



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di: Diritto privato e critica del diritto

---

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

CICLO XXV

**FINALITÀ' E POSSIBILI RILETTURE  
DELLA *CURA VENTRIS***

**Direttore della Scuola :** Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

**Supervisore :** Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

**Dottorando:** Francesca Vai

---

*L'istituto posto ad oggetto della presente ricerca è sicuramente una particolare forma di curatela nel diritto romano. Per cura ventris si può intendere curatela del ventre, del nascituro, ovvero una forma di protezione predisposta dall'ordinamento a favore di chi non è ancora nato, qualora la figura del pater familias venga a mancare. Infatti il diritto romano, con il suo caratterizzante atteggiamento pragmatico, soleva "trovare" rimedi e tutele a situazioni tali da generare uno stato di squilibrio rispetto a quello che noi definiremmo, anacronisticamente, "ordine costituito", tali quindi da ledere una posizione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento stesso.*

*La struttura della presente ricerca è articolata in tre capitoli: un primo capitolo, introduttivo, che si occupa di delineare i tratti fondamentali del sistema della cura in diritto romano e la sua evoluzione. Un secondo che si occupa specificatamente e dettagliatamente della cura ventris come istituto, della figura del curator ventris e delle possibili classificazioni tra le due macro categorie di cura personae e cura bonorum, con un cenno ad alcune ambiguità in ordine alle finalità della curatela del ventre. Un terzo che indaga il legame tra la cura ventris, gli interessi effettivamente tutelati nel diritto romano, proponendo poi una reinterpretazione delle finalità della cura ventris a partire da un'attenta considerazione del parametro della dignitas di cui ai frammenti D. 37.9.1.19 e D.37.9.4, fino a svolgere, in sede di conclusioni, alcune considerazioni sulla fondatezza di taluni filoni ricostruttivi dell'istituto in esame e sui metodi interpretativi usati.*

*Lì saranno dunque ripresi alcuni quesiti ed alcuni punti rimasti in sospeso, considerando anche le posizioni delle differenti dottrine in tema di cura ventris e l'approccio metodologico utilizzato, al fine di verificarne la fondatezza e l'adeguatezza scientifica nell'interpretazione dell'istituto in esame.*

*The institution object of the present research paper is a specific form of custody of the Roman Law. As cura ventris you can mean “belly custody”, or custody of an unborn child, a form of protection that the juridical system grants to whom is not still born when the pater familias dies or is missing. Infact the Roman Law, with a typical pragmatic approach, was used to find remedies and protections for every situation able to create an “imbalance”, a deficit to what we should define anachronistically as the “constituted order”, able to harm a position worthy of protection by the juridical system. The structure of the present research is made up by three chapters: a first one, introductory, where to outline the principal features of the legal custody system, and its evolution, in the Roman Law. A second one where is specifically exposed in details the institute of cura ventris, the role of curator ventris and the possibile classifications between the genre of cura personae and the genre of cura bonorum, just nodding to some ambiguousness about the purpose of an unborn child custody. A third one that examines the connection between cura ventris and the effective interests protected by the Roman Law, proposing a reinterpretation of purposes of cura ventris starting from an accurate analysis of the concept of dignitas in D.37.9.1.19 and D.37.9.4 texts to considerations about some interpretative trends and their methods. There, some questions and some introduced issues will be recalled, even considering the different positions of doctrine about cura ventris and the methodological approach essentially followed, to verify their legitimacy and the scientific suitability in understanding the examined institution.*

# INDICE

## Introduzione

### Capitolo I Il sistema della *cura* di diritto romano

1.1 La *cura* nel diritto romano: fondamenti dell'istituto ed insostenibilità di applicare le moderne categorie al tema

1.2 La figura del *curator personae*: curatori e destinatari della *cura*

1.2.1 La *cura furiosi*

1.2.2 La *cura prodigi*

1.2.3 La *cura minorum XXV annis* e la *cura impuberis*

1.3 La figura del *curator bonorum*

### Capitolo II La *cura ventris*: le fonti, la classificazione, le ambiguità teleologiche

2.1 La figura del *curator ventris* nelle fonti

2.2 Incertezze classificatorie e riflessioni: *cura personae* o *cura bonorum*?

2.3 Le finalità della *cura ventris*: tutela di persone o tutela di diritti?

**Capitolo III** Un'interpretazione delle finalità della *cura ventris* alla luce della “*dignitas*” di cui a D.37.9.1.19 e D.37.9.4.1

3.1 Il concepito nell'oscillazione interpretativa tra *mera portio viscerum* e *qui in utero est*

3.2 La condizione delle *viduae* e la valenza del *tempus lugendi*

3.3 Il parametro della *dignitas*: D.37.9.1.19 e D.37.9.4.3

**Conclusioni**

# INTRODUZIONE

L'istituto posto alla base della presente ricerca è sicuramente una particolare e non molto nota forma di curatela nel diritto romano. Per *cura ventris*, semplicisticamente, si può intendere curatela del ventre, del nascituro, ovvero una forma di protezione predisposta dall'ordinamento a favore di chi non è ancora nato, qualora la figura del *pater familias* venga a mancare. Infatti il diritto romano, con il suo caratterizzante atteggiamento pragmatico, solleva "trovare" rimedi e tutele a situazioni, che sollevano manifestarsi nella realtà fattuale, tali da generare uno stato di squilibrio rispetto a quello che noi definiremmo, anacronisticamente, "ordine costituito", quindi tali da ledere una posizione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento stesso. Tutto il sistema della curatela nel diritto romano costituisce un ottimo esempio di quanto appena affermato: infatti la *cura* è strutturata in modo da potersi configurare di volta in volta, di caso in caso, il rimedio più adatto al caso concreto. Nel caso specifico della *cura ventris*, avremo modo di esaminare un istituto di difficile classificazione, che forse più di ogni altra forma di curatela sfugge ad un inquadramento di tipo sistemico ed al contempo rappresenta perfettamente la tendenza degli istituti di diritto romano a manifestarsi come rimedi concreti a problematiche concrete (e, pertanto, strutturati in modo da essere per loro stessa natura efficaci prima che giuridicamente "perfetti").

La struttura della presente ricerca è articolata in tre capitoli: un primo capitolo, introduttivo, che si occupa di delineare i tratti fondamentali del sistema della cura in diritto romano e la sua evoluzione; un secondo che si occupa specificatamente e dettagliatamente della *cura ventris* come istituto, della figura del *curator ventris* e delle possibili classificazioni tra le due macro categorie di *cura personae* e *cura bonorum*, con un cenno ad alcune ambiguità in ordine alle finalità della curatela del ventre; un terzo che indaga il legame tra la *cura ventris*, gli interessi effettivamente tutelati nel diritto romano, proponendo poi una reinterpretazione delle finalità della *cura ventris* a

partire da un'attenta considerazione del parametro della *dignitas* di cui ai frammenti D. 37.9.1.19 e D.37.9.4, fino a svolgere, in sede di conclusioni, alcune considerazioni sulla fondatezza di taluni filoni ricostruttivi dell'istituto in esame e sui metodi interpretativi usati.

Più precisamente nel primo capitolo si affronterà il sistema della cura nel diritto romano e, in particolare, lasciando spazio ad alcune considerazioni sull'interpretazione della curatela come istituto romanistico e dell'impossibilità di considerarla una categoria giuridica come la intendiamo noi per ragioni storiche e culturali evidenti.

Poi si procederà a suddividere le forme di curatela tra *cura personae* e *cura bonorum*, in quanto unica distinzione soddisfacente, ivi esaminando le forme di *cura personae* come *cura furiosi*, *prodigi*, *minorum* ed *impuberis*, mettendo in luce la natura dell'istituto, le condizioni in cui si rendeva necessario e le relative modalità, fino ad un'analisi del *curator* di volta in volta designato, con riferimento alle sue funzioni ed alle modalità di scelta o nomina e, soprattutto, concludendo con una riflessione sulla ratio della forma di *cura*. Lo stesso iter sarà seguito per la *cura bonorum*, procedendo all'esegesi dei frammenti più rilevanti sia sotto il profilo terminologico che giuridico.

Il secondo capitolo, dedicato alla disciplina sostanziale della *cura ventris*, si focalizzerà sui tratti salienti dell'istituto, ad esempio la figura del *curator ventris* ed i relativi poteri: in particolare saranno presi in considerazione i frammenti che trattano dell'istituto in esame e se ne esaminerà il significato, a partire dalla nomina fino ai poteri ed alle obbligazioni del *curator*, ed alla particolare sovrapposizione tra alcune funzioni riconducibili alla cura di persone ed altre riconducibili alla cura di beni.

Proprio questo è il punto fondamentale sviluppato all'interno del capitolo in questione, ove, anche tramite lo sviluppo di considerazioni personali, si cercherà di rispondere ad un'esigenza classificatoria, arrivando a considerare la *cura ventris* come un istituto composito atto a rispondere a differenti esigenze, estremamente duttile vista la specificità delle situazioni concrete, ma con una certa prevalenza della funzione di *cura bonorum*.

Successivamente si ricostruiranno le possibili finalità della *cura ventris*, la sua *ratio* e gli interessi potenzialmente tutelati, dando conto di alcune interpretazioni fornite da differenti dottrine e delle argomentazioni dalle medesime addotte a sostegno e

presentando il quesito che costituisce il fulcro stesso della ricerca: la *cura ventris* deve essere intesa come una curatela di persone, o di diritti?

Nel terzo capitolo, ricollegandosi a quanto appena esposto, si procederà con una breve disamina in ordine al ruolo delle *viduae* nel diritto e nella società romana ed alla qualificazione del *venter* nelle sue possibili accezioni e nelle ricostruzioni fornite dalla dottrina. Si proporrà poi un'esegesi dei passi D.37.9.1.19 e D.37.9.4 che miri ad identificare il concetto di *dignitas* non tanto come finalità della *cura* o come semplice riferimento, bensì come un vero e proprio parametro con cui il *curator ventris* poteva correttamente commisurare l'erogazione delle proprie prestazioni, soprattutto con riguardo ai contenuti patrimoniali, oltre a comprendere meglio a cosa corrispondesse il concetto stesso di *dignitas* anche alla luce di quanto già in precedenza argomentato.

In sede di conclusioni saranno quindi ripresi alcuni quesiti ed alcuni punti rimasti in sospenso, considerando anche le posizioni delle differenti dottrine sul punto e l'approccio metodologico utilizzato, al fine di verificarne la fondatezza e l'adeguatezza scientifica nell'interpretazione dell'istituto in esame.

Personalmente ritengo che proprio la ricostruzione delle finalità della *cura ventris* intesa come elaborazione di una rilettura che possa al tempo stesso risultare giuridicamente e storicamente soddisfacente, senza contraddire né i principi del diritto romano né la realtà sociale e culturale in cui lo stesso era incardinato, rappresenti l'obiettivo più stimolante del presente lavoro. Infatti troppo spesso non tanto la mera esegesi, quanto l'interpretazione di istituti giuridici appartenenti ad un mondo oramai scomparso, sopravvissuti nelle fondamenta del diritto europeo contemporaneo attraverso secoli e secoli di storia e di giurisprudenza può essere viziata dall'approccio del giurista moderno del XXI secolo (come, del resto, anche dello studioso delle Pandette del XIX secolo).

Due millenni di storia e di studio del diritto non possono non influenzare l'"occhio" del romanista che si accosta alla disamina di testi scritti in un dato momento storico per finalità contingenti ed in un contesto ben preciso, con presupposti sociali, giuridici ed anche economico-politici che non è affatto immediato, né spontaneo, tenere nella giusta considerazione. Così si rischia di fornire una lettura imprecisa, o comunque

condizionata da una tradizione giurisprudenziale e dottrinale che, al momento della redazione originaria dei testi romani, non era nemmeno lontanamente immaginabile.

L'obiettivo che mi sono prefissa nella presente ricerca, è di affrontare l'esame delle finalità della *cura ventris*, dopo averne dettagliato inquadramento e disciplina, con la dovuta neutralità e rigorosa obiettività scientifica, evidenziando al contempo quelli che, a mio modesto avviso, potrebbero rappresentare esempi di interpretazioni "moderniste" della curatela del ventre, ovvero l'uso di metodologie interpretative non sempre coerenti con le puntuali ricostruzioni giuridiche effettuate.

# I. IL SISTEMA DELLA *CURA* DI DIRITTO ROMANO

**SOMMARIO:** 1.1 La *cura* nel diritto romano: fondamenti dell'istituto ed insostenibilità di applicare le moderne categorie al tema 1.2 La figura del *curator personae*: curatori e destinatari della *cura* 1.2.1 La *cura furiosi* 1.2.2 La *cura prodigi* 1.2.3 La *cura minorum XXV annis* e la *cura impuberis* 1.3 La figura del *curator bonorum*

## 1.1 LA *CURA* NEL DIRITTO ROMANO: FONDAMENTI DELL'ISTITUTO ED INSOSTENIBILITÀ DI APPLICARE LE MODERNE CATEGORIE AL TEMA

Andando ad affrontare l'istituto della *cura* nel sistema di diritto romano si deve innanzi tutto essere consapevoli del fatto che non si intraprende lo studio di un istituto omogeneo e di semplice ricostruzione, o di più istituti facilmente riconducibili ad una più ampia categoria giuridica. Il concetto stesso di categoria giuridica, peraltro, era sconosciuto al diritto romano, in particolare fino al diritto classico. Il ragionamento per categorie infatti è tipico di una scienza giuridica che riflette sul proprio oggetto di studio, consapevolmente, e cerca di categorizzarlo e di ordinarlo per poterlo comprendere appieno. Viceversa i giuristi romani, prima della stesura del Digesto, tendevano a studiare il diritto in stretta connessione con la realtà e con le ipotesi applicative del diritto, con un'impronta spiccatamente pragmatica, più per trovare soluzioni efficaci che per elaborare un corpus normativo ordinato e logicamente coerente con se stesso.

Infatti, considerando le XII Tavole, ove è contenuto il primo riferimento normativo alla *cura*, non si riscontrano elementi che diano una visione generale dell'istituto, bensì delle disposizioni che si focalizzano su circostanze specifiche:

(Tab. 5,7a): “*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potesta esto*” (Se uno diventa pazzo abbiano potestà su di lui e sui suoi beni gli agnati ed i gentili) e

(Tab. 5,7d): “*Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curationem iubet esse adgnatorum*” (ovvero “La legge delle XII tavole ordina che il pazzo ed anche il prodigo interdetto dall'amministrazione dei suoi beni, sia affidato alla curatela degli agnati”).

Tali disposizioni si limitano ad associare ad una esigenza concreta inerente ad una persona, *furiosus* o *prodigus*, una facoltà di carattere non ordinario, una *potestas* esercitata da altri (gli *adgnati* in primo luogo, quindi i soggetti di sesso maschile che discendono da uno stesso *pater familias*) che, è bene evidenziare, in epoca decemvirale non aveva da un punto di vista semantico e giuridico la stessa valenza rispetto al significato attribuitole nella codificazione giustiniana, bensì stava semplicemente ad indicare un “potere”<sup>1</sup>.

A proposito della *cura furiosi* Gaio afferma, nelle sue *Institutiones* e, più precisamente, in 2,64, che:

“*Ex diverso adgnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum*”,

mentre, a proposito della *cura prodigi*, nel suo *Libro tertio ad edictum provinciale*, riportato in D.27.10.13 (*Gai 3 ad ed. prov.*) che:

---

<sup>1</sup> Come evidenza a tal proposito G. G. ARCHI, sv. *Curatela (Diritto Romano)*, già in ED, XI, 1962, 489 e ss., oggi in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 181. Per quanto concerne il periodo giustiniano, si può notare come la *cura furiosi* e la *cura prodigi* siano divenute ipotesi marginali del più ampio *genus* della *cura minorum*, dilatatasi da un punto di vista sia applicativo che linguistico fino a confondersi con l'istituto della tutela ed elevandosi a ipotesi di riferimento della *cura personae*. In questo senso G. G. ARCHI, *Ivi*, 189.

“*Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*” (ovvero “Spesso la curatela del pazzo o del prodigo spetta, in virtù della Legge delle XII Tavole, ad uno, ma il pretore affida l’amministrazione ad un altro, si intende quando quel curatore legittimo sembra incapace per quell’ufficio).

In questa sede non si ha la pretesa di affrontare con il necessario grado di approfondimento le differenze tra le varie forme di curatela, né tantomeno di tracciare un percorso storico evolutivo della cosiddetta *cura*, ma si vuole porre attenzione ai motivi che non consentirebbero di utilizzare una categorizzazione astratta, gli stessi che spingono la dottrina più autorevole a considerare le varie forme di *cura* come istituti differenti. Nella ricerca di tali motivi si ritiene interessante focalizzarsi sulle fonti più antiche del diritto privato romano, le XII Tavole, ma non solo: vanno considerate anche le *Gai Institutiones*, in quanto parte del retroterra culturale del giurista romano e testo imprescindibile durante la sua formazione.

Secondo una parte della dottrina<sup>2</sup> l’unico elemento che unificherebbe le *curationes*, o meglio, che caratterizzerebbe e sostanzierebbe l’attività del *curare*, sarebbe l’esigenza, del *furiosus* e del *prodigus*, e poi, successivamente, del *minor* e di altri soggetti, di beneficiare della presenza di un terzo che compia atti giuridici che l’incapace stesso non sarebbe in grado di porre in essere autonomamente. Costui godrebbe pertanto dell’*auctoritatis interpositio*, ovvero il potere tipico del *tutor* di integrare la volontà del soggetto sottoposto a tutela e garantire i terzi sulla regolarità dell’atto compiuto o del negozio così perfezionato, ancorchè, ne va dato atto, non è possibile riscontrare un’unanimità di interpretazioni sulla presenza di tale *interpositio*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 179-180 e, soprattutto con riferimento all’*auctoritatis interpositio*, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, XIV ed. riv. e corretta, 1994, 503 e ss.; *contra* C. FAYER, *La familia romana*, I, Roma, 1994, 558-559, non tanto per quanto concerne l’unità funzionale della curatela, quanto nell’ipotizzare un unico istituto assistenziale declinato poi in differenti fattispecie applicative a seconda del soggetto da “*curare*”, senza una vera e propria distinzione tra le varie forme di *cura personae*.

<sup>3</sup> G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al Principato*, Torino, 1995, 88-89 e, specificatamente in tema di *auctoritatis interpositio*, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, 600 e ss. e B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 492 e ss..

Per questa ragione sarebbe corretto focalizzare inizialmente l'attenzione, più che sulla *cura*, sulla *potestas*, intesa come una facoltà attribuibile ad un soggetto terzo rispetto all'incapace.

Deve comunque darsi atto di una circostanza interessante: le due forme di curatela che hanno costituito storicamente e funzionalmente le fondamenta di questo "ramo" del diritto privato romano e che da sempre hanno rappresentato le forme tipiche dell'istituto noto ai più come *cura* (ovvero la *cura furiosi* e la *cura prodigi*) differiscono nettamente l'una dall'altra.

Infatti, limitatamente agli effetti, la *cura furiosi* si estende alla persona del *furiosus* ed a tutti i suoi beni, come si evince sia dalla lettura di XII Tab. 5,7a che di *Gai* 2,64, mentre la *cura prodigi* si estende ai beni del soggetto che sia stato interdetto dall'amministrazione degli stessi, come conferma XII Tab. 5,7d.

Proprio la presenza di un'imprescindibile "condizione di procedibilità", l'*interdictum*<sup>4</sup>, contribuisce a differenziare ulteriormente le citate curatele: l'una infatti incorpora un'operatività globale verso i beni (*pecunia*) dell'incapace, ed attiene anche alla sua persona<sup>5</sup>, l'altra invece è limitata ai casi in cui l'incapace abbia subito uno specifico provvedimento d'interdizione pronunciato dal pretore e riguarda la disposizione non della globalità dei beni (*bonis*), bensì dei *bona paterna vel avita*, acquistati tramite una successione legittima e che l'erede aveva la tendenza a dissipare. Infatti il prodigo era definito *prodigus heres ab intestato*, evidenziando con ancora maggior chiarezza come il diritto romano si sia occupato di un caso ben specifico, senza l'intenzione, quantomeno prima della codificazione giustiniana, di elaborare un istituto con caratteri generali<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> La cui formula è riportata fedelmente in una fonte relativamente recente, specialmente se confrontata con le fonti originarie, ovvero le *Pauli Sententiae*, 3,4a7: "*Moribus per praetorem bonis interdicatur hoc modo: quando tibi bona paterna avitae nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*". Da sottolineare lo scopo protettivo del provvedimento, in cui però il beneficiario della protezione non è il *prodigus* in senso stretto, bensì la famiglia (*liberosque tuos ad egestatem perducis*) e, più in generale, la società stessa, dal momento che l'*interdictum* impediva al soggetto che ne fosse colpito anche di esercitare il commercio.

<sup>5</sup> Lo conferma infatti il giurista Giuliano, in D.27.10.7 pr. (*Julianus lib. 21 dig.*): "*Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*", il quale delimita quindi il perimetro del sintagma "*in eo [...] potestas esto*" proveniente dalle XII Tavole alla protezione dell'integrità fisica e della salute del furioso, coerentemente con le esigenze pratiche derivanti dall'affezione di una malattia mentale.

<sup>6</sup> G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 97 e ss. e più sinteticamente Id., *Corso istituzionale di diritto romano*, I, Torino, 1993, 45 e ss.

La differenza anche funzionale tra le due curatele emerge in relazione al beneficiario della protezione garantita dagli istituti considerati: premesso che in entrambi i casi la *cura* ha una funzione di tutela della collettività dalle azioni di *furiosi* e *prodigi*, nel primo caso il beneficiario è il *furiosus*, che deve essere protetto dagli effetti dannosi causati dalla propria malattia, dal punto di vista sia patrimoniale che fisico, nel secondo invece è più marcatamente la collettività, nella duplice prospettiva familiare e sociale e da un punto di vista marcatamente patrimoniale: infatti i beni della *familia* dovevano rimanere intatti, a tutela degli eredi, mentre gli effetti dell'*interdictum* sulla capacità di commerciare dovevano salvaguardare anche la correttezza delle relazioni d'affari in senso assoluto.

Il diritto privato romano, oltre alla *cura furiosi* ed alla *cura prodigi*, poi evolutesi fino quasi a confluire in un'unica *curatio* durante il periodo cosiddetto postclassico, conobbe altre forme di *cura*: oltre alla *cura impuberis*<sup>7</sup> ed alla *cura ventris*, di cui ovviamente si tratterà nel prosieguo, la più nota è la *cura minorum XXV annis*<sup>8</sup>, un istituto sorto in epoca classica tramite l'attività del pretore, per consentire una maggiore partecipazione del minore stesso alla vita commerciale. Infatti, ancorché *sui iuris*, al minore erano accordate svariate tutele, le quali, se applicate, avrebbero reso estremamente rischioso per una controparte intrattenere rapporti d'affari con il minore stesso<sup>9</sup>.

Considerando quanto appena esposto e, soprattutto, l'omessa trattazione cui sarebbe necessario procedere per una completa panoramica storica del sistema delle curatele di diritto romano, non appare soddisfacente dal punto di vista esplicativo qualificare la curatela di diritto romano come un istituto omogeneo e definito da regole ben precise, o come una categoria giuridica ben determinata. Peraltro, dalle XII Tavole fino alla

---

<sup>7</sup> Una forma marginale e di scarsa importanza che sembra intervenire in sostituzione o a rafforzamento della *tutela impuberis* qualora il *tutor* fosse risultato temporaneamente impossibilitato a svolgere efficacemente il proprio compito: sul punto V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 505 e, per un'interpretazione differente della funzione e della disciplina di questo *curator*, anche S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, Roma, 1917, 3 e ss..

<sup>8</sup> Di cui si tratterà con maggiore approfondimento *infra*, par. 2.2.3.

<sup>9</sup> Sulla *cura minorum*, cfr. più ampiamente G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 184 e ss.. Tali tutele consistevano ad esempio nella *Lex Laetoria*, di epoca repubblicana (191 a.C.), che garantiva al *minor* un'azione ed un'eccezione, fino alla facoltà di *restitutio in integrum*, concessa dal pretore al di là dei limiti previsti dalla *Lex Laetoria* stessa. Sul punto l'editto del Pretore è chiaro: D.4.4.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) "*Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam*". Proprio per questo fu chiesta la presenza di un *curator* che potesse, con il suo intervento, escludere la possibilità per il minore di fare ricorso al relativo sistema di tutele.

codificazione giustiniana, il diritto romano ha conosciuto una molteplicità di *curatores*, di diritto privato, ma anche di diritto pubblico, ovvero soggetti preposti dall'ordinamento ad intervenire a salvaguardia di determinati interessi meritevoli di tutela.

Troppe le differenze sostanziali e funzionali, non paragonabili, se non in alcuni casi, i percorsi evolutivi delle varie forme della cosiddetta *cura*: piuttosto si dovrebbe parlare di un insieme di *curationes*, di situazioni in cui si rende necessaria la presenza di un soggetto terzo che ponga rimedio a straordinarie esigenze di protezione, diverse nei casi specifici a seconda del soggetto da sottoporre a curatela. *Curator*, inteso in senso lato come il soggetto preposto a svolgere la *cura*, e *curare*, intesa come l'attività svolta dal curatore sono gli elementi fondamentali da considerare nel momento in cui si affronta ciò che appare una categoria giuridica definita solo se letta con l'occhio del giurista moderno, abituato a svolgere il proprio ragionamento in modo assai differente rispetto al giurista romano<sup>10</sup>.

Prendendo atto quindi dell'impossibilità (anche storica) di applicare le moderne categorie giuridiche non solo all'interpretazione funzionale di un istituto di diritto romano (assunto che sarà ampiamente discusso nelle conclusioni del presente scritto), ma anche alla sua ricostruzione pratica, operativa, l'elemento che accomunerebbe i vari *curatores* di diritto privato noti al diritto romano e che fungerebbe altresì da distinguo rispetto alla *tutela*, secondo una parte della dottrina, sarebbe l'assenza della *auctoritatis interpositio*, viceversa sempre presente nelle forme di *tutela*<sup>11</sup>.

Tale conclusione non è comunque unanimemente condivisa, dal momento che l'assenza o meno di tale *auctoritas* in capo al *curator* discende da interpretazioni dottrinali e non da specifici assunti di giuristi romani; anzi, alcuni autori considerati in precedenza utilizzano l'*auctoritatis interpositio* come elemento unificante delle varie forme di curatela<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> In questi termini cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 503 e ss., F. SITZIA, sv. *Tutela e curatela (Diritto romano)*, capo II *Curatela*, in NNDI, XIX, 1973, 918 e ss., ed in particolare, per la preferenza dedicata, in sede di impostazione metodologica della ricerca, all'attività del *curare* piuttosto che alla *cura* in sé e per sé, vedi B. BISCOTTI, *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore*, Milano, 2008, 11 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, op. cit., 503 e ss..

<sup>12</sup> A proposito dell'*auctoritas interpositio*, vedi *supra*, note 2 e 3

Un noto brocardo afferma che “*tutor datur personae, curator rei*”: se, ovviamente, intesa alla lettera, tale formula risulterebbe errata o comunque ambigua, pertanto va interpretata, come meglio si specificherà nel prossimo paragrafo<sup>13</sup>.

Più realisticamente si evidenzia come la categoria di *cura* riguardante le persone fisiche, la cosiddetta *cura personae*, può essere funzionalmente contrapposta alla curatela che è diretta a proteggere beni materiali, la cosiddetta *cura bonorum*. Attraverso l'individuazione di questa dicotomia interna al più ampio *genus* della *cura*, è possibile distinguere meglio gli istituti il cui fine è tutelare persone che sono momentaneamente incapaci di provvedere a loro stesse, anche attraverso l'interposizione del *curator* nel compimento di atti di rilevanza giuridica, dagli istituti finalizzati alla mera difesa e conservazione di beni materiali e in generale di diritti patrimoniali. A tal proposito si può richiamare un frammento del Digesto, D.26.7.48 (Herm. 1 *iuris epit.*), in cui Ermogeniano sembra aver ben chiaro che

*“Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur”* (“C'è un'importante differenza tra il curatore dei beni e del ventre e tra il curatore di un folle e parimenti di un prodigo o di un pupillo, in quanto infatti per i primi c'è senza dubbio l'amministrazione dei beni, invece per i due precedenti, la sola custodia, e delle cose che stanno per perdere valore, è prescritta la vendita”)<sup>14</sup>.

Pertanto si procederà ad esaminare le figure del *curator personae*, nelle sue già richiamate manifestazioni, e del *curator bonorum*, con particolare riguardo alle facoltà ed ai doveri degli stessi, al fine di mettere in luce eventuali differenze sotto il profilo contenutistico tali da giustificare la sussistenza di una reale dicotomia tra *cura personae* e *cura bonorum* in senso più astratto.

---

<sup>13</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 554-555, dove viene meglio definito e contestualizzato storicamente e socialmente il carattere dell'*auctoritas* e dove viene chiarita la corretta interpretazione del brocardo citato.

<sup>14</sup> La predetta distinzione è stata ricostruita in questi termini a partire proprio dal passo del Digesto citato. Sull'esegesi del passo e per l'esame delle relative problematiche rimandiamo a B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 147 e ss., mentre si argomenterà più avanti sul dibattito relativo all'effettiva qualificazione del *curator ventris* come un curatore di persone piuttosto che di beni e sulla funzione svolta dall'istituto.

## 1.2 LA FIGURA DEL *CURATOR PERSONAE*: CURATORI E DESTINATARI DELLA *CURA*

Sotto la denominazione di *curator personae* si raccolgono differenti soggetti, i più noti, come già accennato prima, sono il *curator furiosi*, il *curator prodigi* ed il *curator minorum XXV annis*. Tali figure saranno trattate sommariamente, premettendo alla loro caratterizzazione sostanziale un breve accenno al destinatario della *cura*, così da considerare come i Romani affrontavano le problematiche inerenti alla persona del *furiosus*, del *prodigus* e del *minor XXV annis* prima di procedere con la disamina dei relativi *curatores* (contrariamente a quanto suggerito dalla rubrica del paragrafo).

L'elemento che accomunava tali differenti forme di *cura* era, in particolare secondo una prospettiva più empirica che strettamente giuridica, quello di salvaguardare da un punto di vista patrimoniale gli interessi di talune categorie di persone la cui capacità di agire fosse assente o limitata, ponendo in capo al *curator* dei poteri di gestione patrimoniale, altresì riconducibili ad una funzione di sorveglianza più o meno intensa a seconda della gravità della fattispecie<sup>15</sup>.

Proprio l'elemento della patrimonialità delle forme di *cura personae* aiuta a spiegare il noto brocardo, richiamato nel precedente paragrafo, che differenzierebbe la tutela dalla curatela facendo riferimento all'oggetto dell'una e dell'altra, ovvero le persone ed i patrimoni: infatti, ancorché sia la tutela che la curatela siano poi riferiti ad una persona fisica ed abbiano come scopo la protezione patrimoniale della stessa, è anche vero che si può ipotizzare un curatore senza una persona da curare, ovvero il *curator bonorum*, cui si accennerà nel prosieguo, mentre è radicalmente esclusa la possibilità di un tutore senza una persona fisica da tutelare<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> C. FAYER, *La familia romana*, cit., 559.

<sup>16</sup> In questo senso cfr. *supra*, nota 13.

### 1.2.1 LA CURA FURIOSI

Per quanto concerne il *curator furiosi*, il primo aspetto che deve essere affrontato è la definizione di chi è assoggettato alla cura, ovvero il *furiosus*: per *furiosus* si intendeva il pazzo, il malato di mente affetto da squilibri tali da abbandonarsi a comportamenti incontrollabili e pericolosi, chi manifestava senza alcun controllo un'ira, *furor*, persistente.

Ciò posto, il diritto romano sembra focalizzarsi, più che sulle manifestazioni esteriori, sui singoli comportamenti tenuti dal *furiosus*, su ciò che tali condotte implicavano, e di cui potevano essere considerate semplici prove: l'assenza di volontà, di *mens*, che comporta, conseguentemente, l'incapacità del soggetto di elaborare correttamente la realtà<sup>17</sup>.

Originariamente il fenomeno della malattia mentale aveva una spiccata connotazione religiosa, venendo dalla società romana più arcaica ricondotto ad una forma di punizione divina. Solo successivamente, con la diffusione della cultura ellenistica e di correnti filosofiche quali lo stoicismo, si iniziò ad inquadrare la furia tra i fenomeni terreni, soprattutto dal punto di vista medico, con anche un risvolto etico nettamente laico<sup>18</sup>.

Per tale ragione il malato di mente è anche per i Romani, per utilizzare una formula assolutamente anacronistica, incapace di intendere e volere, privo di pensiero, quindi *mentecaptus*, *demens*<sup>19</sup>, *non suae mentis* o *non compos mentis*. Secondo un frammento proveniente dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, 20,13, e deputato a disciplinare la capacità di redigere testamento, "*furiosus [...] mentem non habet*", recisamente, senza (apparenti)

---

<sup>17</sup> Cfr. sul punto C. LANZA, *Ricerche su "furiosus" in diritto romano*, Roma, 1990, 81, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 538 (con riguardo, per una rassegna delle fonti sul punto, alla nota 586), E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto Romano*, in BIDR 86-87, 1984, 38 e ss.

<sup>18</sup> F. ZUCCOTTI, *Furor haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano*, Milano, 1992, 19 e ss..

<sup>19</sup> Cfr. Voce *demens*, *dementis*, in Th.II. V, 476,10 – 477,10 per un uso così come sopra accennato del sostantivo.

possibili alternative. Non stupisce quindi che le fonti spesso paragonino il *furiosus* all'*infans*, all'assente ed al dormiente<sup>20</sup>.

In ogni caso, non sembra potersi costruire, dal punto di vista del diritto romano, una categoria omogenea di *furiosi*, dal momento che i giuristi dell'epoca si posero il problema della distinzione tra forme di pazzia costante o intervallate dai cosiddetti "lucidi intervalli", ovvero tra la pazzia distruttiva, incontenibile ed aggressiva e la semplice stoltezza, deficienza mentale non assimilabile alla "pazzia agitata"<sup>21</sup>.

È comunque interessante proprio sottolineare l'insistenza delle fonti, nel caso specifico, nel richiamare in senso negativo il termine *mens*, che può essere inteso come sinonimo del greco "*nous*", come quella parte dell'anima atta a comprendere e pensare, a prendere

---

<sup>20</sup> Per un'esautiva panoramica cfr. C. FAYER, *La familia romana*, cit., 560-561 e, con riguardo alle fonti, tra le molte citate dall'Autrice si veda, in quanto più significativa, D.50.16.246 pr. (Pomp. 16 *epist.*): "*Apud Labeonem Pithanon ita scriptum est: exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam. Nam etiam qui sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen eum exhibet: et qui mutum aut furiosum aut infantem exhibet, non potest videri eius praestare praesentiam: nemo enim ex eo genere praesens satis apte appellari potest*".

<sup>21</sup> Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 643 e ss., specialmente per il riferimento all'opera di A. AUDIBERT, *La folie et la prodigalité en droit romain*, Paris, 1892. *Contra*, nel senso che simili distinzioni andrebbero ricondotte ad un periodo successivo alla legislazione tabellare, ovvero al diritto postclassico, cfr. S. SOLAZZI, *Furor vel dementia*, in *Scritti*, II, Napoli, 1957, 623 e ss. Sul punto, va precisato, il dibattito è particolarmente acceso e la disamina delle fonti utilizzate deve scontrarsi con l'evidenza delle interpolazioni e l'incertezza anche semantica dei termini utilizzati. In merito all'effettiva suddivisione compiuta dal diritto romano tra le possibili forme di pazzia si possono riscontrare ben quattro teorie: una prima, cosiddetta "teoria dei lucidi intervalli", differenzierebbe il *furor* dalla *dementia* proprio ammettendo, nel primo caso, la possibilità di un andamento non costante della malattia. Tale teoria si fonda su di una Costituzione di Giustiniano, C.5.4.25 *De nupt.*, che dimostrerebbe, applicando una determinata disciplina riservata al *pater familias mentecaptus* anche, in certe circostanze, al *furiosus*, l'esistenza di una differenza di trattamento e la possibilità che solo a tratti il *furiosus* fosse incapace di agire, potendo pertanto godere anche dei cosiddetti lucidi intervalli (a differenza del *mentecaptus* o *demens*). Una seconda teoria prevedrebbe invece la distinzione sostanziale tra la pazzia aggressiva, il *furor*, e la deficienza mentale, *dementia*. Tale teoria, diffusa presso la dottrina tedesca, si fonda su di un testo, non giuridico, di Cicerone, *Tusculanae disputationes*, 5,3, e sull'uso differente dei termini a seconda dei casi, il che potrebbe far presupporre la consapevolezza di una differenza interna alla pazzia. Una terza teoria, detta "eclettica", coniuga le due teorie precedenti, andando a differenziare *furor* e *dementia* da un punto di vista sociale: il *furor*, in quanto pazzia sopraggiunta, avrebbe origine divina e sarebbe incostante per natura, sopraggiunta in uno stato di normalità e caratterizzata da lucidi intervalli, a differenza della *dementia*, uno stato congenito e perpetuo, immutabile, del *mentecaptus*. Infine una quarta teoria nega ogni distinzione tra le varie forme di pazzia, propendendo per un trattamento unitario del fenomeno, quantomeno nel diritto classico. Tale posizione è stata sostenuta da S. SOLAZZI, *Ibidem*, e fortemente criticata da O. LENEL, *Intervalla insaniae*, in *BIDR* 33, 1924, 227 e ss., facendo riferimento ad alcune costituzioni imperiali ed alle differenze, tra le già citate forme di pazzia, sempre a partire dalla dottrina dei lucidi intervalli, introdotte per la prima volta dai giuristi bizantini. Per una più ampia trattazione della problematica, anche con precisi riferimenti alle fonti ed alle varie posizioni della letteratura, cfr. ancora P. BONFANTE, *Ibidem*.

decisioni, facoltà che tipicamente difettano a chi sia affetto da un disturbo mentale paragonabile al *furor*<sup>22</sup>.

Procedendo con un breve esame delle fonti contenute nel Digesto, cercando quei frammenti che pongano in luce la correlazione (in difetto, ovviamente) tra l'elemento soggettivo della volontà, del senno, e lo stato di *furor*, si nota che, nel richiamare un rescritto di Marco Aurelio e di Commodo, in D.1.18.14 (Macer 2 *de iudic. publ.*) si utilizza la seguente formula:

“*Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat*” (“Se per te è certo senza dubbio che Elio Prisco sia colpito da tal pazzia, da non avere, per continua alienazione mentale, alcuna capacità d'intendere”);

mentre il giurista classico Pomponio afferma, assumendo in prima persona la prospettiva del *furiosus*, in D.33.5.8.2 (Pomp. 6 *ad sab.*) che:

“*non videor consentire, qui sentire non possim*” (“non sembra essere d'accordo, poiché non sono in grado di intendere”);

ed Ulpiano, in tema di *furor* del coniuge sopravvenuto in corso di matrimonio, in D. 24.3.22.7 (Ulp. 33 *ad ed.*) afferma che:

“[...] *eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse*” (“quella persona, che è impedita dalla pazzia, poiché non ha una capacità intellettuale, non può far comunicare il divorzio”).

Fa pertanto riflettere l'uso non solo della locuzione *mentis alienatione* nel primo dei tre frammenti citati, bensì il costante riferimento al *sentire*, al *sensum*, traducibile

---

<sup>22</sup> Cfr. Voce *mens, mentis*, in Th.I.L. VIII, 711,60 – 722,25 e, specialmente 715,65 e ss. per l'uso del termine come equivalente a *ratio*, 717,75 per l'utilizzo da parte di Cicerone del termine *amentia* come contrario, come negazione ed assenza di *mens*, 719,80, ove si riporta il sopra citato frammento dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, 20,13, ed infine 721,25, ove *mens* viene intesa non più come mera facoltà di *cogitare*, ma anche come l'atto stesso del di pensare (atto che, ovviamente, risulta impossibile in un *furiosus*).

come “capacità intellettuale”, in quanto attitudine a percepire la realtà oggettivamente, attraverso l’uso dei propri sensi.

