

SULLE TRACCE DEI DOVERI DEL *PATER*.
BREVI RIFLESSIONI SULLA *PATRIA POTESTAS*
IN ETÀ TARDOANTICA

di Paolo Garbarino

1. PREMessa

Gli studiosi hanno da tempo posto in rilievo come in età tardoantica proseguiva e anzi si accentuava la tendenza, già riscontrabile durante il Principato, a mitigare i poteri del *pater familias*¹, di pari passo con l'affermarsi di una concezione sociale della famiglia che fa sempre più perno sulla parentela di sangue e in cui i rapporti potestativi endofamiliari si presentano sotto una nuova veste². Occorre però osservare che i vari passaggi che contraddistinguono il rafforzarsi della menzionata tendenza sono ancora di incerta ricostruzione e la normativa imperiale si presenta spesso di non facile interpretazione e per certi versi anche contraddittoria³. Si può, in ogni caso, individuare grosso modo nella legislazione costantiniana un momento decisivo di trasformazione e anche di novità in tema di poteri del *pater*⁴. Costantino interviene infatti con misure che nell'insieme sembrano limitare o comunque regolamentare tali poteri: in particolare sia quanto all'istituto dello *ius exponendi* e del correlativo *ius vendendi* (nell'ottica sociale dell'età costantiniana di tutela dei nati in un periodo di forte crisi economica)⁵, sia, soprattutto, in relazione al tema

¹ V., per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 202 ss. (anche per bibliogr. precedente); nella manualistica v. per esempio, più di recente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 120 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., Palermo 1994, 246 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli 2001, 532 ss. (ulteriore bibliogr. *ivi*, in nota); P. VOGLI, *La 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 465 ss. (da cui citiamo) = *SDHI*, 51 (1985), 1 ss., dà un giudizio diverso dall'opinione comune, sostenendo che in età tardoantica «la *patria potestas* nei suoi aspetti personali non s'era affatto impicciolita, ed era diminuita solo, e in parte, nei suoi aspetti patrimoniali».

² Sugli aspetti sociali, v., per es., G. S. NATHAN, *The Family in Late Antiquity. The Rise of Christianity and the Endurance of Tradition*, London-New York 2000 (in particolare sui rapporti tra padri e figli v., 143 ss.).

³ Accentua, forse non a torto, questi aspetti, P. VOGLI, *op. cit.*

⁴ In merito, ancora utili le opere in certa misura pionieristiche di C. DUPONT, *Les Constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV^e Siècle. Les Personnes*, Lille 1937 (rist. anast. Roma 1968), 129 ss., e di M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano 1938, 85 ss.

⁵ V., per tutti, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 49 (1983), 179 ss.; da ultimo, C. LORENZI, *'Si quis a sanguine infantem...conparaverit'. Sul commercio dei figli nel tardo impero*, Perugia 2003, con analisi delle fonti e ampi richiami bibliografici; P. VOGLI, *op. cit.*, 499, insiste sulle motivazioni sociali che starebbero alla base della legislazione tardoantica e in particolare costantiniana in materia: «Lo scopo immediato, che si propongono tutte le costituzioni, è di dare una certa sicurezza al compratore: cioè di fare che il negozio non si risolva tutto a suo danno. Lo scopo mediato è di procurare, come possono, che la miseria non conduca alla morte per fame».

dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia, come vedremo meglio più avanti. Lo sviluppo successivo, che corre per tutti i secoli quarto e quinto, è caratterizzato da costituzioni che intervengono su punti specifici e sui temi aperti dalla legislazione costantiniana, soprattutto in senso estensivo e per meglio precisarli; infine Giustiniano, nella sua compilazione, trae spesso le conclusioni in modo piuttosto organico dei passaggi precedenti, tentando di ridurre a insieme coerente, quanto di sparso e frammentario risultava dalla normativa pregressa⁶.

Sullo sfondo della legislazione imperiale e come fattori che ne hanno in misura maggiore o minore influenzato i cambiamenti stanno ovviamente sia le trasformazioni sociali intervenute nel corso dei secoli che hanno modificato la concezione della famiglia e anche, parzialmente, le sue funzioni, sia l'influenza del cristianesimo che di quelle trasformazioni può essere considerato uno dei motori, sia le crisi economiche ricorrenti, sia – anche come conseguenza di lungo periodo dell'editto di Caracalla – le influenze di costumi e diritti non strettamente romani, in particolare orientali⁷.

Si tratta di un quadro variegato e non privo di contraddizioni, che è stato spesso indagato per singoli aspetti e che meriterebbe uno studio apposito e complessivo. In questa sede non mi propongo ovviamente di affrontare tutta la problematica ora brevemente richiamata. Vorrei soltanto proporre alcuni spunti di riflessione su un profilo abbastanza trascurato della *patria potestas* in età tardoantica, vale a dire l'emersione in età costantiniana dell'idea che il *pater* ha anche dei doveri nei confronti dei figli in potestà (doveri per lo più genericamente intesi, ma talora, come vedremo, anche circostanziati in dipendenza di alcuni istituti specifici), che sembrano configurare una sorta di responsabilità generale del capo famiglia, nel senso che gli si imputa il compito di assicurare ai figli un adeguato sostegno non solo morale, ma anche, per così dire, giuridico-economico⁸. Come si vedrà, in taluni casi le fonti tendono ad assimilare la figura del padre a quella del tutore, proprio per sottolineare che su di lui sussistono dei doveri nei confronti dei figli, soprattutto, se non esclusivamente, di natura patrimoniale (per esempio un dovere di diligenza nell'amministrare i *bona materna*)⁹.

⁶ Sulla normativa giustiniana, v. da ultima e con taglio dedicato in particolare al regime patrimoniale, A.M. DEMICHELI, *La novella 98 e la tutela patrimoniale dei figli nella legislazione post-classica e giustiniana*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, 855 ss.

⁷ Su quest'ultimo punto cfr. M. KASER, *op. cit.*, 202 e nt. 4 (per la bibliografia più risalente); scettico sull'effettivo rilievo dell'influenza dei c.d. diritti orientali P. VOGLI, *op. cit.*, 536 ss.; in merito v. anche le interessanti osservazioni, basate sull'esame di fonti papirologiche, di A. ARJAVA, *Paternal Power in Late Antiquity*, in *JRS*, 88 (1998), 155 ss.

⁸ È appena il caso di aggiungere che non sembra qui pertinente il richiamo agli obblighi alimentari, poiché essi non riguardano esclusivamente e strettamente i rapporti tra *pater* e figli: tali obblighi infatti sono caratterizzati dalla reciprocità tra parenti consanguinei entro un certo grado – essendo, tra l'altro, a carico non solo del *pater* (o meglio, dei genitori), ma anche dei figli nei confronti appunto dei genitori – e inoltre presuppongono per la loro applicazione la condizione di povertà e l'incapacità di provvedere al proprio sostentamento. Si tratta in sostanza di obblighi, per così dire, residuali, dipendenti dai rapporti di parentela, e non di obblighi che caratterizzino il contenuto stesso della *patria potestas*. D'altro canto dalla lettura delle fonti che ne trattano non mi è sembrato che in esse si possano rintracciare argomentazioni, anche solo accennate, che enfatizzino in generale i doveri del *pater* nei confronti dei figli.

⁹ V. già le riflessioni di M. SARGENTI, *op. cit.*, 94 ss., che, esaminando la legislazione costantiniana in tema di *bona materna*, conclude che «non è, forse, eccessivamente arduo superare le difficoltà e i dubbi che si frappongono e giungere ad ammettere che l'obbligo del *pater familias* alla diligenza previsto da Costantino sia

Un secondo altro che sembra indicare un certo qual ridimensionamento della centralità della *patria potestas* nella vita familiare, è quello di una maggiore considerazione – anche nelle fonti giuridiche – della moglie/madre, quanto ai profili di responsabilità nei confronti dei figli: si tratta di un'attenzione particolare a un ruolo paritario di entrambi i genitori nel sostegno morale ed economico dei figli, che trova un'interessante risonanza in età giustiniana, nella Nov. 98, e che può essere ascritto alla richiamata tendenza a dar rilievo ai 'doveri' verso i figli più che al 'potere' su di loro.

