento del diritto d'ora in avanti avverrà secondo il paradigma deliberato dall'imperatore che ha il sigillo imperiale a suo fondamento. Vi è un'esigenza di garantire anche un modello uniforme di manuale giuridico e a questo proposito risponde l'opera.
3. Parallelamente l'idea di una ulteriore compilazione destinata ad aggiungersi al Codice è il **Digesto** che ha anche un titolo greco, a testimonianza del legame con il passato, **Pandecte**.

Il Digesto

Si tratta di una raccolta che arriva a valle di una selezione in brani e poi di una trascrizione dei **brani selezionati** all'interno della raccolta.

Il progetto inizia il 15 Dicembre del **530** con la costituzione *Deo auctore*, viene affidato a **Triboniano** cui l'imperatore dà ormai massima fiducia nella scelta dei componenti della commissione, vi saranno quattro professori e undici avvocati. L'imperatore chiede loro di procedere a una raccolta di frammenti dei giuristi classici, opere giurisprudenziali, denominate **iura**. Il Digesto è **raccolta di iura**, reciprocamente al Codex che è raccolta di *leges*. Il Digesto viene promulgato il 16 Dicembre del **533** con la costituzione *Tanta*. I commissari hanno letto e utilizzato circa 2000 volumi di scritti

giurisprudenziali dai quali hanno ricavato oltre 9000 frammenti catalogati affidando a sottocommissioni la lettura di singole parti per poi effettuare un lavoro di sintesi collegiale i frutti del lavoro emerso dai singoli gruppi sulle singole masse di scritti.

Una collocazione disordinata avrebbe reso inutilizzabili i frammenti perciò è stato costruito con una prospettiva destinata a rendere l'opera fruibile che esige un metodo ordinato, sistematico.

Il Digesto è distribuito in **50 libri**, ciascun libro è suddiviso in titoli, tutti eccetto tre, accompagnati da un'indicazione dell'argomento trattato nel libro (criterio sistematico *ratione materiae*); all'interno del **titolo** ogni **frammento** è accompagnato da un numero d'ordine e i frammenti si susseguono con una numerazione progressiva, poi nel caso in cui risultassero particolarmente lunghi vengono suddivisi in **paragrafi**.

Accanto al numero d'ordine si aggiungono alcune parole che costituiscono la **inscriptio**, rubrica del frammento: essa è una conferma dell'atteggiamento che muoveva Giustiniano e sostenuto da Tribuniano nel dettare le linee, si tratta di uno spirito rigidamente filologico cioè **rispetto della fonte** ed è una precisa scelta deontologica dei commissari, infatti, non bisogna appropriarsi delle opere altrui sicché per ogni frammento quale che ne fosse la dimensione bisognava precisare sempre la provenienza. Accanto ad esso veniva scritto anche il titolo dell'opera dalla quale risulta essere stato ricavato il brano.

Ciò ha permesso agli studiosi di realizzare una ricostruzione prosopografica del Digesto, cioè che tenga conto della presenza dei giuristi, ma è una scelta dettata dall'obiettivo di raggiungere una compilazione qualitativamente eccelsa, ciò spiega perché vi siano giuristi più presenti di altri ad esempio i frammenti di **Ulpiano** costituiscono circa un terzo dell'intera opera (.

D. 50.16.195.2 (Ulpianus, 46 ad edictum)

Si tratta di un brano tratto dal Digesto che ha un significato simbolico, è una testimonianza che ci porta in un'epoca di tramonto. Il frammento è tratto dal 46esimo libro *ad edictum*, infatti Ulpiano (nasce nel II-III secolo muore nel 228 d. C per una congiura di palazzo ucciso dai pretoriani) è autore anche di un Commentario all'editto del pretore, articolato in 81 libri.

Grazie a **Otto Lenel** sono stati riallocati i singoli frammenti ricostituendo in modo parziale il libro di Ulpiano.

Egli appartiene ai cosiddetti giuristi **severiani**, insieme a Paolo e Papiniano, è membro del consiglio imperiale di Alessandro Severo.

Famiglia proprio iure

Il titolo 16 del libro 50 del Digesto è dedicato al significato delle parole, *de significatione verborum*. Vi sono infatti diverse accezioni del termine famiglia: l'espressione famiglia **proprio iure** è intraducibile in quanto intende esprimere il concetto di famiglia nel senso più ristretto del termine, "sono le persone sottoposte al potere di uno solo per natura o per diritto", cioè il padre, la madre, il figlio o la figlia e coloro che vengono dopo i nipoti e le nipote e via di seguito.

I confini non sono individuati in modo nitido, l'elencazione aperta si spiega perché le persone sono sottoposte al potere di uno solo e la sua identificazione è presupposto per l'esistenza della famiglia.

Il **pater familias** è un soggetto maschio che non ha ascendenti maschi sopra di lui. La nozione di pater si identifica con quella di soggetto **sui iuris**, cioè al di fuori del potere esercitato da altri.

Un figlio è sottoposto alla potestà del pater qualunque sia l'età raggiunta, a prescindere dall'aver avuto figli e, a loro volta, nipoti ricadranno sotto la potestà dell'avo se ancora vivente. Indagini recenti hanno dimostrato che l'aspettativa di vita per coloro che avessero superato lo stato infantile potevano raggiungere gli 80 anni (ad esempio Plauto)

Si identificano i livelli di dilatazione del potere in base alle diverse generazioni aggiunte, solitamente ogni 20 anni, ricadono sotto la *potestas* del capo, centro di potere che si irradia su tutte le generazioni che sopraggiungono.

È un modello che ci propone due precisi caratteri;

- **Potestativo**; la famiglia si costruisce sul concetto di potere. Essa dura finché dura il potere del capo.
- **Natura patriarcale**; le generazioni che si aggiungono rimangono nel potere dell'unico capo, soggetto necessariamente maschio, non può essere una donna neanche sui propri figli né qualora sia vedova, può solo intervenire per sollecitare dal magistrato competente la nomina un tutore per i propri figli orfani. L'espressione del potere si declina esclusivamente al maschile.

Si può qualificare come modello familiare mediterraneo contrapposto a quello nordico: modello mediterraneo significa un modello caratterizzato dalla preminenza del genere maschile e dalla conservazione del potere sulle varie generazioni in capo al patriarca, inevitabilmente maschio.

Tutte le generazioni coltivano l'apprezzamento il fondo l'azienda agricola

L'altro carattere del modello mediterraneo è l'**età matrimoniale**: le unioni coniugali si instaurano tra due coniugi che hanno un distacco d'età particolarmente significativo (10-12 anni). Invece il modello nordico è caratterizzato da una dilatazione fra i generi, compartecipazione più o meno paritaria nella gestione del potere familiare e caratterizzato da in diverso rapporto di età tra i coniugi, coetanei o addirittura con la donna più anziana.