Una volta accennato, quantomeno per sommi capi, al punto di vista del diritto romano sul *furiosus*, si può procedere prendendo in considerazione il titolare della *cura furiosi*, ovvero la persona del *curator*, le sue principali caratteristiche sostanziali e, specialmente, le sue facoltà nei confronti del destinatario della curatela<sup>23</sup>.

La potestà sul *furiosus* era attribuita, secondo le norme più arcaiche richiamate in precedenza, agli *adgnati* e, subordinatamente, ai *gentiles*. Ciò significa che l’onere della *cura furiosi* era fin dalle origini dell’ordinamento giuridico romano assegnato ai familiari più stretti, affinché la gestione dello stato problematico del malato di mente potesse rimanere all’interno della *gens*, della cerchia familiare del *furiosus* stesso e quindi in modo che il *curator* fosse comunque un suo parente stretto. Tale tipologia di cura, proprio perché fondata sulle leggi delle XII Tavole, era nota come *legitima*<sup>24</sup>.

Per quanto concerne il testo della prescrizione qui in esame, ovvero “*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potesta esto*”, una problematica rilevante che ha diviso la dottrina riguarda la presenza, all’interno della frase come sopra riportata, del sintagma “*ast ei custos nec escit*”<sup>25</sup>, pervenuto a noi tramite l’opera del grammatico Festo<sup>26</sup>, con riferimento all’uso della negazione *nec*.

Il dubbio che questa frase non possa essere un inserimento successivo al testo originario delle XII Tavole dipende dalla constatazione del fatto che è anomalo che la potestà sia

---

<sup>23</sup> Destinatario che, si precisa, poteva essere solamente un soggetto *sui iuris* ancorché *puber* (almeno fino ad un rescritto dell’Imperatore Caracalla, riportato in D.26.1.3.1 (Ulp. 37 *ad Sab.*)), dal momento che altre forme di *potestas* o di *tutela* sembravano prevalere nei confronti del *furiosus*, qualora fossero utilizzabili.

<sup>24</sup> Tra la letteratura si veda, per completezza ed immediatezza, quanto affermato da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 650 e ss., G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 96-97, G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 181 e ss..

<sup>25</sup> Tale sintagma si collocherebbe in posizione di seconda condizionale, dopo il “*Si furiosus escit*”, e sarebbe traducibile come “e se non ha un custode”; peraltro alcuni termini utilizzati, *ast*, *custos*, sono arcaici. In proposito cfr. *infra*, nota seguente.

<sup>26</sup> Sesto Pompeo Festo è stato un grammatico del II sec. d.C., noto per aver composto il *De verborum significatu*, un dizionario in 20 volumi che collegava ogni termine al suo uso ed a riferimenti alla società, alla religione, alla storia ed anche alla mitologia romana, con anche spunti di confronto tra i vari periodi storici. Il testo originale, comunque, è andato perduto e quanto in nostro possesso deriva da un manoscritto medievale assai lacunoso e, soprattutto, da un’epitome, *Excerpta ex libris Pompeii Festi de significatione verborum* di Paolo Diacono, compilata per Carlo Magno, che ne riporta molti stralci. Va segnalato sul tema il recente lavoro di F. GLINISTER (e altri), *Verrius, Festus and Paul: Lexicography, Scholarship and Society*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies Supplement*, 93, London, 2007.

affidata testualmente agli agnati e, in subordine, ai gentili, apparentemente senza considerare il *pater familias*, o un eventuale tutore. È comunque vero che la fonte potrebbe aver considerato implicito il fatto che la potestà fosse da attribuirsi ad agnati e gentili solo qualora non fosse ricaduta sul *pater familias*, dato che il ruolo del *pater* all'interno della famiglia romana, a cui corrispondono le ben note ed ampie facoltà, costituisce l'ipotesi fisiologica per la quale, considerata anche la brevità delle prescrizioni decemvirali, poteva essere superflua una qualsivoglia esplicitazione<sup>27</sup>.

Tale problematica è rilevante, ai fini della presente ricerca, per chiarire se le XII Tavole annoverassero esplicitamente tra i *curatores legitimi* anche la figura del *pater familias*, andando quindi a rappresentare uno status aggiuntivo rispetto alla *potestas* familiare, oppure se fosse la cura ad essere assorbita dallo status di *pater familias*.

Una seconda tipologia di cura è la *cura honoraria*, ovvero dativa, qualora la curatela sia attribuita ad un soggetto dal pretore o dal governatore provinciale, pertanto da un funzionario pubblico e non da meccanismi prestabiliti *e lege*<sup>28</sup>.

Questa forma di *cura furiosi* è successiva alla curatela legittima, e si può dedurre che fosse già presente prima della fine della Repubblica, dal momento che ne viene fatto cenno in un passo del poeta Orazio<sup>29</sup>; essa rappresenterebbe peraltro un'evoluzione della *cura furiosi* tabellare, coerente con lo spirito e la ragion d'essere dello *ius honorarium*, ovvero di integrare e perfezionare il *ius civile* alla luce di nuove esigenze

---

<sup>27</sup> Per quanto concerne tale dibattito, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 643 e ss., O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della cura furiosi*, Napoli, 1984, 6 e ss. e, *contra*, A. GUARINO, "Ast ei custos nec escit", in *Le Origini Quiritarie. Raccolta di Scritti Romanistici*, Napoli, 1973, 258 ss., il quale fa riferimento ad argomentazioni testuali e semantiche per sostenere le proprie tesi. Entrambi gli autori, per confortare e poi confutare le rispettive tesi, fanno riferimento ad un passo del Digesto, D.26.1.3.pr (Ulp. 37 *ad Sab.*), relativo alla sovrapposizione tra tutela e curatela con riferimento al *pupillus* divenuto *furiosus*, interpretandolo però in maniera opposta. Peraltro l'effettiva assenza di tale precisazione all'interno di altre fonti letterarie dell'epoca che riportano la prescrizione decemvirale, ovvero *ex multis* CICERO, *Auctor ad Herennium*, 1,13,23, secondo Diliberto sarebbe superata dal fatto che la costruzione metrica del versetto delle XII Tavole imporrebbe la presenza del sintagma contestato. Un'ultima posizione merita di essere riportata, cfr. per intero X. D'ORS, *Sobre XII, Tab. V,7a: "Si furiosus escit..."*, in AHDE, 50, Madrid, 1980, secondo cui non sarebbe possibile utilizzare alcuna argomentazione semantica nell'analisi delle leggi decemvirali, stante l'evoluzione linguistica del diritto romano e l'inaffidabilità delle fonti che, direttamente o *de relato*, trattano del passo, fino all'estrema tesi secondo la quale non potremmo nemmeno essere certi che per *cura furiosi* le XII Tavole intendessero il medesimo istituto delle fonti successive e del Digesto. Tale posizione è stata comunque contestata.

<sup>28</sup> Ed infatti il Digesto, in D. 26.5.8.3 (Ulp. 8 *de omn. trib.*): "*Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetore vel praeside dari poterit*", ovvero "A un pazzo e a una pazza e a un muto e a un sordo potrà esser dato un tutore o un curatore dal pretore o dal governatore provinciale". Cfr. in tema di *cura honoraria* o dativa, C. FAYER, *La familia romana*, cit., 566 e ss. e P. BONFANTE, op. cit., 650 e ss..

<sup>29</sup> HORATIUS, *Epist.*, 1.1.101 e ss., dove è espressamente citato il sintagma "*curator a praetore datus*".

di tutela manifestate dalla società. Nel riferire della *cura honoraria*, va necessariamente citato un frammento dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, precisamente 12.1:

“*Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege Duodecim Tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur*” (“I curatori o sono legittimi, cioè quelli che si danno in base alle XII tavole, o onorari, cioè quelli che vengono costituiti dal pretore”).

Si nota così come la fonte ponga sullo stesso piano, tramite l’uso della congiunzione *aut*, le due forme di *cura furiosi*, al tempo stesso escludendo una qualsiasi terza ipotesi non riconducibile ai due casi precedenti. I *Tituli ex corpore Ulpiani*, come noto<sup>30</sup>, costituiscono un’opera utilizzata per scopi didattici, risalente al IV secolo d.C. e di paternità incerta. È interessante quindi osservare come nelle *Institutiones* di Gaio, altra opera fondamentale nella formazione del giurista romano, ma antecedente di ben due secoli rispetto ai *Tituli*, si tratti di *cura legitima* e *honoraria* nei seguenti termini:

“[...] *et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis honesti electi sunt*” (“E i curatori, ai quali la carica non è attribuita dalla legge, ma che sono incaricati o dal Console o dal pretore o dal governatore della provincia, perlopiù non sono obbligati a dare garanzie, certamente perché sono stati scelti sufficientemente onesti”).

In questo frammento la cura spetta ai *curatores legitimi*, e Gaio utilizza il verbo *pertinet*, il quale ha una valenza differente dal verbo *dantur*, riferito all’ipotesi di designazione dativa dei curatori<sup>31</sup>.

Considerando testi giuridici omogenei dal punto di vista funzionale (in quanto utilizzati entrambi nell’insegnamento del diritto) ed una sottigliezza di carattere semantico come

---

<sup>30</sup> Per una panoramica sull’opera ed un maggiore approfondimento si veda F. MERCOGLINO, *Tituli ex corpore Ulpiani: storia di un testo*, Napoli, 1997.

<sup>31</sup> Tale differenza nell’uso dei termini è colta anche da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 654 e, specificatamente, la nota (I) in cui si richiama l’opinione del Solazzi sul punto.

l'uso di verbi differenti per le due forme di cura nell'opera antecedente e la loro sostanziale equiparazione, già evidenziata, nell'opera successiva, è forse possibile percepire un'evoluzione della cura furiosi diretta ad un'assimilazione in un'unica fattispecie. Peraltro anche il Digesto, nel libro 27, si occupa della *cura furiosi* ed infatti D.27.10.3 (Ulp. 31 *ad Sab.*) afferma che:

*“Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a praetore curator datur”* (“Mentre gli eredi designati decidono di accettare, ai beni è assegnato un curatore dal pretore”).

La *cura legitima* è stata, storicamente, la prima manifestazione della cura, seguita dalla *cura honoraria*, la quale ha seguito un'evoluzione particolare, andando ad intersecarsi con l'usanza, da parte dei parenti non adatti o non legittimati ad essere *curatores*, di indicare il soggetto più adeguato a svolgere tale ufficio, ed una forma di designazione del *curator* non esplicitamente riconosciuta dal diritto romano o, quantomeno, non fino al periodo postclassico e poi giustiniano: trattasi della *cura testamentaria*, ovvero la designazione del *curator* da parte del *pater* effettuata all'interno del testamento<sup>32</sup>.

Tale designazione non era infatti sufficiente, come poco sopra ricordato, a perfezionare una valida *cura furiosi*, anche se Marco Aurelio in un rescritto, riportato in D.27.10.16 pr. (Tryph. 13 *disp.*), stabilisce che:

*“Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur”* (“Se ad un adolescente pazzo, sebbene maggiore di venticinque anni, il padre con testamento aveva dato un curatore, il pretore deve nominare quello, seguendo la volontà del padre: infatti quel diritto di assegnazione del curatore è riservato al pretore, come ribadito dal rescritto del Divo Marco”),

---

<sup>32</sup> Al di là dei riferimenti già riportati alla precedente nota 25, cfr. anche G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 183 e G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 97-98.

andando così a riconoscere nella sostanza l'esistenza e la rilevanza della cosiddetta *cura testamentaria*, purché ricondotta, da un punto di vista prettamente formale, nell'ambito della cura dativa.

Una simile testimonianza fa altresì intravedere una sempre maggiore disinvoltura nell'utilizzo di istituti che, precedentemente, apparivano separati: sembra infatti che i confini tracciati in epoca classica siano divenuti sempre più labili, oltre che, considerando anche il fatto che nel frammento si utilizza la locuzione “*praetor dare debet*” seppur con riferimento ad una conferma del curatore e non di un'assegnazione, le prassi sul punto dovessero essere abbastanza incerte<sup>33</sup>.

È controverso, poi, se Giustiniano, all'interno della propria opera di sistematizzazione del diritto, abbia ricondotto le varie forme di *cura furiosi* ad una, o, più in generale, recepito una diversa categorizzazione delle varie forme di curatela.

È pacifico che nell'evoluzione dinamica del diritto romano, culminata e conclusa con l'emanazione del Digesto e con la sua cristallizzazione, i vari istituti assistenziali abbiano manifestato un graduale avvicinamento, con l'accentuazione della tutela dell'interesse pubblico a scapito di quello (diciamo, impropriamente) “privato” della *familia*. Un esempio riguarda proprio la *cura legitima*, che, con l'emanazione di una costituzione imperiale, riportata poi nel *Corpus* in C.5.70.7,4-6c, viene comunque

---

<sup>33</sup> Per un maggiore approfondimento e per un'interpretazione degli istituti interessati cfr. L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, 297 e ss.. In questa sede l'Autrice differenzia altresì gli istituti di conferma, o sanatoria, della designazione di un tutore o di un curatore, dalla nomina pretoriale, e si occupa altresì della conferma della designazione testamentaria del *curator prodigi*, su cui si tornerà a breve, cfr. *infra* § 2.2.3.

assoggettata all'istituto della conferma da parte del pretore, andando così a confluire nel *genus* della *cura honoraria*<sup>34</sup>.

Al contempo la dottrina non è concorde per quanto concerne la cura testamentaria: il Digesto non mostra contraddizioni interne, se si cerca un riscontro al già citato frammento di Trifonino, dal momento che D.26.3.1.3 (Mod. 6 *excusat.*) afferma che

*“Praeterea sciendum est curatorem testamento ne a patre quidem recte dari; sed si datur, solet confirmari a potestate”* (“Inoltre è da sapere che il curatore non è affatto nominato direttamente dal padre col testamento; ma se è nominato, è solito essere confermato da un'autorità”).

Il problema è se Giustiniano, non avendo accennato, nella costituzione C. 5.70.7,4-6c alla conferma della cura testamentaria, ma solo alla convalida della legittima, abbia o meno inteso elevare la designazione del *de cuius* a *cura legitima* nei termini stabiliti dalle XII Tavole, ovvero senza bisogno di alcuna conferma da parte del

---

<sup>34</sup> Così G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 183, L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 303 e ss. e C. FAYER, *La familia romana*, cit., 568-569. Per quanto invece concerne C. 5.70.7,4-6c, se ne riporta il testo per completezza: “4 . *Sed cum antiquitas in curatore furiosi multas ambages constituit, quemadmodum ab eo vel cautio vel satisdatio detur, vel pro quibus rebus vel quibus personis, et si omnis curator talem praestabat cautelam, necessarium nobis visum est, ut humano generi consulentes omnem quidem obscuritatem et inextricabilem circuitum tollamus, compendioso autem et dilucido remedio totum complectamur. Et prius de creatione curatoris, qui furiosis utriusque sexus datur, sancientes tunc et aliis certum finem imponimus* 5 . *Et si quidem parens curatorem furioso vel furiosae in ultimo elogio heredibus institutis vel exhereditatis dederit ( ubi et fideiussionem cessare necesse est paterno testimonio pro satisdatione sufficiente), ipse qui datus est ad curationem perveniat, ita tamen, ut in hac florentissima civitate apud urbicariam praefecturam deducatur, in provincia autem apud praesidem eius, praesente ei tam viro religiosissimo locorum antistite quam tribus primatibus, et actis intervenientibus tactis sacrosanctis scripturis edicat omnia se recte et cum utilitate furiosi gerere neque praetermittere ea, quae utilia furioso esse putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit.* 5a . *Et inventario cum omni subtilitate publice conscripto res suscipiat et eas secundum sui opinionem disponat sub hypotheca rerum ad eum pertinentium ad similitudinem tutorum et adulti curatorum.* 6 . *Sin autem testamentum quidem parens non confecerit, lex autem curatorem utpote agnatum vocaverit, vel eo cessante aut non idoneo forsitan existente ex iudiciali electione curatorem ei dare necesse fuerit, tunc secundum praefatam divisionem in hac quidem florentissima civitate apud gloriosissimam urbicariam praefecturam creatio procedat: sed si quidem nobilis sit furiosi persona, etiam florentissimo senatu convocando, ut ex inquisitione curator optimae atque integrae opinionis nominetur. Sin vero non talis persona sit, etiam solo viro gloriosissimo praefecto urbis praesidente hoc procedat* 6a . *Et si quidem curator substantiam idoneam possidet et sufficientem ad fidem gubernationis, et sine aliqua satisdatione nominationem eius procedere: sin autem non talis eius census inveniatur, tunc et fideiussio in quantum possibile est ab eo exploretur.* 6b . *Creatione quidem omnimodo sacris scripturis propositis in omni causa celebranda, ipso autem curatore, cuiuscumque vel substantiae vel dignitatis est, praefatum sacramentum pro utiliter rebus gerendis praestante et inventarium publice conscribente, quatenus possint undique res furiosi utiliter gubernari.* 6c . *In provinciis vero his omnibus observandis, ut apud praesidem cuiuscumque provinciae et virum religiosissimum episcopum civitatis nec non tres primates memorata creatio procedat, eadem observatione et pro iureiurando et pro inventario et satisdatione et hypotheca rerum curatoris modis omnibus adhibenda”.*

magistrato, privilegiando quindi l'attribuzione della *potestas* effettuata dal testatore rispetto alla regola generale che la attribuiva ad *adgnati* e *gentiles*.

Secondo un autore<sup>35</sup>, infatti, non aver previsto anche per la cura testamentaria le formalità magistraturali prescritte per tutte le altre curatele implicherebbe una sorta di *favor* dell'ordinamento giuridico a questo tipo di designazione, in un momento storico-giuridico in cui, secondo parte della dottrina<sup>36</sup>, la *cura legitima* avrebbe di fatto cessato di esistere.

Tale ipotesi è stata comunque confutata dalla maggior parte della letteratura sul tema<sup>37</sup>, che, esaminando il testo della Costituzione imperiale citata precedentemente, ha distinto la designazione del *curator* dalla sua *creatio*, da parte del magistrato, secondo un procedimento ben preciso, e rinvenendo poi nel Digesto e, specificatamente, nel già esaminato frammento di Trifonino<sup>38</sup>, la conferma che anche al curatore designato per testamento si dovesse applicare l'istituto della conferma ed interpretando pertanto la controversa disposizione giustiniana come una norma generale, valida per tutte le forme di tutela e curatela esistenti, al fine di sottrarre alla *familia* un potere di designazione dei *curatores* che poteva risultare rilevante a fini pubblici. In questo senso la *cura legitima* sarebbe semplicemente stata declassata, a favore della cura testamentaria, in posizione sussidiaria, qualora il *pater familias* non avesse lasciato

---

<sup>35</sup> S. SOLAZZI, *Interpolazioni in Ulpiano*, in *Scritti*, II, Napoli, 1957, 539 e ss.; l'Autore rileva peraltro che, ancorché tale interpretazione costituisca una netta contraddizione con altri frammenti del Digesto, essa non solo sia ammissibile ma anche da risolversi a favore della norma giustiniana, che prevarrebbe sulle precedenti disposizioni di età classica, le quali imponevano al designato per testamento la conferma da parte del magistrato.

<sup>36</sup> Ancora S. SOLAZZI, op. cit., 537 e ss., sulla scorta delle tesi di A. AUDIBERT, *Comment la curatelle légitime se transforme en curatelle dative dans le dernier état du droit romain*, in *NRD*, 15, 1891, 310 e ss. e C. APPLETON, *Le fou et le prodigue en droit romain. A propose d'un livre recènt*, in *Revue Gènèrale du Droit*, 17, 1893, 251 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 651 e ss., L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 306 e ss. e B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 541.

<sup>38</sup> D.27.10.16 pr. (Tryph. 13 *disp.*), frammento che effettivamente il Solazzi non ignorava, bensì riteneva essere in aperta contraddizione con la Costituzione imperiale in discussione, nel momento in cui afferma che “*si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet*”.

indicazioni circa la *cura furiosi* di un membro della *familia* precedentemente soggetto alla sua *potestas*<sup>39</sup>.

Per quanto concerne invece l'esercizio della *cura furiosi* e, pertanto, il contenuto dell'obbligazione assistenziale del *curator*, è interessante procedere più che con riferimenti ai commenti della dottrina romanistica<sup>40</sup>, con una disamina diretta delle fonti, per meglio percepire in cosa consistesse l'*officium* del curatore.

Ciò posto, va innanzi tutto ricordato il passo D. 27.10.7 pr. (Iul. 21 *Dig.*):

“*Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*”, ovvero “Con il consiglio e l'opera del curatore non solo deve essere salvaguardato il patrimonio, ma anche il corpo e la salute del furioso”.

Tale disposizione, di carattere generale, è fondamentale per individuare immediatamente un duplice ambito di tutela del *curator furiosi* nei confronti del curato: la tutela patrimoniale e la protezione fisica della persona del *furiosus*<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Tale è l'interpretazione fornita in P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 652; il medesimo Autore evidenzia altresì, coerentemente con quanto appena ipotizzato, che in *Nov.*, cap. III, par. 12 Giustiniano preveda la possibilità di revocare l'ufficio di *curator* alla persona che lo avesse trascurato, a favore di chi, invece, se ne fosse assunto l'onere: “*Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit neglegentem filium vel filios aut cognatos ingratos vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem in furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit <a> suis neglectum liberis vel cognatis aut aliis ab eo scriptis heredibus et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam adtestationem eis qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium, ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire decernimus, evacuata institutione eorum utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praebere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneat firmitate*”.

<sup>40</sup> Che comunque, può essere brevemente richiamata, sul punto: C. FAYER, *La familia romana*, cit., 563 e ss. e, con riferimento alle fonti, 573 e ss., P. BONFANTE, op. cit., 650 e ss., O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della cura furiosi*, cit., 120 e ss..

<sup>41</sup> Anche se è stata rilevata una possibile contraddizione con D.1.18.13.1 (Ulp. 7 *de off. procons.*), il quale afferma che “*Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur [...]*”, ovvero “ai pazzi, qualora non possano in nessun caso essere custoditi dai congiunti, si deve, per opera del governatore di provincia, provvedere con tal rimedio, che cioè siano detenuti in carcere”. Tale circostanza, unitamente al sospetto di interpolazione del frammento di Giuliano, ha condotto alcuni autori a ritenere che il *curator furiosi* dovesse occuparsi esclusivamente del patrimonio del furioso, mentre della sua salute dovesse occuparsene la famiglia: cfr. C. FAYER, *La familia romana*, cit., 571-572, P. BONFANTE, op. cit., 650, B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1954, 239. Personalmente ritengo che le fonti sopra citate non debbano essere necessariamente poste in contraddizione, anche se necessiterebbe un maggiore approfondimento, inappropriato in questa sede.

Con riferimento alla tutela del patrimonio del *furiosus* va tenuto presente quanto affermato in precedenza a proposito dell'incapacità di agire dello stesso, quindi non solo l'intento di prevenire i pericoli derivanti da atti di gestione del patrimonio posti in essere dal *furiosus*, ma anche l'impossibilità giuridica di una gestione a sua piena titolarità. Il curatore, pertanto, poteva disporre pienamente dell'amministrazione dei beni e, per questo motivo, il patrimonio del furioso era rimesso discrezionalmente nelle sue mani, al punto che D.47.2.57.4 (Iul. 22 Dig.) considera il *curator furiosi* come *domini loco*:

“[...] *tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur*”, ovvero “il tutore è considerato come il padrone. Ma lo stesso è da dirsi anche per il curatore del pazzo, che rappresenta la persona del padrone al punto che si ritiene che alieni la cosa del pazzo anche consegnandola”.

Tra le numerose fonti sul tema, un frammento di Paolo, D.12.2.17.2 (Paul. 18 *ad ed.*) elenca molti dei possibili interventi che spettavano al *curator furiosi*:

“*Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt* (“Se un tutore che dispone della tutela o un curatore del pazzo o del prodigo abbia deferito il giuramento, lo si deve considerare valido: infatti essi possono alienare i beni e a loro si può pagare e, agendo, deducono la cosa in giudizio”)<sup>42</sup>.

Con particolare riferimento agli atti di alienazione di beni di proprietà del *furiosus*, in età classica il curatore poteva alienare validamente ogni tipo di bene, a

---

<sup>42</sup> Il *curator* non poteva, invece, manomettere uno schiavo e donare *res* del *furiosus*, a meno che la donazione non fosse di grande vantaggio per il furioso, come afferma D.27.10.17 (*Gai 1 de manumiss.*).

condizione che l'atto rientrasse nella *negotiorum administratio* e non fosse compiuto con intenti fraudolenti<sup>43</sup>.

Un passo di Marcello, D.27.10.12 (Marcell. 1 *Dig.*) pone in luce questa tendenza, affermando che il *curator* poteva alienare un determinato bene solamente se l'atto potesse essere considerato come un atto rientrante nell'ambito della cosiddetta amministrazione degli affari:

*“Ab adgnato vel alio curatore furiosi rem furiosi dedicari non posse constat: adgnato enim furiosi non usquequaque competit rerum eius alienatio, sed quatenus negotiorum exigit administratio”*, ovvero “È fuori dubbio che alla cosa del pazzo non possa essere attribuita una destinazione dall'agnato o da un altro curatore del pazzo: infatti non compete all'agnato del pazzo l'alienazione in ogni occasione delle cose di lui, ma fin dove lo richiede l'amministrazione degli affari.”

Si può fare cenno anche alla materia successoria, ai poteri del *curator* rispetto all'erede *furiosus*: l'eredità poteva essere acquisita dal curatore a suo nome, previa soluzione sotto cauzione degli eventuali legati<sup>44</sup>; inoltre, nel diritto classico, il *curator* poteva ottenere su cauzione una *bonorum possessio decretalis* (provvisoria), cosicché se il *furiosus* fosse rinsavito, avrebbe potuto acquistare l'eredità senza la mediazione del

---

<sup>43</sup> Proprio con riferimento al caso della frode, si veda D.4.7.10.1 (Ulp. 12 *ad ed.*): “*Si tutor pupilli vel adgnatus furiosi alienaverint, utilis actio competit, quia consilium huius fraudis inire non possunt*”, ove per l'appunto si garantisce al pupillo o al furioso, frodati dall'*adgnatus* tramite un'alienazione non legittima, una specifica azione processuale.

<sup>44</sup> Così D.31.48.1 (Proc. 8 *epist.*): “*Bonorum possessione dementis curatoris data legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt: sed qui petent, cavere debebunt, si hereditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit redditu iri*” (“Dato un possesso di beni al curatore d'un demente, si potranno reclamare i legati dal curatore che difende il furioso: ma i richiedenti dovranno dar cauzione, per il caso che l'eredità venga evitta, che quanto a titolo di legato si dia sarà restituito”).

curatore, altrimenti, se fosse rimasto nella sua condizione o se fosse rinsavito e tuttavia morto prima d'averla acquisita, i beni sarebbero spettati agli aventi diritto<sup>45</sup>.

Infine, per quanto concerne la rappresentanza processuale del *furiosus*, il *curator furiosi* poteva stare in giudizio ed agire in nome del furioso<sup>46</sup>, e, con riferimento al diritto postclassico, specificatamente ad una Costituzione di Giustiniano rubricata all'interno del *Corpus Iuris Civilis* in C.7.40.2 pr. e C.7.40.2.1-2<sup>47</sup>, va precisato che il processo si sarebbe celebrato ancorché il furioso non avesse avuto un curatore.

---

<sup>45</sup> In questo senso cfr. il complesso frammento D.37.3.1 (Pap. 15 *quaest.*): “*Furioso titius substitutus est: bonorum possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem condicione est, neque instituto neque substituto cedit. nec, si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere: nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. quid ergo, si curator accipere nolit? nonne iustius atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? quo admissio substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret*” (“Tizio è sostituito ad un furioso: il termine per il possesso dei beni, fin che il furioso permane in tale condizione, non si computa né per l’istituito né per il sostituto. Se pure il curatore a nome del furioso può ottenere il possesso, non per questo apparirà trascorrere il lasso di tempo prefissato ai consapevoli: invero anche il padre ottiene il possesso per il figlio infante, ma se il padre non si muove il figlio non viene escluso. E che, se il curatore non vuole ottenerlo? Non sarà più giusto ed utile che il possesso sia nello stesso modo accordato ad ogni prossimo (aspirante), affinché i beni non giacciono? Ammesso questo, il sostituto deve dar cauzione a tutti coloro ai quali van restituiti i beni se l’istituito per avventura muoia ugualmente furioso oppure, divenuto sano di mente, muoia prima d’aver accolto l’eredità. Invero può anche accadere che in vita del furioso il sostituto muoia e che il furioso non ostacoli gli altri se anche lui muoia prima d’aver acquistato l’eredità”).

<sup>46</sup> Oltre al passo D.12.2.17.2 (Paul. 18 ad ed.), il quale ricorda chiaramente che “*Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt*”, si possono menzionare anche un passo di Ulpiano ed uno di Gaio, rispettivamente D.3.1.1.11 (Ulp. 6 ad ed.) e D.3.1.2 (*Gai 1 ad ed. prov.*).

<sup>47</sup> Che si riporta per intero, in nota, al fine di non “aggravare” il paragrafo con la disamina di una fonte relativa ad un aspetto di minore attinenza al presente lavoro: “*C.7.40.2 pr. (Imperator Justinianus): Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intencionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. C.7.40.2.1 (Imperator Justinianus): Sin autem nullo poterit modo praesidem adire, saltem ad episcopum locorum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. sin autem afuerit vel praeses vel episcopus vel defensor, liceat ei et proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione vel, si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit. C.7.40.2.2 (Imperator Justinianus): Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculum constituta sunt sive ab antiquis legum conditoribus sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis*”.

Un'altra Costituzione di Giustiniano, suddivisa tra C.5.37.28 pr. e C.5.37.28.1-1a<sup>48</sup>, detta una serie di disposizioni per garantire la difesa giudiziaria delle persone soggette a *tutela* o *cura*. Nessun tutore o curatore poteva, infatti, rifiutare la difesa in corso di un processo, e, in questo caso, sarebbe stato rimosso dall'incarico ed obbligato a risarcire il *furiosus* del danno patrimoniale eventualmente subito a causa della sua condotta.

Un interessante punto di contatto fra la funzione di tutela patrimoniale e di tutela della salute del *furiosus* emerge invece in D.24.3.22.8 (Ulp. 33 *ad ed.*):

“[...]licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia” (“Abbiamo facoltà sia il curatore della furiosa sia i parenti di adire il giudice competente, così che venga al marito imposto l'obbligo di procurare alla moglie tutta l'assistenza dovuta, di prestarle gli alimenti e soccorrerla con le cure del caso, e di non tralasciare alcunché di ciò che un marito conviene che assicuri alla moglie, in proporzione dell'entità della dote. Se però sia chiaro che dissiperà la dote come un galantuomo non deve, allora la dote va sequestrata, così che da essa la donna tragga il conveniente ristoro insieme con la sua servitù”).

Questo passo è importante perché permette di affermare che il curatore doveva provvedere senza riserve a tutti i bisogni del furioso, ivi comprese le spese per le cure

---

<sup>48</sup> Per le ragioni appena esposte: “C.5.37.28 pr. (Imperator Justinianus): Sancimus neminem tutorum vel curatorum pupilli vel adulti vel furiosi aliarumque personarum, quibus tam ex veteribus quam ex nostris constitutionibus curatores creantur, defensionem quam pro lite susceperunt recusare, sed ab initio litis modis omnibus memoratas personas defendere et litem praeparatam secundum leges instruere scientes, quod et hoc munus necessarium est tam tutelae quam curationi. C.5.37.28.1 (Imperator Justinianus): Et si hoc recusaverint vel subire distulerint, non solum utpote suspecti amoveantur amissa eorum existimatione, sed etiam ex substantia sua omne detrimentum, quod antelatae personae ex recusatione defensionis sustineant, resarcire cogantur. C.5.37.28.1a (Imperator Justinianus): Sed et si quis ex quadam interpellatione admonitus propter litis instructionem consuetam cautelam exposuerit, vel post litem contestatam, quam per se et non per procuratorem suscepit, vel demens vel furiosus factus fuerit, sancimus continuo curatorem ei in competenti iudicio ordinari cura et provisione tam iudicis, sub quo lis vertitur, quam cognatorum et propinquorum et actoris, si voluerit, ut non ab eo instituta lis diutius protrahatur: necessitatem habente creando curatore defensionem subire et cetera litis adimplere”.

mediche, rappresentando perfettamente l'ampiezza e la pienezza delle obbligazioni assistenziali che il diritto romano attribuiva all'*officium* del *curator furiosus*<sup>49</sup>.

### 1.2.2 LA CURA PRODIGI

Procedendo coerentemente con lo schema espositivo utilizzato per la *cura furiosi*, prima di affrontare la figura del *curator prodigi* è necessario interrogarsi su chi sia il *prodigus* ed in che cosa consista tale vizio della capacità giuridica. Accostato fin dalle XII Tavole al *furiosus*, ed assoggettato ad un istituto assistenziale apparentemente omogeneo, il *prodigus* era colui il quale aveva la tendenza a dissipare il proprio patrimonio<sup>50</sup>.

Nel diritto romano il *prodigus* è ritenuto, come il *furiosus*, privo di *voluntas*, come evidenziato da D.50.17.40 (Pomp. 34 *ad Sab.*):

“*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*” (“Il pazzo o chi è stato interdetto, non ha nessuna volontà”).

In ogni caso si ritiene che tale equiparazione sia eccessiva, o, comunque, riferita esclusivamente a profili di carattere soggettivo e psicologico, dal momento che, da un punto di vista giuridico, sarebbe più corretto considerare il prodigo come un impubere

---

<sup>49</sup> E forse non contrasterebbe con la lettura prospettata alla precedente nota 39, dal momento che, ancorché si tratti di attività diretta a tutelare la salute del *furiosus*, l'acquisto di medicinali ha evidenti aspetti patrimoniali, così da dover ricadere necessariamente in capo al *curator*, anche se questi non dovesse occuparsi della salute del furioso.

<sup>50</sup> C. FAYER, *La familia romana*, cit., 582 e ss. e G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 182 e ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 504. Per uno studio approfondito ed esaustivo sull'istituto, si veda per intero F. PULITANO, *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, Milano, 2002.

uscito dall'infanzia, ma con delle facoltà in più, come ad esempio la possibilità di acquistare per eredità<sup>51</sup>.

Le fonti giuridiche, delle quali si riporta una rassegna sintetica e significativa, tendono però a porre la *prodigalitas* su un piano apparentemente differente rispetto al *furor*: se infatti in quest'ultimo caso si pone insistentemente l'accento sul difetto di volontà, su di una carenza originaria che, sul piano concreto, scatena le manifestazioni più evidenti della pazzia, in questo caso ci si focalizza sull'incapacità di gestire i propri beni, sulla smoderatezza, ed a volte la *prodigalitas* viene accostata alla lussuria ed utilizzata, pertanto, come categoria valutativa di tipo etico, più che psicologico o "clinico":

D.27.10.2 (Paul. 1 *de off. proc.*): "*Sed et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dari*" ("Il proconsole darà dei curatori anche ad altri che non sono capaci di badare ai propri affari, o ordinerà che siano dati, né si dubiterà che anche il figlio possa essere dato come curatore al padre"),

D.26.5.12 pr. (Ulp. 3 *de off. proc.*): "*His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit*" ("A coloro che si trovano in tale condizione, da non essere capaci di badare ai propri affari, sarà necessario che il proconsole dia un curatore") e, infine,

D.27.10.15 pr. (Paul. 3 *sent.*) : "*Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest*" ("E alla donna, che vive in modo lussurioso, può essere interdetta l'amministrazione del patrimonio").

Al fine di enucleare una corretta definizione di *prodigus* e di *prodigalitas* è opportuno che l'esame delle fonti non sia limitato a quelle di contenuto giuridico, bensì che si contemplino anche fonti di tipo letterario e storiografico. Tra queste, ad esempio,

---

<sup>51</sup> In questo senso P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 655-656. Va ricordato che il diritto romano, soprattutto inizialmente, non ha fornito una precisa qualificazione della *prodigalitas* o del *prodigus*, limitandosi a prevedere un istituto interdittivo per i soggetti incapaci di tutelare i propri beni, a beneficio della *familia* e della continuità patrimoniale della medesima. Non sembrerebbe infatti casuale che il frammento sopra citato faccia riferimento a due categorie pressoché omogenee, *furiosi* e *prodigi*, identificando i secondi non in quanto affetti da *prodigalitas*, bensì in quanto interdetti dal magistrato. Invece alcuni, tra i quali G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 183, ritengono che tale paragone sia frutto di un'interpolazione da parte dei compilatori giustinianeî, i quali volevano chiarire meglio la natura di vizio di volontà del *furor* e della *prodigalitas*.

alcune commedie plautine quali la *Mostellaria*, l'*Aulularia*, il *Poenulus* ed il *Trinummus*, annoverano tra i loro protagonisti dei *prodigi*, ed un verso del poeta Cecilio Stazio, di cui ci resta traccia solo grazie all'opera del grammatico Festo<sup>52</sup>, che conterrebbe per l'appunto la definizione di prodigo, ci permettono di notare come la condizione di *prodigalitas* sia associata costantemente alla *paupertas* ed al giudizio negativo della società, circostanze peraltro strettamente connesse tra loro. Interessanti anche le *Epistulae* oraziane e l'uso del termine fatto da Tacito nelle sue *Historiae*, oltre al tentativo di Cicerone<sup>53</sup> di pervenire ad una definizione tecnica di *prodigus*<sup>54</sup>.

È dunque possibile descrivere l'approccio della società romana alla *prodigalitas* come un approccio esterno, descrittivo, che non indaga il fenomeno, ma si limita a riportarne gli effetti materiali ed a considerare le misure necessarie da assumere.

Al di là del significato di *prodigalitas* e dell'uso del termine *prodigus* riferito ad una persona indeterminata, se, come già anticipato, *prodigus* era chi dissipava i *bona paterna avitaque*, ovvero quei beni acquistati dall'erede tramite una successione legittima, allora in linea di massima sarebbe potuto essere *prodigus* assoggettabile a *cura* solamente il figlio legittimo, in quanto *heres ab intestato*, ma su questo punto specifico si tornerà a breve. Non va trascurata anche l'esistenza di una cosiddetta "condizione di procedibilità" per la somministrazione della curatela, che di fatto rendeva un soggetto inetto e scialacquatore, *prodigus* agli occhi della società (ed una testimonianza preziosa è costituita proprio dalle commedie di Plauto, una fotografia della società dell'epoca da un punto di vista estremamente quotidiano), anche un *prodigus* bisognoso dell'istituto in esame: tale condizione è l'*interdictum* pretorile.

Di tale misura si trova traccia già in (Tab. 5,7d):

---

<sup>52</sup> Per quanto concerne l'opera di Festo cfr. *supra*, § 2.2.1 a proposito del frammento Tab. 5,7a. Il verso citato infatti recita come segue: "*prodigere est, cum nihil habeas, te inriderier*" ed esprime perfettamente la connessione tra l'aspetto di povertà e di riprovazione sociale a cui andava incontro, inevitabilmente, il *prodigus*.

<sup>53</sup> CICERO, *De officiis*, 2,16,55 e *Cato*, 7.

<sup>54</sup> Per una ricostruzione completa cfr. F. PULITANO', *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, cit., 7 e ss.. In questa sede non solo viene esaminato dettagliatamente il ritratto fatto dal commediografo Plauto dello scialacquatore, ma viene anche considerata tale condizione nelle parole di un poeta, Orazio, e di uno storico, Tacito: per quanto concerne il primo, è interessante riportare, sinteticamente, una sua riflessione, ovvero che il *prodigus* è chi si comporta da *nepos*, soggetto *alieni iuris* (e quindi poco oculato ed irresponsabile, con la leggerezza di chi ha comunque un *pater* o un *avus* che provvede alle esigenze economiche della *familia*) pur non essendo più tale; per quanto concerne il secondo è da sottolineare il nesso con il termine *pecunia*, in accezione costantemente negativa e deviata, contrapposta alla *liberalitas*, disposizione generosa ma comunque responsabile del denaro.