2. BONA MATERNA E DOVERI DEL PATER IN ETÀ COSTANTINIANA: CT. 8.18.1 E CT. 8.18.3

I profili sopra segnalati possono essere, a mio giudizio, colti in modo esemplare nel regime, introdotto da Costantino con CT. 8.18.1¹⁰, dei *bona materna*¹¹, cespiti patrimoniali destinati *e parte matris*, per lo più a titolo successorio, ai *fili familias*¹². Il *pater*, diversamente da prima, non diventa pieno proprietario di tali beni, che sono destinati ai figli, ma ne ha solo il godimento e l'amministrazione – dunque una sorta di usufrutto o comunque un *dominium* del tutto peculiare¹³ – senza il potere di alienarli, sicché in sostanza il suo ruolo appare come quello di un amministratore fino a che i figli raggiungano la maggiore età (e siano perciò, come accadeva di solito, emancipati)¹⁴ o comunque fino alla loro emancipazione, momento in cui essi acquisiscono i *bona materna* (e in seguito anche quelli *materni generis*) senza più dover attendere l'apertura della successione paterna, come accadeva prima della innovazione costantiniana. Il *pater* viene, a sua volta, per così dire compensato per i doveri che gli sono ora imposti, riconoscendogli il diritto di mantenere un terzo di tali beni in piena proprietà, nel momento in cui *vivente patre* essi sono trasmessi ai figli (e cioè di solito, come detto, al momento della loro emancipazione)¹⁵.

un vero obbligo giuridico. Poiché noi sappiamo che in primo piano si pongono, agli occhi del legislatore, gli interessi dei *fili familias* e non più i diritti assoluti del *pater* (*ivi*, 98).

¹⁰ La costituzione è di data incerta: 319, stando al consolato indicato nella *scriptio*; 315 secondo la proposta di T. MOMMSEN, nella sua ed. del Teodosiano, basata sul fatto che la costituzione risulta *recitata* nel senato romano durante la prefettura urbana di Vettio Rufino (che gerì la magistratura tra il 315 e il 316); nello stesso senso O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart 1919, 59, che propone anche di correggere *Aquaviva* (località non distante da Roma), anziché Aquileia, come luogo di emanazione risultante dalla *scriptio*; tra l'altro l'*inscriptio* indica che la legge venne diretta dall'imperatore *consulibus, pretoribus, tribunis plebis, senatui*, con l'indirizzo di saluto (*salutem dicit*) come se fosse un'*oratio in senatu habita*. La costituzione è ripresa da Giustiniano in C. 6.60.1, con varie modifiche.

¹¹ Cui si aggiungeranno in prosieguo i *bona adventicia* e i *bona adventicia irregularia*, assimilati quanto a regime giuridico ai *bona materna*.

¹² Sul regime dei *bona materna* e beni assimilabili v., per tutti, G. WESENER, *Sondervermögen und Sondererfolge im nachklassischen römischen Recht* ('*bona materna*', '*bona paterna*' und '*bona nuptialia*'), in *Iuris professio. Festgabe Kaser*, Wien-Köln-New York 1976, 332 ss.; P. VOCI, *op. cit.*, 502 ss.; M. SARGENTI, *Alcune considerazioni sul regime costantiniano dei 'bona materna'*, in *Mélanges F. Sturm*, Liège 1999, 407 ss.; per il diritto giustiniano KNOTHE, *Das gemeine Kindesvermögensrecht*, in *ZSS*, 98 (1981), 258 ss.

¹³ Sulle ampie discussioni in merito all'inquadramento giuridico dell'assetto di tali beni, v. gli AA. citati nella nota precedente; sugli sviluppi giustiniani *adde* KNOTHE, *op. cit.*, e, da ultima, A.M. DEMICHELLI, *op. cit.*

¹⁴ Sul punto ancora utile R. TAUBENSCHLAG, *Die 'patria potestas' im Recht der Papyri*, in *ZSS*, 37 (1916), 177 ss. = *Opera minora*, II, Warszawa 1959, 301 ss.

¹⁵ Cfr. CT. 8.18.1.2: *Quod si pater suum filium patremfamilias videre desiderans, eum emancipaverit, repra-*

Ebbene, la posizione del *pater* rispetto ai *bona materna* e assimilati può essere facilmente avvicinata a quella del tutore (salvo, tra l'altro, che al *pater* non pare sia imposto l'obbligo del rendiconto) e le fonti non mancano in qualche caso di lasciarlo intendere o anche di dichiararlo espressamente. Per esempio CT. 8.18.1.3, descrive i doveri del *pater*, con una frase che sembra, appunto, avvicinarlo al tutore:

CT. 8.18.1.3: *Ante emancipationem autem parentes, penes quos maternas rerum utendi fructuque potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere et quod iure filiis debetur in examine poscere et sumptus ex fructibus impigre facere et litem inferentibus resistere atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam, ita ut, si quando rem alienare voluerint, emptor vel is cui res donatur observet, ne quam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse quam donat aut distrahit; et emptori, si velit, sponsorem aut fideiussorem licebit accipere, quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.*

Mi pare significativo che in proposito la cancelleria costantiniana si esprima appunto sottolineando che i *parentes* – qui da intendersi come *patres*¹⁶ – devono adibire ogni *diligentia* al fine di proteggere la *res (tuendae rei)*¹⁷, ricavarne frutti, difenderla in giudizio, comportarsi come un *solidus perfectusque dominus*. Il *pater* però non può alienare i *bona materna*, e se lo facesse il figlio potrà esercitare la *rei vindicatio* contro l'incauto acquirente, che non avrà il diritto di opporgli alcuna *praescriptio*. Come si vede, la legge non prevede alcuna sanzione nei confronti del *pater* che non rispetti il divieto di alienazione o che, comunque, non amministri con diligenza i cespiti che dovranno essere trasmessi ai figli. Tuttavia essa enuncia il dovere (pur, evidentemente, non sanzionabile sul piano giuridico) di diligente amministrazione degli stessi, come se appunto fossimo di fronte a un caso di tutela. Ancora più esplicita, in proposito, è l'*Interpretatio* visigota:

... ut patres, qui filiorum res gubernare iussi sunt, negotia eorum summo studio et integritate agere procurent, nihil per negligentiam eorum filiis pereat, sed fructus rerum maternas sine aliqua negligentia redigi vel vendi faciant, ut ex tempore competenti, sicut lex novella dicit, portiones suas filii sine aliqua inminutione percipiant...

esentare ei maternam debebit substantiam, ita ut filius accepto munere libertatis reique suae dominus effectus, ne videatur ingratus, tertiam partem custoditae sibi rei muneris causa parenti offerat, aestimatione, si res dividi coeperint, bonorum virorum arbitrio permittenda, quam tertiam alienare quoque pater, si hoc maluerit, habebit liberam potestatem; è il c.d. 'praemium emancipationis', cui è dedicata l'omonima monografia di D. DALLA, 'Praemium emancipationis', Milano 1983; qualche anno dopo Costantino ribadisce tale prescrizione con CT. 8.18.2 del 319.

¹⁶ È stato da tempo notato che in relazione a determinate vicende dei rapporti familiari le fonti, già verso la fine del Principato, fanno emergere un'ottica della genitorialità, parlando appunto di *parentes*, anziché solo di *pater/patres*: per esempio, per quanto riguarda la vendita – invalida – dei figli, v. C. 4.43.1 (a. 294); PS. 5.1.1.; cfr., in merito, C. LORENZI, *op. cit.*, 15 ss., sulla scorta di L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, 358 s.; in CT. 8.18.3 si tratta però dell'ipotesi in cui la madre sia premorta, sicché la disciplina prevista per i *bona materna* presuppone necessariamente che il *pater* sia l'unico soggetto formalmente destinatario delle norme in questione.