Il termine "*dominium*" in senso stretto significa "proprietà", ma nel contesto utilizzato da Ulpiano indica un vero e proprio controllo complessivo su tutti i componenti del gruppo, non solo la dimensione materiale ma anche personale. Infatti gli schiavi sono res e ricadono all'interno del *dominium* inteso quindi come potere che si esprime sui soggetti appartenenti al gruppo.

Il *pater familias* è titolare di tre diversi poteri:

- **Patria potestas**; potere esercitato sui figli ed eventualmente sui nipoti etc.
- **Manus**; sulle mogli e le nuore
- **Dominium**; potere esercitato sulle cose materiali e sugli schiavi

La tripartizione costituisce un modo di rappresentazione di un potere che è sostanzialmente unitario. Infatti in questo testo in cui Ulpiano si pone l'obiettivo di identificare i significati che ruotano attorno ai soggetti, alla famiglia, il termine *dominium* rappresenta la parte che identifica il tutto e la personalizzazione del potere è il pater avente unico *dominium* all'interno della domus.

L'ultima espressione utilizzata per qualificare il pater è il non avere ascendenti maschi più anziani. Questa situazione avviene quando il filius si trova in età adulta alla morte del genitore, che abbia o meno figli non incide sull'acquisto della qualifica, per questo si può dire che è una qualifica virtuale, potenziale, in quanto è un potere che si eserciterà un domani.

In questa prospettiva moderna si ha una struttura profondamente squilibrata formata da due componenti intrinseche:

- **Pater familias**; già di per sé tale anche se non esercita il potere per mancanza dei requisiti di fatto, ma è idoneo fin da subito, ha una potenziale attitudine che potrà un domani mutare in una capacità di esercizio del potere sulla moglie e sui figli.
- **Tutti gli altri componenti del nucleo familiare**; sottoposti al suo potere compresi gli schiavi che ricadono nel *dominium*, la moglie e le nuore che ricadono nella *manus*.

Questa totale asimmetria sta a significare appunto una totale concentrazione del potere su una componente e la riduzione dell'altra componente a ruolo di assoggettamento rispetto al potere familiare. Questo rapporto si traduce nella situazione per cui all'interno di ogni famiglia proprio iure esiste un solo soggetto che ha la **capacità giuridica**, art. 1 c.c., concetto cardine della soggettività. Questo sistema familiare ci pone di fronte a una costruzione della capacità giuridica secondo comparti molto rigidi, all'interno di ogni famiglia vi è un solo soggetto sui iuris, il pater, e lo status costituisce il terzo requisito necessario per avere capacità giuridica (insieme all'essere libero e cittadino romano). Nella famiglia proprio iure la soggettività si concentra nel potere del pater e tutti coloro che sono al di sotto di esso sono privi di capacità giuridica, cosiddetti **alieni iuris**.

La soggettività giuridica viene identificata in rapporto alla costruzione del modello familiare proprio iure. A fronte della numerosità di componenti al di sotto del pater vi è una costante immancabile, l'imputazione di capacità giuridica parzialissima, esclusiva. La dimensione della famiglia può variare

ma accanto a questa precarietà di identità vi è, viceversa, un elemento rigorosissimo, l'imputazione di capacità giuridica ad un soggetto unico. Le dinamiche di potere si concentrano su questa disparità con un unico titolare del potere familiare che proietta la sua posizione al di fuori della famiglia nell'ordinamento giuridico, è l'unico in grado di interagire con il sistema giuridico e di essere titolare di una posizione in termini di soggettività giuridica.

In sostanza il modello della famiglia proprio iure è costruita sul potere, comprende generazioni, soggetti sotto il potere di un unico pater.

Famiglia communi iure

Nella seconda parte si apre un nuovo modello familiare, la famiglia communi iure: *vi è una perfetta simmetria nell'introduzione di entrambi i modelli familiari, è una struttura costruita con una struttura precisa che mette in evidenza entrambi i modelli che trovano lo stesso obiettivo dal punto di vista della classificazione, infatti Ulpiano vuole rappresentare modelli familiari diversi ma sostenuti da un'identica ratio.*

Già nell'uso della voce verbale si coglie il diverso significato delle due figure, la loro diversa portata: *la famiglia proprio iure è l'insieme delle persone che sono sotto il potere di uno solo.*

La simmetria di queste due costruzioni concettuali trova la sua corrispondenza massima nelle due voci verbali, il verbo essere al presente (proprio iure) e al passato (communi iure).

Chiamiamo famiglia communi la famiglia di tutti gli agnati.

Ulpiano fa seguire una sorte di descrizione narrativa si muove come il giurista che dà una definizione tecnica che poi rende necessaria la spiegazione della stessa con maggior trasparenza.

Coloro che furono sottoposti sotto il potere di uno saranno definiti correttamente della stessa famiglia, poiché sono stati generati dallo stesso gruppo e dallo stesso sangue.

In sostanza il pater familias che ha sotto di sé i figli che hanno costituito la propria famiglia e che hanno di discendenti. Alla morte del pater la prima generazione, i figli maschi si ritrovano fuori dal potere del pater e dunque significa acquisire automaticamente la qualifica di *pater familias*.

La famiglia communi iure è la somma delle singole famiglie proprio iure.

Ci sono due elementi che costituiscono il collante che tiene unite le due famiglie ciascuna sotto il potere del proprio pater:

- Consapevolezza di essere singoli nuclei familiari che discendono da una comune origine
- legame di sangue tra i fratelli ciascuno a capo della famiglia proprio iure

La famiglia communi iure è un **organismo unifamiliare pluricellulare**, cioè vi sono più famiglie create alla morte del pater e ciascuna di queste si trova sotto la potere di uno solo, il figlio dell'avo scomparso e che con i fratelli si pone in una relazione di appartenenza suddivisa ma anche di un'unica consapevolezza identitaria.

La famiglia communi iure in sé non interpreta più una dimensione di potere ma si discosta dalla figura della famiglia proprio iure perché esso è interpretato all'interno della singola famiglia proprio iure. Le singole famiglie si sentono unite all'interno di una struttura unitaria che le raccoglie tutte. Questo modello che ha la sua estrinsecazione a che sul piano ereditario è quello che ci avvicina di più all'idea della famiglia communi iure come somma di tanti nuclei familiari.

Letteralmente agnati sono coloro che sono uniti della agnazione, parentela agnaticia: dati due soggetti la parentela è in linea retta quando l'uno discende dall'altro, invece parentela collaterale significa che dati due soggetti si ha uno stipite comune.