“*Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curationem iubet esse adgnatorum*” (ovvero “La legge delle XII tavole ordina che il pazzo ed anche il prodigo interdetto dall'amministrazione dei suoi beni, sia affidato alla curatela degli agnati”)

ed il testo della formula utilizzata dal magistrato per interdire dall'amministrazione dei beni è fedelmente riportato nelle *Pauli Sententiae*, 3,4a7:

“*Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*” (“Secondo le consuetudini tramite il pretore in questo modo si interdica l'amministrazione del patrimonio: poiché con la tua dissolutezza dissipai i beni paterni ed aviti e conduci alla miseria i tuoi figli, per questo ti interdico l'amministrazione del patrimonio ed il commercio”).

La completezza del frammento e della formula ivi riportata è solo apparente, dal momento che ricostruire l'esatto significato dell'*interdictio* e dei suoi effetti, oltre alle sue reali fonti giuridiche, è cosa assai ardua e fonte di dibattiti mai sopiti. Un esempio è costituito dal termine *moribus*: più che il significato dello stesso è il suo utilizzo nel contesto a generare ambiguità. Infatti tale frammento, unica testimonianza della formula dell'*interdictio*, è parte delle *Pauli Sententiae* ed in quanto tale è giunto sino a noi all'interno della *Lex Romana Wisigothorum*, e pertanto è piuttosto recente se lo si considera riferito ad un istituto formalizzato nelle XII Tavole e probabilmente preesistente ad esse. Ciò premesso, come si dovrebbe interpretare il riferimento a *moribus*? Alle usanze precedenti le XII Tavole, quelle consuetudini che sono poi state ivi raccolte e cristallizzate? O forse proprio come riferimento alle XII Tavole stesse,

secondo le quali il pretore interdiceva *hoc modo* il *prodigus*, considerate *moribus* proprio perché antiche rispetto all'opera paolina?<sup>55</sup>

Altro punto critico è indubbiamente l'oggetto dell'interdizione, che, secondo la formula sopra riportata, sarebbe costituito dagli atti riconducibili al *commercium*, per quanto non sia affatto pacifico il riferimento ai *bona paterna avitaque*, i beni ereditati *ab intestato*: descrizione della condotta del prodigo (dissipare i beni paterni ed aviti) oppure oggetto dell'interdizione (interdizione pertanto dal *commercium* su tali beni)?

Il Bonfante<sup>56</sup>, a tale proposito, riporta la posizione espressa da due studiosi romanisti stranieri, Ubbelohde ed Audibert<sup>57</sup>, per poi confutarla. Tale teoria prende corpo dalla supposizione che, in una prima fase contemporanea o di poco seguente alle XII Tavole, al *prodigus* fosse interdetta la disposizione dei soli *bona paterna avitaque* e che, pertanto, potesse fruire liberamente di beni acquisiti da altre fonti, andando pertanto a tradurre il sintagma della formula interdittiva “*ea re commercioque interdico*” come “ti interdico l'amministrazione di tali beni ed il commercio”.

Così facendo Ubbelohde ed Audibert ipotizzarono l'esistenza nel diritto romano, almeno fino alla compilazione giustiniana, di due differenti categorie di *prodigi*, assoggettate a differenti regimi di curatela, l'una derivata dalle norme decemvirali, composta dai *prodigi* interdetti *ex lege* dalla disposizione esclusivamente dei *bona paterna avitaque*, e l'altra, derivata dallo *ius honorarium*, composta da *prodigi* assoggettati a cura dal magistrato su modello del trattamento dei *furiosi*, con riguardo quindi alla generalità dei beni posseduti. Tale “doppio binario” di curatela dei prodighi sarebbe confermato dall'uso di due locuzioni differenti da parte delle fonti, a seconda dei casi: “*lege bonis interdictum est*” e “*bonis interdictus*”, come se nel primo caso fosse la legge (decemvirale) la fonte dell'interdizione, ma non nel secondo.

---

<sup>55</sup> Tale dibattito costituisce il fulcro dell'analisi di F. PULITANO', *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, cit., 57 e ss., che si dedica anche a fornire una ricostruzione di tipo sistematico, probabilmente superflua in questa sede, riportando il già citato frammento paolino D.27.10.15 (Paul. 3 *sent.*) e ricordando la sua collocazione all'interno del Digesto, ovvero nel titolo *De testamentis*. L'Autrice peraltro ammette che la mera esegesi del testo dell'*interdictum* non permette di raggiungere una soluzione univoca, un'interpretazione definitiva o, quantomeno, più probabile, demandando a tale scopo un'esame globale degli effetti dell'interdizione e la relativa interpretazione.

<sup>56</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 657 e ss..

<sup>57</sup> A. UBBELOHDE, *Zeitschr. für das priv. u. öff. Recht*, 41, 1869, 621 e ss. e A. AUDIBERT, *La folie et la prodigalité en droit romain*, cit..

Nel confutare tale ricostruzione Bonfante fa cenno non solo al fatto che il sintagma “*ea re commercioque interdico*” potrebbe essere frutto di un errore di trascrizione di taluni manoscritti, e che pertanto risulterebbe “*aere commercioque interdico*”, con esplicito riferimento agli atti da compiersi *per aes et libram*, ma anche al fatto che l’interdizione dal commercio, avendo carattere generale, escluderebbe gli atti di disposizione di qualsiasi categoria di beni, pertanto non solo dei *bona paterna avitaeque*, facendo così cadere la ragion d’essere della distinzione tra *prodigi*. La conclusione, peraltro, interpreterebbe il riferimento a *moribus* come un semplice richiamo storico, alla consuetudine non in quanto fonte giuridica dell’*interdictum*, ma per chiarire come la formula fosse, in quella fase già tarda del diritto romano, consolidata da secoli di utilizzo e fosse pertanto essa stessa una consuetudine<sup>58</sup>.

Per quanto concerne gli effetti dell’*interdictio*, sembra chiaro che il divieto di testare rientri appieno tra questi. Esaminando i commentari di Ulpiano *ad Sabinum*, infatti, è stato riscontrato come l’*interdictio* si collochi tra le cause ostative a *testamentum facere*<sup>59</sup>, al pari di alcune menomazioni come la sordità o la cecità, ed è interessante notare che la *prodigalitas* e la relativa interdizione non siano l’oggetto del commentario, bensì vadano ad essere trattati all’interno della materia testamentaria, in una categoria più ampia, evidenziando probabilmente una scarsa consapevolezza da parte dei giuristi

---

<sup>58</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 658 e ss. e cfr. altresì, per il richiamo effettuato, C. APPLETON, *Le fou et le prodigue en droit romain*, cit., 232 e ss.; un’altra argomentazione riportata riguarda il fatto che, considerando trasversalmente le fonti sul punto, il *prodigus* è sempre definito come *is cui bonis interdictum est*. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 99-100 non percepisce alcuna contraddizione tra il riferimento ai *mores* ed una disciplina giuridica molto successiva, dal momento che ipotizza tale *interdictio* potesse discendere da formule tradizionali utilizzate fin dall’età arcaica in ambito familiare, poi evolutesi e definite in un contesto giuridico più omogeneo.

<sup>59</sup> Tale opera contiene solo un riferimento ad un caso attinente alla materia negoziale e non testamentaria, più precisamente al meccanismo secondo cui il *prodigus* poteva solamente accrescere la propria posizione patrimoniale e non diminuirla: pertanto era ammesso al compimento della *stipulatio*, ma solo come *stipulator* e non in quanto *promissor*; da cui l’impossibilità di farsi assistere da un *fideiussor*. Cfr. D. 45.1.6 (Ulp. 1 *ad Sab.*), di cui si tratterà meglio *infra*, nel prosieguo del paragrafo: “*Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquiri, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso*”.

dell'epoca della problematica in un senso autonomo, meritevole di una categoria specifica<sup>60</sup>.

Il frammento D.28.1.18 (Ulp. 1 *ad Sab.*) infatti afferma che:

*“Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat”*. (“Chi è stato interdetto dall'amministrazione dei beni non può fare testamento, e, se lo avrà fatto, non sarà valido di diritto: tuttavia se si avesse un testamento che è antecedente all'interdizione, questo sarà valido”).

È proprio il riferimento a *lege bonis interdictum est* a chiarire come si stia trattando di quel tipo di interdizione necessaria per poi poter attivare la *cura prodigi*, e sembra altresì plausibile che tale *interdictum* abbia costituito un riferimento a tal punto consolidato come *mos* all'interno del Digesto da non ricevere, paradossalmente, alcuna trattazione autonoma nello stesso.

Altro ambito della vita giuridica di un soggetto colpito dall'interdizione in esame è quello dei negozi solenni del *ius civile*, ovvero quei negozi che si attuavano *per aes et libram*. Il richiamo fatto da D.45.1.6 (Ulp. 1 *ad Sab.*) è molto preciso:

*“Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso”* (Colui al quale fu interdetta l'amministrazione dei beni, stipulando acquista a

---

<sup>60</sup> Sul punto cfr. ancora F. PULITANO', *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, cit., 61 e ss. e, in particolare, 78 e ss. con riferimento alle posizioni di Audibert, di cui alla precedente nota 57, non condivise per la sostanziale omogeneità tra le due diverse forme di interdizione ipotizzate da quest'ultimo (secondo la legge e secondo l'attività pretorile) e per la difficoltà di ricondurre due istituti così differenti da un solo frammento; nello specifico il riferimento è ad un frammento parte del commentario ulpiano *ad edictum*, D.37.11.1.8 (Ulp. 39 *ad ed.*): *“Exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur. Proinde si impubes vel furiosus vel quis alius ex his qui testamentum facere non possunt testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filius familias putans se patrem familias testamentum fecerit, deinde mortis tempore pater familias inveniatur, non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. Sed si filius familias veteranus de castrensi faciat, deinde emancipatus vel alias pater familias factus decedat, potest eius bonorum possessio peti. Sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit, bonorum possessio secundum tabulas peti poterit”*.

se stesso; ma invero non può consegnare od obbligarsi, promettendo; e perciò neppure a favore suo potrà intervenire un fideiussore, come neanche per un pazzo).

Per quanto concerne l'ultimo periodo, *sicut nec pro furioso*, si potrebbe pensare ad un'aggiunta successiva dei compilatori, quasi un chiarimento, una specificazione originariamente data per implicita, mentre si è osservato<sup>61</sup>, che qualora l'utilizzo del verbo *tradere* costituisca una sostituzione successiva del verbo *mancipare*, allora si spiegherebbe anche la collocazione del frammento in una sede del commentario dedicata ai testamenti, dal momento che nell'interdizione dal *mancipium* è ricompresa anche la possibilità di fare testamento.

Il *prodigus*, in ogni caso, non era colpito da un impedimento globale al perfezionamento dei sopra citati negozi giuridici, bensì vigeva una particolare eccezione secondo la quale esso avrebbe potuto godere solamente degli effetti positivi dei negozi conclusi; quindi, tra gli atti del prodigo, era riconosciuta efficacia solamente a quelli concretamente accrescitivi del suo patrimonio.

In questo senso D.12.1.9.7 (Ulp. 26 *ad ed.*):

*“Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi adquiri”* (“Ma se, qualora procedessi a fare una numeratio pecuniae con chi successivamente è stato interdetto dall'amministrazione dei beni, subito dopo da questo fosse stipulato, ritengo questo debba essere paragonato al pupillo, dal momento che, stipulando, accresce il proprio patrimonio).

Il caso è quello in cui il creditore, non avvedendosi dell'*interdictio* che grava sul debitore, abbia concluso con intenti novatori la *stipulatio*: Ulpiano non si sofferma su ulteriori profili inerenti alla fattispecie ma si limita ad enunciare una regola, derivata da un'ipotetica assimilazione al pupillo, secondo la quale il *prodigus* tramite *stipulatio* può

---

<sup>61</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, 2000, n. 2423.

esclusivamente accrescere il proprio patrimonio<sup>62</sup>. Tale meccanismo si spiega con la preminenza che l'ordinamento giuridico romano ha sempre garantito all'interesse di chi è bisognoso di curatela, come nel caso già considerato della *cura furiosi*<sup>63</sup>: infatti, coerentemente, il *prodigus* poteva compiere l'*aditio hereditatis*<sup>64</sup>.

Per quanto attiene alla figura del *curator prodigi*, non si rilevano scostamenti significativi rispetto al ruolo del *curator furiosi* ed alla relativa disciplina: in origine la cura spettava agli *adgnati* e, in mancanza, ai *gentiles*, mentre solo in un secondo momento fu ipotizzata una *cura testamentaria*, esattamente come per la *cura furiosi*. L'assimilazione può peraltro dirsi piena anche con riguardo all'esito evolutivo riscontrabile nel diritto giustiniano: anche in questo caso, nell'attribuire la cura al *prodigus*, la preferenza era accordata alla *cura testamentaria*, quindi alla *cura legitima* ed infine alla *cura dativa*, ancorché le prime due necessitassero sempre della conferma del magistrato<sup>65</sup>.

Facendo un rapido passo indietro, va precisato che la *cura prodigi* disciplinata dalla legge, quindi dalle XII Tavole in origine, ovvero la *cura legitima*, si applicava nei termini di cui alla legge stessa, quindi solo agli eredi che dissipavano i *bona paterna avitaque*. Come infatti già ricordato in tema di cura del *furiosus*, l'istituto più antico si applicava secondo le fattispecie previste dalle norme in vigore, salvo poi consentire al pretore un intervento per adeguare il diritto alle esigenze di una società che per sua

---

<sup>62</sup> Sul punto cfr. G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 184, F. PULITANO', *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, cit., 102 e ss., con riferimento poi alla citazione alla nota 138 di G. SEGRE', *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e pegno*, in *Studi Fadda*, VI, Napoli, 1906, 341, a proposito di alcuni sospetti di interpolazione del frammento in esame; *contra* cfr. A. AUDIBERT, *La folie et la prodigalité en droit romain*, cit., 136 e ss. il quale ritiene tale assimilazione una deviazione casuale ed eccezionale rispetto ad una costante equiparazione *furiosus-prodigus*.

<sup>63</sup> Si veda *supra*, § 2.1 e la nota 43, anche se, considerando quanto esposto, ritengo che il *furor*, in quanto causa di incapacità naturale del soggetto, impedisca il compimento di determinati atti, mentre la *prodigalitas*, in quanto causa di incapacità più etica e comportamentale, renda "opportuno" che alcuni atti siano impediti, ovvero quegli atti che inficino l'integrità patrimoniale del *prodigus* stesso. Trovo pertanto coerente con questo punto di vista che l'incapacità del *furiosus* sia totale e non ammetta eccezioni, fatti salvi i *lucida intervalla* (in quanto assenza dell'impedimento), contrariamente all'incapacità del *prodigus*, la quale necessita infatti di un provvedimento pubblico per essere operante e non sorge contestualmente al sorgere della *deminutio* della volontà.

<sup>64</sup> Così D.29.2.5.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): "*Eum, cui lege bonis interdicatur, institutum posse adire hereditatem constat*".

<sup>65</sup> In questi termini P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 660, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 506, C. FAYER, *La familia romana*, cit., 584 e ss.. Si nota come le varie curatele abbiano intrapreso, e consolidato, con la compilazione giustiniana, un percorso di progressiva uniformazione dell'istituto.

natura è in costante cambiamento. La *cura prodigi honoraria* nasce proprio dall'esigenza di assoggettare a curatela anche il liberto prodigo, ad esempio, oppure qualora la prodigalità dell'erede si estendesse oltre i citati *bona paterna avitaeque*<sup>66</sup>.

Per quanto concerne invece la *cura testamentaria* del *prodigus*, ci si limita a ricordare che l'imperatore Marco Aurelio in un rescritto, riportato in D.27.10.16.1 (Tryph. 13 *disp.*) e già citato in precedenza a proposito di *cura furiosi* e nomina testamentaria del curatore, stabilisce che:

“*His consequens est, ut et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat praetor eumque dare curatorem [...].*” (“Ne consegue questo, che se il padre avesse dato un curatore al prodigo, il pretore debba seguire la sua volontà e dare quel curatore”).

Tale estensione è assolutamente spiegabile con l'evoluzione del sistema della *cura personae* nel diritto romano, ancorché discenda non direttamente dalla fonte legislativa imperiale, bensì esclusivamente dall'*interpretatio* dei giuristi. Il frammento prosegue, peraltro, affrontando la questione dell'*interdictio bonis* in caso di cura testamentaria: spetta comunque al magistrato la valutazione discrezionale e quindi la decisione in ordine all'assegnazione o meno del *curator* indicato dal *pater* a seconda dell'emanazione o meno dell'*interdictio*, oppure questi deve solamente recepire la volontà espressa nel testamento, riconoscendo alla valutazione del *pater* una rilevanza

---

<sup>66</sup> Cfr. G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 182, il quale fa notare la costante duplicità tra *cura legitima* ed *honoraria*, al punto da potersi configurare, per un certo periodo storico, quasi due istituti differenti. Sulle medesime posizioni il riferimento fatto da F. PULITANO, *Studi sulla prodigalità in diritto romano*, cit., 185 e ss. a Ulp. Reg. 12.2.1: “*Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur*”. Peraltro, come viene fatto notare da C. FAYER, *La familia romana*, cit., 584 e ss., la *cura prodigi dativa* fu oggetto di una progressiva evoluzione, potendo inizialmente affidare ad un *curator* solo il liberto prodigo, per salvaguardare le aspettative successorie del patrono, poi anche all'ingenuo prodigo, fino a poter assoggettare a *cura prodigi* chiunque dissipasse il patrimonio, anche in assenza di un determinato asse ereditario. Sul punto cfr. i *Tituli ex corpore Ulpiani*, 12,3: “*A praetore constituetur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur; cum servilis cognatio nulla sit*” (“Ai libertini prodighi e ugualmente agli ingenui che, costituiti eredi del *pater familias* per testamento, dilapidano i beni, dal pretore viene nominato curatore colui che lo stesso pretore abbia scelto: poiché a costoro non si poteva dare per legge il curatore, essendo l'ingenuo costituito erede al padre non senza testamento, ma per testamento, il libertino poi in nessun modo potendo divenire erede al padre, poiché non si considera avere avuto padre, non essendovi alcuna cognazione fra persone di condizione servile”).

intrinseca maggiore? Nel cercare una soluzione alternativa, alla fine D.27.10.16.3 afferma che “*per omnia iudicium testatoris sequendum est*” e che quindi la valutazione espressa dal *pater* dovrebbe comunque prevalere, con ciò trasformando la conferma della nomina da parte del magistrato nell’emissione automatica di un’*interdictio* senza possibilità di intervento alcuno<sup>67</sup>.

### 1.2.3 LA CURA MINORUM XXV ANNIS E LA CURA IMPUBERIS

Una terza ed ultima categoria identificabile all’interno di quell’area del diritto romano che abbiamo definito come *cura personae* corrisponde alla *cura minorum XXV annis*. Concludendo la trattazione di tale istituto, poi, si farà cenno anche alla *cura impuberis*, una figura affine e di minore rilievo rispetto alla precedente.

Procedendo con la disamina a partire dal soggetto sottoposto a *cura*, è necessario rispondere alla domanda: chi è, nel diritto romano, il *minor XXV annis*? Domanda che può sembrare tautologica, ma che andrebbe riformulata in questo senso: come viene considerato da un punto di vista giuridico il minore di 25 anni da parte del diritto romano?

---

<sup>67</sup> Per una disamina più approfondita della questione e della soluzione alternativa proposta dal giurista Trifonino, si veda L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 299 e ss.; si riporta di seguito l’intero D.27.10.16 (Tryph. 13 disp.), per non aggravare la presente trattazione: “*Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur. 1. His consequens est, ut et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat praetor eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset? Et maxime si filios habeat iste prodigus? 2. Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse et exheredasset filium eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub condicione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. 3. Sed quid si nec ad hoc consensurus esset prodigus? Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquid forte suum vitium idoneum putaverit*”. È a mio avviso interessante tenere presente come la soluzione proposta dal giurista sia, concretamente, l’esito di un lungo e faticoso bilanciamento di valori tra l’interesse patrimoniale della familia, il ruolo e la funzione del magistrato e la posizione sociale del *pater familias*, con una visione globale sull’intera storia del diritto romano.

Appare opportuna una premessa: come è noto, nel diritto romano il raggiungimento della maggiore età era previsto al compimento del quattordicesimo anno.

Tale soglia, piuttosto bassa, è perfettamente coerente con la bassa durata della vita media nella società romana arcaica, e risulta funzionalmente efficiente in un contesto sociale ed economico fondamentalmente agricolo e non complesso. Pertanto un soggetto che avesse compiuto 14 anni, in quanto *puber* godeva, se avesse avuto i requisiti per essere *sui iuris*, della più piena capacità di agire, potendo disporre del proprio patrimonio e dei propri beni, ancorché *adulescens*.

Il diritto romano, oltre alla demarcazione tra *impuberes* e *puberes* appena evidenziata, conobbe una distinzione ulteriore, basata sul raggiungimento dei 25 anni d'età, e quindi la categoria dei *minores viginti quinques annis*, o, più semplicemente *minores*, ancorché non è unanime, in dottrina<sup>68</sup>, se tale categoria fosse stata introdotta contestualmente alla distinzione tra *impuberes* e *puberes* o successivamente.

Con lo sviluppo della società e, più precisamente, con lo sviluppo dei commerci e l'aumento della complessità degli affari, fu evidente che la soglia dei 14 anni era evidentemente troppo bassa per garantire il raggiungimento di una maturità psicologica ed il conseguimento di un'esperienza tale da evitare inganni e raggiri ai danni di giovani poco più che adolescenti da parte di persone mature e esperte con cui era normale venire in contatto<sup>69</sup>.

Il fenomeno appena menzionato raggiunse quindi proporzioni tali da suggerire al legislatore un intervento specifico: infatti, già in epoca repubblicana fu introdotta una legge, cosiddetta *Lex Laetoria* (o *Plaetoria*) *de circumscriptione adulescentium*<sup>70</sup>,

---

<sup>68</sup> Del soggetto *minor XXV annis* infatti, chiamato in linguaggio atecnico anche *adulescens* o *iuvenis*, si è sostenuta la riferibilità al periodo classico, si veda B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 516, e, *contra*, E. ALBERTARIO, *Iuvenis (Contributo allo studio della terminologia postclassica e bizantina in tema di minore età)*, in RIL, 54, 1921, 303 e ss. Va comunque precisato che *minor XXV annis* è l'espressione utilizzata uniformemente nel Digesto e nel Codice e che Giustiniano stesso considerò il raggiungimento dei 25 anni d'età come raggiungimento della cosiddetta *legitima aetas*: sul punto cfr. Cod. Iust. 2,44.

<sup>69</sup> Cfr. C. FAYER, *La familia romana*, cit., 587 e ss., G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 100 e soprattutto B. ALBANESE, op. cit., 514 e ss.. Per una più approfondita esposizione della condizione degli *impuberes* e delle relative tutele si veda nel prosieguo del presente paragrafo.

<sup>70</sup> Sulla legge Letoria o Pletoria in alcune diciture si rimanda alla ricerca specifica di S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979 e, relativamente alla sua datazione, cfr. anche E. COSTA, *Della data della Lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*, in BIDR 2, 1889, 73 e ss.; entrambi gli autori utilizzano elementi desunti dalle pagine plautine per poter ricostruire il momento storico di emanazione della legge.

finalizzata a reprimere la *circumscriptio* del minore. Pur non avendosi oggi piena conoscenza del contenuto di tale legge, è possibile ipotizzare che venisse concessa contro l'autore della *circumscriptio* un'azione penale privata *popularis* e *noxalis*, infamante<sup>71</sup>.

È invece noto, grazie ad un passo di Cicerone<sup>72</sup>, in cosa consisteva esattamente la fattispecie nota come *circumscriptio*:

“*Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria*” ovvero “E questa mala frode era punita dalle leggi secondo la tutela accordata dalle XII Tavole come la frode a danno degli adolescenti era punita dalla legge Pleatoria”.

Il diritto romano ha dimostrato una notevole sensibilità al problema del trattamento giuridico dei cosiddetti minori e delle facoltà che avrebbero potuto esercitare. Proprio la capacità dei giovani costituisce spesso il fulcro della narrazione in molte commedie plautine, quali, ad esempio, lo *Pseudolus* o il *Rudens*<sup>73</sup>.

Si intuisce in generale una volontà di tutelare, anche con rimedi estramamente incisivi, la loro posizione, più debole ed esposta alle insidie del mondo dei commerci, al di fuori delle dinamiche relazionali tipiche della famiglia e si può facilmente notare quanto era

---

<sup>71</sup> Per la ricostruzione del sistema di tutele di cui era oggetto il *minor XXV annis* si veda, fin qui e nel prosieguo, G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 184 e ss., G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica*, cit., 100 e ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 505 e ss., C. FAYER, *La familia romana*, cit., 587 e ss.. Secondo quest'ultima, peraltro, già in età classica tale azione era caduta in desuetudine e questa sarebbe una delle ragioni per cui non è mai espressamente menzionata nella compilazione giustiniana. La nozionalità dell'azione è deducibile sia da una fonte posteriore quale il *Fragmentum de formula Fabiana*, in FIRA, II, 431, in cui si afferma che “*Laetoriae noxales sunt*” e dal frammento D.4.4.24.3 (Paul. 1 *sent.*), in cui, riportando il caso in cui un servo o un figlio abbiano aggirato un minore, “*si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit*” quindi “qualora non sia possibile risarcire il danno e se è intervenuto il dolo del servo, questo deve essere punito con la fustigazione o dato a noxa”.

<sup>72</sup> CICERO, *De officiis*, 3, 61. Cicerone parla di *circumscriptio*, con riferimento agli adolescenti, anche nella *Pro Cluentio*, 46 e nelle *Philippicae*, 14, 7. Per un ulteriore approfondimento terminologico si veda C. FAYER, op. cit., 589 specialmente ove fa riferimento all'uso unanime nelle fonti romane del verbo *circumscribere*, se riferito alle persone, come “raggirare” o “imbrogliare”.

<sup>73</sup> Cfr. PLAUTUS, *Pseud.*, 303-304 e *Rudens*, 1380-1382 e, per un esame degli aspetti giuridici che emergono proprio nelle opere dell'autore, si veda E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890.

radicato nella società romana l'elemento familiare caratterizzante una società che per lungo è stata tipicamente una società rurale<sup>74</sup>.

Ad ulteriore rafforzamento della tutela già sussistente tramite l'*actio legis Laetoriae* appena osservata, il pretore, nell'ambito dello *ius honorarium* dell'ultima età repubblicana, garantì al minore un'*exceptio*, nota poi come *exceptio legis Laetoriae* dato l'oggetto della tutela, qualora lo stesso avesse subito *circumscriptio* nell'esercizio di facoltà negoziali e necessitasse di uno strumento processuale che si opponesse alla reclamata esecuzione del negozio stipulato tramite raggio. Di tale eccezione si fa cenno solamente in D.44.1.7.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*)<sup>75</sup>.

Successivamente, sempre nell'ambito del diritto onorario, fu concessa al minore anche la possibilità di esperire la *in integrum restitutio propter aetatem*, ovvero la possibilità di annullare il negozio stipulato anche in assenza di frode o di raggio, ma semplicemente in presenza di circostanze di fatto che suggerissero al magistrato che il minore, a causa della sua età avesse patito, in senso lato, un qualche pregiudizio, purché inerente al negozio stesso. Il magistrato poteva apprezzare con piena discrezionalità i fatti e, se del caso, concedere in luogo della *restitutio*, la *reductio ad bonum et aequum*, purché l'azione fosse esperita entro un anno dalla stipulazione (anche se Giustiniano elevò tale limite a quattro anni dal compimento del venticinquesimo anno d'età) e comunque non si trattasse di un mero caso fortuito o di condizioni determinate da ragioni estranee all'età del minore<sup>76</sup>.

I frammenti riportati nell'immediato prosieguo costituiscono un chiaro esempio della tutela garantita ai *minores* dall'ordinamento romano, così come trasposta nel Digesto

---

<sup>74</sup> In senso non proprio conforme a quanto appena evidenziato cfr. S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, cit., 19 e ss., che pone l'accento su di un aspetto meno evidente ma non certo in contrasto con la volontà di tutelare il minore, ossia l'esercizio di un controllo stringente sui figli e sui membri della famiglia da parte dell'unica figura di riferimento della società romana, ovvero il *pater familias* ed ipotizza altresì l'esistenza di un disegno politico di ispirazione catoniana che mirava probabilmente a ricondurre i giovani in un contesto economico rurale, riservando ad una classe ristretta di età chiaramente più elevata il monopolio dei commerci.

<sup>75</sup> E, precisamente, "*Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio*".

<sup>76</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 669 e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 505-506, ma soprattutto l'esauriente disamina di G. CERVENCA, *Studi sulla "cura minorum"*, I, *Cura minorum e restitutio in integrum*, in BIDR 75, 1972, 235 e ss..

dai compilatori. Al di là degli aspetti di competenza pretorile è chiaro come uno degli aspetti più critici e più sentiti dai giuristi fosse proprio l'esperibilità della *in integrum restitutio*:

D.4.4.24 pr. (Paul. 1 *sent.*): “*Quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus erit, ne maiori damnum accidat. Quod si hoc facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus hanc actionem non restituitur: sed compellendus est sic ei cedere auxilio in integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire*” ovvero “E se il minore di sua spontanea volontà interviene in affari di un maggiorenne, dovrà avere la restituzione, affinché non si verifichi un danno per il maggiorenne. E se rifiuterà di fare ciò, allora se verrà chiamato in giudizio per la gestione d'affari, allora non sarà data la restituzione contro questa azione: ma lo si deve costringere senz'altro a rinunciare al beneficio della restituzione in integro, affinché esso sia nominato procuratore per il suo affare, cosicché possa in questo modo risarcire il danno che ha patito a causa del minore;

D.4.4.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam"* ovvero “L'editto del pretore dice: “Ciò che si dirà esser stato compiuto con un minore di 25 anni, io controllerò, come ciascuna cosa sarà andata”;

D.4.4.44 (Ulp. 5 *opin.*): “*Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt*”, ovvero “Non tutti i negozi che compiono i minori di 25 anni sono nulli, ma solo quelli che dopo una valutazione in astratto del caso concreto, si scopersero tali, come o ingannati da altri o ingannati dalla propria leggerezza o persero ciò che ebbero o hanno trascurato quel profitto che poterono acquistare o si sottoposero ad un obbligo che non fu lecito sostenere”;

D.4.4.11.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. Et ita Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. Unde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem*” ovvero “Parimenti non avrà la *restitutio in integrum* chi, amministrando prudentemente il suo patrimonio, in occasione di un danno verificatosi non per imprudenza, ma per fatalità, voglia avere la *restitutio*: poiché non l’evento concede la restituzione del danno, ma la imprudente facilità. E così scrisse anche Pomponio nel ventottesimo libro. Onde Marcello presso Giuliano nota: se un minore abbia acquistato per sé un servo necessario, poi questo sia morto, non deve egli avere la *restitutio in integrum*, poiché non fu ingannato nel comperare una cosa per sé molto importante, sebbene soggetta a morire”;

D.4.4.24.1 (Paul. 1 *sent.*): “*Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt. Ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdiceretur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet*” ovvero “Tuttavia non sempre le cose che sono concluse con i minori devono essere annullate, ma ridotte a giustizia ed equità. Affinché gli uomini di questa età non siano afflitti da un grave disagio a nessuno deve essere interdetto il commercio con il suo contraente ed in alcun modo. E così il pretore non si deve intromettere, a meno che o vi sia un manifesto raggiro o si siano comportati assai negligenemente in quell’affare”.

Proprio quest’ultimo frammento mette in luce la conseguenza pratica più immediata del sistema di tutele vigente nel diritto romano a favore del *minor XXV annis*, ovvero una dequalificazione del minore stesso da un punto di vista sociale ed economico: il giurista Paolo infatti paragona l’eccesso di tutela ad un’interdizione dal commercio, e proprio i rischi giuridici cui si sarebbero esposte le controparti

commerciali dei *minores* costituiscono la ragione per cui fu introdotto il *curator minoris*, come poi avremo modo di considerare nell'immediato prosieguo.

L'esigenza espressa dalla società infatti non poteva essere quella di una maggior tutela degli interessi in astratto del minore o della sua famiglia, quanto la salvaguardia della sua capacità di contrarre obbligazioni senza pregiudizi di sorta sul mercato e senza costringere chi avesse voluto negoziare con esso ad esporsi a rischi spesso più alti dei benefici derivanti dalla conclusione stessa dell'affare.

Nacque pertanto la prassi secondo la quale l'*adulescens* si faceva assistere sul piano patrimoniale da una persona terza, maggiorenne, che il minore stesso poteva richiedere al pretore se a Roma o al governatore provinciale se nelle province, anche, in molti casi, *ad certam causam*, ovvero limitatamente ad un singolo negozio giuridico, o affare commerciale<sup>77</sup>.

Proprio questa prassi costituisce l'embrione di quello che, con la riforma di Marco Aurelio, sarà il *curator minoris*: infatti è condiviso che la *Lex Laetoria* non abbia introdotto l'istituto della *cura minorum*<sup>78</sup>, ma che la stessa prima nacque come consuetudine e poi venne istituzionalizzata dall'Imperatore come curatela da assegnare anche non *non redditis causis*, in via stabile e generale e senza la necessità di una motivazione<sup>79</sup>.

Prima di addentrarci nell'esame della figura del *curator minorum* è indubbiamente necessario sottolineare un aspetto: *il minor XXV annis* non è un soggetto incapace, non è afflitto da alcun fattore che ne diminuisca la capacità di agire, come ad esempio nel caso del *furiosus*. Il *minor XXV annis* con il raggiungimento della pubertà non aveva più alcuna limitazione giuridica all'agire, ma godeva di un sistema di tutele socialmente ed

---

<sup>77</sup> Tra le varie cfr. G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 185-186 e C. FAYER, *La familia romana*, cit., 593 e ss.; sono le *Institutiones* di Gaio a riportare il caso di un *curator ad certam causam*, cfr. *Gai* 1.23.2.

<sup>78</sup> Come riporta, logicamente, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 669-670, Ulpiano non sembra conoscere, tra i *curatores legitimi*, altri soggetti diversi da quelli indicati nelle XII Tavole e lo stesso colloca il *curator minorum* tra i *curatores honorarii*.

<sup>79</sup> Troviamo traccia di tale riforma nell'opera biografica e storica degli *SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE (CAPITOLINUS)*, *Vita Marci*, 10, 12.

economicamente insostenibile per chiunque volesse concludere negozi giuridici con lo stesso<sup>80</sup>.

La *cura minorum*, dapprima *ad certam causam* e poi, successivamente, *non redditus causis*, nasce quindi con il fine di tutelare non già il minore, ma le sue eventuali controparti negoziali. Il consenso del *curator* al compimento di un determinato atto non era pertanto giuridicamente necessario al perfezionamento del medesimo, ma aveva un fine differente: infatti se il minore avesse chiesto al pretore la restituzione per inesperienza per un negozio stipulato contro il parere del curatore, il pretore avrebbe dovuto valutare come prima circostanza proprio il fatto che il *curator* non avesse dato il proprio *consensus*, a maggior tutela del terzo contraente<sup>81</sup>.

Il contenuto esatto della riforma di Marco Aurelio è decisamente controverso: da un punto di vista meramente operativo, è certo che il *curator minorum* doveva essere una persona che avesse compiuto i 25 anni d'età, non necessariamente *sui iuris*<sup>82</sup>, che assistesse il *minor* prestandogli *auxilium*, consigliandolo (il cosiddetto *consilium*) e, più in generale, dando il proprio *consensus* formale nella gestione di un determinato affare.

Si rinvennero tracce di tali attribuzioni in molti frammenti del Digesto e se ne riportano due, di Ulpiano, spiccatamente paradigmatici:

D.26.7.5.6 (Ulp. 35 *ad ed.*): “*Post completum vicesimum quintum annum aetatis si nondum rationes redditae sunt nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac*

---

<sup>80</sup> Come infatti riconosce, alla luce di un' esame delle fonti, S. SOLAZZI, *La minore età*, Roma, 1912, 5 e ss. e 115 e ss.; *contra* cfr. G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 187, e particolarmente il richiamo ad un passo delle *Gai Institutiones* il quale equiparerebbe (ed il condizionale è d'obbligo dal momento che il frammento in questione, ovvero 1,197, è lacunoso e deve essere integrato con l'*Epitome Gai* e le *Regulae Ulpiani*) il *minor* al *furiosus* ed al *prodigus* in quanto tutti bisognosi di curatela. Ciò farebbe intendere, secondo l'Autore, che già Gaio nel II secolo d.C. era avvezzo a considerare i minori di 25 anni come privi in tutto o in parte di capacità di agire.

<sup>81</sup> G. G. ARCHI, *loc. cit.*, 186-187.

<sup>82</sup> Anche se nel diritto giustiniano è necessario che il *curator* avesse raggiunto i 25 anni d'età: si veda un rescritto di Giustiniano, in *Cod. Iust.* 5,30,5,1-2, “*Sic etenim et pupillus et adultis competens gubernatio inducitur et naturalis ordo per omnia conservabitur. Cui enim ferendum est eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum eundem curatorem et sub cura agere? haec certe et nominum et rerum foeda confusio est. Discretis itaque omnibus vel dativi vel legitimi fiant tutores vel curatores ii, qui talis aetatis sunt, cui suarum rerum administratio committitur, quorumque res possunt plenissimo iure hypothecarum teneri*”, ovvero “Così inoltre si introdurrà la cura competente e ai pupilli e ai minori e per ogni cosa si conserverà l'ordine naturale. Invero chi può tollerare che lo stesso sia tutore, e si trovi sotto tutela, e di nuovo lo stesso sia curatore ed agisca sotto curatela? Questa certamente è brutta confusione di nomi e di cose. Pertanto distinto il tutto, siano tutori o dativi o legittimi o curatori coloro che sono di un'età tale da affidarsi loro l'amministrazione dei propri beni e i cui beni possano di pieno diritto essere ipotecati”.

*verecundiae curatorum convenit, ut consilio suo coeptam litem perficiant. Si igitur cessent in his quae constituta sunt faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est*” ovvero “Dopo il compimento del venticinquesimo anno, se i conti non si sono ancora resi né le scritture pertinenti alla causa, conviene alla fedeltà ed all’onore dei curatori terminare la lite iniziata con il loro consiglio”;

D.26.7.1.4 (Ulp. 35 *ad ed.*): “*Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel aduitorum ex persona sua prospectu officii in iudicium vocare vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum*” ovvero “Non si deve poi negare né ai tutori né ai curatori di chiamare in giudizio anche i debitori dei pupilli o dei minori con riguardo all’ufficio svolto a seconda della persona o, facendo ciò essi, di accordare il proprio consenso”.