¹⁷ Il concetto di 'custodia' è presente anche in CT. 8.18.1.2, relativamente al caso dell'emancipazione dei figli e alla previsione del correlativo *praemium*, ove si prevede l'obbligo per il figlio emancipato di offrire al padre la terza parte *custoditae sibi* [cioè per il figlio] *rei*.

L'assimilazione del *pater* al tutore¹⁸ è esplicitamente prevista da una successiva costituzione, sempre di Costantino, CT. 8.18.3 del 334¹⁹, che interviene per salvaguardare i diritti dei figli di primo letto sui *bona materna*, qualora il padre passi a nuove nozze:

CT. 8.8.3: *Insinuatum est quosdam patres principalis coniugii copulatione destitutos in perniciem filiorum ultra misericordiam sanguinis properare et receptis deinceps aliis matrimoniis maiorem sibi in rebus filiorum vindicare personam: qui quoniam in his usufructuarii remansisse videntur, usurpare ea ac pervertere confidunt, ut per hoc his, qui in orbitate remanserunt, nulla nec possidendi nec litigandi tribuatur occasio. Ideoque placet, ne quis pater receptis deinceps matrimoniis earum rerum, quae prioris coniugis fuerunt, sibi ius defendendum existimet nisi tutelae vice, donec minores probata aetate esse videantur. His autem moderatio nostra cuncta iubet servari adque restitui.*

In caso di seconde nozze, per evitare che i figli di primo letto possano essere sfavoriti da comportamenti paterni volti a danneggiarli²⁰ (*usurpare ea ac pervertere*) e attesa la giuridica impossibilità per i figli suddetti di far valere i loro diritti nei confronti del genitore (*nulla nec possidendi nec litigandi tribuatur occasio*), si prevede che il *pater* possa continuare a esercitare un proprio diritto sui beni *quae prioris coniugis fuerunt*, solo a titolo di tutore (*nisi tutelae vice*) e dunque fino alla maggiore età dei figli (*donec minores probata aetate esse videantur*). L'assimilazione al tutore potrebbe anche comportare che il *pater* debba rendere conto ai figli dell'amministrazione dei *bona materna*, quando i figli raggiungano la maggiore età (anche se la costituzione non lo dice espressamente) e ha come conseguenza che egli non ha più diritto di trattenere per sé un terzo di tali beni, ma li deve trasmettere tutti ai figli di primo letto (*cuncta iubet servari adque restitui*). Peraltro proprio da questa disposizione si può inferire che nelle situazioni normali il *pater* amministrava in proprio (*rectius*, alla luce di CT. 8.18.3, in quanto usufruttuario) i *bona materna*, e non *tutelae vice*, con il limite, come detto, del divieto di alienazione (cfr., con espressione piuttosto ambigua tanto da suscitare ampio dibattito tra gli studiosi: CT. 8.18.1.1: *res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate adque dominio, ut fruenti pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur*).

3. CONTINUA: IL *PATER* DEPORTATO E POI RIABILITATO: CT. 9.43.1.

Un altro testo normativo in cui è presente una comparazione tra i compiti del *pater* e quelli del tutore è CT. 9.43.1²¹, del 321, ancora una costituzione di Costantino che ri-

¹⁸ Può essere interessante notare che già nel terzo secolo abbiamo documenti papiracei egiziani in cui il padre è definito 'tutore': v., in merito, con discussione dei dati linguistici di alcuni papiri, A. ARJAVA, *op. cit.*, 157 (e 160 s. per testimonianze papiracee successive).

¹⁹ La costituzione è diretta al *comes Hispaniarum* Severo e risulta *proposita* a Costantinopoli. In essa, per la prima volta, si afferma che il padre è usufruttuario dei *bona materna*: *quoniam in his usufructuarii re mansisse videntur*, qualifica giuridica che non viene più abbandonata dalle fonti successive: così P. VOGLI, *op. cit.*, 524.

²⁰ La legislazione tardoantica stigmatizza anche il comportamento della madre vedova che passi a nuove nozze e che in tal modo danneggi i figli di primo letto: v., per richiami a fonti e letteratura in merito, A.M. DEMICHELI, *op. cit.*, 861 ss.

²¹ CT. 9.43.1. IMP. CONSTANTINUS A. AD MAXIMUM P. U.: *In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque Pauli notis Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt. 1. Ita tamen, ut gesta per filium, cuius consilia legitima aetas firma-*

guarda il caso, piuttosto specifico e residuale, del *pater* che abbia scontato la pena della deportazione. Al momento della condanna il *pater* perdeva anche la *patria potestas* sui discendenti²², i quali, se maggiorenni, divenivano *sui iuris* e, se minorenni, erano sottoposti a tutela. La costituzione si occupa delle conseguenze giuridiche che la fine della pena comporta sullo *status* dei figli, qualora al condannato siano restituiti *dignitas* e *bona*. Verificatasi tale *restitutio*, infatti, i figli ritornano nella potestà del padre e CT. 9.43.1 introduce una distinzione a seconda che siano maggiorenni o minori d'età; per i primi è previsto che gli atti da loro compiuti siano da considerarsi validi (*rata sint*) e non siano suscettibili di *rescissio*, compreso il testamento, che la costituzione implicitamente dichiara valido, accogliendo sul punto il parere di Papiniano contro la diversa

*verat, rata sint eodem in potestatem patriam redeunte, ne eorum rescissio efficiat, quod est maxime absurdum, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate. 2. Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur. Quibus si damnato patre tutor datus est, necesse est, ut ab officio recedat regresso eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla pravitare corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda: ab administratione fugiat: neque tutor esse desinat omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet. Sententia vero deportationis nullo patrem praeiudicio deminuat. Quem si conperta integritas ut natura, ita officio liberis restituerit, ei gubernacula rerum tradenda sunt, cuius ad imitationem publici iuris provisa custodia est. Quae nisi bonis patribus detur, luctuosior erit reditus quam discessus. 3. Ideoque tantum ad restitutionem indulgentia valeat, quantum ad correctionem sententia valuit. Uique deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia reditus bonorum ac dignitatis uno nomine amissionum omnium sit recuperatio. Et filii emancipationem a patribus officiis petant, ut libertatem non damnationis, sed lenitatis paternae testem habeant. Dat. XVIII. Kal. oct. Sirmio, Crispo II. et Constantino II. Caess. Cons. INTERPRETATIO. Si quis pater in exilio missus filium in maiori aetate reliquerit, quaecumque de bonis propriis gessit filius, iuxta sententiam Papiniani rata et firma permaneant, nec contra aut testamentum aut transactionem filii reversus pater venire permittitur. Sane cum redierit pater, si filium vivum invenerit, filium in ius suum paterna potestate recipiet. Ceterum quod de rebus propriis absente patre filius gessit, reversus pater revocare non poterit. Quiquit vero filii in annis minoribus constituti fecerint, paenitus non valebit: qui tamen si pro aetate vel pro absentia patris aut tutores aut curatores acceperint, reversus pater filios repulsis curatoribus vel tutoribus cum omni facultate recipiat ea condicione, ut rem filiorum ita administret ac regat, ut non solum detrimenta non sentiant, sed studio patris res vel facultas proficiat filiorum. Quod si pater aut prodigus aut negligens aut evorsor aut libidini deditus esse convincitur et filiorum res in pie ac dementer vastare ac dilapidare cognoscitur, filii talis patris, tamquam eo mortuo, sub tutore aut curatore consistent: quia sicut aequum est, ut bonus et utilis pater rem filiorum regendam administrandamque recipiat, ita iniquum est, ut in damnum filiorum reversus facultates a tutoribus curatoribusque servatas dementi subversione dilaceret. La costituzione è ripresa, con due modifiche del tutto marginali, da C. 9.51.13; essa contiene nel pr. il ben noto riferimento all'opinione (*sententia*) di Papiniano, che viene preferita alle *notae* di Paolo e di Ulpiano al giurista, ed è perciò da porre in stretta relazione con CT. 1.4.1, che privava di valore le *notae* suddette (*aboleri praecipimus*), sostenendo che esse finivano per *depravare*, anziché *corrigere* Papiniano; CT. 1.4.1 ha lo stesso destinatario di CT. 9.43.1 (il *p.u.* Massimo) ed è probabilmente stata emanata nello stesso anno (e forse nella stessa data: così O. SEECK, *op. cit.*, 171, che però non le ritiene *iungendae*).*