Sono linee profondamente diverse sul piano tecnico-giuridico infatti l'agnazione è la parentela rilevante per lo ius civile e per secoli continuerà ad essere l'unica linea di parentela per lo ius civile, viceversa la cognazione sarà qualificata *nomen naturale* originariamente del tutto irrilevante poi, nel corso dell'età repubblicana, rilevante sul piano del diritto onorario e, soltanto in età imperiale, dal II secolo d.C. godrà di rilevanza sul piano dello ius civile.

Cognatio è un termine che rappresenta contemporaneamente un genere e un specie, invece *agnatio* è un vocabolo di specie, ha un solo significato.

Cognatio in quanto genere significa “generare” indica una particolare linea di parentela di sangue, cioè la parentela in linea maschile questo non significa però che agnati siano soltanto uomini, anche le donne possono avere questa qualifica nella misura in cui discendano da una linea maschile, le figlie dello stesso padre o di due fratelli sono agnate.

Il vincolo dell'agnazione non si guarda perciò in rapporto al sesso del soggetto considerato a alla linea di parentela di sangue. La parentela agnatizia è un vincolo di parentela che unisce indifferentemente uomini e donne purché discendano da una linea generazionale esclusivamente maschile.

Una volta individuata e selezionata, all'interno del *genus*, la parentela di sangue in linea esclusivamente maschile rimane la parentela di sangue in linea femminile che tuttavia non ha un suo nome e mutua il nome del *genus* essendo anch'essa *cognatio*.

Lo stesso termine *cognatio* individua contemporaneamente il *genus* parentela di sangue in linea maschile e femminile.

La sola linea di parentela riconosciuta dallo *ius civile* è quella agnatizia fino ai primi due secoli dell'età imperiale. Per tutta l'età repubblicana fino all'età imperiale la linea di parentela femminile viene qualificata come *nomen naturale*.

Nel II secolo d. C. verranno emanate disposizioni particolari, due *senatoconsulti*, che riconosceranno la capacità ereditaria successoria tra madre e figlio e tra figlio e madre.

Famiglia Gens

D.50.16.195.4 (Ulpianus, 46 ad edictum)

Un ulteriore modello di famiglia è *familia*: ulteriore figura che si presenta in modo diverso: si presenta in modo molto diverso infatti lo stile con il quale Ulpiano si pone di fronte a questa nuova figura: *ugualmente è detta famiglia l'unione di più persone che discendono dal sangue dallo stesso ultimo genitore (ultimo non significato immediato, più vicino ma il più distante genitore). Così diciamo famiglia Giulia, come se [discendessero] da una certa fonte di memoria.*

Giulia è una famiglia *gens*, il terzo modello familiare sembrerebbe sovrapporsi alla famiglia *comuni iure* ma invece essa è incomparabilmente più ampia perché al suo interno accorpa un numero indefinito di famiglie che hanno la memoria comune di un capostipite, il primo progenitore.

La differenza radicale infatti è il capostipite che è venuto meno, avo che occupa la generazione precedente, figura nitidamente percepibile e presente alla memoria e conoscenza dei suoi figli e nipoti che compongono le singole famiglie all'interno della famiglia *comuni iure*, invece il capostipite della *gens* è un'entità totemica che appartengono a un contesto primordiale. La *gens Iulia* rimandava la sua origine ad **Ascanio Iulio**, figlio di Enea che arriva nel Lazio e dà luogo alla fondazione di Roma, affermando così con una sorta di predestinazione al potere che deriva quasi da una discendenza mitologica, **Cesare** è discendente di una *gens Iulia*, un Augusto, altre volte l'appartenenza è legata a un capostipite leggendario che identifica una determinata caratteristica fisica infatti la *gens Claudia* veniva da **Attus Clausus** che zoppicava, oppure alle attività professionali come i **Fabrizi**, coloro che si legano all'attività manuale, operaia.

In sostanza le *gentes* sono gruppi familiari la cui origine non è più storicamente percepibile.

Bisogna capire come identificare l'appartenenza ad una *gens* piuttosto che a un'altra, come si traduce in termini applicativi il concetto di famiglia. Questo criterio è rappresentato dal **sistema onomastico**: evento anagraficamente identificativo dell'appartenenza di un individuo a una determinata *gens*.

Il sistema onomastico romano ha una struttura **trialelica**: è composto sempre almeno di tre nomi ad esempio Cornelio Scipione l'Africano, l'appellativo è dovuto alla battaglia di Zama contro Cartagine che fu vinta sul territorio nemico, quello africano; Caio Giulio Cesare; Marco Tullio Cicerone. Ciascuno dei tre nomi ha una sua precisa funzione identificativa, non sono MAI frutto del caso infatti si compongono di:

- **Prenomen**; nome proprio impresso dai genitori che si dava con la *lustratio*, purificazione una cerimonia svolta dopo otto, nove giorni dalla nascita

- **Nomen**; nome gentilizio dunque la gens alla quale appartiene l'individuo, non è frutto di alcuna scelta
- **Cognomen**; famiglia alla quale il soggetto appartiene nella gens identificata dall'appellativo precedente, infatti la gens è un meccanismo plurifamiliare.

La struttura del sistema onomastico è diverso tra soggetti maschi e femmine: la scansione tripartita vale soltanto per gli uomini, le donne sono indicate con un nome soltanto, quello gentilizio quindi Ottavia, Claudia, Livia, Fulvia, Flavia.

L'opinione più diffusa tra gli studiosi è che all'interno del gruppo, del contesto familiare di riferimento le donne avessero un *praenomen* in grado di qualificare affettivamente la donna che però non compariva nella documentazione epigrafica, esterna.

Ciò si spiega perché il modello comportamentale femminile a Roma è quello della riservatezza, il riserbo. Alle donne è chiesto di non essere presenti personalmente nella vita esterna, di non essere identificate, infatti il nome proprio è segnale di una familiarità molto stretta. Il genere femminile deve connotarsi per un senso altissimo di pudore cui appunto si accompagna un'onomastica che non si traduce nell'immediatezza all'esterno del riconoscimento della donna in quanto soggetto che nel suo intimo può essere condivisa solo in ambito familiare.

Di conseguenza tutti sanno a quale gens appartengono e non vi è un solo cittadino che non conosca la gens cui appartiene e che non vede identificata quest'ultima nella sua stessa presentazione all'esterno.

Concretamente la parentela, l'appartenenza a una determinata gens resa evidente dall'uso del nome comporta varie conseguenze: certamente ulteriore elemento che comprova l'antichità della gens rispetto alle altre forme familiari, la sua **indifferenziazione**.