Il *curator minoris* doveva essere nominato dal magistrato competente su richiesta del minore che avesse raggiunto la *pubertas*, ancorché tale nomina non fosse obbligatoria<sup>83</sup>, stante il carattere particolare dell’istituto in esame rispetto ad altre ipotesi di curatela già analizzate in precedenza; un’ulteriore conferma deriva dalla lettura di D. 3.3.43.3 (Paul. 3 *ad ed.*), che riguarda il caso della richiesta di assegnazione del *curator* proposta da un terzo interessato:

---

<sup>83</sup> Invece, in caso di partecipazione ad un giudizio, la designazione del *curator* secondo alcune fonti era obbligatoria, come sancisce *Gai* 1.23.2: “*Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest*” ovvero “Ugualmente i minori non ricevono i curatori contro il loro volere, a meno che non si diano per liti giudiziarie: il curatore invero si può dare anche per un determinato affare” e su tale frammento si tornerà in conclusione al presente paragrafo; ma secondo altre era facoltativa, ad esempio se l’avversario ne avesse fatto richiesta, come previsto da un rescritto dell’Imperatore Caracalla (età severiana quindi) riportato in *Cod. Iust.* 5.31.1, “*Admone adulescentem, adversus quem consistere vis, ut curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistas. qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem iudicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur*”, ovvero “Avverti tu il minore, contro il quale vuoi agire, che chieda che gli siano dati i curatori, con i quali secondo la forma del diritto tu possa agire: e se egli non si curerà di chiederli, tu puoi adire il giudice competente, onde nel dare i curatori adempia al suo ufficio” o le fonti del Digesto che in generale trattano della capacità del minore di stare in giudizio: cfr. quanto riportato da B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 520. È certo comunque che in età giustiniana tale presenza fosse necessaria, cfr. *Cod. Iust.* 7.43.6: “*Si praeses quasi desertam ab adultis tuis causam appellationis, quae ab adiutore suo facta fuerat, circumduxit eo tempore, quo adulti curatores non habebant, repetitus notionem suam exhibebit. neque enim debet adultis nocere, quidquid eo tempore statutum est, quo defensione iusta et curatoris auxilio fuerant destituti*”, ovvero “Se il preside riconduce nella tua causa d’appello che era quasi abbandonata da adulti, che era stata istruita da un suo funzionario, a quel tempo nel quale non vi erano curatori adulti, richiamato riproporrà la tesi. E infatti non si dovrà nuocere all’adulto, qualunque cosa fu stabilita in quel periodo nel quale erano stati privati di un giusto processo e dell’assistenza di un curatore”.

“*Is, qui curatorem alicui praesenti petat, non aliter audietur nisi adulto consentiente: quod si absenti, ratam rem eum habiturum necesse habet dare*”, ovvero “Colui che chieda il curatore per qualcuno presente, non altrimenti sarà ascoltato se non consentendovi il minore: che se (lo chiede) per un assente, si giudica necessario dare garanzia che questi ratificherà la cosa”.

Inoltre era possibile che il *curator* venisse assegnato dal *pater familias* defunto, tramite testamento, come dimostra D.26.3.6 (Papin. 5 *resp.*):

“*Si filio puberi pater tutorem aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem praetor eos confirmare debet*” ovvero “Se il padre desse al figlio pubere o impubere un tutore o un curatore, il pretore dovrà confermarli previa verifica”.

In questo senso la designazione testamentaria del curatore era non solo possibile, ma anche assimilata sostanzialmente ai già esaminati casi di *cura dativa*.

In presenza di fonti scarse, non chiare e che si sospettano interpolate, una parte rilevante della dottrina ritiene che l’innovazione di Marco Aurelio consistette per lo più nella possibilità di nominare un curatore che svolgesse il proprio ufficio stabilmente ed in via generale nell’interesse del minore, senza avere però alcuna facoltà di *administratio* dei beni del *minor* soggetto alla cura. Proprio questo punto costituisce il cuore della maggiore controversia riferibile all’istituto in esame, su cui molti autori si sono espressi nel corso degli anni<sup>84</sup>.

Ad esempio il Bonfante<sup>85</sup> fornisce a sostegno della tesi sopra sinteticamente esposta differenti argomentazioni: innanzi tutto opera un confronto con le facoltà concesse al *curator furiosi*, figura di riferimento non solo da punto di vista giuridico per la sua rilevanza applicativa ma soprattutto dal punto di vista storico, dal momento che i suoi

---

<sup>84</sup> A tale proposito si vedano le note immediatamente successive, ove si suddividono gli autori non solo per gli argomenti trattati ma anche a seconda della posizione dai medesimi assunta.

<sup>85</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 669 e ss. e, nel confrontare i poteri del *curator minoris* e del *curator furiosus*, riscontra che nelle fonti, ed a tal proposito si veda la nota 3 di pag. 671 per un elenco esaustivo, nel menzionare la facoltà di alienare i beni del soggetto sottoposto a cura si fa riferimento costante al *curator furiosi* ed al *curator prodigi* e non al *curator* in generale, o al *curator minoris*.

fondamenti risalgono alle norme tabellari. In questo senso viene evidenziato come al *curator minorum* sia preclusa la facoltà principale che caratterizza il *curator furiosi*, ovvero il potere di disporre dei beni di chi è assoggettato a cura fino all'alienazione.

I passi che in alcuni frammenti sembrano accomunare le due figure di *curator* sarebbero, secondo l'Autore, diffusamente interpolati e, in particolare modo per quanto concerne l'applicabilità ai *curatores minorum* del divieto di alienazione o di pignoramento dei *praedia rustica* e suburbana degli impuberi, in assenza dell'autorizzazione del magistrato, previsto dall'*Oratio Severi*<sup>86</sup> per i tutori. Tale estensione presupporrebbe infatti, in considerazione del suo oggetto, la sussistenza in capo ai *curatores* della facoltà di amministrare i beni dei minori.

Sul punto vi è un acceso dibattito basato fondamentalmente sulle prove addotte per argomentare l'effettiva interpolazione delle fonti inerenti l'*Oratio Severi* e, quindi, se l'estensione appena menzionata fosse già nota ed applicata in età severiana o fosse stata introdotta solo successivamente, in età postclassica<sup>87</sup>.

Premesso che è effettivamente arduo (ed improprio in questa sede) verificare la condivisibilità delle une e delle altre tesi, Bonfante prosegue poi con un esame critico dei testi, considerando se al *curator minorum* fosse possibile applicare una serie di disposizioni tipiche di altri *curatores*, relative alle sue facoltà, o ad obblighi, ed in questo senso fa riferimento agli studi di Solazzi e di Albertario<sup>88</sup> sulle fonti, i quali

---

<sup>86</sup> In tema di *Oratio Severi* cfr., per quanto concerne le fonti ed in particolare modo una buona parte dell'*Oratio* stessa, il passo ulpiano D.27.9.1.2 (Ulp. 35 *ad ed.*): “*Praeterea, patres conscripti, interdica[m] tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus aedeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo*”. Per quanto concerne invece la dottrina, al di là del contributo di G. CERVENCA, *Studi sulla “cura minorum”*, III, *L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi*, in BIDR 21, 1979, 41 e ss. a cui si farà riferimento anche in seguito, si veda anche in generale E. VOLTERRA, sv. “*Senatus Consulta*”, in NNDI, XVI, 1969, 1077 e ss. e A. BISCARDI, *L'Oratio Severi e il divieto di “obligare”*, in *Studi Grosso*, III, 1969, 247 e ss..

<sup>87</sup> Hanno sostenuto la scarsa genuinità delle fonti, oltre a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 669 e ss., gli autori citati alla nota successiva, ma anche M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano, 1938, 159 e ss.; *contra* invece cfr. O. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit*, in ZSS, 35, 1914, 129 e ss., G. PUGLIESE, *Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano*, in *Studi Biscardi*, IV, Milano, 1983, 485, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 523 e G. CERVENCA, op. cit., 41 e ss..

<sup>88</sup> E. ALBERTARIO, *Di alcune innovazioni postclassiche giustiniane riguardanti la cura minorum*, 1912, in *Studi*, I, 416 e ss. e ID., *L'Oratio Severi riferita in D. 27,9 e la cura dei minori*, 1915, ivi, 477 e ss. e S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 33 e ss. e 110 e ss., ID., *Curator impuberis*, cit., 118 e ss., ID., *L'estensione dell'Oratio Severi al curatore del furioso*, 1950, in *Scritti*, VI, Napoli, 1957, 587 e ss..

concordano sulla sussistenza di interpolazioni nelle fonti ogni volta che in frammenti riconducibili all'età classica si faccia riferimento alla facoltà dell'*administratio* del curatore. Esempio è peraltro il tema delle *excusationes*<sup>89</sup>, ovvero delle possibilità di esonero dall'incarico di tutore assegnato in via dativa, e poi, secondo la prassi dei magistrati, anche in via testamentaria e legittima: sulla possibilità che tali disposizioni fossero applicabili anche al *curator minoris XXV annis* sin dall'età classica la dottrina già richiamata si è prevedibilmente divisa.

Un aspetto comunque evidenziato dalla dottrina contraria, della quale maggiore esponente è indubbiamente il Lenel, è che non solo una simile quantità di interpolazioni apparirebbe poco credibile, ma anche che l'esistenza di tali alterazioni viene utilizzata a posteriori per giustificare un assunto aprioristico, a maggior ragione se si considera come tale dottrina abbia giustificato alcune fonti chiaramente genuine, le quali attribuirebbero a taluni *curatores* la facoltà di amministrazione dei beni, ovvero ipotizzando la figura dei *curatores pleni*<sup>90</sup>.

D'altra parte è corretto chiedersi come mai, se il *curator minorum* rientra nel novero dei curatori-amministratori, che avevano il potere di sostituirsi ai curati nel compimento di atti dispositivi, di tale figura vi sono così scarse evidenze nella letteratura giuridica, ed è altrettanto corretto ricordare che la capacità del *minor XXV annis*, riscontrabile nel Digesto proprio quale ragion d'essere della *cura minorum*, potrebbe integrare un'ulteriore prova dell'impossibilità della sottoposizione ad una curatela che comporti la sottrazione della facoltà di amministrare i propri beni.

---

<sup>89</sup> Per un approfondimento si faccia rinvio a C. F. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, XXVII, Milano, 1908, 25 e ss., Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in *Varia. Etudes de droit romain*, II, 1956, 55 e ss., E. ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, 1912, in *Studi*, I, 427 e ss., ma anche O. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit*, cit., 129 e ss. e S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 171 e ss. e, per un lavoro più recente e specifico, G. CERVENCA, *Studi sulla "cura minorum"*, II, *In tema di excusationes della cura minorum*, in *BIDR* 16, 1974, 139 e ss..

<sup>90</sup> A fronte della certezza in merito al possesso della facoltà di amministrazione dei beni da parte del *curator mulieris*, *curator militis* e del *curator adulescentis furiosi vel prodigi*, Solazzi ipotizza che gli stessi si differenziassero dai *curatores minorum* in quanto appartenenti alla categoria dei *curatores pleni*, essendo state attribuite loro poteri dispositivi particolari giustificati dalla specialità ed eccezionalità delle situazioni in cui intervenivano: cfr. S. SOLAZZI, *"Curatores pleni" dei minori*, 1916, in *Scritti*, II, Napoli, 1957, 177 e ss..

Archi<sup>91</sup>, invece, condivide la posizione del Siber<sup>92</sup>, il quale, considerata l'acclarata duttilità dell'istituto, la necessità di una richiesta esplicita da parte del minore al magistrato, ipotizza che anche il contenuto della *cura minorum* e, quindi, il mandato del *curator*, fosse personalizzabile a seconda delle effettive esigenze del minore, prevedendo o meno l'*administratio* dei beni.

Una simile ricostruzione a mio avviso non contrasta con le precedenti argomentazioni del Bonfante e della dottrina maggiormente condivisa, bensì specifica un aspetto che il medesimo aveva solo accennato, essendosi limitato a constatare come la facoltà di amministrare i beni del minore non fosse espressamente esclusa, ma nemmeno necessaria e, qualora si dovesse esercitare tale attività, la stessa sarebbe stata praticata come una fattispecie di *negotiorum gestio*<sup>93</sup>; al tempo stesso non contraddice la convincente ed analitica disamina delle fonti operata dalla dottrina contraria e più recente, potendo forse fornire una spiegazione coerente anche con le modalità di sviluppo dell'istituto in esame, strettamente legate alla prassi ed alle innovazioni introdotte dai magistrati e solo successivamente recepite in forma di legge.

È invece assodato che nel diritto giustiniano si assistette ad una progressiva ed inevitabile assimilazione tra la figura del *tutor impuberis* e del *curator minoris* in un'unica figura, ovvero un curatore dotato dei più pieni ed ampi poteri<sup>94</sup>.

È proprio un'affermazione contenuta in un frammento di Modestino a descrivere nel modo migliore possibile cosa avvenne all'istituto della *cura minoris* e, più in generale, alla cura:

D.27.1.13 pr. (Mod. 4 *excusat.*): “[...] *nam omnino vix differunt curatores a tutoribus*” ovvero “infatti i curatori non si distinguono quasi del tutto dai tutori”.

---

<sup>91</sup> Cfr. G. G. ARCHI, *Curatela (Diritto Romano)*, cit., 186-187.

<sup>92</sup> Si veda H. SIBER, *Romisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, I, Berlin, 1928, 46 e ss..

<sup>93</sup> Così sul punto cfr. ancora P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 677.

<sup>94</sup> Come sottolineano G. G. ARCHI, *loc. cit.*, 188 e ss., il quale parla, letteralmente, di “*stato fluido della cura minorum*” e, soprattutto C. FAYER, *La familia romana*, cit., 600 e ss., alle cui pagine possono essere ricondotte anche le osservazioni successive di carattere evolutivo della *cura*.

È possibile ritenere che già nell'età classica alcuni istituti ed alcune azioni abbiano portato ad un progressivo ravvicinamento tra i mondi della tutela e della curatela e, successivamente, alla nascita di un'unica forma di cura caratterizzata dagli elementi fondamentali delle curatele fin qui esaminate. Infatti sarebbe poco plausibile che tale evoluzione si sia compiuta rapidamente ed in modo netto, anche perché, considerando il pragmatismo tipico del diritto romano e la sua natura di rimedio ad una circostanza di fatto piuttosto che di sistema logico ed astratto (come potrebbe invece essere considerato il moderno diritto positivo) è facile immaginare come i vari magistrati, nel corso dei decenni, sparsi nell'ampissimo territorio imperiale, abbiano spesso cercato di trovare nel diritto la soluzione migliore e più efficiente, senza badare a categorizzazioni astratte di cui non erano, se non in linea di massima, nemmeno coscienti.

È stato peraltro posto in evidenza che nelle province ellenistiche si era soliti considerare un solo limite d'età, trascurando la distinzione tra *impuberes*, *puberes* e *minores*, al superamento del quale veniva riconosciuta la piena capacità negoziale. Forse proprio questi residui di diritto greco ed ellenistico iniziarono a minare la stabilità dell'istituto romanistico, quanto meno sotto il profilo applicativo, consentendo più facilmente la nascita di prassi e di modelli decisionali che andarono poi a costituire l'inizio di un processo ben più evidente e rivoluzionario<sup>95</sup>.

La *cura* stessa si presta in particolar modo ad una simile attività perché nasce come istituto assistenziale, prettamente rimediale a situazioni di fatto che possono presentarsi in forme assai diverse tra loro, così da rendere necessario l'intervento applicativo e creativo da parte del magistrato.

Peraltro l'uso degli avverbi nel frammento appena sopra menzionato da parte del giurista Modestino, che, si ricorda per mera completezza, scrive nel III secolo d.C., permette proprio di intravedere come l'assimilazione non sia stata imposta o comunque l'esito di un processo ponderato ma lo sbocco naturale di un processo evolutivo, sono i

---

<sup>95</sup> Così suggerisce V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 506. Sul punto cfr. altresì P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 678-679, mostra di essere concorde, ma aggiunge che l'evoluzione che si sta descrivendo con riferimento alla cura non è stato un processo naturale ma è stato determinato principalmente da tali influenze esterne. Indubbiamente queste hanno dato l'impronta al cambiamento ma, a mio avviso, il cambiamento nel diritto è connaturato allo scorrere del tempo ed ai mutamenti sociali, i quali risultano poi decisivi sotto un profilo contenutistico ma non sul verificarsi o meno di tale evoluzione.

curatori ed i tutori che man mano non si distinguono più, che progressivamente sfumano in un'unica figura, in perfetta assonanza con la tendenza tipica del diritto giustiniano a semplificare istituti nati in un arco temporale incredibilmente ampio (dalle XII Tavole fino al Digesto), i quali, altrimenti, sarebbero stati difficilmente utilizzabili.

L'avvicinamento tra *tutores* e *curatores* e tra i vari *curatores* portò quindi ad un utilizzo piuttosto flessibile di altri istituti, quali ad esempio le già citate *excusationes* o, ad esempio, l'*actio negotiorum gestorum* al fine di dirimere le controversie tra curati e curatori<sup>96</sup>, a prescindere dalla tipologia di soggetto coinvolto: una simile osservazione, di carattere storico più che giuridico, potrebbe a mio avviso costituire una valida chiave di lettura dei dibattiti accennati in precedenza, spiegando le difficoltà interpretative, le lacune, le apparenti o talvolta palesi contraddizioni nelle fonti proprio con il dinamismo evolutivo dell'istituto che si sta esaminando. Forse uno sguardo prospettico e sistemico sul diritto romano nel tempo, specialmente sulla *cura personae*, consentirebbe una comprensione più chiara di quella fornita da una disamina analitica dei testi, statica e "fotografica", ancorché esauriente e metodologicamente ineccepibile.

Un ultimo aspetto che rimane da chiarire è la capacità del minore: infatti se in un primo momento non vi sono dubbi sul fatto che il *minor XXV annis* sia capace di agire, acquistandosi, come ricordato in precedenza, tale capacità al raggiungimento della pubertà, successivamente si attraversa un periodo piuttosto controverso su cui la dottrina non è affatto unanime.

In epoca postclassica una costituzione dell'Imperatore Diocleziano ci consente di comprendere come anche il possesso della capacità di agire da parte del minore sia stata oggetto di una trasformazione radicale:

*Cod. Iust. 2.21.3: "Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis"* ovvero "Se

---

<sup>96</sup> E cfr. D.27.3.13 (Ulp. 35 ad ed.): "[...] Sed et si quis, cum tutelam administrasset, idem curator adulescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum gestorum eum conveniri posse" ovvero "[...] Ma anche se qualcuno, avendo gerito la tutela, sia stato dato come curatore al minore, bisogna dire che può essere convenuto con l'azione della gestione d'affari".

minore di venticinque anni, avendo il curatore, hai venduto le cose dopo l'età pupillare, questo contratto non si deve osservare, in quanto un minore avente il curatore è ritenuto non dissimile da colui al quale, datogli il curatore dal pretore, fu interdetta l'amministrazione dei beni. Se poi hai fatto il contratto senza avere il curatore non ti si vieta di richiedere la restituzione in intero, se non ancora siano passati i tempi stabiliti e dopo una valutazione in astratto del caso concreto”.

La distinzione che viene fatta fin da subito è tra il negozio perfezionato dal minore provvisto di curatore ed il minore che, viceversa, agisce senza alcuna curatela a sua custodia. Il frammento riporta come soluzione alla *quaestio* giuridica il fatto che il minore *curatorem habens* sia equiparabile al *prodigus* interdetto dall'amministrazione del suo patrimonio, mentre il minore sprovvisto di *curator* è perfettamente capace di agire e può concludere validamente negozi, salvo la facoltà di richiedere la *restitutio in integrum*. Il principio sotteso sembra essere quello dell'incapacità del minore condizionata da un determinato atto formale, quale, in questo caso, la nomina del curatore (che avveniva, si ricorda, con il consenso o su richiesta del *minor* stesso); in assenza di tale atto, il minore è capace, alla stessa stregua del *prodigus* non ancora interdetto. Una simile soluzione dimostra abbastanza chiaramente come l'evoluzione dell'istituto abbia trasceso i confini (se mai i giureconsulti romani li abbiano intesi come tali) della definizione e dell'operatività della *cura*, per andare a modificare la categoria della capacità di agire del minore, peraltro alterandone i caratteri originari in modo chiaramente distinguibile<sup>97</sup>.

Un frammento di Ulpiano mostra invece la necessità che tutti i *minores XXV annis* abbiano un curatore, anche se capaci di amministrare efficientemente il proprio patrimonio:

D.4.4.1.3 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei suae administratio eis committi debet*,”

---

<sup>97</sup> Si veda C. FAYER, *La familia romana*, cit., 603 e ss. e P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 683 e ss.; quest'ultimo definisce tale dottrina come intermedia, perché troverebbe una soluzione che non comporta forzature eccessive, giustificabile sia perché fornisce una spiegazione convincente dell'operatività della *cura* in diritto giustiniano, sia perché le contraddizioni con altre fonti possono essere motivate ricorrendo all'argomento delle interpolazioni, utilizzato anche da S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 5.

*quamvis bene rem suam gerentibus*” ovvero “E perciò oggi fino a questa età i minori sono guidati dall’aiuto dei curatori, né prima si dovrà affidare loro l’amministrazione del loro patrimonio, benché bene l’amministrino”.

Tale frammento, ritenuto interpolato dalla dottrina<sup>98</sup>, rispecchia il pensiero di Giustiniano, che volle assoggettare tutti i minori a curatela, paragonandoli di fatto agli incapaci d’agire, ancorché in altri frammenti, come ad esempio in *Gai* 1.23.2 si affermi che:

*“Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem [...]”* ovvero “Ugualmente i minori non ricevono i curatori contro il loro volere, a meno che non si diano per liti giudiziarie”.

Il requisito dell’accettazione della curatela sembra comunque rimanere necessario, ad eccezione delle liti giudiziarie in cui sia coinvolto il minore. Si può immaginare come il conflitto tra principi ed interpretazioni tipiche dei secoli precedenti e le tendenze giustinianee più recenti, semplificatrici e moderne non si sia comunque necessariamente risolto con l’affermazione di queste ultime, dal momento che il diritto, ed in particolar modo il diritto romano, è un fenomeno stratificato di estrema complessità.

Si ritiene poi necessario, prima di concludere la panoramica sulla categoria della *cura personae*, esaminare in estrema sintesi un’ultima forma di curatela, ovvero la *cura impuberis*.

Premettendo che con la trattazione appena svolta nei paragrafi precedenti non si è affatto esaurita la trattazione della cura delle persone e che alcune figure di *cura* sono rimaste a margine, o sono state solamente accennate in considerazione dello scopo della presente analisi, la *cura impuberis* presenta alcuni aspetti degni di nota.

Infatti tale istituto, rivolto all’*impuber*, o *pupillus*, ovvero il giovane che non abbia ancora raggiunto l’età della pubertà<sup>99</sup>, non è finalizzato direttamente al beneficio

---

<sup>98</sup> Cfr. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 961 e, precisamente, la nota 3.

<sup>99</sup> Cfr. *supra*, in questo paragrafo.

dell'impubere stesso: il *curator impuberis* è un soggetto che coadiuva il tutore nello svolgimento delle proprie attribuzioni e, specificatamente, nell'amministrazione dei beni. Pertanto, con riferimento al diritto classico, non si riscontra un rapporto bilaterale tra curatore e curato, ma lo svolgimento di una funzione di supporto all'interno del rapporto tutelare tra *tutor* ed *impuber*.

Il *curator impuberis* peraltro può anche sostituirsi al *tutor* nell'amministrazione dei beni, ma sempre sotto la piena responsabilità di quest'ultimo, essendo *periculo tutoris constitutus*. Le ragioni per cui era logico ricorrere alla nomina di un *curator impuberis* vanno ricercate in circostanze di fatto particolari e di difficile gestione, quali, ad esempio la vastità del patrimonio pupillare o la sua dislocazione in diversi luoghi, ogni ragione che rendesse necessario un ausilio al tutore (salute, rango politico...) o l'esilio dello stesso.

Nel diritto postclassico, invece, tale curatore acquista l'autonomia tipica del tutore e tende, come già ampiamente documentato, a confondersi con questa figura, fino ad avere, se non l'*autonomia auctoritatis interpositio*, la responsabilità personale di chi non è più *periculo tutoris constitutus*, bensì nominato *in locum tutoris*. Pertanto le ragioni che giustificavano, in età giustiniana, il ricorso a questo curatore erano, ad esempio, tutti i casi in cui il tutore andava sostituito, per un periodo di tempo determinato, ma non solo<sup>100</sup>.

L'istituto così brevemente rappresentato e la sua evoluzione evidenziano come ancora una volta la cosiddetta categoria della cura sia realmente uno strumento duttile nelle mani delle autorità per porre rimedio a situazioni di difficile classificazione, da affrontarsi senza mai smarrire il contatto con gli elementi concreti della problematica. In questo caso, addirittura, un curatore, figura che fino alla disamina del *curator minoris XXV annis* appariva tutto sommato uniforme e stabile nelle sue manifestazioni nel sistema di diritto romano, viene utilizzato come supporto al tutore nel diritto classico e come tutore "di riserva" in diritto giustiniano, adeguandosi nelle proprie caratteristiche essenziali non solo alle differenti esigenze manifestatesi nella società ma anche alla progressiva evoluzione del diritto delle persone.

---

<sup>100</sup> Per una trattazione più esauriente, in particolar modo per un completo riferimento alle fonti, si veda P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 661 e ss.. Per un approfondimento più specifico e critico si veda invece la monografia di S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit..

Appare sempre più evidente come la chiave di lettura che meglio consente non solo di spiegare tali istituti, ma anche di collocarli in un contesto storico e sociale in modo plausibile e coerente, sia proprio lo strettissimo legame, quasi compenetrazione, tra norma e destinatario, tra diritto e fatto, tra regole astratte e circostanze di fatto che i romani non persero mai di vista, potendosi riscontrare continuamente un simile punto di vista anche nei diversi passaggi dell'evoluzione del diritto romano, culminata e conclusa con la nascita della codificazione giustiniana, con la trasformazione di un diritto pratico e dinamico in un diritto statico, cristallizzato e di ispirazione universale, ma sempre per motivazioni più pragmatiche e "politiche" che meramente teoriche o speculative.

Una simile riflessione, oltre ai risultati ancora parziali della presente ricerca relativa al sistema della cura nel diritto romano va tenuta in considerazione nel momento in cui, successivamente, verrà affrontata la tematica centrale della ricerca, ovvero la *cura ventris*, e, in particolar modo, la sua collocazione sistematica tra *cura personae* e *cura bonorum*, e l'analisi della sua *ratio*, la ragione che ne ha giustificato l'esistenza.

### **1.3 LA FIGURA DEL *CURATOR BONORUM***

Una volta conclusa la disamina della *cura personae* e delle sue più rilevanti manifestazioni, al fine di ottenere un quadro il più completo possibile dell'attività del *curare* nel sistema di diritto romano è necessario procedere con un approfondimento in tema di *cura bonorum*.

Va premesso innanzi tutto che non si intende esporre la tematica della *cura bonorum* ad un livello istituzionale, bensì si ritiene preferibile procedere come si è fatto per i diversi casi di *cura personae*, ovvero comprendere prima in cosa consista l'oggetto della *cura* e perché, secondo le fonti, abbisogni di una protezione da parte dell'ordinamento e poi indagare la figura del *curator bonorum* stesso, con particolare attenzione agli aspetti più

problematici in dottrina o, comunque, a tutti quegli elementi che possano rappresentare casi di interpretazioni controverse.

Infatti, al termine dell'analisi contenuta nei paragrafi precedenti, è stato possibile identificare alcuni elementi, quali, ad esempio, la funzione di una determinata curatela, il formante<sup>101</sup> che ha contribuito a determinarla e con le caratteristiche salienti, il suo sviluppo fino alla codificazione giustiniana ed i soggetti coinvolti, le loro caratteristiche e i profili disciplinati dal diritto romano.

In questa sede si cercherà di pervenire al medesimo risultato, per poi svolgere alcune brevi considerazioni conclusive che permettano una più efficace introduzione del cuore della ricerca, ovvero la disamina approfondita dell'istituto della *cura ventris*.

Nel sintagma *cura bonorum* è di capitale importanza comprendere cosa si intenda per *bona* assoggettati a curatela e, soprattutto, in quale occasione, in quale momento giuridicamente rilevante per il diritto romano tale *cura* si renda necessaria.

È unanime che tale istituto vada principalmente ricondotto alla procedura nota come *bonorum venditio*<sup>102</sup>, una procedura esecutiva in cui il *curator bonorum* era uno dei soggetti coinvolti. La dottrina, indagando le tematiche appena menzionate, ha dovuto confrontarsi con l'oscurità e la contraddittorietà delle fonti, spesso stratificate e secondo taluni interpolate, al punto che non è pacifico nemmeno che il *curator bonorum* esista come soggetto funzionalmente autonomo; è invece acclarato che, in molti casi, al fine di

---

<sup>101</sup> Per utilizzare una terminologia, ed un metodo di indagine, caro ai comparatisti: secondo Rodolfo Sacco, che ha teorizzato la teoria dei formanti, cfr. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, I e II, in *The American Journal of Comparative Law*, 39 (1): 1 e ss. e (2): 343 e ss., essi sono i fattori che stanno "alla base" di una determinata norma o istituto e che contribuiscono alla sua nascita ed al suo sviluppo in un determinato modo. Essi sono, pertanto, un elemento, una particella minima utile in sede di comparazione giuridica di sistemi tra loro differenti.

<sup>102</sup> Sulla *bonorum venditio* in generale cfr. come bibliografia di massima, anche per la ricostruzione riportata nel prosieguo, G. E. LONGO, sv. *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in NNDI, VI, 1968, 713 e ss., P. VOCI, sParis *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in ED, XV, 1966, 422 e ss., F. L. KELLER, *De la procedure civile et des actions chez les romains*, trad. franc., Paris, 1870, P. RAMADIER, *Les effets de la 'missio in bona rei servandae causa'*, Paris, 1911, E. CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in SDHI, IV, 1938, 429 e ss., A. ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, in AG, LXXII, 1904, 481 e ss., G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, IV, 1953, 205 e ss., S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli, 1937, E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano. Fondamento e limiti del principio 'non inchoandum ob executionem'*, in *Jus*, XIX, 1968, B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, 317 e ss., M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in TSDP, IV, 2011, L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981 e, ID., *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *Presentazione degli Scritti minori di Raimondo Santoro*, Palermo, 12 giugno 2009, oggi in AUPA, LIII, Torino, 2010, 115 e ss., infine A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007.

tutelare l'integrità del patrimonio del debitore insolvente, *in possessionem missus* dei creditori insoddisfatti, fosse necessario amministrare e gestire determinati beni in via eccezionale<sup>103</sup>.

La *bonorum venditio* nasce come evoluzione economicamente più soddisfacente della semplice esecuzione personale prevista dalle XII Tavole, che si svolgeva tipicamente nelle forme della *legis actio per manus iniectio*: in questo caso, infatti, il creditore rimasto insoddisfatto poteva trascinare in giudizio il debitore inadempiente, in particolare in presenza di una pronuncia del magistrato, il *iudicatus*, che avesse già accertato l'esistenza del debito e trascorsi 30 giorni dalla stessa pronuncia (in questo caso si parla di *manus iniectio iudicati*).

Innanzi al magistrato il creditore, pronunciando l'*actio* senza errori, esercitava la *manus iniectio* ed il magistrato, se non fosse intervenuto un soggetto esterno, un *vindex*, che si fosse sostituito al debitore (ad esempio un parente), pronunciava l'*addictio*. Il debitore *addictus* era così assoggettato al creditore, il quale per 60 giorni doveva esporlo per tre mercati consecutivi (*trinundium*), con l'indicazione del debito da pagare, al fine di trovare una soluzione alla controversia. Trascorso tale termine dilatorio il creditore poteva vendere il debitore *trans Tiberim* o ucciderlo o, più probabilmente, servirsene come schiavo al fine del soddisfacimento del debito tramite la prestazione del proprio lavoro.

Altre forme di esecuzione, in senso lato, o meglio, di adempimento coattivo erano la *bonorum cessio*, la *pignoris capio*, su cui non si ritiene opportuno soffermarsi in questa sede, e la *bonorum distractio*. Quest'ultima si caratterizzava, rispetto alla *bonorum venditio*, come esecuzione specifica, limitata a singoli beni e non a carattere universale, sull'intero patrimonio del debitore.

Le fonti sul punto risultano però scarse: è possibile che la *bonorum distractio* fosse originariamente stata introdotta dal magistrato al fine di lasciare un residuo patrimoniale al debitore esecutato e in caso di debitori "sfortunati" e non "depravati", ad esempio il *furiosus*, o, più in generale, il debitore incapace. Infatti alla *bonorum distractio* non seguiva l'infamia. Per tale ragione essa fu dapprima introdotta anche per il debitore che

---

<sup>103</sup> B. BISCOTTI, *Curare bona, cit.*, 12 e ss..

fosse una “*clara persona*”, ad esempio un senatore, quindi elevata a procedimento esecutivo ordinario tramite un rescritto di Antonino Pio<sup>104</sup>.

La *bonorum venditio*, per la precisione, nacque come rimedio pretorile a situazioni in cui l’esecuzione personale nei confronti del debitore non era possibile: ad esempio in caso di *latitatio*, *absentia* o di morte del medesimo. Secondo la dottrina maggioritaria<sup>105</sup> la prima applicazione della *bonorum venditio* riguardò proprio il caso del debitore latitante, come esecuzione sussidiaria.

Tale ipotesi è corroborata da un frammento di Cicerone, il quale, nell’orazione *Pro Quinctus*, 19,60, afferma che:

“*Recitat edictum qui fraudationis causa latitarit. Non est is Quinctius; nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. Cui heres non exstabit. Ne is quidem. Qui esili causa solum verterit. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi absentem Quinctium defendi aut quo modo? Tum cum postulabas, ut bona possideri?*”  
ovvero “Sancisce un editto colui che è latitante per una causa di truffa. Non è costui Quinzio; a meno che sono latitanti coloro che se ne vanno ai loro affari dopo aver lasciato il procuratore. A lui non sussisterà un erede. Neppure a lui. Soltanto chi sia ritornato per una causa modesta. In quale momento tu pensi Nevio sia stato opportuno

---

<sup>104</sup> Per una panoramica su questi istituti si vedano M. MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano. Il processo e le obbligazioni*, Torino, 2008, 55 e ss., V. GIUFFRÈ, *Sull’origine della “bonorum venditio” come esecuzione patrimoniale*, cit., 317 e ss., L. PEPPE, *Riflessioni intorno all’esecuzione personale in diritto romano*, cit., 136 e ss., e, diffusamente, il notevole lavoro ricostruttivo svolto da A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, cit.. Per quanto concerne invece il citato rescritto di Antonino Pio si vedano i seguenti passi del Digesto (presumibilmente il rescritto cui si riferiscono è il medesimo): D. 42.1.31 (Callistr. *l. 2 cogn.*) e D. 42.1.15 pr (Ulp. *l. 3 de off. cons.*). Con riguardo alla *bonorum distractio* ed al ruolo del *curator* in essa cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 D. <<De curatore bonis dando>> [42.7]*, in *Studi Fadda*, I, Napoli, 1906, 309 e ss..

<sup>105</sup> Per i riferimenti alla dottrina summenzionata cfr., tra i contributi più recenti, M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, cit., 40-41 e poi E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, I, Pisa, 66 ss., A. ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, cit., 481, G. ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Milano, 1938, 102 e 119, P. RAMADIER, *Les effets de la ‘missio in bona rei servandae causa’*, cit., 31, E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, cit., 93. *Contra* invece si vedano L. PEPPE, *Riflessioni intorno all’esecuzione personale in diritto romano*, cit., 140 e ss., su cui meglio ci si soffermerà nelle seguenti note, E. CARRELLI, *Per una ipotesi sull’origine della bonorum venditio*, cit., 450 e ss., G. SCHERILLO, *La ‘bonorum venditio’ come figura di ‘successio’*, cit., 210 e ss. e ID., *Appunti sulla ‘sectio bonorum’*, in *Iura*, IV, 1953, 204. Secondo questi ultimi, infatti, il primo caso di applicazione della *bonorum venditio* fu quello del defunto senza eredi, ovvero dell’*usucapio pro herede*.

che io difesi Quinzio assente o in che modo? Quando chiedevi come i beni fossero posseduti?”<sup>106</sup>.

Successivamente si applicò tale procedura anche nel caso in cui il convenuto, pur presente dinanzi al magistrato, avesse rinunciato a difendersi o ad addivenire alla *litis contestatio*.<sup>107</sup>

La *bonorum venditio*, per fornirne la rappresentazione usualmente riportata nella manualistica<sup>108</sup> corrispondeva alla fase esecutiva seguente al processo di cognizione di diritto romano (ed è proprio così che viene presentata nella manualistica ordinaria): anche solo uno dei creditori poteva quindi, dopo l’emanazione della sentenza, esperire l’*actio iudicati*, con la quale chiedeva al pretore che i creditori fossero *missi in bona* nel patrimonio del debitore. Il pretore ordinava quindi la *missio* con *decretum*, e di tale provvedimento era data adeguata pubblicità attraverso la *proscriptio*, ovvero l’esposizione in pubblico di annunci che consentisse a tutti i creditori di partecipare alla procedura, trattandosi infatti di un’esecuzione a carattere generale, sull’intero patrimonio del debitore.

Scaduto il termine della *proscriptio*, 15 o 30 giorni a seconda che il debitore fosse defunto o vivente, i creditori nominavano tra loro un *magister bonorum*, che procedesse con la redazione della cosiddetta *lex bonorum vendundorum*, da sottoporre all’approvazione del magistrato, in cui si riepilogava la consistenza degli attivi e dei passivi del patrimonio del debitore, e le condizioni della vendita in massa.

Al *magister* spettava dunque l’onere di individuare un soggetto, secondo il metodo dell’offerta più alta, che acquistasse il patrimonio, offrendosi di pagare una percentuale dei debiti, non versando una somma di denaro. Tale soggetto, il *bonorum emptor*,

---

<sup>106</sup> Per una disamina approfondita del testo ciceroniano si veda E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, 1899.

<sup>107</sup> Si veda specificatamente F. L. KELLER, *De la procedure civile et des actions chez les romains*, cit., 403 ed E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, cit., 110 ss.

<sup>108</sup> La quale tende a considerare l’istituto già consolidato nelle sue finalità e nella sua casistica applicativa, non tanto nella funzione svolta all’origine: motivo per cui alcuni, cfr. ad esempio L. PEPPE, *Riflessioni intorno all’esecuzione personale in diritto romano*, cit., 140 e ss., in particolar modo 142, identificano la *bonorum venditio* come un rimedio nato per risolvere problematiche quali l’assenza di eredi del defunto, poi esteso solo successivamente ad altre fattispecie.

acquistava poi la proprietà dei beni per mezzo di *usucapio*, ricevendo, prima della scadenza dei necessari termini, una tutela di tipo onorario.

La procedura della *bonorum venditio*, così come sopra esposta, ha la sua fonte principale in un frammento gaiano, *Gai* 3,78 e 79, secondo cui:

*“78. Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere. 79. Et si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, per dies XV postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant, in diebus X legem bonorum vendundorum fieri iubet, si mortui, in dimidio. diebus tandem vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet. quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur”*

ovvero “I beni invero dei vivi o dei morti sono messi in vendita: dei vivi, per esempio, tra questi quelli che sono latitanti per una causa di truffa non vengono difesi essendo assenti; parimenti tra questi quelli che secondo la *lex Iulia* cedono i beni; parimenti quelli condannati dopo il tempo che è loro assegnato in parte dalle *XXII Tavole*, in parte dall’editto del pretore, per consegnare la somma di denaro. I beni dei morti sono messi in vendita, per esempio tra questi quelli per cui è sicuro non vi siano eredi, possessori dei beni né alcun altro successore legittimo. E se appunto i vivi mettono in vendita i beni, il pretore ordina che gli stessi siano posseduti e messi in vendita per 30 giorni consecutivi, se invece i morti, per 15 giorni dopo aver ordinato che i creditori si riunissero e tra loro fosse nominato un *magister*, cioè colui attraverso il quale i beni sono messi in vendita. E così se i vivi vendono i beni, il pretore ordina che in 10 giorni venga fatta la *lex bonorum vendundorum*, se i morti, nella metà del tempo. Alla fine ordina che i beni di un vivo siano venduti ad un compratore in 30 giorni, di un morto dunque in 20 giorni. Per questo allora ordina che la vendita dei beni dei vivi sia

compiuta più lentamente, il motivo è quello, poiché bisogna tutelare la posizione dei vivi affinché le vendite dei beni non siano facilmente accessibili”.

Peraltro, il debitore assoggettato a vendita era colpito da infamia, come indicato dalle fonti, in particolar modo Gaio, con tutte le note conseguenze giuridiche e sociali<sup>109</sup>.