²² Cfr. Gai 1.128: *Cum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege Cornelia aqua et igni interdictum, civitatem Romanam amittat, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse*; Gai FA 1.19: *Quid erit, si aquae et ignis vel patri interdicatur vel liberis? patria potestas tolletur*; Ulp. 10.3: *Si patri vel filio aqua et igni interdictum sit, patria potestas tollitur, quia peregrinus fit is, cui aqua et igni interdictum est ...* La sintesi delle Istituzioni giustinianee (che riprendono inizialmente Gai 1.128) sembra tener conto di quanto stabilito da Costantino in CT. 9.43.1 (ripresa, come detto, anche nel Codex): v. I. 1.12.1: *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde acsi mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse. pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. sed si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.*

opinione espressa nelle note di Ulpiano e di Paolo allo stesso Papiniano²³.

Per quanto riguarda i figli minori il provvedimento conferma la cessazione del tutore e in merito precisa:

CT. 9.43.1.2: *Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur. Quibus si damnato patre tutor datus est, necesse est, ut ab officio recedat regresso eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda: ab administratione fugiat: neque tutor esse desinat omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet.*

Il *pater* riacquisce la *potestas* sui figli, ma essa è vista come un vero e proprio *officium*²⁴ che ha lo scopo di *tueri e augere* i *bona* dei figli, alla stessa stregua dell'*officium* del tutore (*tutor ... ab officio recedat regresso eo* – il padre – *quem ... officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut ...*). Viene perciò in primo piano un contenuto di ‘doverosità’, espresso bene dallo stesso termine ‘*officium*’, mentre gli aspetti appunto ‘potestativi’ del potere del *pater* passano in secondo piano e anzi sembrano visti con un certo sfavore o come possibile fonti di rischio per i figli (*Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda: ab administratione fugiat: neque tutor esse desinat omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet*). Di conseguenza, se il *pater*, riacquistata la *potestas* inizi a dilapidare il patrimonio dei figli, come un *furiosus ac demens* o un prodigo, gliene sarà sottratta l’amministrazione e sarà di nuovo investito di essa il tutore. In tal caso il *pater* sarà tenuto a risarcire ai figli il danno cagionato (*omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet*). Come si vede, il parallelo (anzi quasi una sorta di assimilazione) tra *patria potestas* e tutela è in questa legge condotto così avanti, che si arriva, con l’ultima misura richiamata, a difendere nel modo più ampio l’interesse economico-patrimoniale dei figli rispetto a comportamenti gravemente negligenti del padre, prevedendo non solo che in tal caso i figli siano nuovamente sottoposti a tutela, ma anche che il *pater* risarcisca il danno loro cagionato. Nonostante la costituzione ribadisca che le misure assunte si riferiscono all’ipotesi in cui il condannato sia stato pienamente riabilitato (CT. 9.43.1.3: *Ideoque tantum ad restitutionem indulgentia valeat, quantum ad correctionem sententia valuit. Utque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia redditus bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio*), può darsi che l’atteggiamento del legislatore sia ispirato da una certa diffidenza nei confronti di chi abbia comunque subito una condanna pe-

²³ In merito v., per tutti, P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell’età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo* [= *Iura*, 29 (1978), 17 ss.], in *Studi di diritto romano*, II, cit., 113 ss. (da cui citiamo); cfr. anche *supra*, nt. 21.

²⁴ D. DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell’epoca postclassica*, Atti Accad. Romanistica Costantiniana (VII Convegno Internaz.), Perugia 1988, 94, pone in rapporto la qualifica di *officium* della *patria potestas* contenuta in CT. 9.43.1, con espressioni quali *ratio humanitatis*, *affectus pietatis*, *reverentia*, *pietas*, *pius affectus*, *religio naturae*, *misericordia sanguinis*, che mostrerebbero l’influenza, pur non esclusiva, del cristianesimo (cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 8) e avrebbero rilievo soprattutto sul piano del costume; a me pare tuttavia che il riferimento a *officium* abbia nella costituzione un rilievo soprattutto giuridico e non meramente etico, poste le conseguenze appunto di carattere giuridico che da esso discendono.

nale grave, comportante appunto la deportazione e la conseguente perdita dei diritti civili. Comunque sia, appare alquanto significativo il forte avvicinamento della *patria potestas* alla tutela (con la qualificazione della prima come *officium*, alla stregua della seconda) sia pure per il solo aspetto relativo all'amministrazione del patrimonio dei figli e per il solo caso specifico del *pater* già condannato alla deportazione e poi riabilitato. La stessa *Interpretatio visigota* conferma questa linea interpretativa, sottolineando la necessità che il *pater* amministri il patrimonio dei figli al fine di incrementarlo:

... ut rem filiorum ita administret ac regat, ut non solum detrimenta non sentiant, sed studio patris res vel facultas proficiat filiorum. Quod si pater aut prodigus aut negligens aut eversor aut libidini deditus esse convincitur et filiorum res impie ac dementer vastare ac dilapidare cognoscitur, filii talis patris, tamquam eo mortuo, sub tutore aut curatore consistant: quia sicut aequum est, ut bonus et utilis pater rem filiorum regendam administrandamque recipiat, ita iniquum est, ut in damnum filiorum reversus facultates a tutoribus curatoribusve servatas dementi subversione dilaceret.

Ora, mi sembra abbastanza chiaro che il profilo segnalato, così come emerge dalle fonti citate, è strettamente dipendente dalla materia delle stesse: i *bona materna* sono destinati ai figli e questo vincolo di destinazione, per la prima volta giuridicamente riconosciuto e protetto dalla legislazione costantiniana, fa sì che il 'potere' o forse meglio il 'rapporto' su di essi riconosciuto al *pater* (sia da definirsi *dominium* pur non pieno oppure usufrutto o in altro modo) trovi limiti che lo rendono simile, quanto alla funzione, al rapporto intercorrente tra il tutore e i beni del pupillo. Ciò appare particolarmente evidente nell'ultima costituzione richiamata, probabilmente per la specificità del caso da essa regolato; anche negli altri testi normativi citati – pur in modo non così esplicito e comunque senza che in essi sia previsto addirittura la nomina o il reingresso del tutore nell'amministrazione di tali beni qualora il padre li gestisca malamente – è presente il confronto tra la posizione del padre e quella del tutore²⁵, il che lascia intendere che la *patria potestas* ha anche un contenuto di 'doverosità' nelle ipotesi suddette. Va detto che non pare che si possa parlare addirittura di una vera e propria obbligazione gestoria del *pater* nei confronti dei figli, suscettibile di tutela giudiziaria, com'è quella del tutore (tranne verosimilmente nel caso del padre già deportato), ma le costituzioni citate, avvicinando la situazione del padre a quella del tutore, sembrano voler cogliere proprio l'aspetto della 'doverosità' – sia forse solo sul piano etico – che è insita nel fatto che egli deve amministrare i beni per restituirli ai figli. A ben vedere inoltre i doveri che incombono sul padre dipendono giuridicamente dal fatto che egli ha la *patria potestas*, sicché

²⁵ È anche curioso e significativo notare come nel pensiero giurisprudenziale romano sia presente una visuale in qualche misura speculare a quella delle costituzioni costantiniane commentate, vale a dire la comparazione dei compiti del tutore (e del curatore) a quelli del *pater*: v. Call. l. 4 de *cognit.* D. 26.7.33.pr.: *A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praeberere debet* (passo peraltro ritenuto rimaneggiato proprio in relazione al profilo del grado di responsabilità: cfr., per tutti, M. KASER, *op. cit.*, 232 n. 12). D'altro canto, nella famosa definizione di Paolo-Servio, la tutela è considerata *vis ac potestas*: Paul. l. 38 ad ed. D. 26.1.1.pr.-1: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. 1. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur*, passo ripreso con varianti minime in I. 1.13.1-2. Per A. GUARINO, *op. cit.*, 597 n. 44.4, nella definizione di Paolo-Servio «si fondono l'antico carattere potestativo e il più moderno carattere assistenziale dell'istituto».

nel contenuto della stessa si possono ora più facilmente riconoscere anche profili di ‘doverosità’ e non solo profili esclusivamente potestativi.