Ogni gens è caratterizzata da un proprio culto: la contiguità di epoca arcaica tra jus e fas, diritto e religiosità, che si traduce anche nella struttura familiare, ogni gruppo ha una propria dimensione religiosa, ogni famiglia ha il culto dei propri antenati con delle statue poste sull'altare familiare, sul focolare domestico, sono divinità protettive fino a che viene mantenuto il culto, dovere che grava sul pater.

La dimensione che raccoglie tutti i gruppi familiari, la gens, è anch'essa titolare di un proprio culto, gli era assegnato in territorio dell'urbe e talvolta quelli limitrofi. I rapporti di parentela si costruiscono secondo un sistema di linee determinato in base al grado.

Il **grado** con cui si appartiene alla gens si misura in base alla distanza tra il soggetto considerato e lo stipite, il soggetto di riferimento: quanto più aumenta la distanza tanto più elevato è il numero che esprime il grado di parentela. La distanza è il numero delle generazioni che consente di individuare il grado di parentela.

Invece nella gens si ha una parentela collettiva, senza gradi, tutti i componenti della gens sono parenti allo stesso grado perché non è possibile immaginare una maggiore o minore lontananza in base al comune capostipite che è una figura inesistente. Siamo in presenza di un modello che gli antropologi chiamano **parentela collettiva**: viene ritenuta la formazione familiare più antica, primordiale che aggancerebbe fenomeni di appartenenza collettiva, frutto di matrimoni tra serie di fratelli e sorelle con una comunanza della prole.

Molti studiosi parlano dei pagi, villaggi entità aggregative a fondo tribale con questo modello di condivisione delle relazioni di parentela e dei momenti di appartenenza, la distribuzione plurale del potere sul piano dei soggetti dei beni materiali come la terra, proprietà privata.

Se la gens rientra in questa dimensione così lontana del tempo confermata dall'espressione vaga di Ulpiano, ribadita dalla lettura degli studiosi delle scienze umane, sociologi, che ne collocano l'origine in un testo preistorico, protostorico precedente alla nascita della civitas e di un sistema normativo in senso proprio, la gens rappresenta la successione ereditaria, in particolare il regime della **successione legittima, ab intestato** che si apre in assenza di una disposizione testamentaria valida, in assenza

della volontà del privato dunque è la legge a identificare le figure dei soggetti chiamati alla successione, i **delati** che a seconda dei diversi meccanismi di accettazione saranno eredi o meno.

In Roma la successione legittima viene disciplinata, quando scrive Ulpiano, tra la fine del II e gli inizi del III sec. d. C, dalla legge delle XII tavole, 451-450 d. C.

La successione legittima

In assenza di una disposizione testamentaria la legge delle XII tavole interviene individuando tre livelli, ordini di chiamata che si escludono reciprocamente infatti, una volta individuato il successibile ad un livello non si passa ai successivi:

- 1) **Sui**; discendenti rispetto al de cuius che si trovino nella potestà dell'ereditando al momento della morte e che per effetto di essa divengano sui iuris cioè acquistino capacità giuridica (famiglia proprio iure). Costoro, i figli sono anche **eredi**, non vale ciò per i nipoti dell'avo o i pronipoti che continuano a essere sotto la potestà di qualcuno a meno che non intervenga l'istituto della **rappresentazione**, nel caso in cui il nipote venga all'eredità sul patrimonio dell'avo perché il proprio ascendente è premorto.
- 2) **Agnati**; succedono soltanto se non vi sono discendenti in potestà che possano acquistare l'eredità divenendo sui iuris alla morte del pater, quindi non è individuato un sui iuris. Si considerano quindi i parenti in linea maschile, la famiglia communi iure, l'eredità viene deferita al parente in linea maschile rispetto all'ereditando di grado più prossimo.
- 3) **Gentiles**; se non si è in grado di rintracciare l'agnato entro il sesto grado, i gentili acquistano il patrimonio ereditario. L'attribuzione è collettiva, tutti gli appartenenti alla gens avranno accesso al patrimonio. L'assegnazione avviene come contributo alla gestione del culto, identità religiosa.

D. 50.16.195.2 (Ulpianus ad edictum)

"È detto pater familias colui che ha il dominium nella casa"

Il concetto di **dominium** esprime in relazione alla figura del pater una carica semantica particolarmente ampia che va ben oltre l'idea della traduzione del termine come diritto di proprietà. Così come il termine *familia* individua un'identità non soltanto personale ma anche patrimoniale il **dominium** è diritto di proprietà sui beni materiali, sugli individui e nei confronti dei soggetti liberi sotto la sua potestà.

D. 1.6.4 (Ulpianus, 1 inst.)

Si tratta del primo del libro delle istituzioni di Ulpiano pervenute attraverso alcuni frammenti contenuti nel Digesto e destinato ai suoi allievi.

Sono pater familiarum coloro che sono sui iuris, indipendenti

In questo brano, prescindendo da un riferimento al concreto esercizio del potere, la condizione di pater vin fotografata nel presupposto ineliminabile del soggetto maschio sui iuris, fuori dal potere del proprio pater familias.

Ci mostra come l'idea della titolarità del potere sia immediatamente presente alla figura di maschio sui iuris, indipendentemente dal fatto che abbia o meno discendenti o la titolarità del **dominium**.

D. 50.16.195.4 (Ulpianus ad edictum)

Ma la donna è principio e fine della sua famiglia

La famiglia che si lega alla donna si esaurisce sulla donna stessa.

Questa definizione deve essere letta in rapporto allo stesso frammento che identifica il pater familias: siamo in presenza di due rappresentazioni antitetiche, il frammento che esamina la posizione maschile ne evidenzia lo status di vertice del gruppo e titolare del potere di un sistema fatto di relazioni. La *cognatio*, la discendenza in linea femminile per lo ius civile rappresenta un *nomen* naturale, non trova un riconoscimento in senso fondativo dei rapporti di potere e delle dinamiche ereditarie.

Il ruolo maschile nella famiglia si muove in una prospettiva molto lineare, le condizioni nelle quali si viene a trovare sono due:

- **In potestà;** fin quando è in vita il suo ascendente
- **Titolare di potestà;** quando muore il padre

La condizione femminile è meno lineare perché sono diverse le varianti che possono intervenire:

- **Alieni iuris;** in presenza di un ascendente in vita, sarà priva di soggettività giuridica e sottoposta a potestas. Ma è una condizione che può essere interpretata anche in quanto **moglie**, la soggezione a un potere familiare che la rende alieni iuris si lega non solo allo status di figlia ma in modo peculiare alla condizione di moglie. In dottrina studioso hanno riscontrato un margine di esiguo cambiamento tra condizione filiale e coniugale nel mondo romano.