La *missio in bona* costituiva originariamente una forma di coercizione: era un rimedio molto incisivo utilizzato dal magistrato per costringere il convenuto a partecipare regolarmente al processo, ma fu oggetto di un chiaro percorso evolutivo nel momento in cui la società si trovò a dover rispondere all'esigenza dei creditori di essere soddisfatti, più che di affliggere il debitore convenuto. In questo passaggio risiede la cosiddetta patrimonialità della *bonorum venditio*, rispetto ad altre forme di esecuzione personale, ovvero nel momento in cui l'interesse prioritario dell'ordinamento non è più quello di punire un soggetto inadempiente, bensì di tutelare maggiormente soggetti danneggiati economicamente, fornendo loro non una sorta di rivalsa o di vendetta sulla persona del debitore ma il soddisfacimento sui suoi beni, i quali, pertanto, dovevano mantenere integro il loro valore fino alla vendita.

Parte della dottrina<sup>110</sup> si è opposta ad una simile ricostruzione, condividendone comunque in parte alcuni assunti, come, ad esempio, l'esistenza di una sorta di evoluzione delle procedure esecutive, dalla *manus iniectio* alla *bonorum venditio*, e, soprattutto, dalla pena di morte necessaria per eliminare dall'ordinamento socio-economico l'inadempiente fino all'aggressione su tutto il patrimonio del medesimo, collocando la vendita *trans Tiberim* e la possibilità di adempiere ai debiti con il proprio lavoro come un passaggio intermedio.

---

<sup>109</sup> Proprio con riferimento a queste ultime, Cicerone, nella *Pro Quinctio*, 15,49-50 ne fornisce una rappresentazione volutamente drammatica, ancorché molto realistica. Sul punto cfr. comunque V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, cit., 333-334, anche per quanto riguarda gli aspetti "preventivi" di un simile provvedimento verso soggetti che si erano dimostrati inaffidabili e pericolosi per il buon ordine sociale ed economico.

<sup>110</sup> E. CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, cit., 463, G. E. LONGO, *sv Esecuzione forzata (diritto romano)*, cit., 720 e ss. e L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, cit., 147 e ss.. Secondo l'Autore l'aspetto economico non costituirebbe un'effettiva evoluzione dell'istituto, ma dipenderebbe dalla complessità dei rapporti commerciali della società romana repubblicana, momento storico in cui la *bonorum venditio* assunse i caratteri che la caratterizzano.

Il punto su cui non vi è alcuna convergenza riguarda i profili sanzionatori dell'esecuzione e, in particolare, la costante presenza dell'elemento della minaccia, del *metus* di una punizione da parte dell'ordinamento: tale sarebbe dunque, proseguendo in questa linea interpretativa, l'elemento caratterizzante della *bonorum venditio*, non la patrimonialità quanto l'afflittività della procedura stessa e dei suoi effetti, quali, come anticipato, l'*infamia* e la perdita della titolarità dell'intero patrimonio.

Va evidenziato comunque che un carattere rilevante dell'esecuzione delle obbligazioni nel diritto romano, specialmente in origine, era l'impossibilità, anzi, l'incapacità da parte del diritto di scindere il *corpus* dai *bona* del debitore, dato che il *corpus* stesso e le relative facoltà fisiche costituivano una risorsa, un bene della persona, con tutte le ovvie difficoltà a ricostruire in modo storicamente esatto una suddivisione tra esecuzione personale e patrimoniale come intesa dai giuristi moderni<sup>111</sup>.

La patrimonialità della *bonorum venditio* quale elemento di reale e concreta novità rispetto al passato in ogni caso, viene messa in discussione anche da chi riscontra caratteri di patrimonialità anche nella precedente *manus iniectio*<sup>112</sup>, la quale infatti non trascurava il soddisfacimento delle obbligazioni rimaste insolute, per poi rilevare che la procedura in commento non solo non poteva dirsi scevra da aspetti tipicamente sanzionatori e punitivi, ma che, soprattutto alle origini, non si sarebbe distinta nettamente dall'esecuzione personale. Secondo questa parte della dottrina, quindi, l'evoluzione si sarebbe manifestata non tanto nella patrimonializzazione dell'esecuzione, quanto nel perseguimento di una rivalsa di carattere più giuridico che materiale, anche in considerazione del fatto che il fine della *bonorum emptio* non perseguirebbe la soddisfazione delle obbligazioni inadempite per mezzo della vendita coattiva dei beni del debitore, bensì una sostituzione dello stesso all'interno della procedura con un soggetto differente.

Tale circostanza, peraltro, si riterrebbe dimostrata dal fatto che il *bonorum emptor* acquista i beni del debitore a titolo di successore universale *iure pretorio*, una

---

<sup>111</sup> V. GIUFFRÈ, *La 'substantia debitoris' tra 'corpus' e 'bona'*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 1992*, Napoli, 1994, 279-280 e ID., *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, cit., 328 e ss..

<sup>112</sup> Così F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980, 30, il quale fornisce come spiegazione il fatto che sarebbe stato paradossale, in un simile momento storico, danneggiare della forza lavoro utile semplicemente per perseguire un fine punitivo. Tale posizione sembra condivisa più volte nel corso della ricostruzione di V. GIUFFRÈ, op. ult. cit., 328 e ss..

particolarità che appare sproporzionata nel momento in cui si riscontra che la *bonorum venditio* poteva essere richiesta anche solo per l'inadempienza ad obbligazioni di modico valore per le quali, probabilmente, la vendita di tutti i beni del debitore avrebbe costituito una misura sproporzionata se valutata in un'ottica meramente soddisfattiva<sup>113</sup>.

La questione, in ogni caso, si ritiene ad oggi risolta a favore della patrimonialità della *bonorum venditio*<sup>114</sup>, la quale poteva essere chiesta al pretore in una serie di ipotesi predeterminate. La fonte più autorevole ne riporta una casistica applicativa della *bonorum venditio* è sicuramente l'Editto di Giuliano<sup>115</sup>, il quale riporta otto casi nel relativo Titolo XXXVIII, sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* (ovvero “delle cause in cui si immetta nel possesso”):

- “1. *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit;*
2. *Qui ex lege Iulia bona cesserit;*
3. *Quod cum pupilo contractum erit, si eo nomine non defendetur;*
4. *Qui fraudationis causa latitabit;*
5. *Qui absens iudicio defensus non fuerit;*
6. *Cui heres non extabit;*
7. *Si heres suspectus non satisdabit;*
8. *Qui capitali crimine damnatus erit*”.

---

<sup>113</sup> Sul punto si esprime in questo senso G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, cit., 208. A mio avviso, come si avrà modo poi di considerare nel prosieguo, proprio la summenzionata difficoltà del diritto romano, soprattutto nelle fasi iniziali, di distinguere tra *corpus* e *bona* potrebbe sì indurre a non operare una distinzione così netta tra esecuzione personale e patrimoniale (non potendosi applicare canoni elaborati posteriormente ad un momento storico così anteriore), ma non necessariamente a mettere in dubbio che tra *manus iniectio* e *bonorum venditio* vi sia stato un significativo passaggio evolutivo. Il permanere di caratteri tipicamente sanzionatori in quest'ultima o, viceversa, rinvenire aspetti soddisfattori nella prima, non impedisce l'identificazione di un'effettiva trasformazione dell'esecuzione coattiva nel diritto romano, ma ne costituisce l'inevitabile corollario storico e giuridico.

<sup>114</sup> Sul punto cfr. V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, cit., 328 e ss., B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 14 e M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, cit., 32-33 specialmente nella puntualizzazione su come un istituto finalizzato a rimediare a casi eccezionali di assenza del debitore sia stato utilizzato per dare un contenuto più “patrimoniale” all'esecuzione personale.

<sup>115</sup> Come ricostruito da O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, Leipzig, 1927, 413 e S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., 111

La casistica applicativa appena riportata è comunemente accettata in dottrina, anche considerando la sostanziale coerenza con l'elencazione fatta da Gaio in *Gai* 3,78 (che è consapevolmente un elenco non tassativo) mentre sussistono margini di incertezza, come evidenziato poco sopra, su quale sia stata la prima fattispecie effettivamente azionata innanzi al magistrato al fine di ottenere la *bonorum venditio*.

Ciò posto, è sommariamente chiarito quale sia l'ambito in cui si colloca la procedura denominata *bonorum venditio* sia da un punto di vista pratico che teorico e ne sono stati illustrati sinteticamente i contenuti, anche per meglio comprendere l'oggetto della medesima. Fin qui le fonti non fanno alcuna menzione del *curator bonorum*, nemmeno Gaio, nella sua rappresentazione istituzionale, tace, come del resto tace l'editto del pretore e la parafrasi di Teofilo<sup>116</sup>.

Non stupisce che una simile lacuna abbia indotto alcuni studiosi del passato<sup>117</sup> a dubitare dell'esistenza stessa del *curator bonorum*, i quali ipotizzarono una sostanziale identità tra *magister* e *curator bonorum*, e che pertanto i riferimenti al curatore fatti da altre fonti fosse frutto di interpolazioni, ovvero di una rilettura da parte dei compilatori del Digesto finalizzata a sostituire un istituto arcaico con una denominazione più aggiornata e più comune nell'età postclassica.

Già Solazzi<sup>118</sup>, in ogni caso, ha provveduto a smantellare ogni dubbio circa l'effettiva esistenza di un *curator bonorum* che non fosse un mero aggiornamento terminologico operato dai compilatori, anche considerando le poche testimonianze provenienti dalle fonti relative a *curator* e *magister*, le quali sarebbero tra loro incompatibili se ricondotte ad un unico *officium*.

Oggi si ritiene che un simile equivoco possa essere stato indotto da due differenti fattori: dal fatto che i riferimenti al *magister bonorum*, nel Digesto, siano effettivamente scarsi, ed anche dal fatto che il soggetto deputato a condurre la procedura esecutiva nota

---

<sup>116</sup> Ovvero un testo didattico redatto da Teofilo, noto professore bizantino, avente ad oggetto proprio il commento delle Istituzioni di Gaio: cfr. 3.12 pr.

<sup>117</sup> Nel caso di specie trattasi di J. CUIACIO, *Opera*, VIII, Modena, 1780, 504 e ss. e, successivamente, R. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, Paris, 1819, 42.

<sup>118</sup> S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, cit., 28 e ss..

come *bonorum distractio* (cui già si è fatto cenno in precedenza) sia il *curator bonorum* e non il *magister bonorum*<sup>119</sup>.

Il *curator bonorum* era dunque un *officium* autonomo, ancorchè è possibile che dalla comprovata progressiva sovrapposizione nel tempo delle procedure di *bonorum venditio* e *bonorum distractio* i compilatori abbiano sovrapposto le due figure. Delle più rilevanti, ancorché scarse tracce del *curator bonorum* nelle fonti, viene fornito un riepilogo nell'immediato prosieguo<sup>120</sup>.

Innanzitutto, considerando la testimonianza più antica, si evidenzia che la *lex (Baebia) agraria* del 111 a.C., par. 56, citi entrambi i soggetti, *magister* e *curator*:

“[...] *utei is quei ab bonorum emptore magistro curatoreve emerit*” ovvero “Come quello che comprerà dal venditore dei beni, dal magister o dal curatore”.

In questo caso è interessante notare l'uso della congiunzione *-ve*, che tende a porre i soggetti in contrapposizione, o, comunque, distinguendoli nettamente. È convincente quanto è stato affermato a proposito del contesto storico in cui tale legge entrò in vigore, ovvero la conquista della prima provincia in Africa: la vendita e l'acquisto di terreni ricompresi in una colonia non ancora pacificata doveva ragionevolmente essere di difficile gestione e per questa ragione la legge risponderrebbe infatti all'esigenza di conferire autorevolezza alla procedura in essere e, dal momento che il *magister* era già una figura giuridicamente stabile in tale ambito, equipararvi il secondo organo più rilevante, ovvero il curatore<sup>121</sup>.

Ricordiamo poi un frammento del Digesto, già menzionato all'inizio della presente ricerca e di cui, per ovvie ragioni, sarà svolta un'approfondita analisi nei seguenti capitoli:

---

<sup>119</sup> Così B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 18-19. Peraltro la *bonorum distractio*, in quanto procedura esecutiva particolare e non a carattere universale ebbe miglior fortuna e fu preferita in età postclassica, fino a divenire il riferimento per il diritto romano in luogo della *bonorum venditio*, meno efficiente ed anche meno equa.

<sup>120</sup> Per una recente ricostruzione della figura del curatore dei beni cfr. L. D'AMATI, *Curator bonorum: una rilettura*, in BIDR 33-34, 1991-1992, 440 e ss.. Nel presente studio, in ogni caso, ci si limiterà al ruolo del *curator bonorum* nelle procedure esecutive, trascurando il diritto delle successioni.

<sup>121</sup> Per una migliore rappresentazione di quanto sinteticamente esposto con riferimento al momento storico ed alle finalità della *lex agraria* considerata, cfr. B. BISCOTTI, op. cit., 29 e ss..

D.26.7.48 (Herm. 1 *iur. epit.*): “*Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur*”.

Qui, nel raffronto operato tra diverse figure di *curator*, sono messi in evidenza i compiti del curatore dei beni: innanzi tutto la *sola custodia* dei beni oggetto di curatela, la conservazione degli stessi, senza lo svolgimento di attività gestorie o amministrative. Poi anche la vendita dei beni che potrebbero deperire, o perdere di valore nel tempo, concetto che può essere ricompreso nell’idea di *custodia* in quanto sorveglianza, garanzia che non si verificano pregiudizi ai beni dei quali il *curator* è responsabile. Per *custodia* infatti il diritto romano intende un criterio oggettivo di determinazione della responsabilità *ex contractu*, in base alla quale il debitore rispondeva in relazione al modo in cui era divenuta impossibile la prestazione e quindi, più semplicemente, rispondeva come se avesse cagionato il fatto che si era obbligato a prevenire o evitare/impedire<sup>122</sup>.

La *magna differentia* cui fa riferimento Ermogeniano opera quindi in senso sostanziale, con riguardo alle attività che si richiedevano agli uni o agli altri, ma anche se si considera la situazione soggettiva del titolare del patrimonio assoggettato a cura: infatti se il *curator personae* deve gestire una situazione che, salvo casi eccezionali di cui si è fatta menzione nei paragrafi precedenti, è permanente o comunque destinata a perdurare a lungo, il *curator bonorum* interviene in un lasso di tempo breve, in un momento di transizione, di pendenza<sup>123</sup>.

Altri due frammenti del Digesto, entrambi di Ulpiano e dei quali il secondo riporta il pensiero di Labeone, affermano che:

---

<sup>122</sup> In proposito cfr. M. TALAMANCA, sv. *Custodia (Diritto romano)*, in ED, II, 1962, 562 e ss..

<sup>123</sup> Così V. GIUFFRÈ, *Sull’origine della “bonorum venditio” come esecuzione patrimoniale*, cit., 350. Peraltro a mio avviso è proprio dalla già citata continuità tra *corpus*, persona quindi, e *bona*, patrimonio e, in questo caso, nella rescissione forzata da parte dell’ordinamento di tale legame che scaturisce la pendenza, la sospensione di stato giuridico che necessita, per sua natura, di un “titolare provvisorio” che la conduca a termine.

D.37.9.1.17 (Ulp. 41 *ad ed.*): “*Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret*”, ovvero “Le volte invece che il ventre è immesso nel possesso, la donna è solita chiedere un curatore del ventre, ed è solita chiederlo anche per i beni. Ma se invero sia stato assegnato solamente un curatore del ventre, ai creditori deve essere accordata la custodia dei beni: se non solo al ventre ma anche per i beni è stato assegnato un curatore, i creditori possono essere sicuri, poiché il rischio è in capo al curatore. Perciò bisogna dare un curatore ai beni tramite un’indagine, senza dubbio idoneo, bisogna occuparsi dei creditori o se c’è qualcun altro che aspiri alla successione del feto non nato”;

D.42.4.7.10 (Ulp. 59 *ad ed.*): “*Plane si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est. Labeo autem scribit, si non inveniatur curator vel defensor furiosi, sed et si curator datus eum non defendat, tunc removendum eum et oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat: eaque servanda Labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur*”, ovvero “se il furioso non è totalmente difeso bisogna dargli un curatore, e per di più affinché i suoi beni siano posseduti, bisogna accordarlo nominalmente. Labeone tuttavia scrive che se non si trovasse un curatore o un difensore del furioso, e per di più il curatore assegnato non lo difendesse, allora quello deve essere rimosso e che è opportuno che il pretore dia un altro curatore tra i creditori, affinché venda i beni del furioso non più di quanto è necessario: e Labeone dice che bisogna conservare quelli che sono soliti essere conservati quando il ventre viene immesso nel possesso”.

Nel primo frammento, relativo ancora al *curator ventris*, si nota come il fine del *curator bonorum* sia di tutelare i creditori, di fare in modo che essi siano *securi* con e

nonostante il passare del tempo e che, pertanto, non abbiano a patire pregiudizi proprio per il mero trascorrere dei giorni prima dell'effettivo soddisfacimento.

Nel secondo frammento invece si rileva una fattispecie particolare, dal momento che si tratta dell'omissione di cura o di difesa del *furiosus* da parte del *curator* inizialmente designato (o del *defensor*): viene richiamato, quindi, il potere del curatore di vendere i beni a tutela delle ragioni dei creditori, ma non più del necessario<sup>124</sup>.

Va notato che in questo caso il ruolo del *curator bonorum* è quello di una sorta di curatore supplente al *furiosus* rimasto privo di assistenza, almeno con riguardo alla conservazione dell'integrità del suo patrimonio e che il suo coinvolgimento non comporta l'inizio di un procedimento di vendita universale del patrimonio: questo suffraga sia la rilevanza giuridica e sociale del *curator bonorum* (oltre a fornire un'ulteriore prova della sua esistenza storica) sia, se si considera che l'interpretazione ulpiana riprende il pensiero di Labeone, il quale, considerati i vari periodi storici, doveva essere se non rivoluzionario quantomeno innovativo, l'evoluzione dell'esecuzione e delle figure in essa coinvolte<sup>125</sup>.

Nella fattispecie la figura del *curator personae*, del *furiosus*, e del *curator bonorum* sembrano convergere, permettendoci di intuire come il diritto romano non abbia percepito i *curatores* come soggetti determinati, o cariche ben delineate, quanto come *officia*, incarichi che potevano sommarsi o, comunque, essere modulati dal magistrato a seconda dell'esigenza manifestatasi nel caso concreto.

Una simile commistione di istituti sarà più facilmente riscontrabile esaminando, nel prosieguo della ricerca, la figura ed i compiti del *curator ventris*, che, non casualmente, viene spesso citato nei frammenti summenzionati in raffronto al curatore dei beni.

Ancora Ulpiano considera, seppur con riferimento alla *bonorum distractio*, come veniva nominato il curatore dei beni:

---

<sup>124</sup> L. D'AMATI, *Curator bonorum: una rilettura*, cit., 443 e 445, la quale concentra la propria attenzione sul concetto di necessità come fondamento del curare e del custodire, necessità che è criterio necessario nell'esercizio delle proprie facoltà e che deve ispirare il difficile e delicatissimo compito del *curator bonorum*. Al criterio della necessità farebbe riferimento anche D.42.5.14 pr (Paul. 59 *ad ed.*): “*Creditor in possessionem rerum debitoris misso curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt*”, ovvero “deve essere nominato un curatore da parte del creditore immesso nel possesso dei beni, se alcune azioni stanno per scadere”, in particolar modo per l'uso del verbo *debet*.

<sup>125</sup> Cfr. diffusamente B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 182 e ss..

D.42.7.2 pr (Ulp. 65 *ad ed.*): “*De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, vel praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt*”, ovvero “Nel nominare il curatore ci serviamo di questa norma, affinché il pretore sia adito e questi, o il preside della provincia se i beni da vendere sono in provincia, costituisca il curatore o i curatori con il consenso della maggior parte dei creditori”.

Forse l’assimilabilità tra la procedura di nomina del *magister* e del curatore hanno indotto alcuni autori in errore, immaginando i due *officia* come meri sinonimi, quando invece è logico che i due organi più rilevanti della procedura esecutiva siano nominati nello stesso modo. In un frammento successivo, un caso particolare, ovvero quello della nomina del curatore contro la volontà del medesimo:

D.42.7.2.3 (Ulp. 65 *ad ed.*): “*Quaeritur, an invitus curator fieri potest: et Cassius scribit neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur*”, ovvero “Si domanda se il curatore può essere nominato per forza: e Cassio scrive che non bisogna obbligare nessuno a diventare curatore dei beni, perché è cosa più ragionevole. Perciò bisogna cercare un volontario a meno che per grande necessità e per decisione dell’imperatore si proceda così da nominarlo forzatamente”.

Secondo una tesi recente più che le singole figure di curatore è interessante comprendere come le stesse derivino e costituiscano a loro volta una manifestazione di un archetipo, ovvero “*curare bona*”. Tale archetipo non è un istituto o un soggetto, bensì un’attività, una serie di azioni di ispirazione cautelare adottate al fine di proteggere i beni del debitore. Sarebbe quindi possibile, con riferimento alla *bonorum venditio*, identificare nel *curator* e nel *magister bonorum* due espressioni dirette e paritetiche della stessa attività, una duplicazione che comporta chiaramente un percorso evolutivo rispetto ad un precedente momento dai caratteri più semplici e che risponderebbe nel primo caso all’esigenza di custodire e mantenere integro il patrimonio del debitore, intervenendo “*non amplius, quam necesse est*”, e, nel secondo caso all’esigenza di

gestire la vendita e la relativa successione dell'*emptor* nel patrimonio del debitore esecutato, svolgendo tutti gli adempimenti prescritti dal magistrato<sup>126</sup>.

Se si osserva invece la procedura di *bonorum distractio*, qui considerata solo marginalmente, si può spiegare, coerentemente con l'interpretazione appena descritta, la presenza di un unico soggetto proprio con la specificità dell'esecuzione, relativa a singoli beni, operazione che il curatore dei beni già compiva in caso di beni deperibili. In assenza di un patrimonio da considerare nella sua universalità e dell'acquisto, o più precisamente, successione nel medesimo, la figura del *magister* sarebbe effettivamente superflua al fine di un adeguato svolgimento dell'attività di *curare bona*<sup>127</sup>.

Da un lato quindi il curatore dei beni risulta essere assimilabile nelle finalità e nella *ratio* agli altri curatori, rappresentando un *officium* nato come rimedio di *ius honorarium* a situazioni in cui si rendeva necessario un intervento esterno, una protezione che altrimenti non si sarebbe attivata, e dall'altro si distingue da questi ultimi proprio perché occupandosi della cura di beni materiali la sua operatività concreta era logicamente più limitata. La facoltà di *administratio bonorum* deriva proprio dall'obbligo di curare soggetti incapaci di agire e di gestire il loro patrimonio e non da mere esigenze di tutela del patrimonio stesso.

Nel successivo capitolo ci si occuperà del *curator ventris* e si cercherà sia di comprendere come le attività di cura delle persone e dei beni (ed i relativi *officia*) si intersechino e si compenetrino, sia a quali esigenze di *cura* il curatore del ventre era chiamato dall'ordinamento a fare fronte.

---

<sup>126</sup> Cfr. B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 266 e ss., con particolare riguardo anche alla ricostruzione storica svolta e che qui si ritiene opportuno non riportare.

<sup>127</sup> E si rinvia al già commentato frammento ulpiano D.42.4.7.10 (Ulp. 59 *ad ed.*), anche per evidenziare come il pensiero di Labeone sia risultato determinante ed abbia costituito una successiva ed ulteriore evoluzione dell'istituto della procedura esecutiva, spostando di fatto l'attenzione dalla *bonorum venditio* alla *bonorum distractio*, verso un criterio di maggiore efficienza a scapito del rispetto di forme e schemi obsoleti ed ancora intrisi degli arcaismi della *manus iniectio* (ad esempio la forte e caratterizzante componente sanzionatoria).

## II. LA *CURA VENTRIS*: LE FONTI, LA CLASSIFICAZIONE, LE AMBIGUITÀ' TELEOLOGICHE

**SOMMARIO:** 2.1 La figura del *curator ventris* nelle fonti 2.2 Incertezze classificatorie e riflessioni: *cura personae* o *cura bonorum*? 2.3 Le finalità della *cura ventris*: tutela di persone o tutela di diritti?

### 2.1 LA FIGURA DEL *CURATOR VENTRIS* NELLE FONTI

Al fine di ricostruire l'istituto della *cura ventris*, considerato che la finalità dello stesso sarà oggetto di una più approfondita trattazione nell'ambito del prossimo capitolo, può essere utile iniziando dalla disamina di alcuni elementi passibili di un più agevole riscontro oggettivo nel sistema delle fonti: come è già stato possibile rilevare in precedenza, infatti, è difficile operare una differenziazione efficace dal punto di vista argomentativo e realistica dal punto di vista storico, soprattutto qualora si scelga di utilizzare le moderne categorie giuridiche relative alla curatela.

Per tale ragione si esamineranno nel prosieguo sia la figura del *curator ventris*, unitamente alle funzioni attribuitegli, sia il ruolo della donna incinta, la vedova, il cui *venter* è oggetto di cura, prendendo altresì in considerazione eventuali questioni classificatorie relative all'*officium* di curatore del ventre.

Il *curator* svolge una funzione interpretativa di estrema importanza, considerando che, sempre facendo riferimento ad alcune precedenti considerazioni, il diritto romano, più che forme di *cura*, conobbe dei *curatores*, ovvero delle persone fisiche preposte

dall'ordinamento alla salvaguardia di determinate situazioni giuridicamente rilevanti e potenzialmente pericolose per la collettività.

Per questa ragione delineare le funzioni di un *curator*, i suoi poteri, i limiti degli stessi e la sua responsabilità aiuta a comprendere quello che per noi è l'istituto della *cura ventris*, per quanto il confine tra il piano ricostruttivo astratto ed il piano operativo concreto sia estremamente labile.

Il curatore del ventre viene nominato da un magistrato del popolo romano. Tale nomina sembra rendersi necessaria anche qualora il *curator* sia stato designato per testamento dal *pater*:

D.29.3.9 (Paul. 45 ad ed.): “*Si mulier ventris nomine in possessione sit, aperiendae sunt secundae tabulae, ut sciatur, cui demandata sit curatio*” (“affinché la donna sia immessa nel possesso per il ventre, è da aprire il secondo testamento, perché si sappia a chi sia stata demandata la funzione di cura”).

Infatti in questo frammento è vero che Paolo sembra voler indicare che, qualora il testatore lasci la moglie incinta, con la necessità di ordinare una *cura ventris*, possa indicare nelle *secundae tabulae* la designazione del curatore, designazione che pertanto si potrebbe intendere come oggetto di una mera conferma formale.

Tale procedura di conferma, però, come ha sottolineato la dottrina<sup>128</sup>, non è stata in alcun modo documentata, oltre al fatto che, come rilevato in precedenza nell'ambito più ampio delle forme di *cura* e considerate le funzioni pubbliche svolte dalla *cura* stessa, il diritto romano non ha mai conosciuto una forma di *cura* testamentaria, rendendo sempre e comunque necessaria un'effettiva designazione da parte del magistrato.

In questo senso le fonti a riguardo sono concordi, si vedano ad esempio D.26.5.20 (Mod. 7 *diff.*):

---

<sup>128</sup> Così L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 296-297. La conferma, o meglio, come rilevato dall'autrice, l'attività del *confirmare*, non esistendo nelle fonti un istituto definibile come *confirmatio* ma semplicemente l'esercizio di un potere di ratifica da parte dei magistrati, si rendeva necessaria per conferire la necessaria autorità pubblica ad una tutela o curatela deferita dal *de cuius* in un atto di ultime volontà. Da un lato infatti si soleva confermare la designazione sia per rispetto del volere del defunto che nell'interesse di chi sarebbe poi stato oggetto di curatela, stabilita, nella maggioranza dei casi, da un parente molto vicino; dall'altro tale atto di conferma non avrebbe comunque costituito un aggiramento del divieto di designazione testamentaria del *curator*. Infatti, la designazione del magistrato non sanava né ratificava una nomina altrimenti irregolare, bensì andava a creare un curatore sulla base di un'indicazione, contenuta in un testamento, senza valore effettivamente vincolante.

“*Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est*”, ovvero “Dai magistrati del Popolo Romano non può essere dato al ventre un tutore, bensì un curatore: infatti dall’editto è compreso il caso di nomina del curatore”,

ed anche D.27.10.8 (Ulp. 6 *de off. proc.*), il quale sancisce che

“*Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet eumque rem salvam fore viri boni arbitratu satisfacere proconsul iubet: sed hoc, si non ex inquisitione detur: nam si ex inquisitione, cessat satisfactio*”, e quindi “è opportuno che si dia un curatore dei beni per il ventre e che il proconsole ordini di prestare garanzia con l’imparzialità dell’uomo retto, se non sia dato a seguito di indagine: infatti se è dato a seguito di indagine, la garanzia cessa”.

A prescindere dalle casistiche e dagli specifici ambiti di applicazione del contenuto dei frammenti, di cui sarà dato conto in seguito, in particolare con riguardo alla fattispecie del *curator bonorum* dato al *venter*, è costante il riferimento ad una designazione del curatore affidata ad un soggetto pubblico, investito della necessaria autorità.

I criteri cui era necessario attenersi erano peraltro precisati espressamente: secondo D. 37.9.1.23 (Ulp. 41 *ad ed.*) nella scelta del *curator ventris* vanno considerati i tutori designati al postumo, i parenti e gli affini, i sostituti, oppure gli amici del defunto o i suoi creditori, purché la persona così individuata sia sostanzialmente idonea:

“*Eligitur autem curator aut ex his, qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis adfinibusque aut ex substitutis aut ex amicis defuncti aut ex creditoribus, sed utique is, qui idoneus videbitur: aut si de personis eorum quaestio moveatur, vir bonus eligitur*”.

Il *curator ventris* sarà quindi nominato tra i tutori designati al postumo, o tra parenti ed affini, o tra i sostituti, o tra gli amici del defunto, oppure tra i creditori,

purché sia comunque verificata la sua idoneità. Già nel frammento appena richiamato si rileva un possibile spunto interpretativo, che sarà considerato successivamente con riguardo alle finalità dell'istituto in esame, ovvero la possibilità che il *curator ventris* sia uno dei creditori del defunto. Tale possibilità, è stato evidenziato in dottrina, è una chiara analogia alla nomina del *curator bonorum*, di cui è già stata fatta ampia menzione in precedenza<sup>129</sup>.

Facendo invece riferimento alle funzioni ed alle attribuzioni poste dall'ordinamento in capo al *curator ventris* si consideri un frammento ulpiano, D.37.9.1 (Ulp. 41 *ad ed.*), contenuto in un titolo del Digesto rubricato come *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*.

Può comunque essere utile in via preliminare distinguere tra le attività finalizzate concretamente a tutelare la persona della madre da quelle dirette a tutelare in prima battuta il *venter*, ancorché questa seconda attività dovrebbe costituire la *ratio* dell'esistenza del *curator* in esame. Si rileva pertanto come il summenzionato passo di Ulpiano affermi che:

“[...] *curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque muliebri*” (“[...] è necessario nominare un curatore, che garantisca alla donna il mangiare ed il bere, l'abbigliamento e un riparo, a seconda del patrimonio del defunto e della dignità sua e della donna”)<sup>130</sup>

mentre D.37.9.4 (Paul. 41 *ad ed.*) afferma che:

“*Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius secundum dignitatem, cibaria*

---

<sup>129</sup> S. SOLAZZI, *Curator ventris*, in *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1957, 68-69. Infatti la nomina del *curator ex creditoribus defuncti* pare quasi richiamare in parallelo ad alcune attribuzioni del *curator ventris*, proprie anch'esse del *curator bonorum*, facendo intuire anche in assenza di un ulteriore esame delle fonti che nel *curator ventris* possano coesistere due funzioni, o figure, di *cura* differenti ma sostanzialmente omogenee dal punto di vista delle finalità.

<sup>130</sup> *Tectum* potrebbe essere tradotto semplicemente come casa, come dimora, ma già nel prosieguo, in D. 37.9.4 (Paul. 41 *ad ed.*) si afferma in proposito che “*Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit muliebri*”, utilizzando quindi per identificare la dimora termini differenti. Inoltre il termine *tectum*, utilizzato accanto ai termini *cibum* e *potum* conserva un'accezione più generica di rifugio, di riparo e protezione, che il frammento seguente specifica come abitazione e a quali condizioni.

*praestanda sunt*” (ovvero “anche la dimora dovrà essere data in uso alla donna, se il defunto non ebbe una casa. Anche ai servi della donna, che sono necessari per il servizio secondo la dignità di esso, dovrà essere fornito del cibo”),

e D.50.4.1.4 (Hermog. 1 *epit.*):

“*Aequae personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia. Sed et in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur ac, ne debitores liberentur, providetur: item ex carboniano edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere [...]*” (ovvero “giustamente la tutela, la cura dell’adulto o del furioso, allo stesso modo del prodigo, del muto, anche del ventre, anche diretta a procurare alimenti, bevande, protezione e simili, è un incarico personale. Ma anche per i beni, la cui funzione è di impedire l’usucapione e provvedere affinché i debitori non si liberino: e così, richiesto il possesso dei beni tramite editto carboniano, se non è dato abbastanza, il curatore dato per custodire i beni svolge una carica personale”).

Il curatore deve quindi dare alla donna incinta *cibum, potum, vestitum, tectum*, fornirle il necessario per alimentarsi e per vivere, compresa un’abitazione, anche qualora il marito non l’avesse posseduta, e la servitù che si rendesse eventualmente necessaria. In entrambi i casi si fa riferimento alla *dignitas*, della donna e del marito, tematica che sarà meglio approfondita nel prossimo capitolo, quale possibile spunto esegetico dell’intero istituto.

Altresì il *curator* deve evitare l’usucapione dei beni e l’estinzione dei crediti, parti attive del patrimonio del defunto, da un lato integrando così la sopravvenuta assenza di un soggetto dotato della piena capacità giuridica, dall’altro garantendo la sopravvivenza in piena integrità del patrimonio stesso.

Queste funzioni, da ultimo elencate, sono state riconosciute come tipiche di un’altra figura di *curator*, il curatore dei beni. Una simile considerazione permette di anticipare un ulteriore elemento di tipicità della nomina del *curator ventris*: il possibile

affiancamento di un ulteriore curatore, con riguardo ai beni, ovvero l'attribuzione alla stessa persona di un duplice ufficio, di *curator ventris* e *curator bonorum*.

Sembra mancare, invece, in questi frammenti un riferimento esplicito alle finalità dell'istituto o ad una qualsivoglia ammissione di volontà di tutelare la posizione del nascituro; riferimento che si può riscontrare in un passo gaiano, D.37.9.5 (*Gai 14 ad ed. prov.*) in cui si precisa che il *curator ventris* sostanzialmente deve tutelare la posizione giuridica della donna e garantire l'adempimento di un obbligo alimentare a suo favore, ma:

*“Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. Nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est”* (“Il curatore del ventre deve determinare gli alimenti per la donna. E non è in questo senso rilevante se abbia una dote o se possa sopravvivere, poiché sembra che quelle cose che si concedono siano concesse a chi è in utero”).

Tale obbligo quindi prescinde dall'esistenza o meno di una dote, anche sufficiente a fini alimentari, dal momento che l'esistenza di un patrimonio non fa venire meno l'esigenza di tutela e garanzia costante che il *curator ventris* deve evidentemente soddisfare: il curatore in questo passo sembra dover in primo luogo tutelare la posizione del nascituro.

Tre risultano dunque essere gli attori nella dinamica della *cura ventris*: il curatore, che adempie ad un'obbligazione che da un lato sembra essere a favore della donna in quanto oggetto della curatela, ma dall'altro risulta essere adempiuta a favore di *qui in utero est*, attraverso e per mezzo della donna.

A quest'obbligo, che gode di una preminenza pressoché assoluta rispetto ad altre posizioni giuridiche<sup>131</sup>, il *curator* adempie sia indirettamente, tutelando senza limitazioni imposte dall'esterno la posizione della madre, come sopra riportato, sia direttamente, con l'esperimento di strumenti tipici quali la *missio in possessionem ventris*, la cui titolarità giuridica spetterebbe al *venter* ma che, per evidenti ragioni, viene esercitata dal *curator*, per mezzo del quale può essere attribuito alla madre del nascituro il possesso di determinati beni, necessari al sostentamento suo e del *venter*<sup>132</sup>.

La *missio in possessionem ventris* costituisce una figura molto particolare della *missio in possessionem*, o *missio in bona*: normalmente questo istituto opera a favore dei creditori di un debitore inadempiente ed è concesso dal magistrato al fine di immettere gli stessi creditori nel possesso dei beni del debitore, affinché possano essere protetti da qualsiasi pregiudizio derivante dalla diminuzione o dalla dispersione della garanzia patrimoniale costituita dal patrimonio del debitore<sup>133</sup>.

Nel caso specifico la richiesta al magistrato riguardava l'immissione nel possesso dei beni parte dell'eredità del marito defunto, domandando quindi di poter godere della

---

<sup>131</sup> Ha infatti la priorità su ulteriori esigenze patrimoniali, anche nel caso in cui non vi sia certezza sullo stato di gravidanza della donna. Così motiva Ulpiano, in D.37.9.1.2 (Ulp. 41 *ad ed.*): “*Totiens autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus et id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo qui editur suus futurus sit, ventrem mitemus: aequius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est*” ed anche in D.37.9.1.14 (Ulp. 41 *ad ed.*): “[...] *si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est et si status mulieri controversia fiat*” ed in D.37.9.1.15 (Ulp. 41 *ad ed.*), in relazione alla preferenza che l'ordinamento accorda a chi non è ancora nato rispetto a chi è già nato: “*Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri [...]*”. Sull'Editto Carboniano, ai fini della presente ricerca, è sufficiente ricordare che trattasi di un provvedimento del Pretore Papirio Carbone, sui contenuti del quale la dottrina non è assolutamente concorde nel proporre una ricostruzione, finalizzato a sospendere le controversie relative all'effettiva titolarità dei beni acquisiti dall'impubere fino al raggiungimento della pubertà, concedendogli il possesso provvisorio dei beni stessi, la cosiddetta *bonorum possessio Carboniana*; cfr. in proposito S. SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007.

<sup>132</sup> Cfr. per intero il frammento D.37.9.1 (Ulp. 41 *ad ed.*); da notare in questa sede “*Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet*”, e anche D.37.9.3 (Herm. 3 *iur. ep.*), ove “*Sumptus autem ab ea facti bona fide non repetuntur*”. Per quanto concerne i compiti specifici del *curator*, cfr. in generale M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano*, Torino, 2006, 47 e ss. e ID., *Successioni e persone concepite*, in *Studi Martini*, I, Milano, 2008, 133 e ss., pur non condividendo alcune considerazioni ed interpretazioni sulle finalità dell'istituto, aspetto di cui sarà dato conto successivamente.

<sup>133</sup> Sulla disciplina della *missio in possessionem ventris* cfr. in generale G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 178-179, M. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939 e M. LAURIA, *Possessiones*, I, Napoli, 1953, 164 e ss..

*bonorum possessio* degli stessi, situazione di fatto che riceveva fisiologicamente una tutela edittale da parte del Pretore, a prescindere dal titolo del possesso, tramite gli *interdica*.

Secondo Ulpiano, la donna è “*bonorum possessor contra tabulas*”, come secondo il summenzionato D.37.9.1 pr. (Ulp. 41 *ad ed.*):

“*Nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessioni*” (e quindi “infatti con questa parte di editto si tutelano questi, mentre si manda il ventre al possesso in luogo del possesso dei beni in deroga al testamento”), oltre al fatto che, secondo D.37.9.7.2 (Ulp. 47 *ad ed.*):

“*Quamvis autem praetor ventrem in possessionem mittat cum his, quibus possessionem dederit, attamen etiam solus venter admittetur ad bonorum possessione*”, e quindi “tuttavia per quanto il pretore mandi il ventre al possesso con quelli a cui concederà il possesso, nondimeno anche il solo ventre sia ammesso al possesso dei beni”.