4. CONTINUA: QUONIAM GRAVISSIMIS DIGNITATIBUS VEL PARENTES VEL DOMINI VEL TUTORES ...: UN ACCENNO AI DOVERI DEI PADRI IN CT. 13.3.1?

Occorre dire che la novità d’impostazione che caratterizza sul punto la legislazione costantiniana sopra discussa, non appare poi così sorprendente. La scelta normativa di introdurre un regime giuridico speciale per i *bona materna*, al fine di meglio garantire che essi pervengano ai figli al momento della loro emancipazione, sembra infatti un terreno per così dire naturale per sottolineare i doveri che il *pater* ha in relazione alla gestione e alla restituzione di tali beni e di conseguenza per segnalare, come detto, i profili di ‘doverosità’ di comportamento ora contenuti, per traslato, nella *patria potestas*.

Tuttavia anche al di fuori della normativa sui *bona materna*, abbiamo qualche traccia ulteriore dell’affermarsi dell’idea, sia pure generica, che la *patria potestas* – o addirittura, più in generale, come vedremo subito, il ruolo genitoriale in quanto tale – comporta anche ‘doveri’. Mi riferisco, in particolare, a una costituzione sempre di Costantino, che per quanto mi risulta non è mai stata richiamata in proposito. Si tratta di CT. 13.3.1, del 321²⁶, che apre il tit. *De medicis et professoribus* del Teodosiano²⁷:

CT. 13.3.1: IMP. CONSTANTINUS A. AD VOLUSIANUM. *Medicos, grammaticos et professores alios litterarum immunes esse cum rebus, quas in civitatibus suis possident, praecipimus et honoribus fungi; in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus, ita ut, si quis eos vexaverit, centum milia nummorum aerario inferat a magistratibus vel quinquennialibus exactus, ne ipsi hanc poenam sustineant, 1. servus eis si iniuriam fecerit, flagellis debeat a suo domino verberari coram eo, cui fecerit iniuriam, vel, si dominus consensit, viginti milia nummorum fisco inferat, servo pro pignore, donec summa haec exsolvitur, retinendo. 2. Mercedes etiam eorum et salaria reddi praecipimus. 3. Quoniam gravissimis dignitatibus vel parentes vel domini vel tutores esse non debent²⁸, fungi eos honoribus volentes permittimus, invitos non cogimus.* PP KAL. AUG. SIRMIO CRISPO ET CONSTANTINO CC. CONSS.

Costantino interviene per concedere alcuni privilegi²⁹ ai medici, ai grammatici e agli altri insegnanti, consistenti nell’immunità dai *munera* cittadini, nella proibizione di citarli

²⁶ Per la datazione al 321, che comporta vari problemi, v. O. SEECK, *op. cit.*, 61; più dubbioso E. GERMINO, ‘*Medici e professori nella legislazione costantiniana*’, in *SDHI*, 69 (2003), 188 ss., che preferisce pensare al 324.

²⁷ Sulla normativa attinente al lavoro intellettuale in età tardoantica v. G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, 341 ss., 471 ss.; per l’età costantiniana v. E. GERMINO, *op. cit.*, 185 ss.

²⁸ T. MOMMSEN nella sua ed. del *Codex Theodosianus*, segnala una lacuna che propone di integrare in questo modo: *quoniam gravissimis dignitatibus, vel parentes vel domini vel [mariti quae facere debent, remitti nequeunt, id ipsum etiam ad medicos pervenit, sed] tutores esse non debent*; G. COPPOLA, *op. cit.*, 476 n. 458, ritiene, mi pare a ragione, «fin troppo arditamente» la ricostruzione mommseniana; nello stesso senso E. GERMINO, *op. cit.*, 220 e n. 105.

²⁹ I privilegi sono confermati da Giustiniano in C. 10.53.6, che riprende e fonde in un unico provvedimento CT. 13.3.1, CT. 13.3.2 e CT. 13.3.3; su queste costituzioni v. G. COPPOLA, *op. cit.*, 472 ss. ed E. GERMINO, *op. loc. cit.*

in giudizio³⁰, in una protezione speciale qualora siano vittima di *iniuria* (in particolare se l'autore dell'*iniuria* sia un servo). Il provvedimento ribadisce poi il loro diritto a ottenere il compenso per le prestazioni professionali svolte (compenso che viene distinto in *mercedes* e *salaria*, in dipendenza dal fatto che essi esercitino un'attività libero-professionale – come per lo più i medici –, oppure siano assunti dalle stesse *civitates*, per esempio per insegnare nelle scuole pubbliche come accadeva spesso per gli insegnanti). Di particolare interesse ai nostri fini è la concessione dell'immunità dai *munera*, prevista dal *principium* della costituzione e ribadita poi in conclusione. In sostanza il provvedimento, pur esentando dai *munera* i medici e i professori, consente loro, se lo desiderino, di rivestire comunque le cariche pubbliche locali (*honoribus fungi*), la cui assunzione, come sappiamo, comportava di norma l'obbligo di affrontare varie spese pubbliche³¹. Per meglio spiegare la posizione dei soggetti interessati rispetto alle *gravissimae dignitates* cittadine, la legge richiama in modo metaforico la posizione dei *parentes*, dei *domini* e dei *tutores*³²: l'immunità concessa non esclude che tali intellettuali possano *honoribus fungi*, ma essi non debbono essere considerati padri o padroni o tutori delle *dignitates*³³, dunque con l'obbligo della loro assunzione, in quanto assumeranno le cariche pubbliche solo se *volentes* (e con l'esenzione dei correlativi *munera*).

³⁰ Sul punto la costituzione si esprime in questo modo: *in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus*; E. GERMINO, *op. cit.*, 221 s. n. 107, esprime, mi pare giustamente, perplessità su una interpretazione letterale della disposizione, ritenendo che il legislatore volesse qui riferirsi «solo a quelle citazioni in giudizio pretestuose o vessatorie, non certo a un indiscriminato divieto di *vocare in ius* medici e professori».