Nel regime del matrimonio si distingue tra matrimonio nordico e mediterraneo, tipico romano: la differenza gioca sul rapporto di età intercorrente tra i due coniugi, infatti nel mondo romano il marito era più anziano di 10 anni rispetto alla moglie e gli uomini si sposavano intorno ai 20-25 anni, invece le donne appena raggiunta la pubertà venivano avviate al matrimonio, a 12 anni. La prima conseguenza che si può trarre dal riscontrare un'età coniugale femminile così bassa è che nella prevalenza dei casi pratici, al momento in cui venivano avviate al matrimonio, il padre fosse ancora in vita e quindi che si trovasse in condizione di alieni iuris rispetto al pater il cui consenso era essenziale per contrarre il matrimonio. Stabilire se la donna appartenesse a un nucleo familiare, quindi al pater, o a un altro, a quello del marito è essenziale per l'attribuzione ereditaria

Dall'età imperiale (II e I sec a. C) all'età classica, continua a mantenere rapporti di parentela agnazia e con la famiglia d'origine perciò in quest'epoca il matrimonio non provoca conseguenze sulla collocazione giuridica della donna, sia in ambito familiare, essa infatti conserva un'aspettativa ereditaria nei confronti della propria famiglia d'origine e acquisterà capacità giuridica al momento della morte del pater, cambierà rispetto ai maschi l'attitudine di esercitare i diritti acquisiti attraverso la capacità giuridica.

Negli ultimi secoli della Repubblica fino all'Impero invece si ha una strutturazione diversa del rapporto di coppia. Esso è tanto più rilevante sul piano statistico tanto più indietro nel tempo si proceda sino ad arrivare a un'epoca arcaica in cui questo diverso regime costituiva la regola di carattere generale. Questo diverso regime è caratterizzato da un matrimonio accompagnato dalla costituzione della manus, in particolare dall'età arcaica all'età repubblicana. Il matrimonio e la conventio in manu costituiscono due figure giuridiche distinte, devono essere necessariamente presenti entrambi, devono coesistere ma con il passaggio questa coesistenza diventa sempre più discrezionale e sempre meno radicata.

Costituzione di manus significa che attraverso un apposito **atto** che poteva svolgersi secondo tre diverse modalità alternative tra di loro rimesse alla scelta degli interessati, veniva costituito sulla donna sposata e in favore del marito di lei un **potere** familiare chiamato **manus**.

I poteri che spettano al marito erano molto simili a quelli che gli spettano in base alla patria potestas. Dopo il matrimonio la donna si trasferiva nella casa del marito, *domicilium matrimoni*. Questa costituzione di una nuova dimensione di vita coniugale si realizza quando la giovane è ancora in condizione di alieni iuris, ne consegue che la donna rimane nella condizione di figlia rispetto al pater, il matrimonio non muta l'appartenenza familiare sposa ma continua ad essere nella potestà del pater a meno che non vi sia costituzione di manus.

Matrimonio e manus sono due istituti radicalmente distinti, hanno ognuno una propria fisionomia, modalità di costituzione e propri effetti, il che non toglie che la manus sia inevitabilmente correlata al matrimonio, può esistere soltanto in presenza di un matrimonio.

La condizione della loro effettiva coesistenza sta nell'interazione ma nel mantenimento della propria identità, infatti lo scioglimento del matrimonio non implica lo scioglimento della manus avrà bisogno di uno specifico atto che ne determini l'estinzione.

Negli ultimi due secoli dell'età repubblicana la manus tende a diluirsi e rendersi meno presente sino al passaggio all'età classica dell'impero quando essa non avrà più una conferma e l'attenzione alla manus sarà assente.

Due sono atti solenni il terzo è una modalità di tipo fattuale equivalente a una situazione di tipo possessorio, usucapitorio, difatti la manus che si costituisce per effetto di una no di convivenza stabile a meno che la donna on abbia interrotto per tre notti consecutiva questa convivenza già prevista dalla legge delle XII tavole.

Accanto questa modalità legata allo svolgimento di fatto della vita di coppia e il decorso di un anno di vita coniugale le altre due modalità costitutive della manus rappresentavano due specifici atti con caratteristiche diverse:

- **Confarreatio**; cerimonia religiosa consistente nell'offerta a Giove del pane di farro evocando l'idea del primo pasto condiviso tra i coniugi (commensalità come creazione del vincolo dell'amicizia e della solidarietà e in particolare come momento costitutivo di una comunione di vita (consortium hominis vitae come sarà definito il matrimonio da Modestino nell'età classica), figura più antica che in età avanzata conserverà un risalto particolare e rimarrà esclusiva della componente patrizia della popolazione romana
- **Coemptio**; attività giuridica formalizzata non più a carattere religioso ma laico, con una forma di *mancipatio* che ha fatto immaginare l'esistenza di un antico matrimonio per compra (l'uomo paga per acquisire la moglie) ma è assolutamente impraticabile i quanto lo scambio non avveniva in questi termini di ma semmai dalla donna verso l'uomo, come si vedrà con l'istituto della **dote**.

La costituzione della manus produce una serie di effetti, la condizione giuridica della donna sposata infatti determina la creazione in capo al marito di una situazione potestativa sostanzialmente equivalente a quella esercitata dal pater nei confronti della figlia.

Perché ciò accadesse era necessario che venisse meno la situazione di potere esercitata su quella donna figlia rispetto al pater infatti le situazioni di potere a Roma sono assolutamente esclusive, o vi è l'una o l'altra.

La costituzione della manus determina la rottura del vincolo di parentela agnatizia che univa la donna alla propria famiglia di origine. La parentela agnatizia in linea maschile che univa il padre alla propria famiglia, il vincolo con la famiglia d'origine cessa di esistere, ella non è neanche più sorella dei loro fratelli.

Il vincolo di parentela si crea invece all'interno della famiglia del marito, si tratta di un vincolo di parentela agnatizia tra marito e moglie ma ha un fondamento solo tecnico giuridico non biologico, non vi è alcun legame di parentela effettiva ma deriva da una situazione di potere.

Il giurista Gaio nelle sue Istituzioni con una formula definisce il rapporto affermando che la donna sposata con manus si trova in condizione di **figlia** (*filiae loco*) rispetto al proprio marito. Ciò spiega perché necessariamente questo nuovo rapporto non possa che escludere e sostituire il precedente. Si crea una rete di relazione agnatizia che determina anche un rapporto sorella-fratello con i propri figli.