Di fatto, tramite la *missio in possessione ventris nomine*, la donna può al tempo stesso utilizzare i beni per sostentarsi, per vivere, e, al tempo stesso, per alimentare il ventre fino al parto e così garantire anche l’integrità effettiva del patrimonio del defunto, il quale spetterà, dopo il parto, all’erede. È la denominazione stessa dell’istituto ad esplicitare l’ambiguità della *missio* in esame: l’immissione riguarda sì la donna incinta, ma è sempre e comunque “*ventris nomine*”.

Come poco sopra anticipato, è possibile che a fianco del *curator ventris* si rendesse necessario nominare un secondo curatore: un *curator bonorum*, che si occupi della gestione e della conservazione del patrimonio del nascituro, garantendo il soddisfacimento dei creditori del *de cuius* che a questi beni si affidano per vedere soddisfatte le loro pretese.

A tal proposito vanno richiamati alcuni frammenti rilevanti nel delineare la disciplina della *cura ventris*, paragrafi di D.37.9.1 (Ulp. 41 *ad ed.*), *in primis* il § 17:

“*Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret*”, e quindi “le volte invece che il ventre è immesso nel possesso, la donna è solita chiedere un curatore del ventre, ed è solita chiederlo anche per i beni. Ma se invero sia stato assegnato solamente un curatore del ventre, ai creditori deve essere accordata la custodia dei beni: se non solo al ventre ma anche per i beni è stato assegnato un curatore, i creditori possono essere sicuri, poiché il rischio è in capo al curatore. Perciò bisogna dare un curatore ai beni tramite un’indagine, senza dubbio idoneo, bisogna occuparsi dei creditori o se c’è qualcun altro che aspiri alla successione del feto non nato”<sup>134</sup>.

Qui si distinguono due curatori differenti, che, come si comprende chiaramente dalla lettura del passo, vengono comunque nominati contestualmente; di solito è la donna a chiedere entrambi i *curatores* al magistrato, ma qualora venga assegnato soltanto il curatore del ventre, allora dovrà essere data ai creditori del *pater familias* defunto la custodia dei beni, affinché possano essere “*securi*”, in assenza di uno specifico curatore dei beni stessi.

È evidente che il *curator bonorum* nominato in simili circostanze corrisponda alla figura del *curator bonorum* tradizionale: così infatti, nel caso in cui siano i creditori a richiederne la designazione, si comprende meglio la previsione di cui al frammento ulpiano già citato, D.27.10.8 (Ulp. 6 *de off. proc.*), in cui si specifica la necessità per il *curator bonorum* dato al *venter* di prestare *satisdatio*, a garanzia della correttezza del proprio operato nei confronti della donna incinta, del *venter* non ancora venuto ad esistenza e, soprattutto, dei creditori, a meno che non si sia esperita una procedura di *inquisitio* tipica delle nomine di curatori richieste dai creditori a tutela delle loro

---

<sup>134</sup> Per quanto concerne la traduzione del summenzionato frammento, cfr. M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano*, cit., 30-31.

obbligazioni, la quale si caratterizza per l'espletamento *ex ante* della verifica dell'idoneità della persona da individuare come *curator*<sup>135</sup>.

Il disposto del summenzionato frammento ulpiano consente di focalizzare correttamente l'attenzione sul fine dell'*inquisitio*: il fatto stesso che sia prevista in alternativa alla prestazione di una garanzia dimostra come questa assolve ad una funzione di garanzia a tutela degli interessati (soprattutto i creditori), affinché la persona designata non solo sia idonea ma sia in grado, al tempo stesso, di rispondere di eventuali mancanze o danni cagionati. In particolare, l'idoneità del curatore sembra estrinsecarsi in un duplice profilo, di solvibilità patrimoniale ed integrità morale, come confermato anche da altre fonti<sup>136</sup>.

La presenza di due *curatores* diversi, per il ventre e per i beni, è accertata anche in altri frammenti, che saranno esaminati in seguito, ma è al tempo stesso intrinsecamente meritevole di alcune osservazioni: i due *officia* appena menzionati derivano da una medesima situazione di fatto, l'assenza del *pater* e la presenza di una donna incinta, ma corrispondono ad esigenze differenti. Infatti, semplificando fin eccessivamente i legami tra curatori, presupposti ed oggetti della curatela, l'uno deve provvedere alla sopravvivenza effettiva della donna, e pertanto del *venter*, fino al parto, mentre l'altro deve garantire l'integrità del patrimonio che era in capo al *pater familias* assente.

Dall'esistenza nelle fonti di *curatores* diversi si evince come esistano due ordini di interessi meritevoli di tutela ben distinti e tali da richiedere ognuno funzioni specifiche.

---

<sup>135</sup> Cfr. Sul punto B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 151 e ss. e nt. 186 e L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, cit., 170 e ss. e soprattutto le parti riguardanti l'esame del termine *inquisitio* nelle fonti. Per le ragioni suesposte, l'*inquisitio* non si configura come un passaggio preliminare e necessario nella designazione di un curatore, bensì come una delle possibili vie, nello specifico, tramite uno strumento che prevede il coinvolgimento di un magistrato e quindi, forse, preferibile, atte a rafforzare la tutela del creditore o del curato.

<sup>136</sup> Con riguardo al profilo della solvibilità del curatore e del tutore si veda, *ex multis*, D.1.12.1.7 (Ulp. *l. sing. off. praef. urbi*): "*Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit vel nummis datis tutelam occupasse, vel praemio accepto operam dedisse ut non idoneus tutor alicui daretur, vel consulto circa edendum patrimonium quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupilli bona alienasse*". Con riguardo invece al profilo della moralità del curatore, cfr. D.26.5.24 (Paul. 9 reps.): "*Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratum inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque et nomina praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare*". Entrambi i requisiti potevano pertanto essere verificati dal magistrato, tramite *inquisitio*, ovvero dagli interessati stessi, che sulla base delle proprie conoscenze proponevano una designazione e si tutelavano richiedendo la *satisdatio*.

Si rende dunque necessario considerare a chi venissero attribuite le summenzionate funzioni, l'eventuale possibilità di riunione delle stesse in capo alla medesima persona fisica e, chiaramente, il contenuto di ulteriori frammenti sul punto, anche al fine di meglio comprendere come classificare il *curator ventris*, di interpretarne correttamente le finalità ed anche il grado di integrazione tra i due *officia* nel corso del tempo<sup>137</sup>.

Nell'ambito di D.37.9.1, i §§ da 18 a 22, per maggior chiarezza qui riportati senza interruzioni, il giurista Ulpiano si esprime in questo senso:

*“Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit et plures, si desiderentur, dandi sunt.*

*Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris.*

*Deminutio autem ad hos sumptus fieri debet primum ex pecunia numerata: si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonia onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt.*

*Item si periculum est, ne interim res usu capiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet.*

---

<sup>137</sup> Cfr. in proposito l'ampia trattazione svolta in B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 153 e ss., ed anche C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium – Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, 49 e ss. considerando anche i riferimenti al frammento che qui si esamina. *Contra*, cfr. *infra* ed anche S. SOLAZZI, *Curator ventris*, cit., 67 e ss.. Cfr. anche il contenuto di D.37.9.1.18 (Ulp. 41 *ad ed.*), *“Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit et plures, si desiderentur, dandi sunt”*, ove appare residuale, o quantomeno motivata da esigenze specifiche di fatto, l'ipotesi di designazione di due *curatores* differenti.

*Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum*<sup>138</sup>.

In questa successiva parte dell'ampio frammento ulpiano sembra che le figure siano effettivamente coincidenti, ma ad un livello e con un significato di analogia che supera la sovrapposizione soggettiva di due compiti differenti in capo alla stessa persona fisica, dovendosi trattare di un singolo curatore, "*idem curator et bonis et ventri detur*" che si occupi di tutto, del ventre e dei beni.

Un'espressione di tale inequivocabile pregnanza è stata oggetto di studi da parte della dottrina ed è stata ipotizzata<sup>139</sup> un'interpolazione del frammento: infatti il giurista non avrebbe potuto, nello stesso passo, contraddire se stesso dedicando, prima di siffatte affermazioni, un paragrafo intero alla descrizione di due *officia* separati, con procedure di designazione in certi casi differenti, lasciando intendere non solo la possibilità che venissero assegnati a persone diverse, bensì che uno dei due, il curatore dei beni, potesse anche essere nemmeno designato, con la conseguenza di dover poi assegnare la cura dei beni ai creditori.

Ciò posto, l'interpolazione è sostenuta da alcune osservazioni di carattere terminologico, in merito all'uso di sinonimi tecnici e di ripetizioni rispetto al § 17, volendo sostanzialmente i compilatori estendere la disciplina che delineava il ruolo dei

---

<sup>138</sup> La cui traduzione, per una più agevole leggibilità, riportiamo in nota: "siamo poi governati da questa disposizione, che uno solo sia dato curatore, ed ai beni, ed al ventre, ma se i creditori facciano istanza, o colui che spera di succedere, ciò è da farsi con maggiore diligenza, e circospezione, e se ne debbono dare di più, se si vogliono. La donna poi immessa nel possesso, deve togliere dai beni soltanto quelle cose senza le quali il feto non può sostenersi ed essere portato fino al parto; ed a tal uopo è necessario nominare un curatore, che garantisca alla donna il mangiare ed il bere, l'abbigliamento e un riparo, a seconda del patrimonio del defunto e della dignità sua e della donna. La diminuzione poi per queste spese deve farsi prima sul contante: se questo non vi sarà, su quelle cose si farà che sogliono piuttosto gravare di spese il patrimonio che aumentarlo con i frutti. Del pari se vi è pericolo, lo stesso deve procurare che le cose nel frattempo non vengano prescritte, né i debitori siano liberati per i decorso del tempo. Così dunque amministrerà con questa cura con quell'ufficio ancora, onde la sogliono i tutori e curatori dei pupilli".

<sup>139</sup> In questi termini e con le motivazioni sopra riportate cfr. S. SOLAZZI, *Curator ventris*, cit., 67-68 e ID., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, cit., 19: l'autore infatti sostiene in merito alla possibilità materiale di riunire i due *officia* in una singola persona, a partire dal differente meccanismo di nomina dei due *curatores*, l'uno svolto dal magistrato tra soggetti vicini alla *familia*, l'altro con la forte – e comprensibile – ingerenza dei creditori, che la riunione delle due figure potesse essere eccezionale, ma non abituale, oltre a rilevare le summenzionate alterazioni e manipolazioni nei testi dei frammenti presi in esame riconducibili ai compilatori giustiniane, che probabilmente fecero confusione (volontaria) tra i due *curatores*. Risulterebbe però in contrasto con tale ricostruzione il disposto dal già citato *supra* D.37.9.1.18 (Ulp. 41 *ad ed.*), potendosi a mio avviso ritenere quantomeno anomalo il fatto che i compilatori siano intervenuti adeguando e, comunque, forzando il testo ulpiano originario solo in alcuni paragrafi, trascurandone altri sempre parte del medesimo D.37.9.1.

creditori nella nomina del *curator bonorum* anche alla nomina del *curator ventris*, quasi avessero inteso unificare le due funzioni in un unico curatore “*et bonis et ventri*”, recependo l’ingerenza del ceto creditorio del defunto nella designazione del *curator*. Inoltre, viene rilevato, il § 21 porrebbe in capo al curatore il compito di impedire la prescrizione dei diritti e l’usucapione, onere tipico del *curator bonorum*, parallelamente al § 19 che assegna al medesimo curatore il dovere di fornire alla donna “*cibum potum vestitum tectum*”, onere tipico dei *curatores* di persone.

L’interpolazione sarebbe dunque da ricondurre alla volontà di recepire nel Digesto una figura di *curator ventris et bonorum* unica ed inscindibile, per quanto tale introduzione risulterebbe probabilmente essere solamente un intervento di età giustiniana finalizzato ad adeguare a nuove realtà giuridiche fonti superate, che, con una certa coerenza interna, avrebbero invece previsto nei §§ 19 e 20 l’approfondimento delle funzioni del *curator ventris*, come delineato nel § 17, e nei §§ 21 e 22 delle funzioni del *curator bonorum*.

È stato altresì sostenuto<sup>140</sup> che, a prescindere da osservazioni di carattere terminologico, sarebbe possibile interpretare diversamente i §§ da 18 a 22: infatti il § 17 sarebbe da intendersi, nel discorso del giurista, come descrizione dell’ipotesi fisiologica, ovvero la nomina di un *curator ventris* e, a seconda delle necessità, di un *curator bonorum*, su istanza della vedova o dei creditori. I seguenti paragrafi, invece, si limiterebbero a presentare l’ipotesi fisiologica, ovvero la riunione in un’unica persona fisica delle due funzioni, a meno che non siano gli stessi creditori o “*qui sperat se successurum*” a pretendere la nomina di un soggetto differente, per una maggior tutela del loro interesse.

---

<sup>140</sup> Cfr. in proposito B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 149 e ss. e, successivamente, 160-161. Qui si osserva peraltro come effettivamente le precisazioni contenute nel § 18 potrebbero essere di origine giustiniana, vista la ridondanza e l’incipit anomalo con “*idcirco*”; al contempo la ripetizione didascalica pare essere coerente con lo stile argomentativo di Ulpiano e, quindi, l’uso di termini imprecisi o anomali se ricondotti all’autore potrebbe ridurre da un lato la portata e la gravità dell’interpolazione, dall’altro limitarne eventualmente gli effetti esclusivamente all’ambito terminologico, senza con ciò compromettere l’impianto del discorso ulpiano. Con riferimento, invece, all’interpretazione riportata e discussa nel prosieguo del testo, non va dimenticato che il frammento di Ulpiano, nel trattare di due diversi officia di curatori, va letto in coerenza sia con quanto disposto dal summenzionato D.50.4.1.4 che con quanto disposto da D.37.9.5, i quali confermano le affermazioni ulpianee, le quali non ritengo possano essere interpretate presupponendo una sorta di aporia interna ed intrinseca per la sola ragione di esporre diffusamente e nella stessa sede attribuzioni e specificazioni differenti e potenzialmente contraddittori, ma solo ed esclusivamente qualora si fossero manifestati simultaneamente in un singolo caso specifico.

In questo caso si palesa nettamente il riconoscimento da parte dell'ordinamento di una tutela in prima battuta del *venter* e, subito dopo, dei beni del defunto, a favore dei relativi creditori.

L'*officium* di curatore dei beni sarebbe così giustificato da una duplice esigenza, da un lato garantire una corretta gestione del patrimonio a tutela del nascituro e dei suoi interessi patrimoniali, potenzialmente a rischio a seguito della scomparsa del *pater*, dall'altro tenere "*securi*" i creditori del defunto, in modo che le loro ragioni non siano pregiudicate e che la garanzia patrimoniale offerta dai beni oggetto di cura rimanga inalterata.

Sulla scorta di siffatte osservazioni, si può facilmente immaginare come sia l'entità del patrimonio e la presenza o meno di creditori a differenziare le varie situazioni: nei casi più semplice, infatti, un singolo curatore, per il ventre e per i beni, sarebbe stato sufficiente; in altri casi no.

Il fatto che, con riferimento alla cura, in certi casi "*diligentius atque circumspectius id fieri debet*", può essere facilmente spiegato con la prevenzione dei possibili conflitti di interessi che sarebbero sorti nella gestione del patrimonio del defunto prima della successione tra un curatore scelto su istanza della donna (vedova del defunto e madre dell'erede) ed i creditori che allo stesso patrimonio avrebbero fatto affidamento per il soddisfacimento dei propri diritti. Al tempo stesso la disposizione "*et plures, si desiderentur, dandi sunt*", è stato ipotizzato<sup>141</sup>, come da riferirsi esclusivamente all'*officium* del curatore dei beni: infatti, in presenza di patrimoni particolarmente ampi o dislocati fisicamente in luoghi differenti e distanti tra loro, un solo *curator bonorum* non sarebbe stato adeguato a gestire correttamente e diligentemente il patrimonio del defunto.

La questione della presenza o meno di interpolazioni nel frammento non sarebbe dunque rilevante ai fini di una sua corretta interpretazione: a mio avviso, infatti, Ulpiano non descrive le funzioni del *curator ventris* prima e del *curator bonorum* poi, ipotizzando una riunione delle due funzioni dovuta all'evoluzione del diritto, bensì, come già osservato nel primo capitolo della presente ricerca, con riguardo alle funzioni

---

<sup>141</sup> Ipotesi confermata, peraltro, nella sua concreta eventualità e fattibilità, da D.42.7.3 (Celso 24 *dig.*) in tema di cura dei beni in generale: "*Si plures eiusdem bonorum curatores facti sunt, in quem eorum vult actor, in solidum ei datur actio tam quam quivis eorum in solidum age*".

dei *curatores* ed all'esegesi dei relativi frammenti, il giurista starebbe descrivendo i rimedi, le soluzioni ad una situazione di fatto problematica e potenzialmente lesiva di una pluralità di interessi, riconducibili anche a più soggetti o categorie di soggetti.

Pertanto, non dovendosi utilizzare le tradizionali categorie giuridiche a noi ben note, potremmo leggere D.37.9.1.17-22 al di là di una rigida segregazione tra *officia* che sarebbe poi stata superata esclusivamente tramite una manipolazione delle fonti da parte dei compilatori, rilevando come Ulpiano presenti via via differenti casi potenzialmente critici per l'ordinamento e le varie possibilità di mitigazione delle problematiche: un curatore che si occupi del ventre ed uno dei beni, scelto dalla donna o dai creditori, se lo volessero; riunione delle due funzioni in un unico soggetto ovvero nomina di più curatori, anche di più curatori dei beni.

Il valore di riferimento è quello universalmente riconosciuto, nel diritto romano, della tutela assoluta dell'integrità dell'ordine giuridico, il *ius*, con tutto l'evidente substrato sacrale in esso riscontrabile: il diritto appronta tutti i mezzi e le soluzioni necessarie affinché un fatto non determini una compromissione dell'ordine o, qualora ciò accada, sia possibile adottare tutti i mezzi necessari affinché la situazione precedente sia ripristinata *in integrum*.

## **2.2 INCERTEZZE CLASSIFICATORIE E RIFLESSIONI: *CURA PERSONAE* O *CURA BONORUM*?**

A prescindere dunque dalla fenomenologia del *curator ventris* e del *curator bonorum*, resta omogeneo tra le due figure il presupposto necessario che ne determina la necessità, ovvero, come poi meglio argomenteremo, la situazione di assenza di un soggetto: non solo assenza di un *pater familias* che si occupi della famiglia e che garantisca il buon esito della gravidanza della moglie, ed al tempo stesso che possa relazionarsi con i creditori, ma anche assenza del nascituro stesso, per quanto temporanea, ovvero assenza di un soggetto a cui l'ordinamento giuridico riconosce delle aspettative in ordine al godimento futuro dei suoi diritti.

Un punto interessante da approfondire riguarda la classificazione del *curator ventris* secondo le macrocategorie ipotizzate in premessa, ovvero se possa tale *curator* ritenersi un curatore di persone o un curatore di beni.

La classificazione è incerta e non immediata, dal momento che sostanzialmente, e salvo alcune ipotesi specifiche già considerate, il curatore del ventre può svolgere entrambe le funzioni, e nessuna delle due: infatti provvede sì alle esigenze del concepito, ma non come un *curator* in senso tradizionale – come ad esempio il *curator furiosi* – frapponendosi tra l’oggetto di cura e la società; d’altro canto il *curator ventris* provvede anche alla tutela dei diritti del marito e della *familia* alla discendenza, diritti che però non possono essere considerati materiali, su beni patrimoniali. Inoltre, come sarà meglio argomentato nel successivo capitolo, il *venter* stesso può essere identificato come una *res*, non come una persona, quindi risulterebbe in ogni caso discutibile l’identificazione del *curator ventris* come un curatore tradizionale.

È già stata esaminata nel precedente paragrafo la distinzione<sup>142</sup> tra i due *officia* di *curator ventris* e *curator bonorum*, a tutela di tutti i possibili interessi coinvolti, e come gli stessi potessero coincidere nella stessa persona fisica, con la nomina di un soggetto che goda sia dei requisiti necessari per la nomina del *curator ventris* che dell’approvazione dei creditori, dovendo poi assolvere entrambe le funzioni.

Proprio questa possibilità, fondere le due funzioni in capo allo stesso soggetto, suggerisce la qualificazione più adatta dell’istituto in esame: considerando che la suddivisione in categorie era sconosciuta al diritto romano – e parte della dottrina<sup>143</sup> arriva ad affermare che l’istituto stesso della *cura* poteva essere considerato una “costola” del più ampio e delineato *genus* della *tutela* – è possibile che in tutti o quasi i tipi di curatela permangano entrambi i caratteri, di cura di persone e custodia di beni, con una maggiore prevalenza, a seconda dei casi, dell’uno piuttosto che dell’altro.

Nella *cura ventris*, peraltro, non solo i due caratteri sono esplicitamente tenuti distinti – tramite la suddivisione tra gli *officia* di *cura ventris* e *cura bonorum* – con la possibilità

---

<sup>142</sup> Si ricordi comunque la fermezza con cui S. SOLAZZI, *Curator ventris*, cit., 67 e ss. sanciva la segregazione tra *curator ventris* e *curator bonorum*, riconducendo un’eventuale ipotesi di riunione ad un processo di interpolazione giustiniana atto a seguire le tendenze evolutive del diritto del tempo.

<sup>143</sup> Così G. G. ARCHI, sv. *Concepimento*, cit., 179-180 ed implicitamente anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 66 e 503 e ss., arrivando a distinguere tutela e curatela solo per il requisito dell’*auctoritas interpositionis*.

di essere poi riuniti, ma in ognuno di essi si riscontra la presenza, seppur minima, dell'altro: infatti nella cura del ventre sembra emergere come caratterizzante il tratto di tutela dei diritti del *pater* e della *familias* utilizzando strumentalmente la curatela del nascituro, mentre nella *cura bonorum* sembra essere caratterizzante il tratto della custodia dei beni e della protezione delle aspettative dei creditori, attraverso la contestuale tutela della posizione anche patrimoniale della gestante.

Una possibile interpretazione è da svolgersi attraverso la disamina di due frammenti: di Ermogeniano il primo,

D.26.7.48 (Herm. 1 *iur. epit.*): “*Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plena rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur*” (“c’è un’importante differenza tra il curatore dei beni e del ventre e tra il curatore di un folle e parimenti di un prodigo o di un pupillo, in quanto infatti per i primi c’è senza dubbio l’amministrazione dei beni, invece per i due precedenti, la sola custodia, e delle cose che stanno per perdere valore, è prescritta la vendita”),

e di Ulpiano – già citato precedentemente – il secondo, D.37.9.1.17 (Ulp. 41 *ad ed.*).

Nel primo frammento Ermogeniano espone come dato di fatto l’esistenza tra una effettiva e notevole differenza tra la figura del *curator bonorum ventrisque* e gli altri curatori conosciuti dal diritto romano.

In particolare la distinzione attiene alle funzioni che vengono riconosciute a tale curatore, competendogli infatti una limitata possibilità di intervento sul patrimonio del *venter* a fronte della piena potestà gestoria ed amministrativa, ma non solo. Infatti, come abbiamo avuto modo di constatare nella disamina delle altre figure di curatori nel diritto romano, le funzioni attribuite, i compiti e le relative responsabilità discendono non tanto da una categorizzazione aprioristica, quanto dall’effettiva corrispondenza ad un particolare stato, una necessità che con la designazione di un *curator* si intende superare o, comunque, mitigare.

Una delle particolarità del *curator ventris*, che fonda la *magna differentia* esposta da Ermogeniano, è che si occupa dei diritti di una persona che non è ancora presente e lo fa con strumenti e attribuzioni tipiche sia dei curatori di persone che di beni: l'assimilazione tra i due *officia* è sancita, per l'appunto, da D.37.9.1.17, ove si riconducono esplicitamente entrambe le funzioni alla situazione che funge da presupposto giuridico e non solo fattuale alla curatela, ovvero l'immissione della donna nel possesso dei beni del marito defunto, la *missio in possessionem ventris nomine*.

Da questo punto, quindi, la disciplina della *cura ventris* diviene, a differenza degli altri casi di curatela, mutevole e adattabile ad ogni tipo di situazione, presenza di creditori del defunto, necessità di immissione dei medesimi nel possesso dei beni ovvero designazione da parte del magistrato di un *curator*, possibilità di scindere in più curatori l'istituto in esame, al fine di raggiungere, pragmaticamente, la tutela di tutti gli interessi coinvolti.

È stato identificato un ulteriore elemento a supporto della *magna differentia*: la transitorietà della *cura bonorum* a fronte dell'inevitabile indeterminatezza della durata della *cura personae*<sup>144</sup>.

Infatti la cura del furioso, del prodigo e di altri soggetti affetti da incapacità è strettamente collegata allo stato della persona che giustifica e rende necessaria la curatela. Si presume che tale stato possa durare continuativamente, salvo eccezioni, pertanto la curatela delle persone è strutturata in modo da non dover essere un istituto temporaneo o legato ad una situazione di breve durata.

Per converso, la cura dei beni fa fronte a situazioni temporanee in cui si vuole evitare che un determinato patrimonio non sia disperso, non subisca diminuzioni o pregiudizi tali da ledere la posizione del suo titolare, ovvero che possa essere assoggettato a procedure esecutive senza pregiudizio per i creditori.

Anche nel caso del *venter* il *curator bonorum* risponde alla necessità di garantire l'integrità del patrimonio in attesa della nascita del suo legittimo titolare; situazione che

---

<sup>144</sup> Cfr. B. BISCOTTI, *Curare bona*, cit., 156 e ss.. Secondo l'autrice, peraltro, la situazione di assenza del titolare del patrimonio che funge da presupposto della *cura ventris* e quindi la "sospensione" della titolarità stessa di una massa di beni potrebbe essere ricondotta ad un'altra situazione affine, alla sospensione in cui versava il patrimonio del debitore esecutato. La separazione tra persona del debitore e suo patrimonio, con "intromissione" del *curator* nella procedura sarebbe poi da ricondurre alla vendita *trans Tiberim* del debitore ed alla conseguente gestione dei suoi beni e rapporti giuridici. Cfr. altresì V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, cit., 350.

è, evidentemente e per sua natura temporanea e di breve durata, venendo meno tale necessità con il parto. Infatti, tornando al frammento sopra riportato, al curatore dei beni non si richiede altro che la “*sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio*”, non dunque un intervento qualificabile come amministrazione sostitutiva in luogo del titolare assente, bensì custodia, garanzia ed eventualmente vendita dei beni a rischio di deperimento.

Tale funzione si ricollega espressamente a quanto sancito da Ulpiano, in D.37.9.1.21, il quale identificava come onere del *curator bonorum* che “*ne interim res usu capiantur, ne debitores tempore liberentur*”: un intervento limitato ad evitare quei pregiudizi patrimoniali che in una situazione fisiologica di presenza del legittimo titolare esso stesso avrebbe potuto diligentemente evitare o compensare con altre azioni.

Se quindi la temporaneità della funzione del *curator ventris* potrebbe accomunarlo alla categoria dei curatori di beni, c'è un ulteriore aspetto da considerare, legato perlopiù alle finalità concrete perseguite dall'ordinamento con la designazione di tale soggetto: senza intraprendere ora una ricostruzione delle finalità dell'istituto in esame, per la quale si rinvia al prosieguo della presente ricerca, è doveroso sottolineare come l'*officium* di cura dei beni appaia, nelle fonti considerate, strettamente connesso alla presenza di creditori del defunto.

Si potrebbe infatti, in coerenza con quanto sancito sia da Ermogeniano che da Ulpiano, considerare il *curator bonorum* come una funzione, un istituto, differente ed autonomo dal *curator ventris*, interpretandolo dunque esclusivamente come una manifestazione concreta della *cura bonorum* di cui si è dato conto in precedenza.

Se infatti la *cura bonorum*, nata e strettamente connessa all'ambito della *bonorum venditio*, risulta essere, più che un istituto, un insieme di azioni che si rende necessario intraprendere al fine di mantenere integro un patrimonio, è più semplice intravedere anche nel caso della presenza del *venter* la finalità di tutela delle ragioni creditorie che tipizza questa fattispecie di cura.

La *cura bonorum* è, come già considerato, trasversale e versatile, risponde all'esigenza di evitare che dei beni, in particolar modo nel caso della procedura di *bonorum venditio*, ma, in generale, in presenza di situazioni di rischiosità per i beni stessi, subiscano un deterioramento, una dispersione di valore, con il relativo depauperamento dei terzi che

vantassero diritti sui medesimi. Potrebbe dunque essere plausibile che, mantenendo la situazione di necessità della donna incinta e, indirettamente, del *venter*, quale presupposto logico ed argomentativo (come è stato fatto per tutte le fattispecie di curatela) della *cura ventris*, l'*officium* di *curator ventris* sia una funzione autonoma con l'unico fine di garantire che il *venter* pervenga con successo al parto, mentre l'*officium* di *curator bonorum*, che può anche sovrapporsi al precedente nella stessa persona, sia un curatore dei beni tradizionalmente inteso, che si rende necessario avere in presenza di creditori del defunto o di patrimoni ingenti e di complessa gestione. Soltanto la comunanza del presupposto della curatela conferisce a due strumenti giuridici separati, tra cui corre una *magna differentia*, il carattere di simultaneità, se non, addirittura, coincidenza.

Per concludere la presente riflessione, un ultimo elemento che potrebbe far propendere per la qualificazione del *curator ventris* come un curatore di beni più che di persone è la considerazione che nei casi di *cura personae* precedentemente esaminati l'oggetto della curatela coincide perfettamente con il curato, dovendo il curatore sostituirsi ad esso nel compimento di una serie di atti che questi non sarebbe in grado di porre in essere autonomamente senza cagionare danno a sé o alla collettività, che, in ultima analisi, rientra a pieno diritto tra i beneficiari della *cura personae*<sup>145</sup>.

Nel caso del *venter*, invece, non è evidente che l'oggetto della curatela sia esclusivamente il *venter* stesso, dovendosi considerare anche il ruolo della donna, che beneficia dell'opera del *curator* e ne è al tempo stesso soggetta, dei creditori del defunto ed eventuali altri interessi, di minore immediatezza, che si proverà ad identificare precisamente nel prosieguo.

---

<sup>145</sup> In questo senso è rilevante il passo D.24.3.22.8 (Ulp. 33 *ad ed.*), già menzionato *supra*, § 1.3 nel paragrafo dedicato alla *cura furiosi*, in particolare per la compenetrazione tra funzione assistenziale e amministrativa del *curator*, ove il *furiosus* oggetto di curatela è sempre chiaramente il primo destinatario dell'istituto giuridico: “[...] *licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia*”.

### 2.3 LE FINALITÀ' DELLA *CURA VENTRIS*: TUTELA DI PERSONE O TUTELA DI DIRITTI?

A questo punto l'interrogativo che ritengo si più corretto porsi al fine di meglio comprendere la cura ventris riguarda le sue finalità, senza omettere il dibattito che si è acceso in proposito in dottrina tra chi sostiene, da un lato, che la *cura ventris* risponda ad esigenze di tutela del concepito e chi, invece, ritiene si tratti di esigenze di tutela della donna, oppure dei diritti del *pater familias*.

Una prima possibile interpretazione della funzione della *cura ventris* si ispira a criteri finalistici, e prevede che l'istituto in esame sia stato predisposto a tutela del nascituro, del *venter*, considerato dal diritto romano già come una persona, un soggetto autonomo ancor prima della nascita. Questa interpretazione si fonda sull'esame di una serie di frammenti riguardanti la posizione giuridica della donna incinta, che dimostrerebbero l'attenzione del diritto romano, prima dell'avvento del cristianesimo, ai diritti del concepito<sup>146</sup>.

Parte della dottrina porta a sostegno della propria tesi, in primo luogo, una serie di disposizioni finalizzate a tutelare specificatamente la donna incinta, come ad esempio il divieto di sepoltura della donna deceduta gravida prima dell'estrazione del *partus*<sup>147</sup>,

---

<sup>146</sup> Questa è la posizione riscontrabile in P. CATALANO, *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro* (a cura di A. TARANTINO), Milano, 1997, 88 e ss., ma anche *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Diritto e Persone – Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 202 e ss. e, ID., *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano*, in *Atti del convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive"*, Roma 2005, bozza scaricabile da <http://www.cristiani.altervista.org/teologia/referendum/catalano.pdf>; M. P. BACCARI, *La difesa del concepito*, cit., 2 e ss., ma anche ID., *Concetti ulpianei per il 'diritto di famiglia'*, Torino, 2000, 6 e ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse – Identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 187 e ss. e da M. LUBRANO, *Persona e «homo» nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002.

<sup>147</sup> Così D.11.8.2 (Marc. 28 dig.): "*Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*".

oppure il differimento dell'esecuzione della pena capitale della donna incinta ad un momento successivo al parto<sup>148</sup>, o similmente il differimento dell'accusa di adulterio<sup>149</sup>. In secondo luogo ci si può riferire, al fine di corroborare questa interpretazione, anche ad una serie di disposizioni finalizzate a reprimere l'aborto: l'origine sono due rescritti degli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla, le cui tracce possono essere reperite in tre frammenti differenti, di Trifonino, il quale afferma che

D.48.19.39 (Tryph. 10 disp.): *“Cicero in oratione pro cluentio habito scripsit milesiam quandam mulierem, cum esset in asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est”* e pertanto *“Nell’orazione per Cluenzio Abito Cicerone scrisse che una donna di Mileto, quando lui era in Asia, per essersi – ricevuto denaro dai secondi eredi – procurata con medicine l’aborto, fu condannata per crimine capitale. Ma altresì, se dopo il divorzio, una donna incinta, per non procreare un figlio al marito ormai nemico, avesse fatto violenza alle sue viscere, i nostri ottimi imperatori hanno rescritto che venga punita con temporaneo esilio”*

di Ulpiano, il quale afferma che

D.48.8.8 (Ulp. 33 ad ed.): *“Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget”* e pertanto *“Se risulterà che una donna abbia fatto violenza alle sue viscere per abortire, il preside della provincia la manderà in esilio”*

---

<sup>148</sup> Cfr. in proposito i frammenti D.1.5.18 (Ulp. 27 ad Sab.): *“Imperator Hadrianus publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris”* e D.48.19.3 (Ulp. 14 ad Sab.): *“Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est”*.

<sup>149</sup> D.37.9.8 (Paul. 1 de adult.): *“Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato”*.

e di Marciano, il quale afferma che

D.47.11.4 (Marc. 1 reg.): “*Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*” e pertanto “I divini Severo ed Antonino rescrissero che colei che volontariamente abortì deve essere dal preside mandata in temporaneo esilio: può infatti ritenersi iniquo che essa abbia impunemente defraudato il marito dei figli”.

In tutti i passi appena citati si prevede, per la donna sposata che abortisca volontariamente, la pena dell'*exilium*. Questa regola viene letta dalla dottrina in considerazione come prova dell'esistenza di una forma di tutela del diritto alla vita del concepito, per quanto si possa prestare anche a differenti ricostruzioni<sup>150</sup>.

Un'altra norma, di minore interesse, è quella che prevede la pena capitale per la persona che vende ad una donna un veleno o in generale una pozione abortiva<sup>151</sup>, all'evidente fine di scoraggiare il commercio di simili farmaci:

D.48.19.38.5 (Paul. 5 sent.): “*Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*”, quindi “chiunque somministra una bevanda abortiva o afrodisiaca, anche se non lo fa con dolo, siccome la cosa è di cattivo esempio, è punito tuttavia ai lavori in miniera se è di bassa estrazione sociale ovvero alla relegazione in un'isola e alla perdita di parte dei beni se è di buona estrazione sociale. Se l'uomo o la donna muore, è punito con la pena capitale”.

---

<sup>150</sup> Di cui daremo conto a breve, cfr. E. CANTARELLA, *Corso di istituzioni di diritto romano – persone, famiglia e parentela, matrimonio*, Milano, 1995, 190 e ss. ma anche C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 271 e ss. e, specialmente, *infra*, nota 36, ove si considererà il fatto che, nonostante l'aborto fosse moralmente riprovevole per la società romana, solo dei provvedimenti imperiali arrivarono a sanzionarlo penalmente. Cfr. E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano, 1971, 415 e ss. con particolare riguardo alle riflessioni contenute nella nota 280 sull'aborto inteso come atto distruttivo di una *spes mariti* e non come un omicidio, secondo la dominante filosofia stoica.

<sup>151</sup> Si veda, per la disamina del passo e per una lettura del medesimo in senso favorevole al riconoscimento di una tutela del concepito P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit., 140 e ss. e la relativa ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto.

Va dato atto delle problematiche interpretative connesse al frammento appena riportato: senza oltrepassare i limiti imposti dal tema qui in discussione, si nota come la condanna prevista dall'ordinamento giuridico debba essere comminata anche se il farmaco abortivo, o, eventualmente, *amatorium* (si può intendere come un filtro d'amore) sia stato somministrato senza dolo (da cui si può dedurre la volontà di reprimere un insieme di comportamenti socialmente non condivisi più che tutelare il concepito); inoltre nel passaggio successivo, dove si prescrive la pena di morte qualora *mulier aut homo perierit*, proprio l'uso del termine *homo* introduce elementi di ambiguità: alcuni ritengono infatti che ciò comporti il riconoscimento esplicito della personalità del nascituro e della sua tutela di fronte ad un atto abortivo (la pena di morte, come per un omicidio) ma, effettivamente, la sanzione capitale deriverebbe a mio avviso dalla morte non del concepito, bensì di *mulier aut homo* e, peraltro, riferendosi il passo anche a possibili filtri d'amore (e non esclusivamente a preparati abortivi), *homo* potrebbe essere ricondotto all'uomo cui il filtro è somministrato da parte di un'innamorata e non al *venter*.

In un frammento del giurista Paolo è possibile rinvenire un'ulteriore disposizione, in materia successoria, a sostegno della predetta ricostruzione:

D.5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*): “*Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit [...]*” (“gli antichi provvedettero al figlio nel ventre in modo da al tempo della nascita a lui fossero riservati integri tutti i diritti: così appare nel diritto ereditario, non sono ammessi tra quelli che sono per grado d'agnazione dopo di chi è in utero mentre è ancora incerto se possa nascere”).

In questa sede si afferma il principio per cui da sempre (il termine *antiqui*) i diritti del nascituro vanno mantenuti integri fino al momento della nascita, affinché egli ne possa godere, fino al punto da sospendere la successione di chi è già nato.

Questo ed altri passi del giurista Paolo sono stati messi in discussione in quanto si è rilevato uno stridente contrasto tra queste opinioni, marcatamente favorevoli alla tutela del nascituro, ed altri frammenti<sup>152</sup>, in cui invece si afferma il contrario. C'è chi ha sospettato un intervento dei compilatori giustinianeï, sotto il possibile influsso delle dottrine cristiane<sup>153</sup>, chi intravede una sostanziale contraddizione tra due contrapposti filoni interpretativi in seno alla dottrina classica stessa<sup>154</sup>, ma la soluzione più convincente è un'altra e può collegarsi ad una differente concezione del nascituro, che di seguito esporremo<sup>155</sup>.

Le conclusioni che parte della dottrina trae considerando i frammenti sopra riportati<sup>156</sup> si prestano a questo punto ad ulteriori possibili interpretazioni: stante la tutela del concepito nel diritto romano, si può pensare che questo valore sia tutelato intrinsecamente, che riceva dunque un riconoscimento assoluto come diritto alla vita<sup>157</sup>, oppure che sia riconosciuto strumentalmente, in quanto la tutela del nascituro sarebbe strumentale ad una più generale tutela dell'integrità della società romana e dell'accrescimento della *civitas*.

---

<sup>152</sup> Ad esempio, su tutti, D.38.16.1.8 (Ulp. 12 *ad Sab.*) in cui si contrappongono i *concepti* a chi già è in *rebus humanis*.