³¹ *Contra* E. GERMINO, *op. cit.*, 219 ss., con ampia analisi della costituzione, secondo cui vi sarebbe «una contraddizione difficilmente sanabile tra le parole iniziali della *constitutio*...che imporrebbero in termini piuttosto netti l'assolvimento degli oneri scaturenti dalle magistrature cittadine, e la parte conclusiva della stessa, dove l'imperatore parrebbe ritornare sui propri passi sancendo il carattere facoltativo di tali *honores* ...»; l'A. (v. spec. *ivi*, 221 n. 106) osserva, tra l'altro, che la locuzione *honoribus fungi* (posta all'inizio della costituzione) sarebbe retta da *praecipimus* e dunque il provvedimento non sancirebbe «una possibilità ma, al contrario, un obbligo» di assunzione delle cariche per i medici e i professori. A me pare invece che il verbo *praecipimus* regga solo la proposizione oggettiva precedente (*medicos, grammaticos et professores alios litterarum immunes esse cum rebus, quas in civitatibus suis possident*), che altrimenti non avrebbe verbo reggente, e che *et* non abbia qui significato di congiunzione semplice o coordinativa (it. 'e'), bensì di congiunzione avversativa (lat. 'sed' it. 'ma'); si noti che questo secondo significato di *et* è spesso attestato anche in Cicerone dopo una proposizione negativa (v. F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Torino 1969 *sub v. et*) e il termine *immunes* (*immunes esse*) contenuto nella frase iniziale sembra poter dare valenza negativa all'intera frase; se così è, la frase potrebbe essere tradotta in questo modo: 'ordiniamo che i medici, i grammatici e i restanti professori di lettere godano dell'immunità con le cose che essi possiedono nelle loro città, ma [che possano] assumere le cariche [cittadine]'; la frase finale della costituzione riprende l'enunciato iniziale e lo ribadisce, con l'uso metaforico di '*parentes*', '*domini*' e '*tutores*' e non appare in contraddizione con la frase iniziale, se quest'ultima è interpretata come propongo; una ulteriore conferma di questa linea interpretativa può essere individuata, a mio giudizio, nella preposizione concessiva '*quoniam*' che apre la frase finale: *Quoniam gravissimis dignitatibus vel parentes vel domini vel tutores esse non debent, fungi eos honoribus volentes permittimus, invitos non cogimus*; una possibile traduzione di questa frase potrebbe essere: 'Benché [i medici, i grammatici etc.] non debbono essere padri, padroni, tutori delle gravosissime dignità, permettiamo loro di assumere gli onori, se lo vogliono, ma non li costringiamo a ciò, se sono contrari'.

³² Questo punto della costituzione, come già detto (cfr. *supra*, nt. 28) risulta peraltro mutilo o corrotto; mi pare però che l'integrazione di T. MOMMSEN, a prescindere dalla sua plausibilità, non contraddica l'interpretazione che propongo.

³³ Per quanto detto *supra* nel testo e nella nt. 31 non concordo con l'interpretazione che di questo punto di CT. 13.3.1 dà G. COPPOLA, *op. cit.*, 476, come avevo già avuto modo di notare, sia pure sinteticamente, nella recensione al libro di G. Coppola: P. GARBARINO, *Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, in *Index*, 28 (2000), 536 s. n. 65.

In questo caso il testo normativo assimila i *parentes* ai *tutores* – entrambi accomunati qui con i *domini* – sotto il segno della doverosità delle loro funzioni e li assume come modelli in qualche misura da contrapporre alle figure dei *medici*, *grammatici* e *professores*, cui è invece concessa la libertà di accettare o meno gli *honores* cittadini, senza l'obbligo di addossarsene i *munera*. Va peraltro rilevato che la costituzione impiega il termine *parentes* e non si riferisce specificamente al *pater* come accade nei testi esaminati in precedenza. Ora, a me pare in primo luogo che questa peculiarità si possa spiegare per il contesto non tecnico in cui il suddetto termine è usato. Come detto, la costituzione introduce in questo tratto un argomento di tipo metaforico per enfatizzare retoricamente il conferimento del privilegio, per converso nei provvedimenti prima richiamati l'argomento affrontato era specificamente quello dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia: dunque non può meravigliare che la cancelleria abbia usato in essi una terminologia più precisa, o quanto meno più tecnicamente adeguata, facendo ricorso ai termini *pater* o *patres*. D'altro canto, come abbiamo già osservato, in età tardoantica (ma vi sono prodromi anche in precedenza) la normativa tende non di rado ad accomunare i genitori, padre e madre, in relazione a vari profili del regime giuridico della famiglia, in particolare in relazione ai figli (esemplarmente in tema di *ius vendendi*). L'impiego del termine *parentes* pare perciò in qualche modo giustificato da questa propensione che, a sua volta, sembra fondata su un sentire sociale che tendeva a considerare in modo piuttosto unitario il ruolo dei genitori, senza distinguere più in maniera netta quello del padre rispetto a quello della madre³⁴. Ma se è esatta questa spiegazione, ne esce, a mio giudizio, ancora più rafforzato l'assunto secondo cui si pongono sempre più in evidenza i profili di doverosità della *patria potestas*: qui l'affermazione è così generica, che involge il ruolo genitoriale tout court, e inoltre pare rispecchiare, come detto, un sentire sociale che, al di là del regime giuridico in vigore, sembra andare nel senso di sottolineare i doveri connaturati all'essere genitore, piuttosto che gli aspetti potestativi collegati allo *status* di *pater familias*.

Va ancora aggiunto che il profilo della responsabilità patrimoniale, sotteso, come abbiamo visto, al paragone *pater/tutor* presente nelle costituzioni relative ai *bona materna* o a quella riguardante il padre già condannato alla pena della deportazione e riabilitato, non è invero del tutto assente in CT. 13.3.1: il confronto metaforico con i *parentes*, e così con i *domini* e con i tutori, pare infatti essere giustificato proprio dalla ineludibilità degli obblighi patrimoniali posti a loro carico (come è in sostanza per i *patres* quanto all'amministrazione dei *bona materna*), diversamente da quanto accade per gli intellettuali che la costituzione intende favorire con la menzionata esenzione dai *munera*.

5. L'ETÀ GIUSTINIANEA: I DOVERI DEI GENITORI SECONDO LA NOV. 98.

Dall'esame dei testi che abbiamo svolto non può certo ricavarsi la conclusione che la *patria potestas* in età tardoantica sia concepita principalmente come fonte di doveri, anziché appunto come *potestas*. Si tratta semmai di spunti, di linee di tendenza che trovano un primo accoglimento soprattutto in disposizioni normative emanate per tutelare meglio le aspettative economico-patrimoniali dei figli rispetto a cespiti loro destinati e che

³⁴ Cfr. *supra*, nt. 16; v. anche *infra*, par. 5, per la testimonianza in tal senso di Nov. 98.

colgono, perciò, il senso dell'oggettivo rafforzamento dei diritti (patrimoniali) dei figli nei confronti dei padri. La rappresentazione della posizione del *pater* all'interno della famiglia non muta tuttavia rispetto all'età precedente: si continua a parlare di *patria potestas*, come del resto anche nel diritto positivo italiano il termine 'potestà' è stato impiegato sino a oggi per denotare il rapporto prima tra padre e figli – 'patria potestà' – e poi quella tra genitori e figli – per la precisione 'potestà dei genitori' –, pur assumendo il ruolo genitoriale quasi esclusivamente un contenuto di doveri, anziché di diritti potestativi sui figli³⁵.

Occorre dire che la linea di tendenza così individuata appare solo nelle costituzioni emanate da Costantino, mentre nella normativa successiva, per quanto ho potuto constatare, non mi risulta che si sia in qualche modo sottolineato, sia pure indirettamente, l'elemento di 'doverosità' insito nell'esercizio della *potestas* paterna, almeno nelle circostanze e per le condizioni date dall'«amministrazione» dei *bona materna* e *materni generis*³⁶.