Questa costruzione artificiale, tecnica di una rete di potere all'interno della famiglia del marito ha la sua ricaduta diretta, ulteriore rispetto alla semplice sottoposizione al potere in termini correttivo-coercitivi, sul piano ereditario e le conseguenze che si rappresentano sono opposte e antitetiche:

- **Donna sposata con manus**; alla morte del padre non può vantare un'aspettativa ereditaria infatti vi è una disposizione decemvirale che considerava soltanto i figli in potestà come successibili. I fratelli si dividono la quota che le sarebbe spettata, invece qualora rimanga vedova sarà erede del patrimonio del marito ma in quanto figlia. Per tutta l'età arcaica e i primi secoli dell'età repubblicana finché non ci sarà la riforma del pretore con la bonorum possessio la condizione della donna sposata con la manus è l'unica condizione che consente ad una vedova di ereditare sul patrimonio del proprio marito. Essendo una donna sposata che riceve però in quanto figlia non è una condizione esclusiva infatti l'eredità del marito verrà divisa tra la moglie i figli, sono tutti giuridicamente in condizione di sui.
- **Donna sposata orfana**; è in condizione di soggetto sui iuris e in possesso di una quota ereditaria. Da sposata subisce la *capitis deminutio minima* (media per la cittadinanza e

massima per la perdita della libertà e la messa in schiavitù) cioè una perdita di stato, di autonomia in quanto si trovava già in condizione di soggetto sui iuris. Si ricrea la situazione precedente con la differenza che non vi è un passaggio da un potere a un altro ma da una situazione di capacità giuridica, di titolarità di diritti ad una di soggetto alieni iuris. Perciò sul piano patrimoniale il patrimonio già acquisito dalla donna per effetto della *capitis deminutio* finirà nella titolarità del marito, dato che il soggetto alieni iuris non può essere titolare di alcuna situazione patrimoniale o giuridica che invece spetta al soggetto titolare del potere stesso e di tutte le situazioni giuridiche che si creano all'interno del gruppo dei soggetti stessi.

La diversa incidenza statistica della presenza della manus accanto la costituzione di matrimonio tra l'età arcaica e la prima fase repubblicana e gli ultimi due secoli fase repubblicana e l'accrescersi di una disaffezione per la manus porterà alla sua sostanziale scomparsa. Le altre modalità per ciò che apprendiamo dalle testimonianze di Gaio più che una formale soppressione si trattò di una **desuetudine** nella prassi che portò alla sostanziale scomparsa dell'istituto pur in assenza di una sua formale abrogazione a livello legislativo.

La disaffezione crescente a fronte di un regime che la vedeva sempre presente nell'età più antica è stata data da situazioni di contesto favorevoli:

- Forte presenza degli aspetti religiosi sacrali, componenti fondamentale nel sistema giuridico arcaico. Va dalla natura stessa delle norme giuridiche precetti sacrali e religiosi, coinvolge la dimensione formale degli atti, vere e proprie modalità di carattere liturgico fino a coinvolgere le persone e i soggetti giurisprudenziali competenti. La dimensione religiosa si proietta anche nella famiglia dato che ogni famiglia ha il proprio culto e la propria divinità che rappresenta l'antenato. Essa chiede una struttura fortemente chiusa e aggregata alla famiglia così anche la presenza della donna all'interno della famiglia in termini di condivisione della linea di parentela agnaticia e assoggettamento al potere del capo del gruppo era vista come essenziale dato che la donna ha la funzione di garantire il *seminarium rei publicae* come riportato da Cicerone e quindi la procreazione, garanzia di conservazione dell'identità, del *nomen* e del patrimonio familiare.
- **Miglioramento economico della società**; va di pari passo con la graduale disaffezione della manus. Essa era il frutto di un accordo tra gruppi, nelle loro componenti maschili e quando i livelli di ricchezza non sono particolarmente significativi essa viene costituita con regolarità ma se alla morte del pater essa eredita una **quota significativa** di un patrimonio ereditario molto importante vi è un interesse a conservare la donna all'interno del gruppo di appartenenza della linea di parentela agnaticia.

Questo fenomeno rappresentato in dottrina, negli ultimi due secoli della repubblica, come affermazione dei **matrimoni liberi** e risultato di un'evoluzione sul **piano culturale**, riflesso di un certo fenomeno di **emancipazione femminile** come tratta frequentemente la letteratura di questo periodo. Gli studiosi della storia antica infatti usano proprio il termine emancipazione per significare un momento di crescita sul piano della soggettività femminile, sul piano economico della partecipazione alle attività giuridiche e sul piano negoziale in senso ampio.

In questo caso il brano di Ulpiano ha fatto valutare questa situazione di estraneità in rapporto alle relazioni di parentela che non siano le relazioni di potere in capo al padre o al marito (*patria potestas* e *manus*), dunque al di fuori di queste relazioni di potere un destino femminile di assoluto isolamento unicamente centrato dell'identità unifamiliare.

Consortium ercto non cito

Una figura molto particolare per tanti aspetti che rappresenta un modello familiare intermedio è rappresentata dalla necessità di proiettare i modelli familiari sullo sfondo della disciplina dettata dalle

XII tavole in tema di successione legittima, quindi di rappresentare descrivere i tre modelli familiari che corrispondono ai vari livelli di chiamata.

Il quadro si fa più complesso nel momento in cui si prende in considerazione una modalità particolare di costituzione del rapporto persona e patrimoniale, a metà strada tra la famiglia *communi iure* e la *gens*, infatti i fratelli hanno acquisito autonomia alla morte del loro pater ma nello stesso tempo ci si presenta il nuovo istituto della dimensione collettivistica che esclude la singolarità delle singole quote ma vede un'appartenenza in termini collettivi ed evoca l'immagine di *gens* caratterizzata da questa mancanza di gradi di parentela, collettivismo di parentela che rifletteva in origine un'antica protostorica collettiva dimensione collettiva di appartenenza.

Si tratta di un istituto con una denominazione molto particolare, ***consortium ercto non cito***: le modalità attraverso le quali questa figura è venuta prepotentemente all'attenzione romanistica per poi fare emergere alcuni connotati del diritto privato antico ed infrangersi nella storia della modernità europea, nel mondo occidentale.

È una storia che si svolge a Firenze e vede come protagonista una donna sola: bisogna analizzare il Digesto come base dell'esperienza giuridica continentale sino alla stagione delle codificazioni europee.

Il Digesto è monumento celebrativo della grande esperienza della giurisprudenza classica, il fatto che ogni frammento sia stata accompagnato dal nome e dall'opera dal quale proviene ha permesso a studiosi come Otto Lenel di operare in senso inverso e quindi rimettere insieme tutti i frammenti con la stessa *inscriptio*.