<sup>153</sup> Sul punto M. ROBERTI, *Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*, in *Cristianesimo e dir. romano*, Milano, 1935, 67 e ss.

<sup>154</sup> Così E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33, 1923, riprodotto e integrato in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 5 e ss., il quale fa riferimento ad una differenza interpretativa fondata sulla considerazione della condizione biologica del nascituro piuttosto che meramente giuridica.

<sup>155</sup> Cfr. per questa ricostruzione G. GANDOLFI, sv. *Nascituri*, in *ED*, XXVII, Milano, 1977, 531 e ss.; per quanto riguarda la già accennata soluzione più convincente, si può anticipare sinteticamente che non vi è un effettivo contrasto tra i diversi frammenti considerati dall'autore, quanto il fatto che debbano essere riletti tutti considerando che il concepito non è un soggetto di diritto, ma che l'ordinamento gli riconosce delle aspettative, fingendo, in questi casi, che goda della medesima posizione di chi è nato, per tutelare valori differenti da quello della vita del concepito in sé e per sé considerata. In questo senso, cfr. in seguito, e in ogni caso G. G. ARCHI, sv. *Concepimento*, cit., 354-355, ancorché lo stesso paia dubitare dell'assolutezza di tale ricostruzione, soprattutto considerando l'evoluzione del diritto romano. *Contra* cfr. per intero P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit.: tale opera costituisce una ricostruzione minuziosa dell'apparente, nel pensiero dell'Autore, contraddizione interpretativa circa la posizione del nascituro, da rileggere come sostanziale riconoscimento di un'individualità dello stesso da parte dell'ordinamento giuridico romano.

<sup>156</sup> Per quanto non si sia proceduto ad un'esegesi analitica degli stessi, dati i limiti ed il carattere specifico della presente ricerca.

<sup>157</sup> E, oltre a richiamare quanto già affermato diffusamente in M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano*, cit., 2 e ss. e 49 e ss., riferiamo la posizione illustre di G. LA PIRA, *Di fronte all'aborto*, in *L'Osservatore romano*, 19-20 marzo 1976, espressa in un rilevante articolo di giornale in cui si approfondivano tematiche romanistiche.

Infatti tale valore trova riscontro nelle fonti, soprattutto nel lungo frammento di Pomponio D.1.2.2 (Pom. *enchiridii*), di cui si ricorda il principio “*civitas augescens*”.

In merito alla repressione dell’aborto, *in primis* va chiarito che non si può, da un punto di vista logico, ritenere che alla repressione dell’aborto corrisponda necessariamente una qualsivoglia tutela del concepito in quanto considerato già autonomo soggetto di diritto<sup>158</sup>.

La letteratura latina è peraltro testimone della tendenza, specialmente tra le donne patrizie, ad abortire di nascosto per evitare i fastidi della gravidanza, per vanità, ma anche per evitare conseguenze di ordine morale e giuridico (in caso di eventuali rapporti adulterini)<sup>159</sup>, ed è marcato il disprezzo sociale da parte degli uomini per una pratica che è sì giuridicamente tollerata in sé, ma che sconta pesanti sanzioni qualora avvenga all’interno del matrimonio: con una costituzione imperiale, C.5.17.10, Giustiniano infatti ampliò le cause di ripudio della donna, includendovi anche il procurato aborto<sup>160</sup>.

In precedenza, è noto, che lo stesso fosse causa di divorzio e che avesse conseguenze sul piano della *retentio dotis* da parte del marito. Tale istituto rappresentava una sorta di “multa dotale” tale da consentire al marito di trattenere in caso di divorzio, come e alle condizioni sopra meglio descritte, una parte della dote a seconda del numero dei figli. Il giurista Paolo, nell’annoverare il procurato aborto tra le cause di divorzio, precisa che il

---

<sup>158</sup> Sulle questioni di aborto, tutela del concepito e del relativo diritto alla vita, si vedano alcuni dei molti contributi su cui si fonda un dibattito pluridecennale: per uno studio prettamente giuridico della questione G. VILLANACCI, *Il concepito nell’ordinamento giuridico: soggettività e statuto*, Napoli, 2006, E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, i già citati E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, cit., P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit., soprattutto 135 e ss., C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 270 e ss. e i lavori di P. CATALANO di cui *supra*, nota 15; cfr. anche, per un punto di vista storico e politico, G. BERLINGUER, *La legge sull’aborto*, Roma, 1978, G. SCIRE’, *L’aborto in Italia: storia di una legge*, Milano, 2008 e, per un contributo più marcatamente etico e filosofico, *ex multis* per autorevolezza, M. REICHLIN, *Aborto: la morale oltre il diritto*, Milano, 2007. Da ricordare inoltre, quale principale riferimento delle cosiddette posizioni antiabortiste (o “*pro-life*”) il rapporto Warnock, ovvero lo studio portato a termine in Inghilterra negli anni ’80 da una commissione di bioetici appositamente incaricata, relativo allo status dell’embrione, all’inseminazione artificiale ed al momento di inizio della vita umana: cfr. M. WARNOCK, *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology*, London, 1984.

<sup>159</sup> Si vedano su tutti OVIDIUS, *Amores*, 2, 14, SENECA, *ad Helviam matrem de consolatione*, XVI, 3 e IUVENALIS, *Satyrae*, VI 595 e ss..

<sup>160</sup> Cfr. anche C. FAYER, *La familia romana*, II, Roma, 1994, 160.

marito poteva comunque trattenere, a titolo di *retentio dotis*, una parte di dote come se il figlio fosse effettivamente nato<sup>161</sup>.

Non si riscontrano in ogni caso misure sanzionatorie di tipo criminale da parte dell'ordinamento giuridico romano, specialmente con riferimento al periodo repubblicano: l'aborto è un comportamento moralmente riprovevole, con conseguenze giuridiche civilistiche, se avvenuto all'interno del matrimonio e null'altro. Peraltro, proprio il riferimento fatto da Cicerone alla "*Milesia quaedam*" dimostrerebbe come, per esperire una qualsivoglia considerazione penale del procurato aborto, si debba fare riferimento ad un caso avvenuto in Grecia (Mileto all'epoca conservava intatto il proprio ordinamento giuridico ed il diritto romano non vi trovava ancora applicazione) e non ad una legge o ad una casistica propria del diritto romano<sup>162</sup>.

Sia le fonti che la dottrina maggioritaria<sup>163</sup> ritengono che il diritto romano non considerasse il concepito come un soggetto autonomo, ma come parte della donna gravida: non a caso il termine tecnico maggiormente utilizzato (seppur non esclusivamente) per definire il nascituro è *venter*, e dunque il ventre della donna incinta<sup>164</sup>.

Un ulteriore elemento che potrebbe smentire una rilettura di ispirazione finalistica (precisamente, cristiana) degli istituti del diritto romano, o dei suoi principi fondamentali, proviene dalle fonti cristiane canoniche stesse: infatti l'apostolo Paolo, nelle sue Lettere, afferma in due occasioni che è da condannare l'interruzione della gravidanza in quanto uccisione di una persona, menzionando il fatto che il diritto romano non condivide una simile posizione<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Per quanto concerne la *retentio dotis*, si vedano i *Tituli ex corpore Ulpiani*, 6,10: "*Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cuius in potestate est divortium factum sit: tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres*" ovvero "La ritenzione per i figli ha luogo se sia intervenuto divorzio per colpa della donna o del padre sotto la cui potestà essa si trova: allora, infatti, viene trattenuto sulla dote un sesto per ogni figlio, con il massimo però di tre sestii. Cfr. ancora E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, cit., 365-366.

<sup>162</sup> Su questa posizione si colloca immediatamente E. NARDI, op. cit., 221-222.

<sup>163</sup> Come anticipato, cfr. G. G. ARCHI, sv. *Concepimento*, cit., 354.

<sup>164</sup> Anche E. NARDI, op. cit., 470 e C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 30 riportano la medesima considerazione; *contra* tuttavia P. CATALANO, *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano*, cit. . Su tali aspetti ci si soffermerà meglio nel prossimo capitolo.

<sup>165</sup> Cfr. pertanto PAULUS, 1 *Corinthios*, 7, 3-5 e *Galatos*, 3, 28.

Se il diritto romano ritiene di tutelare in certi casi, perlopiù in materia successoria, le aspettative di *qui in utero sunt*, ciò si può spiegare con la volontà di tutelare posizioni complesse e non la vita in sé<sup>166</sup>: ad esempio non creare sperequazioni tra figli già nati e figli che presumibilmente saranno tra i nati entro breve, qualora ai figli sia lasciata un'eredità o dei legati, oppure tutelare indirettamente la *familia* ed il *pater familias*.

Infatti, svolgendosi in un'ipotesi fisiologica il concepimento all'interno della famiglia, la base della società romana, il *ius civile* correttamente può occuparsene, in quanto evento rilevante anche in prospettiva futura, pur senza considerare da un punto di vista giuridico il *venter* come un soggetto autonomo<sup>167</sup>.

Può peraltro essere interessante il fatto che, tornando alla repressione dell'aborto da parte del diritto romano, per quanto l'aborto fosse considerato fin dai primordi della società romana un atto riprovevole, solamente la legislazione *extra ordinem* di età imperiale e, precisamente, i già citati frammenti di Trifonino, Ulpiano e Marciano, si premurò di stigmatizzarlo con dei provvedimenti ufficiali<sup>168</sup>.

Per quanto riguarda la tutela della crescita della *civitas*, esso è un valore rilevante e tenuto in gran conto dalla società romana, ma non è sufficiente a spiegare la sussistenza di forme di tutela così incisive come il *curator ventris*. Troviamo riferimenti al principio

---

<sup>166</sup> Peraltro non va dimenticata l'esistenza del *ius vitae ac necis* in capo al *pater familias*, una realtà di fatto confliggente con l'affermazione di una tutela della vita in senso pieno ed assoluto da parte della società romana.

<sup>167</sup> A queste conclusioni pervengono sia G. G. ARCHI, sv. *Concepimento*, cit., 354, che E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, cit., 470, che E. CANTARELLA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 191-192 con particolare attenzione alla nota 114.

<sup>168</sup> Così C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 280 e ss., ove si evidenziano alcune circostanze altrimenti difficilmente giustificabili: innanzi tutto il fatto che ogni tentativo di sanzionare l'aborto dal punto di vista criminale poteva trovare riscontro solo estendendo al *venter* la qualifica di *homo* con riferimento alla sillana *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, impresa assai ardua visto l'evidente ambito applicativo di detta legge, ancorché tale circostanza non sia pacifica, cfr. P. CATALANO, *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano*, cit.; poi il fatto che l'aborto se fosse avvenuto, all'interno del matrimonio, per dolo o per colpa della donna sarebbe potuto essere un motivo di *divortium*, mentre se fosse avvenuto per coercizione del coniuge, *coercitio morum*, avrebbe avuto conseguenze relative alla misura della restituzione della dote in caso di divorzio, pertanto prettamente patrimoniali; infine il caso, di cui si è occupato anche E. NARDI, op. cit., 220 e ss., cosiddetto della *Milesia quaendam*, una donna di Mileto condannata a morte per aver abortito, cui fa riferimento Cicerone nell'orazione *pro A. Cluentio Habito*, 32, cui si fa cenno anche nel frammento D. 48.19.39 (*Tryph. 10 disp.*) citato all'inizio del paragrafo: tale caso viene citato dall'oratore per enfatizzare la gravità della posizione di un marito, un certo Oppianico, processato per aver assassinato la moglie incinta, elevando tale circostanza ad aggravante dell'omicidio (e proprio tale riferimento mostra come, per esperire una qualsivoglia considerazione penale del procurato aborto, debba farsi riferimento alla citazione di un singolo caso avvenuto in Grecia e non ad una legge, che non esisteva).

“*civitas augescens*” sia nella legislazione denominata *civitas amplianda*<sup>169</sup>, sia nel presente frammento, per la precisione D.37.9.1.15, secondo il quale il nascituro nasce non solo per la famiglia, ma anche per la *Res publica*<sup>170</sup>, sia nelle ricostruzioni della dottrina, ove per *civitas* si intende quella comunione di diritto, avente la capacità di allargarsi al di là delle differenze territoriali, etniche, religiose, in cui ogni individuo – seppur a determinate condizioni, quali non essere schiavo, ad esempio – è parte di un valore trasversale meritevole della più piena tutela<sup>171</sup>.

Da non dimenticare peraltro che durante il principato di Augusto una legislazione in tema di *secundae nuptiae*, al fine di sostenere e incoraggiare nuovi matrimoni a fini procreativi, arrivò a sanzionare la vedova che non si fosse risposata<sup>172</sup>.

Ciononostante la tutela di un valore assoluto non spiega completamente la minuzia nella disciplina dell’istituto della *cura ventris*, per quanto la sua esistenza risponda alla protezione, in seconda battuta, anche di questo interesse.

Procedendo con la disamina delle possibili interpretazioni relative alla *ratio* della curatela del ventre, va possibilmente chiarito un equivoco interpretativo, in relazione ad alcune affermazioni contenute nei frammenti D.37.9.1.17 e D.37.9.1.19, e rispettivamente il fatto che *solet mulier curatorem ventri petere*, e che *curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet*<sup>173</sup>, la conclusione che il *curator ventris* rivesta una funzione protettiva della donna – in quanto soggetto debole – non appare così scontata.

---

<sup>169</sup> Si intende l’omonima costituzione imperiale di cui al *Cod. Iust.* 7.15.2, come commentata in M. P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in SDHI, LXI, 1995, 759 ss. ed in P. CATALANO, *Imperium Romanum. Le concept juridique d’empire*, in *Doc. Introd. XXIX Seminario « Impero da Roma a Costantinopoli a Mosca »*, in *Dir. e Storia*, 8, 2009, oppure [http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma\\_Terza\\_Roma/Doc-Intro-XXIX-Roma-Terza-Roma.htm](http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma_Terza_Roma/Doc-Intro-XXIX-Roma-Terza-Roma.htm).

<sup>170</sup> Infatti “[...] *partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur*”.

<sup>171</sup> Sul punto cfr. G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 829 e ss., M. CACCIARI, *Il mito della civitas augescens*, in *Il Velcro Riv. civ. it.*, 2-4, 41, 1997, 161 e ss., e, diffusamente, S. TAFARO, *Persona, città famiglia e matrimonio: dal diritto romano ad oggi*, in *Persona*, n. 48, 2005, solo on-line su <http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Tafaro.htm>.

<sup>172</sup> Cfr. *infra*, § 3.2 sulla condizione delle *viduae*.

<sup>173</sup> Sul tema si veda, *supra*, la precedente nota 130 e la disamina ivi svolta.

Non bisogna pertanto desumere dal fatto che la donna goda di una capacità giuridica limitata e che non possa compiere determinati atti<sup>174</sup> la percezione di questa come di un soggetto debole da parte dell'ordinamento giuridico romano: interessante constatare sul punto che già nel 215 a. C. fu votata una legge, la *lex Oppia*, finalizzata a porre un freno alla ricchezza delle donne e all'ostentazione di lusso, e che quando si propose, pochi anni dopo, la sua abrogazione, Marco Porcio Catone pronunciò un'orazione<sup>175</sup> dai toni profondamente misogini, in cui paventava il rischio che le donne sopravanzassero gli uomini dal punto di vista della ricchezza economica e del potere personale.

Di grande rilevanza anche il fatto che Catone stesso denunciò nella sua orazione come avesse dovuto, per poter raggiungere il Foro, fendere una folla di donne scese nelle strade per sostenere l'abrogazione del provvedimento, e che la *lex Oppia* fu abrogata proprio grazie alla pressione politica esercitata dalle donne stesse<sup>176</sup>.

Questi avvenimenti, considerato anche il fatto che la condizione della donna subì un'evoluzione in senso migliorativo della propria condizione ed ampliativo della propria capacità giuridica<sup>177</sup>, portano ad escludere recisamente che a *mulier* possa corrispondere nella percezione sociale romana l'attributo di *debilis*. Pertanto anche la tesi secondo la quale il *curator ventris* viene istituito con la specifica finalità di tutelare la donna – la quale, evidentemente, non sarebbe in grado da sola di badare a se stessa ed al *venter* – non può costituire l'interpretazione risolutiva della *ratio* dell'istituto in commento, a prescindere che si sostenga che la tutela della donna costituisca un'indiretta tutela del nascituro.

---

<sup>174</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 65-66. Per questo motivo nasce l'istituto della *tutela mulierum*, anche questo con una mera funzione sostitutiva più che protettiva.

<sup>175</sup> Di questa resta traccia nell'opera di TITO LIVIO, *Historiae*, XXIV 2 e ss.: la riprovazione manifestata in quella circostanza per il crescente peso politico ed economico delle donne è pari solo allo sdegno dell'oratore nei confronti degli uomini che lo hanno consentito.

<sup>176</sup> Sul punto cfr. sia D. GOUREVITCH-M. RAEPSAET-CHARLIER, *La donna nella Roma antica*, Firenze-Milano, 2003, 198 e ss. per una prospettiva storica, ma anche E. CANTARELLA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 172 e ss.: alla nota 64 di p. 172 si riportano alcune statistiche relative all'anno 42 a. C., quando i triumviri imposero alle donne più ricche della città un contributo per farle partecipare alle spese militari. In questa circostanza millequattrocento donne risultarono estremamente ricche e, tra queste, ben quattrocento possedevano un patrimonio pari o superiori ai centomila danari. Per una ricostruzione dell'episodio e dei suoi riflessi in tema di diritto successorio, cfr. L. MONACO, *Hereditas e mulieres*, Napoli, 2000, 185 e ss.

<sup>177</sup> In questo senso cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 274-275.

Dando per assodata una scarsa considerazione della donna da parte della società romana, una parte della dottrina tende ad interpretare l'istituto della *cura ventris* come la nomina di una sorta di guardiano preposto sì a provvedere al mantenimento della gestante, ma anche ad impedire che la medesima abortisca volontariamente<sup>178</sup>.

Infatti la letteratura latina riconosce, specialmente tra le donne patrizie, la tendenza ad abortire di nascosto per evitare i fastidi della gravidanza, per vanità, ma anche per evitare conseguenze di ordine morale e giuridico (in caso di eventuali rapporti adulterini)<sup>179</sup>, ed è marcato il disprezzo sociale da parte degli uomini, cui già si è fatto cenno, per una pratica che è sì giuridicamente tollerata in sé, ma che sconta pesanti sanzioni qualora avvenga all'interno del matrimonio.

Per quanto si ritenga forse eccessiva l'ipotesi di un *curator ventris* preposto solo ed esclusivamente a custodia del nascituro rispetto ad eventuali comportamenti lesivi posti in essere dalla gestante, è condivisibile invece la *ratio* sottostante dell'istituto, identificata da tale dottrina, ovvero la tutela di uno specifico diritto del marito, del futuro padre del nascituro e, in assenza, della famiglia, ad avere una discendenza<sup>180</sup>.

È forse più plausibile questa chiave di lettura rispetto ad un curatore, funzione ispirata a finalità tipicamente altruistiche di assistenza e tutela, deputato alla vigilanza sulla condotta della futura madre: infatti le fonti preferiscono spostare l'accento della tutela dal concepito in sé e per sé considerato alle aspettative di chi esercita la *patria potestas*, o più in generale della *familia*.

In quest'ottica assistiamo dunque anche ad un ribaltamento dell'interpretazione della posizione del concepito in materia successoria: l'essere titolare di diritti ereditari riceve una tutela in quanto corrisponde alla *spes* della *familia* di proseguire la discendenza e di mantenere integro il proprio patrimonio, solo in seconda battuta per un vantaggio del futuro erede, che – giova ricordarlo – in ogni caso non è ancora considerato persona. Da qui l'uso del termine *spes*, speranza, aspettativa che nel momento in cui riceve

---

<sup>178</sup> Di questo avviso sia E. CANTARELLA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 191-192 che D. GOUREVITCH-M. RAEPSAET-CHARLIER, *La donna nella Roma antica*, cit., 112 e ss.

<sup>179</sup> OVIDIUS, *Amores*, 2, 14, SENECA, *ad Helviam matrem de consolatione*, XVI, 3 e IUVENALIS, *Satyrae*, VI 595 e ss.

<sup>180</sup> In questo senso E. CANTARELLA, op. cit., 192, pur non condividendo personalmente né la funzione di controllo del curatore come delineata sopra, forse più consona all'istituto della *custodia ventris* di cui a D.25.4.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), né l'idea che la sanzione dell'*exilium* comminata dagli imperatori severiani – già esaminata in precedenza – costituisca un rafforzamento della repressione dell'aborto.

riconoscimento da parte dell'ordinamento diviene un diritto: non a caso Marciano, in D. 47.11.4 a proposito del già citato rescritto imperiale contro l'aborto, commenta che *indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*, figurando un diritto del marito defraudato da parte della donna che ricorre all'interruzione della gravidanza<sup>181</sup>.

Nel prossimo capitolo, dunque, si potrà esaminare il parametro della *dignitas*, in relazione alle obbligazioni della *cura ventris*, in rapporto all'interpretazione sopra esposta della finalità dell'istituto.

---

<sup>181</sup> Cfr. G. G. ARCHI, sv. *Concepimento*, cit., 354 e anche approfonditamente C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 26 e ss. con riguardo alla disamina della categoria della *spes* intesa come aspettativa non tanto riferibile al concepito, quanto alla *familia* e quindi ipotizzando che la "visione" del diritto romano e del Digesto della tutela del concepito più come individuazione di un beneficiario esterno di diritti e aspettative che come tutela assoluta del nascituro. Dello stesso avviso E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, cit., 357 e 396 e ss., che identifica come beneficiario della *spes hominis* il *pater*, in quanto come centro soggettivo della *familia*.

### **III. UN'INTERPRETAZIONE DELLE FINALITÀ' DELLA *CURA VENTRIS* ALLA LUCE DELLA “*DIGNITAS*” DI CUI A D. 37.9.1.19 E D.37.9.4.1**

**SOMMARIO:** 3.1 Il concepito nell'oscillazione interpretativa tra mera *portio viscerum* e *qui in utero est*  
3.2 La condizione delle *viduae* e la valenza del *tempus lugendi* 3.3 Il parametro della *dignitas*: D. 37.9.1.19 e D.37.9.4.3

#### **3.1 IL CONCEPITO NELL'OSCILLAZIONE INTERPRETATIVA TRA MERA “*PORTIO VISCERUM*” E “*QUI IN UTERO EST*”**

Un profilo che non è ancora stato direttamente preso in considerazione ai fini della presente ricerca è la considerazione che le fonti romane attribuivano al concepito e, soprattutto, il lessico che utilizzavano per indicarlo.

Ad esempio, nel caso dell'istituto qui in esame risulta determinante il significato del sostantivo *venter*, problematica di evidente interesse anche filologico oltre che giuridico, alla base di differenti ricostruzioni operate nel tempo dalla dottrina. Si può affermare, da un punto di vista meramente lessicale, che *venter* è un sostantivo neutro, che indica una parte ben precisa del corpo umano e che, pertanto, da un'interpretazione semplicistica si potrebbe far discendere la qualificazione del concepito come mera *res*, come una parte del corpo materno, senza alcuna distinzione ontologica.

Chiaramente l'esame deve estendersi oltre alla correlazione tra *venter* e concepito, non essendo infatti nel panorama delle fonti, l'unico modo in cui gli autori identificavano il concepito. Più in generale, il reale punto oggetto di discussione è comprendere se i romani, utilizzando differenti termini e sintagmi in altrettanti differenti frammenti considerassero il concepito come una "persona", come un soggetto di diritto, come un'entità autonoma, anche solo parzialmente assimilabile all'essere umano che è fisiologicamente destinato a diventare.

Secondo autorevolissima dottrina<sup>182</sup> che, quantomeno da un punto di vista metodologico, ritengo di poter condividere, non sarebbe possibile affrontare l'esame delle fonti interessate in tema di esistenza o inesistenza del concepito come ente *per se* e meritevole di una qualificazione autonoma prescindendo da una distinzione tra accezione giuridica e accezione fisiologica del *conceptus*. Infatti le fonti romane avrebbero considerato il concepito da entrambi i punti di vista, da un lato attribuendogli una limitata esistenza e rilevanza dal punto di vista del diritto, dall'altro non riconoscendogli alcuna autonoma forma di esistenza dal punto di vista biologico.

Una simile premessa si rende necessaria dal momento che è noto, già da Savigny<sup>183</sup>, che tra le fonti romane si possono rinvenire frammenti che si esprimono a favore del riconoscimento al concepito di diritti o, comunque, di uno status rilevante per l'ordinamento giuridico e, al contempo, frammenti che negano esplicitamente l'autonomia ontologica del concepito rispetto al corpo della madre. Affrontare pertanto un esame delle fonti senza aver presente l'esistenza non solo di tale (apparente) contraddittorietà, ma anche della possibile compresenza di molteplici e differenti punti di vista rischierebbe di inficiare la ricostruzione finale o di disperdere l'attenzione.

---

<sup>182</sup> Si veda E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 5 e ss.. Tale contributo si colloca inevitabilmente in una sequenza di studi e di ricerche che, a partire dai primi studi del XIX secolo sul diritto romano hanno rilevato la compresenza di frammenti che avrebbero potuto al tempo stesso giustificare sia l'esistenza sia l'inesistenza del concepito. Ad esempio una possibile lettura che ha avuto ed ha tuttora seguito al fine di spiegare l'apparente contraddittorietà dei frammenti è quella della presenza di una  *fictio* che i giuristi romani avrebbero introdotto al fine di poter considerare il concepito rilevante a fini giuridici in alcuni casi, senza comunque dover mettere in discussione il pensiero fisiologico e filosofico di fondo. L'impostazione di Albertario è stata criticata, ad esempio da E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, Milano, 2009, 277 e ss., in particolare relativamente alla distinzione tra *in rerum natura esse* e *in rerum humanis esse* come discriminante tra i vari frammenti ed alla metodologia di ricerca, più che con riguardo ai contenuti sostanziali.

<sup>183</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts*, tradotto da V. SCIALOJA, *Sistema di diritto romano attuale*, I, Torino, 11 e ss..

Uno dei frammenti più rilevanti e discussi sul punto è di Ulpiano, D.25.4.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), in cui, con riguardo alla natura del *partus* afferma che:

*“Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum [...]”*, quindi, senza procedere ad una completa esegesi e traduzione del frammento, “il parto prima che sia mandato fuori è una parte della donna o delle viscere”.

Va rilevato che il verbo *ēdo* ha tra i suoi significati principali “mandar fuori, dare alla luce, partorire”<sup>184</sup> e che l’alternativa posta dal giurista è che sia o una parte della donna o una parte dei *viscera*, e dunque del grembo materno, dell’addome. Non v’è dunque in questo passo alcun elemento che avvalori la teoria del nascituro qualificato come soggetto autonomo e proprio il porre un’alternativa (*vel*) esclude su di un piano argomentativo ogni possibile altra definizione<sup>185</sup>.

L’espressione *partus* ricorre molte volte nelle fonti e in un’accezione tale da richiamare il più delle volte l’evento del parto, anche cesareo, o semplicemente il feto al momento della nascita<sup>186</sup>.

Un passo gaiano, *Gai* 2,203 in tema di diritto delle successioni, per la precisione con riguardo ai legati, afferma che:

---

<sup>184</sup> Cfr. Voce *ēdo*, *-didī*, *-ditum*, *-ere*, in Th.II, II, 81,60 - 84,45.

<sup>185</sup> Senza menzionare in questa sede l’influenza della filosofia e della cultura stoica, specialmente nella giurisprudenza, secondo la quale il *venter* non poteva essere un soggetto autonomo perché tale autonomia si manifesterebbe solo al momento della nascita, con il primo respiro del neonato, unico mezzo che consentirebbe all’anima di penetrare nel corpo ed “animarlo”: sul punto cfr. la ricostruzione di E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, 206 e ss. meglio approfondita nel prosieguo del presente paragrafo.

<sup>186</sup> Cfr. E. BIANCHI, *Per un’indagine sul principio ‘conceptus pro iam nato habetur’*, cit., 334-335 nt. 176, per una puntuale ed esauriente rassegna delle fonti. Qui ci limitiamo a riportare alcune conclusioni di Nardi, espresse in E. NARDI, op. cit., 396 e ss. e 470 e ss. commentando un frammento papiniano in cui si legge che “*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”, armonizzandosi infatti tale disposizione perfettamente con il meccanismo di riserva fino alla nascita dei diritti e vantaggi per il nascituro in funzione della *spes* che rappresenta; *spes* che implica necessariamente a comportarsi come se il nascituro esistesse, o a considerarlo come esistente, senza però poter affermare che prima della nascita il concepito sia in qualche modo un uomo o un’entità autonoma ad esso affine. Il frammento in questione è D.35.2.9.1 (Pap. 19 *quaest.*): “*Circa ventrem ancillae nulla temporis admessa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”.

*“Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut «fructus qui in illo fundo nati erunt», aut «quod ex illa ancilla natum erit»”* e quindi “anche quella cosa che non è nella natura delle cose, se soltanto lo sarà, potrà essere data in legato per dannazione, come “i frutti che in quel fondo saranno nati” o “ciò che nascerà da quella schiava”.

Ciò posto, alla luce di principi così chiari e definitivi, sembrerebbe difficile ipotizzare come il diritto romano possa riconoscere una qualche autonomia al concepito; al tempo stesso, e proprio con riguardo all’uso del termine *venter*, si ricorda che il frammento D.5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*), già considerato nel precedente capitolo, afferma che:

*“Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit [...].”*

Da un lato si può notare come il termine *venter* in questo caso non sia utilizzato come sinonimo di concepito ma per identificare il luogo e, quindi, anche il momento in cui poteva essere assegnata una determinata tutela al concepito, che, peraltro, viene identificato già come figlio. È evidente la differenza tra questo frammento e l’affermazione sopra riportata di Ulpiano, ma al tempo stesso è nuovamente interessante notare come nel periodo successivo per riferirsi al concepito, al “figlio”, il giurista utilizzi la locuzione *id quod in utero est*, di genere neutro. Una simile circostanza non può essere casuale, come del resto non può essere casuale la terminologia scelta nel periodo precedente ed il senso stesso del frammento, che tratta il concepito come possibile soggetto di diritti e meritevole di tutela.

Secondo Albertario, continuando a seguire metodologicamente la sua suddivisione per punti di vista, vi sono molti frammenti che trattano il concepito come ente autonomo,

come individualità esistente a prescindere dalla madre, come se *in rerum natura esse o in rebus humanis*<sup>187</sup>.

L'autore infatti riprende tali locuzioni, di uso ricorrente nelle fonti, per identificare in modo sostanzialmente equivalente i casi in cui il concepito si ritiene esistente, in quanto parte della natura o delle umane vicende<sup>188</sup>. In questi casi i frammenti si occuperebbero della condizione giuridica del nascituro in quanto rilevante in rapporto ad un diritto o ad una posizione tutelati dall'ordinamento.

È stato altresì ipotizzato<sup>189</sup> che al fine di dar conto della possibile contraddittorietà delle fonti considerate si dovesse operare un distinguo fondato non tanto sul punto di vista dell'autore del frammento, quanto esaminando se il frammento stesso si occupasse del nascituro in quanto oggetto ovvero soggetto di diritti.

Infatti, nel primo caso il nascituro non sarebbe stato considerato un'entità autonoma ed individualmente rilevante, paragonabile pertanto alla *res*, mentre nel secondo caso, per poter realizzare finalità ben determinate connesse a diritti spesso non legati ad obbligazioni contrattuali quanto, ad esempio, allo status di figlio o di erede.

Alcuni dei frammenti e dei passi più significativi che potrebbero dunque giustificare o quantomeno supportare un riconoscimento dell'individualità del concepito da parte dell'ordinamento giuridico romano sono:

---

<sup>187</sup> Si veda, ovviamente, ancora E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 5 e ss. e, con riferimento alla letteratura più recente, C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, 119 e ss. In cui si può rinvenire un'attenta ricostruzione del sintagma *in rerum natura esse* e del commento relativo alle fonti di seguito citate e considerate. Sinteticamente in questa sede l'autrice sottolinea tutte le possibili interpretazioni e ne valuta la fondatezza, evidenziando non solo il nesso tra le disposizioni testamentarie – di cui si occupano le fonti – e l'essere *in rerum natura* in quanto circostanza di fatto dalla quale derivano determinate posizioni giuridiche, ma anche il fatto che *in rerum natura esse* viene riferito parimenti agli esseri umani ed ai beni materiali, anche alle obbligazioni: cfr. *ibid.* pag. 128, nota 93 ed i relativi riferimenti alle fonti che non appare opportuno richiamare in questa sede. Cfr. anche il contributo di P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit., 64 e ss.

<sup>188</sup> L'autore non esplicita una differenza tra il sintagma *in rerum natura esse* ed *in rebus humanis esse*, accomunando tutti i frammenti che fanno uso di tali espressioni in un'unica categoria. Una parte minoritaria della dottrina, cfr. P. CATALANO, *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, cit., *passim*, P. FERRETTI, op. cit., 33 e ss. e E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., 278 e ss. ritiene invece che vi sia una differenza, fondata principalmente sull'ampiezza dell'accezione dei termini *natura* ed *humanis*, ancorché in certi casi si ammette che possano coincidere.

<sup>189</sup> Cfr. C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli ordinamenti giuridici romani*, Milano, 1937, 67 e ss.

D.1.5.26 (Iul. 69 dig.): *“Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent”* e, quindi, procedendo ad una traduzione parziale limitatamente agli aspetti che qui si esaminano, “[...] coloro i quali sono nell’utero si intendono essere quasi del tutto nella natura delle cose secondo il diritto civile”;

D.38.16.6 (Iul. 59 dig.): *“Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. Respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,”*, procedendo quindi alla traduzione della parte relativa al responso, *“chi sia concepito dopo la morte del suo avo non può ricevere né la sua eredità legittima pur essendo suo erede, né il possesso dei beni pur essendo cognato, poiché la legge delle XII Tavole chiama ad eredità chi fosse nella natura delle cose al momento della morte di colui del quale si domandano i beni”* e infine

D.38.16.7 (Celsus 28 dig.): *“Vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur”*, quindi *“o se è concepito mentre quello era in vita, poiché si ritiene che il concepito sia in qualche modo nella natura delle cose”*.

Senza procedere ad un’esegesi integrale dei frammenti e delle problematiche giuridiche ivi sottese, è sufficiente sottolineare che effettivamente in questi casi il fatto

che il nascituro sia *in rerum natura* o che il concepito sia *qui in utero est* e non *quod in utero est* è strettamente connesso al riconoscimento di un determinato effetto giuridico che non sarebbe stato possibile riconoscere in altro modo. Il terzo ed ultimo frammento effettivamente sembrerebbe sancire un principio, di valore assoluto, in netto contrasto con il principio contenuto nel summenzionato D.25.4.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), ma non si dovrebbe affatto sottovalutare la collocazione del frammento stesso: infatti il titolo 16 del libro 38 è rubricato come “*De suis et legitimis heredibus*”, si occupa della materia ereditaria ed in particolare dei figli e degli eredi legittimi.

Se i compilatori avessero inteso riconoscere ad una tale statuizione di principio un valore assoluto, ad esempio con riguardo alle tematiche della capacità, dello *status hominum* avrebbero senza dubbio collocato il passo nel primo libro e, probabilmente, nel titolo 5, rubricato per l'appunto “*De statu hominum*”. Inoltre il frammento precedente, il secondo sopra riportato, si conclude con una virgola, come se il periodo dovesse proseguire con un'ulteriore specificazione. Specificazione che, puntualmente, è rappresentata dal frammento successivo: leggendo D.38.16.6 e 7 come se fossero un frammento unico il discorso acquista un significato ed un senso compiuto che, in caso contrario, non si sarebbe potuto avere.

In questo caso, la collocazione può giustificare una rilettura limitativa e specialistica di tale affermazione, a seguito di una ben precisa volontà restrittiva dei compilatori di cui non si può non tenere conto nel ricondurre anche questa regola ai casi in cui il diritto deve riconoscere un diritto o una posizione, ad esempio facendo riferimento al momento del concepimento per la decorrenza di determinati effetti. La sopra descritta apparente contraddizione può essere spiegata con il fatto che in certi casi l'ordinamento riconosce al *venter* delle aspettative, che a volte sembra decidere a vantaggio dello stesso, per il suo *commodum*, finché con il parto il nascituro non acquisterà lo *status* di persona, di soggetto di diritto<sup>190</sup>.

Prescindendo sotto il profilo sostanziale dalla suddivisione di frammenti operata da Albertario, piuttosto che dai criteri evidenziati a Maschi, o dalla teoria della  *fictio*

---

<sup>190</sup> G. GANDOLFI, *sv. Nascituri*, cit., 532-533; per quanto riguarda invece la tematica del *commodum* del concepito, si dà atto delle problematiche interpretative relative all'utilizzo del criterio del *commodum* nel diritto romano: cfr. C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, 205 e ss. ed il rilevante contributo di E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., dalla stessa Autrice richiamato ed esaminato in un paragrafo a sé stante. Cfr. anche sinteticamente P. CATALANO, *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, cit., 89.

introdotta da Savigny e di cui si farà cenno nell'immediato prosieguo, ritengo opportuno ricordare in primis di aver utilizzato tali suddivisioni e categorie solo per l'imprescindibilità da un criterio distintivo tra le fonti e poi, che comunque la dottrina non è affatto uniforme sul punto. L'uso stesso fatto sia dalle fonti giurisprudenziali romane che da quelle letterarie dell'espressione in *rerum natura esse* ne mette in luce perfettamente ambiguità e polivalenza semantica, oltre al fatto che i frammenti stessi non si prestano, per ragioni filologiche, ad un'agevole lettura<sup>191</sup>.

Un principio, ricorrente in alcuni passi non solo gaiani, come i frammenti appena in precedenza citati sembrerebbe suffragare ulteriormente un'interpretazione favorevole al riconoscimento del concepito come entità autonoma: si tratta del brocardo *conceptus pro iam nato habetur*<sup>192</sup>.

Una prima traccia di tale sintagma si rinviene in *Gai* 1,147:

*“Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant [...]”* ovvero “dal momento che tra le molte altre cause i postumi siano considerati come già nati e per questa causa piacque poter dare tutori per testamento non meno ai postumi che ai già nati, se soltanto siano in quella causa, saranno nella nostra potestà come se nascessero con noi vivi”.

---

<sup>191</sup> A tale proposito si faccia riferimento ancora a P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit., 32 e ss., che oltre a sperimentare in casi di scuola di epoca classica (come quello dell'*ancilla praegnans subrepta* proposto da Giuliano) le diverse possibili interpretazioni della locuzione in esame, si occupa anche di profili filologici e di reciproca coerenza delle diverse fonti.

<sup>192</sup> Sull'argomento si vedano gli studi compiuti da C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., 136 e ss. e E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., integralmente. In tali sedi il principio è stato considerato non solo in sé, bensì anche dettagliatamente in relazione alle tematiche trattate dai frammenti, anche se con esiti interpretativi differenti dal presente lavoro di ricerca. Un altro rilevante frammento in cui ricorre il principio *conceptus pro iam nato habetur* è D.29.2.30.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *“Quod dicitur: "Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatam, potest" accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. Et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. Et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. Idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessione”*. Trattasi ancora di diritto delle successioni e fin d'ora riterrei possibile limitare la valenza di tale brocardo agli argomenti in cui viene menzionato, non essendo a tali condizioni possibili riconoscergli un valore ed un'efficacia generale anche con riguardo a tematiche quali l'effettiva considerazione del concepito anche a prescindere dalle aspettative successorie o da altre problematiche simili.

Il testo espone la regola secondo la quale per poter assegnare una tutela testamentaria ai nipoti l'avo avrebbe dovuto averli nella propria *patria potestas* ed il loro padre sarebbe dovuto essere morto o emancipato, cosicché questi sarebbero potuti diventare *sui iuris* alla morte del testatore (come noto, condizione pregiudiziale della tutela). La disposizione poteva valere anche per i figli concepiti mentre l'avo era ancora in vita e destinati a nascere sotto la sua *potestas* nel caso in cui egli non fosse premorto. In questo caso è evidente come il *ius civile* riconosca ai concepiti una condizione particolare, una sorta di aspettativa vincolata alla condizione dell'evento nascita.