Lo stesso Giustiniano non si discosta dalla tradizionale rappresentazione della *patria potestas*, come mostra il passo delle *Institutiones*, che, sulla scorta di Gaio³⁷, sottolinea ancora la peculiarità, per non dire l'eccezionalità della *patria potestas* romana rispetto a quella degli altri popoli:

I. 1.9. pr. e 2-3: *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus. (...) 2. Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. 3. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aequae in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri. qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius.*

³⁵ Cfr. il tit. IX del libro I del nostro Codice Civile 'Della potestà dei genitori', così intitolato dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. 19 maggio 1975, n. 151); in precedenza il titolo recava come rubrica 'Della patria potestà'. Va però notato che nel corso del 2013, in applicazione della L. 10 dicembre 2012 n. 219, con il decreto legislativo 12 luglio 2013, approvato dal Governo e in corso di emanazione al momento della pubblicazione di questo lavoro, si è compiuto il passo ulteriore di abbandonare il termine 'potestà' per sostituirlo con 'responsabilità' ('responsabilità genitoriale'), modificando di conseguenza il Codice Civile: in particolare l'art. 7 c. 10 dello schema di detto d.l. recita: «La rubrica del titolo IX del libro primo del codice civile è sostituita dalla seguente: "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio"». Sembra così definitivamente tramontare, nel nostro sistema giuridico, la nozione 'potestativa' del rapporto tra padre/genitori e figli, a favore di una regolamentazione di tale rapporto che fa perno esclusivamente sul concetto di 'responsabilità'. Anche se può apparire una sorta di rovesciamento della nozione romana di '*patria potestas*', abbiamo visto e vedremo ancora tra breve, come tale prospettiva non fosse estranea all'esperienza giuridica romana, almeno nelle sue estrinsecazioni tardoantiche e giustiniane.

³⁶ La regolamentazione speciale dei *bona materna* venne estesa ai *bona materni generis*, i beni provenienti per donazione o successione *mortis causa* dagli ascendenti materni da CT. 8.18.6 (a. 379); CT. 8.18.7 (a. 395); C. 6.61.4 (a. 472); venivano in questo modo tutelate ampiamente le aspettative dei figli rispetto al patrimonio della famiglia materna. Restavano però esclusi da tale regime i beni devoluti ai *filiis familias* da estranei o da parenti in linea collaterale (CT. 8.18.6). Solo Giustiniano operò l'estensione del suddetto regime ai beni provenienti al *filius* da qualsiasi parte, ivi compresi gli estranei, con C. 6.61.6 pr.-1c del 529 (... *in successione quidem earum rerum, quae extrinsecus filiis familias adquiruntur, iura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt*); cfr. C. 6.61.8 (a. 531). In tutte queste fonti non è riscontrabile alcun accenno ai doveri del *pater*, neppure sotto la veste di comparazione tra i suoi compiti e quelli del tutore, in relazione ai *bona* suddetti.

³⁷ Cfr. Gai 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus ...*, riportato anche da D. 1.6.3; cfr. anche Gai *epit.* 1.8.2; Ulp. 5.1.

L'atteggiamento, per così dire, tradizionalista di Giustiniano in materia, emerge bene anche da un passo di C.6.61.6 – la costituzione con cui l'imperatore, come detto, interviene nel 529 per estendere il regime dei *bona materna* ai beni che pervengono ai *fili familiae* da estranei –, che contiene il divieto per i figli di ipotecare i beni suddetti *patre vivente* o di chiedere al padre il rendimento dei conti per la loro amministrazione:

C. 6.61.6.2-2a: 2. *Non autem hypothecam filii familiae adversus res patris viventis adhuc seu iam mortui sperare audeant nec ratiocinia eis super administratione inferre, sed tantummodo alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata rerum, habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus, quae per filios familiae secundum praedictum modum adquiruntur. 2a. Et gubernatio earum sit penitus impunita et nullo modo audeat filius familiae vel filia vel deinceps personae vetare eum, cuius in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare, vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est: sed habeat pater vel aliae personae, quae superius enumeratae sunt, plenissimam potestatem uti frui gubernareque res praedicto modo adquisitas.*

Da questa disposizione mi pare emerga con chiarezza la volontà giustiniana di affermare una sorta di preminenza del ruolo paterno in ordine ai *bona materna* e assimilati: si ribadisce che il *pater* ha il pieno usufrutto su tali beni e di conseguenza ha il potere di amministrarli liberamente (*plenissimam potestatem uti frui gubernareque res praedicto modo adquisitas*); si vieta ai figli di intromettersi in qualsiasi modo nella loro amministrazione (*nullo modo audeat filius familiae vel filia vel deinceps personae vetare eum, cuius in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare*) e di chiedere il rendiconto dell'operato paterno (*nec ratiocinia eis super administratione inferre*)³⁸. Sembra quasi che Giustiniano abbia voluto reagire, con misure così nette, a una propensione che potrebbe essersi affermata nella prassi verso maggiori ingerenze dei figli, *vivente patre*, nell'amministrazione dei *bona materna* e similari, propensione peraltro che parrebbe giustificata, almeno in parte o almeno in casi del tutto peculiari, dalla stessa legislazione che in materia era stata via via emanata a partire da Costantino³⁹. Si noti anche che per i figli che violino il predetto divieto la costituzione richiama l'esercizio stesso della *patria potestas* in funzione sanzionatoria (*vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exercenda est*), adombrando così una sanzione tutta interna alla *familia*, quasi a voler rimarcare i persistenti aspetti appunto 'potestativi' della *patria potestas* (qui verosimilmente nella prospettiva del c.d. *ius corrigendi*).

Peraltro la visuale costantiniana prima descritta non è definitivamente abbandonata o, addirittura, ripudiata. Essa sembra ricomparire, per quanto mi risulta, almeno in un caso nella legislazione giustiniana. Si tratta della Nov. 98 del 539, che interviene per tutelare gli interessi economici dei figli nell'ipotesi di divorzio dei genitori o della morte di uno dei due. Giustiniano prende spunto da una controversia giudiziaria, giunta alla cognizione del tribunale imperiale, riguardante un caso concreto in cui i figli erano stati talmente danneggiati dal comportamento dei genitori che avevano divorziato, da essere ridotti a mendicare⁴⁰. La novella, innovando in materia, prevede perciò che quando si verifichi lo scioglimento del matrimonio o per divorzio o per morte di uno dei coniugi, i figli acqui-

³⁸ Interpreto così la locuzione *inferre ratiocinia*.

³⁹ Lo stesso avvicinamento della figura del padre a quella del tutore, prevista in alcuni casi (per esempio per l'ipotesi di seconde nozze del genitore: v. CT. 18.8.3), poteva forse essere portata a giustificazione delle ingerenze alle quali si oppone la legge di Giustiniano.

⁴⁰ V. Nov. 98.2.pr.

siscano la piena proprietà dei lucri nuziali dei genitori (la dote quanto al padre, la donazione *propter nuptias* quanto alla madre), anche se gli ex-coniugi o il genitore sopravvissuto non siano passati a nuove nozze. Al di là della portata innovativa della costituzione e dei suoi aspetti tecnici, mi sembrano rilevanti ai nostri fini alcuni, pur generici, accenni contenuti nel testo della novella ai doveri che i genitori hanno nei confronti dei loro figli. Si leggano, in particolare, questi passaggi di Nov. 98:

Nov. 98. pr. (in fine): ...καίτοι τί ἄν γένοιτο τιμιώτερον παίδων παρὰ γονέων οὐκ ἀχαριστοῦμένω; (Trad. Auth.: *Scilicet quid erit pretiosius filiis a parentibus non ingratis?*).

Nov. 98. 2. pr.: Κάκεινο μέντοι ἐκ τινὸς δίκης προσαγγελθείσης ἡμῖν εἰς νομοθεσίαν ἀγαγεῖν φήθημεν χρῆναι. ἐπειδὴ γὰρ διελέλυτο μὲν πρὸς ἀλλήλους ὁ τε ἀνὴρ ἢ τε συνοικοῦσα, παῖδες δὲ αὐτοῖς ἦσαν ἐκ τοῦ γάμου, περιεῖδον αὐτοῦς οἱ γονεῖς ἄμφω, καὶ περιήρισαν ἐρανιζόμενοι, διὰ τοῦτο φήθημεν σφοδροτέρῳ μὲν ἴσως, ἐπιστρέφοντι δὲ πρὸς τὸ καλῶς ἔχον χρήσασθαι νόμῳ, ἵνα δέει γούν τῶν ποινῶν παύσωνται ἢ κερδῶν ἔνεκεν ἀδίκων τὰ συνοικέσια διασπῶντες, ἢ καὶ τῶν ἰδίων ἀμελοῦντες παίδων. (Trad. Auth.: *Illud quoque ex quadam causa denunciata nobis ad legislationem deducere aestimavimus oportere. Quia enim transegerunt quidem inter alterutros et vir et uxor, filii autem eis erant ex matrimonio, despexerunt eos ambo et circuibant mendicantes. Propterea iudicavimus vehementiori quidem forte, convertenti <autem> ad melius se habens uti lege, ut timore scilicet poenarum quiescant aut lucrorum causa iniustorum matrimonia dilacerare aut etiam proprios negligere filios*).