Un grande limite è costituito dall'impossibilità di ricostruire la coerenza logica piena del ragionamento data la mancanza degli altri frammenti non inseriti nel Digesto.

Dunque era questo il patrimonio di conoscenza in ordine al lavoro della giurisprudenza romana, il Digesto, alcune compilazioni giustinianee, opere di privati ma anch'esse caratterizzate da questo andamento frammentario che rifletteva la tecnica postclassica di compilazione dei testi giuridici in un contesto in cui non vi era più la capacità di affrontare testi complessi, degli studenti di lavorare e studiare su testi troppo impegnativi e la capacità dei pratici del diritto e dei maestri di lavorare su elaborazioni concettuali molto complesse, che era una tecnica di sintesi, mediante epitomi e la costruzione di antologie, l'idea della massima nasce in questo contesto del V secolo.

L'anno decisivo per gli studi di diritto romano e per la costruzione della sistematica giuridica della modernità è il 1816 quando arriva in Italia, destinato allo Stato Pontificio, un grande filologo tedesco della cultura storicistica classica, George Nibur, che in Germania trova un terreno fertile nella scuola storica di Savigny, è la grande stagione della lettura dei testi antichi e studio delle lingue, delle traduzioni e di studi sull'antichità classica sul piano letterario, archeologico di conseguenza sul piano filologico.

Nibur nato a Copenhagen da genitori tedeschi si trasferisce in Germania poco dopo la nascita, vive studia e lavora in Germania. Arriva nello Stato Pontificio nel 1816 quando avviene la scoperta epocale del palinsesto veronese.

Nella biblioteca capitolare di Verona Nibur scopre sotto un testo che conteneva il *codex* delle epistole di San Girolamo (forma editoriale consistente in fogli distesi e ripiegati sul dorso interamente occupati dalla scrittura o contrario del *volumen* rotolo di papiro o pergamena), che vi era una scrittura sottostante, si trattava di "carta riutilizzata" cancellando i caratteri sottostanti, era stato sovrascritto.

Nonostante l'abrasione dei caratteri la scrittura sottostante aveva lasciato tracce e Nibur si era reso conto che si trattava di una scrittura giuridica.

Si trattava di una copia di un'opera della quale sino a quel momento si conoscevano solo alcuni frammenti del Digesto, le istituzioni di Gaio (manuale per studenti) vissuto nel II secolo d. C. Il testo è stato spedito in Germania e poi si è avuta l'edizione critica del testo.

La conversione del testo è avvenuta attraverso reagenti chimici come la noce di Galla che ha annerito alcune pagine del codice e in alcuni punti hanno eroso anche il supporto cartaceo e rovinato la scrittura.

Le istituzioni di Gaio

Le **istituzioni di Gaio** sono divise in 4 libri, chiamati commentari e all'interno del capitolo 154 del terzo Commentario nella parte in cui Gaio espone ai propri studenti dei contratti consensuali, in particolare del **contratto di societas**, consensuale e unico contratto plurilaterale in cui due o più soci si obbligano a mettere insieme beni e servizi o chi beni e chi servizi perché si ricavi una **utilità** in seguito alla distribuzione di profitti e perdite, operazione che avverrà a seconda delle indicazioni contenute nel contratto o, in assenza, profitti e perdite verranno divisi in quote eguali tra i soci.

Era il contratto operativo e vigente nel momento storico in cui scrive Gaio insieme agli altri tre contratti consensuali di mandato, compravendita e locazione/conduzione. Rappresenta il contratto della stagione romana più evoluta in quanto siamo nella **fine fase preclassica** e **l'inizio dell'età classica** dopo la sconfitta di Cartagine, il controllo del Mediterraneo, l'esplosione delle relazioni commerciali e l'esigenza di modelli contrattuali capaci di tenere insieme romani e stranieri, di riprendere le prassi delle relazioni mercantili dello *ius gentium* già messe in opera dalle popolazioni del Mediterraneo e tradurli in modelli contrattuali da rendere accessibili all'interno *ius civile*. Ed ecco la configurazione dei quattro contratti che rispondono all'esigenza di un sistema economico dinamico e sofisticato grazie al loro perfezionamento mediante semplice consenso manifestato (*obligatio quae nudo consensu contrahitur*). Con la chiusura del capitolo 154 la lettura del testo così come reso disponibile dall'edizione critica varata sulla base del palinsesto veronese vedeva Gaio passare immediatamente a un ulteriore contratto consensuale, il mandato.

Medea Norsa

Medea Vittoria Irma Norsa vive sessant'anni dopo la scoperta del codice da parte di Nibur, nasce a Trieste nel 1877 dove compie il suo percorso di studio e nel 1906 dopo la laurea si trasferisce a Firenze entra a far parte del gabinetto dei papiri presso la scuola di paleografia, oggi istituti papirologico, diretta da Girolamo Vitelli. Il suo nome si affianca a quello di un altro studioso e latinista Giorgio Pasquale che insieme rappresentano due pilastri della cultura antica a Firenze.

Medea conosce Vitelli e nasce un sodalizio scientifico che la segnerà per tutta la vita, tornerà a Trieste nel 1907, ottiene la cattedra di lingua e letteratura presso il liceo femminile di Trieste però la sua passione è la parte scientifica, lo studio vicino a Vitelli e la lontananza rende difficile il lavoro assieme a Vitelli. Perciò Medea lascia Trieste, si mantiene come insegnante fino a che il coronamento di questa attività avviene nel 1925 con la nomina di conservatrice di manoscritti del gabinetto di papirologia costituita presso l'istituto degli studi superiori di Firenze ottenendo quindi la possibilità di un sostentamento economico.

Medea inizia così il periodo di dieci anni di collaborazione quotidiana col maestro Vitelli che trova in lei una collaboratrice esperta, pratica e dinamica.

Le vengono affidati insegnamenti senza però occupare una posizione accademica ma rimarrà un ruolo di collaborazione amministrativo-scientifico senza il conferimento in termini istituzionali di una titolarità di una cattedra.

Negli anni successivi alla morte di Vitelli in base a lettere scritte ad alcuni amici, si percepisce che si ritroverà sola, è nubile percepita come soggetto debole e la componente maschile dell'accademia comincia a non tollerare una posizione gerarchicamente superiore e nel 35 viene progressivamente emarginata dall'ambiente fiorentino e conseguentemente sul piano internazionale che si concluderà con il bombardamento del 23 Marzo del '44 quando andò distrutta la casa, la sua biblioteca personale e fu la svolta di un epilogo ormai annunciato che si concretizzò, infatti perse la direzione dell'istituto e nel 49 si ammalò e fu ospitata presso istituti religiosi fino alla sua morte nel 52.