Nov. 98.2.2: (...) πρᾶγμα καὶ σωφροσύνης μεστὸν καὶ τοῖς ἀγαθοῖς ἦθεσι συμβαῖνον καὶ πατρικῆς τε καὶ μητρῶας διαθέσεως πλήρες, ἵνα ὅπερ αὐτοῖς οἱ γονεῖς ἐκόντες οὐ φυλάττουσι, τοῦτο ὁ μετὰ θεὸν κοινὸς ἅπασι πατὴρ (φαμὲν δὲ ὁ τὴν βασιλείαν ἔχων) διὰ τοῦ νόμου τοῖς παρὰ τῶν γονέων ἠδικημένοις τηρήσῃ. (Trad. Auth.: *res est et castitate plena et bonis moribus congrua et paterno maternoque affectu plena, ut quod eis parentes sponte non servant, hoc post deum communis omnibus pater (dicimus autem qui imperium habet) per legem his qui a parentibus laesi sunt servet*).

Non è qui il luogo per procedere ad un'analisi approfondita dei contenuti tecnico-giuridici della novella e dei profili problematici che essi pongono⁴¹. Vorrei solo osservare come mi paia evidente che le misure di Nov. 98 siano giustificate dalla volontà di far prevalere gli interessi patrimoniali dei figli rispetto a quelli dei genitori, in caso di divorzio o in caso di morte di uno di essi (posto che in questa seconda ipotesi il coniuge superstite sarebbe sempre potuto passare a nuove nozze). È, in sostanza, la stessa linea di politica normativa che abbiamo visto perseguita da Costantino. Giustiniano in un certo senso la rafforza, estendendo da un certo punto di vista il regime dei *bona materna* ai lucri nuziali, che prima ne erano esclusi. Rispetto alla legislazione costantiniana vi è nella Nov. 98 una maggiore enfasi sugli aspetti morali del comportamento dei coniugi (per esempio il richiamo, contenuto in Nov. 98.2.2 alla castità come valore) e, soprattutto, i riferimenti riguardano i doveri di entrambi i coniugi (e non solo del *pater*) rispetto ai figli, in un'ottica per cui oggi parleremmo di responsabilità 'genitoriale'⁴². Il dato può essere di

⁴¹ Per i quali rinvio, anche per ulteriore bibliografia, ad A.M. DEMICHELI, *op. cit.*

⁴² Prospettiva peraltro non assente nella legislazione costantiniana: v. in particolare il paragrafo precedente (par. 4) dedicato a CT. 13.3.1.

un certo interesse anche da un punto di vista della storia sociale della famiglia. È comunque rilevante, ai nostri fini, che marito e moglie – padre e madre – siano considerati, quanto agli effetti patrimoniali regolati dalla novella, sullo stesso piano. Nella novella non vi è però l'espressa menzione del *pater familias* isolatamente considerato per i suoi 'poteri' di 'capo della famiglia', che pure mantiene. Non vi è conseguentemente traccia di un'affermazione di suoi specifici 'doveri' nei confronti dei figli – come accadeva con Costantino – posto che la legge riguarda per lo più, come detto, entrambi i coniugi, valutati, si potrebbe dire, su un piede di parità. Vi è invece l'impiego del termine 'padre'-πατήρ (Nov. 98.2.2, terzo brano riportato sopra), per indicare l'imperatore (ὁ τὴν βασιλείαν ἔχων), il quale – secondo in questo solo a Dio –, ha il compito di intervenire con la sua attività normativa per correggere le storture della realtà: nello specifico tutelare i figli che sono lesi nei loro interessi dai genitori (τοῖς παρὰ τῶν γονέων ἠδικημένοις). Vi è in quest'ultimo passaggio della novella, una visione 'paternalistica' dell'imperatore (egli è appunto definito κοινὸς ἅπασι πατήρ, 'padre comune a tutti') e, nello stesso tempo, un'alta considerazione della sua missione che lo avvicina al 'primo' padre, cioè a Dio, in una posizione intermedia tra Dio appunto e gli uomini (motivo non inusuale nella legislazione giustiniana in linea con le concezioni politiche dell'epoca)⁴³. Sembra però anche che qui la novella voglia indicare ai padri un modello, per così dire di 'paternità', da imitare: come l'imperatore provvede alle necessità dei propri sudditi e nel caso concreto emana una legge per venire in aiuto ai bisogni dei figli, così i padri nella loro vita familiare devono comportarsi responsabilmente e provvedere in primo luogo alle necessità dei figli che vanno anteposte ai loro interessi personali.

I punti evidenziati mi pare che consentano di sostenere in primo luogo che la Nov. 98 si ponga nel solco della politica legislativa in tema di tutela dei diritti patrimoniali dei figli inaugurata dalle costituzioni di Costantino richiamate all'inizio. A oltre due secoli di distanza la novella mostra di dividerne il rilievo dato alla sfera di doverosità insita nell'essere padri. Il compito del *pater* è anzi, in qualche misura, paragonato a quello dell'imperatore come soggetto che deve promuovere il bene dei figli, così come l'imperatore promuove quello dei sudditi. La novella inoltre equipara in questa missione i padri e le madri: forse anche per le misure specifiche in essa contenute (riguardanti i lucri nuziali, che coinvolgevano anche la donna), il ruolo materno è posto sullo stesso piano di quello paterno⁴⁴, in una logica della comune 'genitorialità', anziché della sola 'paternità', logica che trova la sua ragion d'essere non già in un presupposto di natura giuridico (la *potestas*), bensì nel sentimento: nell' 'affetto' paterno e materno (πρᾶγμα καὶ σωφροσύνης μηστὸν καὶ τοῖς ἀγαθοῖς ἦθεσι συμβαῖνον καὶ πατρικῆς τε καὶ μητρῶας διαθέσεως πλήρες), che deve spingere a tutelare sempre gli interessi dei figli. Sembra così emergere una visione in qualche misura non giuridica – si potrebbe dire a-giuridica – dei rapporti tra geni-

⁴³ Sul tema v., per tutti, l'efficace sintesi di R. BONINI, *L'età giustiniana e bizantina*, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, a cura di M. TALAMANCA, 2^a ed., Milano 1989, 671 ss., con ampi richiami ad altre fonti giustiniane.

⁴⁴ Sottolinea l'importanza che assume la figura della madre in età tardo antica, D. DALLA, *op. cit.*, 101 s., e in base a ciò solleva dubbi, se comprendo bene, sulla genuinità della locuzione *inaequalis potestas* dei genitori in Ulp. 38 *ad Sab. D. 27.10.4* (*Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur*), preferendo pensare a un intervento compilatorio o anche, più genericamente, 'postclassico'.

tori e figli, che prescinde, almeno in questo caso, dalla logica potestativa ed esclusivamente 'paterna', pur in precedenza richiamata e anzi confermata dalla normativa giustiniana. Si tratta, a mio giudizio, di un buon esempio della complessità di prospettive che caratterizza la legislazione di Giustiniano, che in tema di famiglia e di rapporti tra genitori e figli (ma, occorre dire, anche in altre materie) sembra muoversi, come si sarà notato, tra la recezione della tradizione antica e l'affiorare di nuove esigenze e di nuove sensibilità.