Si tratta di una donna modello di dedizione alla scienza e sacrificio personale ed esistenziale, di scelte personali rinviate e mai immaginate per avere questa pienezza di energie e risorse per dedicarsi all'attività di reperimento materiali, pubblicazione delle riviste.

Medea viaggia molto tra l'Italia e l'Egitto è presente direttamente sui luoghi degli scavi delle più importanti missioni archeologiche. Nel febbraio del '33 al Cairo nella bottega di un mercante ritrova pagine di pergamena sparse che riconosce essere brani delle istituzioni di Gaio si tratta infatti di un codice risalente al V secolo che conteneva parti delle istituzioni gaiane.

Tonata a Firenze anche Vitelli comprende che si tratta di un testo giuridico e viene chiamato in causa il maestro romano Vincenzo Arangio Ruiz, il quale sostiene che si tratti del capitolo 154 del libro III andando a colmare il paragrafo 154.

Sarà pubblicato nella rivista dei papiri della società italiana nel volume 11 del 1935 e con un estratto anticipato alla fine del '33 Ruiz lo divulga colmando lo spazio rimasto vuoto. Da questo omento in poi si presenta all'attenzione degli studiosi un altro Gaio (quello del palinsesto veronese, quello scoperto da Nibur e da Medea), sarà chiamato Gaio antinoense perché secondo Medea risalivano da un codice ritrovato ad Antinoe. La numerazione di questi frammenti è diversa dalla consueta numerazione dei testi gaiani infatti compaiono delle lettere e il numero è sempre 154. Dunque la scelta editoriale fu di non sovvertire l'edizione formata sul palinsesto veronese dai primi decenni del '800 già in uso dagli studiosi lasciando intatta la costruzione dei capitoli (capitolo 154 a, 154 b...) all'interno del III libro.

L'atteggiamento di Gaio giurista attento essenzialmente alle questioni tecnico-operative con un pragmatismo forte della scienza giuridica romana, esigenza di procedere alla risoluzione dei problemi pratici e un'attenzione al metodo casistico che in ogni caso si muove sempre alla luce delle specificità del caso concreto e dei problemi che pone. Tuttavia guardando nei testi vediamo come le preoccupazioni del giurista in un testo didattico non si limitano a un dato positivo vigente, di rappresentare i confini dell'ordinamento vigente con il quale gli studenti si confronteranno. Ci sono riflessioni di carattere culturale di natura comparativa in cui Gaio si sofferma a parlare del rapporto fra ordinamento romano e ordinamenti giuridici di popoli diversi ma vi sono anche momenti in cui la prosa gaiana lascia l'immediatezza del dato tecnico giuridico per soffermarsi su riflessioni di carattere storico, in tutte le cose la parte più importante è il principio e, non a caso, dedicherà un commentario alle XII tavole.

Nella versione del Gaio veronese il capitolo 154 contiene la descrizione del contratto di società, che nasce tra la fine della repubblica l'età classica come *ius gentium*, concentrandosi sull'egime vigente poi si sofferma in una sorte di digressione storica e tecnico-giuridico in cui lascia emergere l'esistenza di un'altra società (*aliud genus societatis*), l'antico *ius civile* (*proprium civum romanorum*) ordinamento esclusivo dei soli cittadini romani. L'ordinamento di riferimento rispetto a questa figura non è più lo *ius gentium* ma lo *ius civile*, che contiene norme regole e istituti giuridici applicabili ai soli rapporti tra romani.

Lo *ius gentium* rappresenta un passaggio successivo rispetto allo *ius civile* che si colloca nella prima epoca arcaica ed ha le sue fonti nei *mores maiorum*, le consuetudini degli antenati così come interpretati dai primi giuristi pontefici e che trova in primo momento di consolidamento normativo con la legge delle XII tavole nel 451 a. C.

Nasce in una prospettiva di personalistica, infatti riguarda i soli cittadini romani di un mondo soltanto agricolo pastorale che non conosce il mare, come avrebbe detto Max Weber sono ancora agricoltori, solo alla sconfitta di Annibale diverranno marinai.

Questa precisazione di Gaio non serve soltanto a precisare i confini nei quali opera il contratto di società in quanto contratto consensuale di *ius gentium* ma attraverso l'elemento cronologico si riferisce al diritto arcaico (olim, una volta avverbio che indica il riferimento a un'esperienza del passato).

Gai. 154 lett. a

*Ma vi è un altro genere di società, esclusivo dei suoi cittadini romani, infatti una volta alla morte del pater familias tra gli eredi sui si creava una sorta di comunione una certa società allo stesso tempo legittima e naturale che si chiamava *ercto non cito*.*

Poi Gaio cerca di ricostruire il significato di questa formula alla luce della sua etimologia in realtà l'importanza del significato tecnico delle parole è stata verificata lavorando su un documento che ha raccolto al suo interno i vari paragrafi del frammento 154 libro 50 titolo 16 *De significatione verborum*. Gaio non si limita a sforzarsi di spiegare il significato di questa formula ma di avvalorare il significato riflettendo sulla derivazione etimologica e nel farlo sbaglia.

*Si chiamava *ercto non cito* "dominio non diviso"*

Erctu significa *dominium*, quindi lo interpreta come sostantivo equivalente a *dominium* e trova la conferma di questa origine etimologica nel fatto che il termine *dominus* sia equivalente al termine *erus*.

Il termine *cito*, *cīere* significa dividere e la traduzione è data dalla somiglianza tra suoni del verbo cedere con *cīere* con *secare*, tagliare, che dà l'idea di una frammentazione.

Erctum è il participio del verbo *ercisco* che indica l'atto del dividere e ciò viene confermato da una formula processuale, quella per la azione della divisione del patrimonio ereditario per la prima volta introdotta dalla legge delle XII tavole, chiamata *actio familiae erciscunde*.

Dunque *erctum* è participio in funzione sostantivata ed è da intendersi nel senso di divisione, non di *dominium*.

Cito non si riconnette ad un verbo da significato dividere come cedere ma al verso *cīo*, come il verbo greco *kineo*, che indica il movimento significa infatti emettere in movimento.

Seppur sbagliando nell'esatta attribuzione dei vocaboli e delle radici etimologiche Gaio centra comunque la sostanza di questo istituto che si lega ad una mancata divisione non messa in moto, alla presenza di una massa patrimoniale che non è stata oggetto di divisione.

L'espressione rimanda quindi alla realtà di una comunità patrimoniale sulla quale non si è esercitata divisione sulla comunità patrimoniale stessa. Si percepisce perciò un significato a contrario.