Senza approfondire le problematiche legate al diritto delle successioni, ai *postumi* o ad ulteriori speculazioni sul principio in questione, non mi pare di riscontrare evidenti elementi di distinzione rispetto a quanto già argomentato in ordine ai frammenti che parlano del concepito come *in rerum natura esse*, anzi, forse mai come nel caso dei frammenti che si riferiscono a tale principio risulta essere forte la connessione con la materia successoria e la necessità di tutelare in certi casi anche le ragioni del concepito, come se *iam nato habetur*.

Prima di concludere è bene rammentare quale fosse, al di là del pensiero dei giuristi inerente il *ius civile* e in generale le norme giuridiche vigenti, la concezione filosofica più diffusa a Roma (prima dell'avvento del Cristianesimo) del concepimento e dell'inizio della vita.

Secondo la filosofia stoica, che iniziò la sua diffusione a Roma maggiore durante il I secolo a.C., il feto diventava un essere vivente solo al momento della nascita, per mezzo dell'animazione che si verifica contestualmente al primo respiro del neonato, tramite l'aria che penetra per prima nel corpo.

Tito Lucrezio Caro, nel suo *De rerum natura*, ha reso una significativa testimonianza del pensiero stoico conosciuto dai romani ed in tale opera viene richiamata siffatta nozione di anima, che a sua volta deriva direttamente dal pensiero del filosofo Empedocle (495-415 a.C.), presumibilmente il primo filosofo greco di rilievo ad esprimersi sul punto. Secondo costui, l'anima, in quanto composta, tra i ben noti quattro elementi, esclusivamente da aria, si univa al corpo al distacco del neonato dall'utero, pertanto tramite il primo respiro. Prima dell'"animazione" il feto non era altro che parte della donna, del suo corpo.

Proseguendo con l'esame del pensiero dei filosofi, si nota che la corrente dello stoicismo si ispirò alle posizioni di Empedocle, come del resto, in Grecia, Diogene di Sinope, padre della corrente cinica, fece proprio il pensiero di Emepdocle senza alcuna alterazione della tesi originaria. Platone, nella sua opera politica più nota, *La Repubblica*, datata presumibilmente attorno al 367 a.C., oltre a descrivere i caratteri dello Stato ideale si occupa delle età più adatte alla procreazione, nell'interesse dello Stato, e fissa un limite di 40 anni per le donne e 50 per gli uomini. Al superamento di detto limite, secondo il celebre filosofo, la procreazione dovrebbe essere impedita, ancorché il medesimo non dica nulla sui metodi.

Anche in assenza di uno studio approfondito sul pensiero dell'autore, una simile prescrizione sembrerebbe costituire di fatto non solo un avallo, ma anche un'esortazione, in determinati casi, ad abortire.

Ritengo sia difficile riscontrare una netta ed aperta contraddizione tra il pensiero filosofico diffuso a Roma prima dell'avvento del Cristianesimo e quanto espresso nei vari frammenti dai giuristi romani in tema di concepito e concepimento; contraddizione di cui peraltro nessun autore, né filosofo, né giurista, ha mai dato conto.

La compresenza di fonti che apparentemente esprimono una posizione differente sull'esistenza o meno del concepito può a mio avviso trovare una giustificazione dal punto di vista sostanziale che qui è già stata discussa; dal punto di vista del metodo, invece, tale circostanza ha indotto la dottrina a elaborare alcune teorie.

Savigny e la dottrina tedesca del XIX secolo<sup>193</sup> per primi ipotizzarono che i giuristi romani, convinti della non autonomia del venter rispetto al corpo della madre, si servissero di una  *fictio*  per poter applicare alcune norme giuridiche e soprattutto gli effetti di alcuni istituti successivi anche ai concepiti,  *sub condicione*  del buon esito del parto.

Siffatta impostazione è stata ripresa e sviluppata da Albertario che, come già accennato in precedenza, ha fondato su una differenza di punti di vista, fisiologico o giuridico, la discriminante tra fonti che riconoscano o meno individualità al concepito.

---

<sup>193</sup> Cfr. nuovamente e non solo F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts*, cit., 12 e ss. ma anche i più recenti fautori di tale impostazione (al di là della posizione sostanziale condivisa): *ex multis* si vedano C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, 22, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, 185 e ss., P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 38, C. CASTELLO, *Sulla condicione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in RIDA, 3, 1950, 276 e ss..

Ho ritenuto di condividere tale approccio metodologico nell'affrontare anche solo un sintetico esame della problematica come quello svolto nella presente ricerca, stante la necessità di un criterio che operi una distinzione a fronte di un'asserita e unanimemente riconosciuta contraddittorietà. Recentemente un articolo di Francesca Lamberti si è espresso in tema di concepimento e nascita nel diritto romano, con particolare riguardo alle varie e contrapposte ricostruzioni effettuate dalla dottrina<sup>194</sup>.

Nel riprendere l'impostazione di Savigny ed Albertario, l'autrice ha elaborato un proprio criterio che ritengo sia al momento quello che meglio giustifica la differenza tra le fonti in merito alla considerazione del concepito. Infatti il giurista a seconda della problematica di volta in volta affrontata, purché connessa a problemi relativi a concepimento e nascita, esprimeva una determinata posizione, da cui si può desumere più o meno direttamente un'affermazione relativa ad un potersi considerare, a dati fini, il concepito come già nato, ovvero in una negazione dell'autonomia del *venter* rispetto al corpo materno.

Sarebbe dunque possibile integrare le summenzionate dottrine e gli approcci di Savigny ed Albertario nel senso che, avendo presente i giuristi romani la presenza fisiologica e naturale di un *quid* al momento della gravidanza nel corpo della madre, essi di volta in volta sceglievano se motivare le loro interpretazioni sulla base dell'indistinguibilità del concepito rispetto alla madre, ovvero se, anticipandone concettualmente la nascita o comunque ragionando come se la condizione determinante della nascita si fosse avverata, riconnettere al concepimento una serie di effetti giuridici destinati a svilupparsi ulteriormente in un momento successivo al parto.

### **3.2 LA CONDIZIONE DELLE *VIDUAE* E LA VALENZA DEL *TEMPUS LUGENDI***

---

<sup>194</sup> F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Studi Grelle*, I, Napoli, 303 e ss.. Tale lavoro, in virtù non solo della sinteticità espositiva e dell'attenzione dedicata ai vari filoni dottrinali che, soprattutto recentemente, si sono occupati della tematica, ma anche per l'approccio il più possibile scientifico e laico, sarà preso ampiamente in considerazione anche in sede di conclusioni del presente lavoro di ricerca.

Un ulteriore profilo da prendere in considerazione prima di proporre una possibile ricostruzione delle finalità della *cura ventris* è relativo alla condizione della vedova secondo il diritto romano. Infatti salvo ipotesi particolari o di scuola, il presupposto tipico dell'assegnazione di un *curator ventris* alla donna incinta è il suo stato di vedovanza. Come abbiamo avuto modo di evidenziare, la condizione di assenza del marito, di chi ha la *potestas* sulla donna incinta costituisce condizione preliminare all'attivazione della curatela del ventre.

Per meglio comprendere la condizione delle vedove e per chiarire eventuali possibili equivoci in ordine alle finalità della *cura ventris*, è bene precisare che il cuore della disciplina dello stato di *viduae* nel diritto romano è costituito dal *tempus lugendi*.

Per *tempus lugendi* si intende un periodo di lutto che la vedova avrebbe dovuto rispettare senza risposarsi dopo la morte del marito. Tale periodo, di dieci mesi, deriverebbe da una norma di carattere evidentemente sacrale che Plutarco farebbe risalire al re di Roma Numa, o meglio, a Numa sarebbe da ricondurre il rito di espiazione che la vedova avrebbe dovuto praticare in caso di violazione del *tempus lugendi*<sup>195</sup>.

Per tale ragione è possibile che il *tempus lugendi* derivi da un *mos* addirittura anteriore. Era vietato il compimento nei dieci mesi del rito della *confarreatio*, avente carattere religioso, a differenza di altre forme di matrimonio, quali ad esempio la *conventio in manum* che potevano spiegare i relativi effetti giuridici senza pregiudizio alcuno<sup>196</sup>.

Il lasso di tempo identificato in dieci mesi non sembra però essere causale: infatti, pur in assenza di testimonianze dirette ed esplicite da parte degli autori latini, è evidente il parallelismo con la durata della gestazione della donna, che peraltro le XII Tavole identificavano proprio in dieci mesi. Il carattere religioso della norma relativa al *tempus*

---

<sup>195</sup> Cfr. il passo PLUT. *Numa* 12.3 e più in generale il commento alla legislazione numaica effettuato da E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991, 403 e ss.. Peraltro il rito espiatorio consisteva nel sacrificio di una vacca gravida a una divinità ctonia non ben definita. Peraltro, al di là degli aspetti simbolici che sembrerebbero far ipotizzare la sostituzione della donna vedova con un animale, la scelta della vittima non è casuale, come fa notare P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Firenze, 1990, 120 e ss., stante la corrispondenza tra i periodi di gestazione umana e bovina. Da sottolineare comunque la scelta dell'animale gravido, per il sacrificio, a definire ancora con maggior precisione quale fosse l'oggetto non esplicitato della tutela sottesa a tale regola.

<sup>196</sup> Cfr. nuovamente E. VOLTERRA, op. cit., 480 e ss. e R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2006, 171 i quali infatti non ravvisano nella violazione del *tempus lugendi* una causa di invalidità del nuovo matrimonio, ma esclusivamente un comportamento sanzionato dalle norme in commento.

*lugendi* peraltro non risulterebbe in contraddizione con il perseguimento dello scopo, ben più pragmatico, di evitare dubbi sulla paternità di figli nati da madri vedove<sup>197</sup>.

Infatti, dando per assodate le implicazioni pratiche del rischio che un figlio di madre vedova ricada nella *potestas* della *familia* del secondo marito della donna, è il caso di considerare anche le relative implicazioni religiose: il figlio avrebbe recepito infatti, con l'ingresso nella *patria potestas* del nuovo *pater familias*, il *nomen* ed i *sacra* di quest'ultimo. Tali aspetti e, più in generale, la tutela della famiglia e dei rapporti tra i diversi soggetti che la compongono ricadono sotto la protezione dei Mani, al cui culto sarebbe dunque da ricondurre il *mos* e le norme in tema di *tempus lugendi*, da identificare anche come una tutela della reale identità del figlio della vedova<sup>198</sup>.

È possibile dunque che il sentimento religioso romano, come in altre occasioni, abbia attribuito al regolare ed equilibrato svolgersi delle dinamiche familiari ed al loro pacifico mantenimento nel tempo un valore sacrale meritevole di tutela. Il passaggio da un *mos*, da una regola di ispirazione religiosa ad una norma avente i requisiti della regola di diritto sarebbe poi stata solo questione di tempo e di progressiva evoluzione e diversificazione dei rapporti sociali.

È stato affermato<sup>199</sup> che ricondurre al culto dei Mani l'ispirazione della norma dettata da Numa e, quindi, la perpetuazione anche dopo la morte di alcuni poteri o, più precisamente, dell'identità del coniuge defunto su tutto il nucleo familiare significherebbe riconoscere che dalla reverenza per i Mani possa discendere l'esigenza di tutelare la discendenza del defunto. Siffatta considerazione è, a mio avviso, illuminante in ordine ad una tendenza del diritto romano di preservare gli interessi,

---

<sup>197</sup> Cfr. *supra*, quanto già accennato nella nota precedente, con la chiara finalità di una regolare disciplina delle seconde nozze senza il rischio di violazioni dell'ordine preesistente e, per quanto concerne la disposizione delle XII Tavole, la si può ricavare implicitamente da un passo di Gellio tratto dalle Notti Attiche, su cui cfr. M. V. SANNA, *Il concepito nelle XII Tavole*, in *Dir. e Storia*, 10, 2011-2012: Gell. *N. A.* 3.16.12: "*Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent*".

<sup>198</sup> *Ex multis* cfr. integralmente il risalente F. SCHOMANN, *De diis Manibus, Laribus et Geniis*, Greifswald, 1840

<sup>199</sup> Vedasi, anche se con intenti interpretativi differenti da quanto verrà poi esposto nel prosieguo del present scritto, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., 33-34. Tale posizione sarà ripresa in sede di conclusioni per suffragare con un ulteriore argomento l'identificazione di un fine della *cura ventris* più aderente alla realtà storico-sociale e giuridica effettivamente esistente a Roma.

l'identità e l'integrità della *gens* e dei suoi membri (e, chiaramente, delle annesse relazioni familiari) anche oltre eventi naturali quali, ad esempio, la morte di un membro della famiglia, e non solo nei casi di violazione dell'ordine preesistente dovuto ad un atto o un comportamento umano.

In epoca classica la finalità del *tempus lugendi* sembra essere esplicitata da un frammento ulpiano, D.3.2.11.1 (Ulp. 6 *ad ed.*):

*“Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis”* ovvero “nonostante il marito sia tale che non si renda opportuno portare il lutto secondo la tradizione degli antenati non è possibile che essa sia data in sposa nel lasso di tempo legittimo: infatti il pretore si riferisce al tempo per il quale l'uomo è compianto: onde è solito essere compianto a causa dell'incertezza del sangue”.

Nel testo si evince come il caso sia relativo ad un caso specifico di esenzione dal lutto e che, ciononostante, non sia possibile per il padre dare la figlia in seconde nozze prima del decorso dei dieci mesi, al fine di evitare la *turbatio sanguinis* intesa come incertezza della paternità, della discendenza. Il *tempus lugendi* va pertanto rispettato anche qualora in casi particolari per il decesso del marito non sia necessario portare il lutto, proprio per la finalità appena menzionata.

È stato affermato che evitare la *turbatio sanguinis* non costituisca però il vero e proprio fine del rispetto del *tempus lugendi*, con valenza generale ed assoluta, dovendosi comunque ricondurre il caso rappresentato dal frammento appena esaminato alla categoria delle eccezioni. Nel caso specifico infatti verrebbero meno le prescrizioni generali legate al *lugere* ma non il divieto incarnato dal *tempus lugendi*. Infatti la finalità di tale divieto deriverebbe comunque dal *mos maiorum*, e non da un'esigenza concreta<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in *Scritti giuridici*, cit., 472, in particolare con riguardo al prosieguo del frammento menzionato nel testo, ovvero D.3.2.11.2-3 (Ulp. 6 *ad ed.*): *“Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto. Non solent autem lugeri, ut neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia: si quis ergo post huiusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notabitur”*.

La differenza è stata contestata, dal momento che, come io stesso ritengo, l'obiettivo di evitare la *turbatio sanguinis* sarebbe stato perseguito e, al contempo, incarnato proprio dal *mos* in questione, il che renderebbe francamente superflua ogni distinzione<sup>201</sup>.

Al di là delle considerazioni esegetiche svolte sul frammento sopra riportato e sulla corretta ricostruzione sintattica dello stesso, il problema della finalità sottesa al *tempus lugendi* potrebbe forse essere stata rappresentata ambiguamente. Nel frammento infatti è corretto affermare che qualora la vedova sia esentata dal lutto, che a sua volta discende dalle consuetudini dei *maiores*, non può ritenersi esentata anche dal rispetto del *tempus lugendi*, per l'esigenza pratica di evitare incertezze della discendenza.

Al contempo è forse ripetitivo, ridondante ricordare che evitare la *turbatio sanguinis* come previsto nel testo ulpiano non corrisponderebbe alla reale finalità del divieto sotteso al *tempus lugendi*, quando, forse, evitare la *turbatio sanguinis* non è la finalità sottesa al portare il lutto in generale, ma senza dubbio corrisponde all'interesse protetto dal *mos* da cui deriverebbe il *tempus lugendi*.

Per quanto riguarda invece la sfera più prettamente sociale, è noto che la vedova rispettosa del *tempus lugendi* non subiva alcuna conseguenza né dal punto di vista della discriminazione né con riguardo ad un successivo nuovo matrimonio. Nessuna sanzione, né giuridica, né religiosa, era prevista per la vedova che al termine del lutto avesse deciso di convolare a nuove nozze<sup>202</sup>.

Peraltro le norme del Digesto<sup>203</sup> sembrano voler comminare la grave sanzione dell'*infamia* non a tutte le donne che avessero violato il *tempus lugendi*, ma solo in casi eccezionali di particolare rilevanza sia sociale che religiosa.

La situazione era comunque destinata ad evolversi sia con l'emanazione delle *leges Iulia et Papia*, fulcro della legislazione matrimoniale augustea, che anzi favorirono il

---

<sup>201</sup> E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., 40 e ss.. Della medesima opinione, con riguardo anche alle considerazioni personali che seguono, R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., 174.

<sup>202</sup> Cfr. A. GUASCO, *Vedove e seconde nozze. Influenze ambrosiane sulla legislazione tardoantica*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma* (a cura di A. MAFFI-L. GAGLIARDI), Sankt Augustin, 2011, 208-209.

<sup>203</sup> Si veda sul punto D.3.2.11.3-4 (Ulp. 6 *ad ed.*): "3. *Non solent autem lugeri, ut neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia: si quis ergo post huiusmodi exitum mariti nuptum se collocaverit, infamia notabitur. 4. Notatur etiam "qui eam duxit", sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti. Excusatur qui iussu eius, in cuius potestate erat, duxerit, et ipse, qui passus est ducere, notatur, utrumque recte: nam et qui obtemperavit, venia dignus est et qui passus est ducere, notari ignominia"*.

ricorso a nuovi matrimoni al termine del *tempus lugendi*, arrivando al punto di comminare una sanzione ereditaria alla donna che non si fosse risposata: l'incapacità piena ad acquistare *iure hereditario*. È evidente che percepire l'introduzione di siffatte disposizioni come un drastico mutamento degli interessi tutelati dall'ordinamento, ovvero come una sorta di riforma con effetti anche sul sentimento religioso condiviso all'epoca sarebbe probabilmente un errore.

Infatti come si è avuto modo di osservare, il fine del *tempus lugendi* può materialmente essere ricondotto alla tutela dalla *turbatio sanguinis*, anche perché evidentemente l'evento *nefas* che anche i *mores maiorum* miravano a scongiurare in quanto inaccettabile sul piano sia sociale che religioso non era rappresentato dalle seconde nozze in quanto tali, come se ciò costituisse una qualche offesa alla memoria del marito defunto, bensì dal rischio di minare l'identità e la certezza della discendenza e, in ultima analisi, la stabilità di una società fondata sui rapporti tra le *gentes*.

Solo la legislazione matrimoniale introdotta dagli Imperatori Graziano, Valentiniano II e Teodosio portò effettivamente ad una riforma, fondata su valori mutuati dal cristianesimo e quindi in netta contrapposizione non solo con le tradizioni romane pagane, ma anche con i principi laici di molte norme vigenti.

Per trovare una *summa* delle costituzioni imperiali emanate in tal senso tra l'anno 380 ed il 382 d.C. è necessario riferirsi al combinato del terzo libro del Codice Teodosiano e del titolo nono del quinto libro del Codice di Giustiziano, dedicati alle *secundae nuptiae* ed influenzate diffusamente dal pensiero di S. Ambrogio, Vescovo di Milano.

Ad esempio, la violazione del *tempus lugendi*, innalzato ad una durata di dodici mesi, avrebbe comportato sempre la sanzione d'infamia, limitazioni patrimoniali nei confronti

delle seconde nozze e della relativa dote, oltre alla perdita di tutto quanto ricevuto *per sponsalia* o *ex testamento* dal marito defunto<sup>204</sup>.

Ancorché il *tempus lugendi* fosse stato rispettato, la donna avrebbe patito fortissime limitazioni patrimoniali, ad esempio perdendo la titolarità di tutti i beni ricevuti dal

---

<sup>204</sup> Per la precisione trattasi di due costituzioni imperiali, che si riportano integralmente. C.5.9.1: *“Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius . Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis. 1 . Praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem ne det neque ei testamento plus quam tertiam partem relinquat. 2 . Omnium praeterea hereditatum legatorum fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Haec namque ab heredibus vel coheredibus aut ab intestato succedentibus vindicari iubemus, ne in his, quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. 3 . His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate, quamquam haec, quae mulieri a priore viro relinquuntur et per immaturum matrimonium vacuata esse coeperunt, primo a decem personis edicto praetoris enumeratis, id est adscendentibus et descendantibus et ex latere usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde praesumi a fisco iubemus. 4 . Eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare. \* GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. EUTROPIO PP. \* <A 380 PP. XV K. IAN. GRATIANO V ET THEODOSIO AA. CONSS.>”* ed anche CTh.3.8.1: *“Imppp. grat., valentin. et theodos. aaa. eutropio pf. p. si qua ex feminis perditto marito intra anni spatium alteri festinaverit iam nubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adiicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus), probrosis inusta notis, honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat, nec de nostro beneficio vel annotatione sperandum sibi esse subsidium. dat. iii. kal. iun. constantinopoli, eucherio et syagrio coss. interpretatio. mulier, quae post mortem mariti intra annum alteri viro nupserit, sciat se infamiae subiacere et notabilem usque adeo reddi, ut quaecumque\* sponsalicia\* largitate percepit, vel si per testamentum ipsi aliquid prior maritus donavit, amittat, et totum illius filiis cedat: si filii non fuerint, illis profuturum personis, qui priori marito gradu proximiori iunguntur et hoc sibi per successionem poterunt vindicare”*.

marito defunto *ex testamento* o *per sponsalia* a favore dei figli, potendone dunque trattenere soltanto il possesso per la durata della propria vita<sup>205</sup>.

Si può ritenere che una legislazione così severa, che, nell'età tardoantica, ridusse di fatto le vedove ad una condizione o di emarginazione se non, in certi casi, addirittura di miseria dal punto di vista materiale ed economico, sia stata influenzata non solo dalla patristica cristiana e, pertanto, dalla considerazione dello stato vedovile come preferibile rispetto alle seconde nozze, ma anche dalla volontà di sovvertire quelle norme di origine

---

<sup>205</sup> Cfr. interamente CTh.3.8.2: “*Idem aaa. floro pf. p. feminae, quae susceptis ex priori matrimonio filiis ad secundas transierint nuptias, quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quicquid etiam nuptiarum solennitate perceperint, quicquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint assecutae, id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios, quos ex praecedenti coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus), in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. nec quicquam eadem feminae ex iisdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumant, atque habeant potestatem possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. nam si quid ex iisdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo illibata ad hos, quos statuimus, heredes bona et incorrupta perveniant. 1. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem relinquens, senatusconsulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae, nullo existente fratre et superstite matre ac sororibus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt ex priore suscepti matrimonio, filiis relinquat, nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quicquam abalienandi habeat potestatem. 2. Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus native decesserint, omne, quod quoquomodo percepit, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex iis nanciscendi domini et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. 3. Similiter etiam admoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo quos, etsi vinculo non adstringimus, velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas persuaserit, circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab eis oporteat, quod optari interim sperarique condeceat. dat. xv. kal. iun. constantinopoli, antonio et syagrio coss. interpretatio. mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nuptias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priori marito filios habuerint, quicquid per sponsaliam\* largitatem vel nuptiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum. quicquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habeat liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quicquam alienare non liceat. quod si praesumpserit\*, de propriis facultatibus noverit compensandum. hoc specialius huic legi credidit inserendum, ut mulieri, quum ad alias nuptias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sorores aut certe sororem superstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, dimidiam defunctae filiae hereditatem mater acquirat, et media sororibus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut dum advixerit mater, acquisitam ex hac filii aut filiae medietatem tantummodo in usufructu possideat, et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filiis post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum, nec per donationem habitura licentiam. cui mulieri si de priore marito filii non supersint, tunc quaecumque\*, quae sub hac occasione percepit, sibi velut propriam vindicet facultatem et in quemcumque\* voluerit, iure transmittat. in hac etiam lege similem et patribus mortuis uxoribus condicionem\*, si ad alias nuptias venerint, voluit observari, ut, si de priore uxore filii vel filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur, et in suam portionem locum patri faciant, post illis obitum fratribus vel sororibus, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas”.*

augustea che favorivano nuovi matrimoni, anche a fine di procreazione, ritenute in aperto contrasto con i principi evangelici<sup>206</sup>.

Per concludere, possiamo dunque da un lato rimarcare che la vedova, in quanto tale, non è mai stata oggetto di una particolare tutela da parte dell'ordinamento. Se comunque per parlare di emarginazione e di afflizione determinata dalla considerazione della condizione di vedovanza è necessario attendere e far riferimento esclusivamente alle legislazioni tardoantiche, è altresì vero che il diritto romano non ha mai preso direttamente in considerazione la vedova in quanto tale, bensì esclusivamente alcuni effetti o potenziali rischi connessi alla sua condizione.

In quest'ottica, il reale interesse meritevole di tutela che ricorre già dai mores fino alle norme di età imperiale sembra essere il diritto alla discendenza.

Per diritto alla discendenza intendo un'espressione complessa che intende considerare non solo la rilevanza religiosa, pubblica e sociale di una procreazione senza rischi di *turbatio sanguinis*, atta a minimizzare il rischio di controversie che avrebbero minato l'ordine familiare e la stabilità della struttura della società romana che proprio nelle famiglie, le *gentes*, ha la sua base più forte ed influente, ma anche il diritto e le aspettative, soprattutto patrimoniali, dei singoli membri della *familia*, che non devono essere lese né dall'evento luttuoso, dalla condizione di vedovanza per se della moglie sopravvissuta.

Questi aspetti, che a mio avviso ricorrono tra l'altro anche e con forse maggiore forza nelle costituzioni dell'età tardoantica, e siffatta impostazione valoriale trovano un singolare riscontro nella lettura delle finalità della *cura ventris* che sarà oggetto della trattazione del prossimo paragrafo e delle conclusioni della presente ricerca.

### **3.3 IL PARAMETRO DELLA *DIGNITAS*: D.37.9.1.19 e D.37.9.4.1**

---

<sup>206</sup> A. GUASCO, *Vedove e seconde nozze. Influenze ambrosiane sulla legislazione tardoantica*, cit., 214-215.

A seguito di una sintetica esposizione delle possibili interpretazioni del termine *venter* (e affini) e di osservazioni sulla qualificazione del concepito in diritto romano, oltre ad una breve panoramica relativa alla condizione della vedova la cui presenza, come noto, costituisce una delle condizioni preliminari per l'attribuzione della *cura ventris*, è opportuno fornire una personale rilettura dell'istituto e svolgere alcune considerazioni interpretative.

Si può iniziare, dunque, con l'esegesi di due passi del Digesto, utili a comprendere meglio la funzione del *curator ventris* ed i parametri che regolano, ed in un certo senso limitano, la sua attività di *cura*. In questi frammenti uno specifico elemento, la *dignitas* della donna, parrebbe ricoprire un ruolo determinante e la sua corretta interpretazione sembra fornire un ulteriore elemento a sostegno delle posizioni già anticipate in conclusione del II capitolo in merito alla *ratio* della curatela del ventre.

Il primo passo appartiene al lungo frammento ulpiano che apre il nono *titulus* del trentasettesimo libro del Digesto, specificatamente dedicato a “*De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*”, già precedentemente esaminato, il quale stabilisce che

D.37.9.1.19 (Ulp. 41 *ad ed.*): “*Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*”.

Innanzitutto questo frammento da un lato delinea la funzione operativa del *curator ventris*, già esaminata in precedenza, dall'altro identifica i limiti della funzione stessa e anche dei diritti della gestante mentre è sottoposta alla curatela.

Questi limiti sono due: in primo luogo *ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet*, e quindi ne deduciamo che la donna non gode della piena disponibilità dei beni del marito, ancorché incinta, ma deve limitarsi ad utilizzare lo stretto necessario, senza il quale il nascituro non potrebbe sopravvivere e la gravidanza non potrebbe essere portata a termine.

Si comprende dunque come sia rilevante nell'istituto la finalità di tutela del patrimonio familiare, di cui il nascituro sarà presumibilmente titolare dopo il momento determinante del parto, e che la donna non può utilizzare illimitatamente per le proprie esigenze estranee al prosieguo della gravidanza<sup>207</sup>.

Questa finalità, così dimostrata, è uno dei valori che il diritto romano tutela in linea generale, ma non costituisce in ogni caso la *ratio*, la ragion d'essere della *cura ventris*. Per comprenderlo è sufficiente esaminare il secondo limite della funzione, più specificatamente un limite ai poteri del *curator* stesso più che ai diritti della donna: infatti nel fornire quanto spettante alla donna incinta, egli deve agire *pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*<sup>208</sup>.

Effettivamente i limiti sono due: il passo introduce due parametri con i quali il curatore deve confrontarsi continuamente, due elementi che costituiscono la misura della prestazione che deve erogare alla gestante.

Il primo è costituito dalle “facoltà” del defunto, anche se traducendo *facultates* con un termine più adatto, e meno letterale, dobbiamo intendere (accezione tipica del plurale) ricchezze, mezzi economici (del resto, da qui l'aggettivo “facoltoso”)<sup>209</sup>: pertanto il *curator* deve garantire alla donna sottoposta alla curatela quanto sopra elencato, ma secondo la ricchezza del defunto, del *pater familias* (nella stragrande maggioranza dei casi il marito) a cui la donna “apparteneva”. Detto limite opera su basi oggettive: infatti per il curatore è possibile determinare le *facultates* del defunto e, conseguentemente, commisurare le proprie erogazioni. Ciò non implica alcun potere di gestione o amministrazione del patrimonio in senso lato da parte del *curator ventris*, ma solo l'obbligo di considerare parametri patrimoniali nell'adempiere alla propria funzione.

Il diritto romano pare introdurre un criterio di *aequitas* nel commisurare le prestazioni, infatti la donna ed il nascituro non devono godere, attraverso l'espletamento della

---

<sup>207</sup> Infatti anche nel seguente D.37.9.1.20 (Ulp. 41 *ad ed.*) si identifica una scala di beni che andranno preferibilmente utilizzati per soddisfare le esigenze della madre e del nascituro, ed anche in questo frammento emerge con forza la volontà di tutelare il patrimonio: infatti devono essere utilizzati prima la *pecunia numerata*, il denaro contante, poi, in secondo luogo, *quae patrimonia onerare magis impendio quam augere fructibus consueverunt*, ovvero quei beni che costituiscono un onere per il patrimonio nel suo complesso, che sono fonti di spesa piuttosto che un guadagno tramite la produzione di frutti (e quindi un potenziale fattore ampliativo del patrimonio).

<sup>208</sup> Sul binomio *dignitas* e *facultates* si veda più approfonditamente nel prosieguo del presente paragrafo.

<sup>209</sup> Voce *Facultas*, in Th.II, VI, 153,80 – 155,55.

curatela del ventre, di benefici superiori rispetto al tenore di vita abituale mantenuto quando il defunto era ancora in vita<sup>210</sup>.

D'altra parte, considerando da un lato il pragmatismo tipico della società e della cultura romana, dall'altro la preminenza giuridica della tutela dei beni del defunto, è a mio avviso preferibile pensare che questa disposizione sia stata introdotta come ulteriore garanzia dell'integrità del patrimonio familiare. Infatti, mantenendo costanti le spese rispetto al tenore di vita precedente alla situazione di assenza del titolare della *patria potestas* sulla donna, si possono avere maggiori possibilità di mantenere integra la consistenza del patrimonio familiare, cosa che, è evidente, non sarebbe possibile se il contenuto delle prestazioni del *curator* fosse illimitato. In questo caso non solo si consentirebbe al curatore di intervenire discrezionalmente in una situazione di cui non è titolare, su cui ha *potestas* limitata dalla finalità del suo *officium*, ma si addiverrebbe anche ad una rapida *deminutio* del patrimonio e, conseguentemente, anche ad un pregiudizio per il nascituro o per il suo futuro status dopo il momento del parto.

Il secondo limite è costituito dalla dignità del defunto e della donna, ed è proprio a partire da questo elemento che è possibile avvalorare la tesi di una *cura ventris* come tutela del diritto del padre o della famiglia. Tradurre il termine *dignitas* con dignità è oltremodo semplicistico: infatti non solo è necessaria una compiuta analisi del termine e del suo utilizzo nelle fonti, ma andrebbe anche separato il concetto di *dignitas* riferito all'uomo dal medesimo concetto riferito alla donna<sup>211</sup>.

Si rende pertanto necessario un breve approfondimento semantico e storico, facendo riferimento principalmente al recente ed esauriente lavoro svolto da De Filippi<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Una forma di *aequitas* simile la si può curiosamente riscontrare oggi nella disciplina dell'assegno divorzile, regolata dalla L. 898/1970 e succ. mod.: "*Presupposti per la concessione di assegno di divorzio è l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio*" (Così sul punto Cass. 542/2005, in *Guida al Dir.*, 2005, n. 34, 68).

<sup>211</sup> Non va trascurato un pregiudizio tipico della cultura romana, che emerge chiaramente in un passo di Ulpiano ed uno di Papiniano, rispettivamente D.1.9.1, "*vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum. Putem praeferi, quia maior dignitas est in sexu virili*" e D.1.5.9, "*deterior est condicio feminarum quam masculorum*". È evidente che la discriminazione deriva da quelle che sono considerate le attitudini e gli scopi naturali per uomini e donne: l'esercizio del potere e la funzione procreativa.

<sup>212</sup> M. DE FILIPPI, *Dignitas tra Repubblica e Principato*, Bari, 2009.

*Dignitas* è un sostantivo astratto di qualità, derivante dall'aggettivo *dignus*, e un'ipotesi ancor oggi accreditata ne fa discendere l'origine dalla radice “*dec*” propria del verbo *decet*. Per quanto interessante dal punto di vista morfologico tale ricostruzione non è di grande aiuto sul piano semantico, dal momento che lo stesso verbo *decet* è di significato ambiguo e polivalente<sup>213</sup>.

Nonostante le molteplici trasformazioni storiche e culturali che hanno influenzato la lingua latina nei secoli, e trascurando per il momento il contesto (politico piuttosto che giuridico, filosofico, o quotidiano) in cui il termine potesse essere utilizzato, è ricorrente la connessione tra la qualità della *dignitas*, determinati valori etico-sociali largamente condivisi e la conseguente posizione e considerazione pubblica che ne consegue in una società fortemente moralista e conservatrice come quella dell'antica Roma<sup>214</sup>.

Limitando questo breve approfondimento alla valenza sociale della *dignitas* ed all'uso di tale lessema in un contesto giuridico, è Cicerone a fornire un'eccellente definizione di *dignitas*, collegandola al concetto di *maiestas*: infatti “*Maiestas rei publicae est in qua continetur dignitas et amplitudo civitatis*”<sup>215</sup>, e quindi “la sovranità (intesa in senso assoluto, quasi universale) della *res publica* si basa sulla dignità e sulla grandezza della *civitas*”.

Si può pertanto considerare la *dignitas* come quella componente imprescindibile della sovranità di Roma, affiancata all'integrità del suo territorio, in cui ricondurre tutti i valori morali fondamentali della società, dalla virtù militare al merito politico, fino all'integrità morale, dall'orgoglio derivante dall'appartenenza alla *civitas romana* alla devozione verso la stessa; pertanto una sorta di sintesi estrema dell'etica che caratterizza una determinata società. *Dignitas*, se generalizzato fino all'estremo, va ad indicare la condizione degli uomini, il loro *status* in quanto tali, ed è, sempre secondo Cicerone, parametro per giudicare l'adeguatezza e la bontà delle nuove regole del

---

<sup>213</sup> Anche se l'autrice propone, cfr. *Dignitas tra Repubblica e Principato*, cit., 30-31, una ricostruzione differente e la derivazione dell'aggettivo *dignus* dalla radice di origine greca “*deic*”, tipica del verbo *deiknumi* (potere), come altri aggettivi di qualità.

<sup>214</sup> Ne è un esempio un passo di Sallustio, in cui, riferendosi alla nobiltà romana, la *dignitas* viene contrapposta a *lubido*, ovvero autorevolezza come opposto di arbitrio: cfr. SALLUSTIUS, *De bello Jugurthinum*, 41.5.2. in ogni caso si veda sul punto Voce *Dignitas*, in Th.II, I, 1133,50 e ss. e, per quanto concerne il passo appena richiamato, *ibid.* 1137,75.

<sup>215</sup> CICERO, *Rhetorica ad Herennium*, 4.35.25, e la citata definizione viene ripresa e confermata in molte altre sue opere.

diritto, assieme alle circostanze storiche: “*novum ius constui convenit ex tempore et ex hominis dignitate*”<sup>216</sup>.

Se riferito ad un soggetto determinato e considerando la sua possibile accezione giuridica, la *dignitas* è spesso la posizione sociale di una persona<sup>217</sup>, posizione e status che lo differenzia dagli altri (ad esempio i *clientes* di un patrizio sono inferiori a lui per *auctoritas* e *dignitas*<sup>218</sup>) e che impone altresì obblighi e doveri in corrispondenza degli evidenti privilegi che ne derivano.

Tenendo presente i caratteri fondamentali della società romana ed i suoi valori, è facilmente ipotizzabile un nesso tra il raggiungimento di una posizione sociale ed il proprio merito, il possesso di determinati requisiti: vi si può infatti ricondurre l’idea di merito, di capacità, ed ecco emergere il nesso tra la *dignitas* e l’aggettivo *dignus* da cui deriva, l’essere degno, meritevole, adatto. È degno chi è meritevole dei propri avi, della propria *familia*, e di essere ricordato<sup>219</sup>, e l’affidamento di una responsabilità *pro dignitate* è un sistema politicamente apprezzato come più adatto in assoluto<sup>220</sup>.

Tale meritevolezza ha una valenza etica dinamica: se dalla *dignitas* deriva l’*auctoritas* necessaria per ricoprire un determinato incarico, alla diminuzione della *dignitas* consegnerà un pregiudizio, un impedimento anche nello svolgimento di detto incarico; proprio questa componente etica rende la *dignitas* di un soggetto un interessante – e

---

<sup>216</sup> CICERO, *Rhet.*, 2.13.19 e, in generale, per la ricostruzione, M. DE FILIPPI, *Dignitas tra Repubblica e Principato*, cit., 75 e ss.

<sup>217</sup> Lo conferma la lettura di D.1.9.11 (Paul. 41 *ad ed*), circa le conseguenze anche esteriori ed i privilegi derivanti dalla carica di senatore: “*Senatores licet in urbe domicilium habere videantur, tamen et ibi, unde oriundi sunt, habere domicilium intelleguntur, quia dignitas domicilii adiectionem potius dedisse quam permutasse videtur*”.

<sup>218</sup> Così il complesso D. 49.15.7.1 (Procul. 8 *Epist.*), come poi commentato sempre in M. DE FILIPPI, op. cit., 86 e ss: “*Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est*”.

<sup>219</sup> In questo senso E. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, II, Padova, 1801, 86.

<sup>220</sup> Non a caso è Caio Giulio Cesare a condividere tale metodo giudicando i meccanismi elettivi dei druidi: cfr. CAESAR, *De bello Gallico*, 6.13.9.

comune, come si può riscontrare nel frammento in esame – parametro di giustizia sostanziale<sup>221</sup>.

Semplificando, la *dignitas* di un uomo romano è connessa strettamente alla sua attitudine alla carriera, militare e politica, quindi al suo *cursus honorum*: proprio per questo motivo il lessema *dignitas* può anche essere tradotto come incarico, rango, anche grado nelle gerarchie politico-militari<sup>222</sup>. Se intesa astrattamente, invece, rappresenta la condizione dell'essere degno, del perseguire con successo le proprie attitudini naturali, e le conseguenze pubbliche che questo successo comporta, ovvero la posizione nella gerarchia sociale<sup>223</sup>.

Una volta riscontrato, come ci eravamo proposti precedentemente, un panorama etimologico sufficientemente convincente e cosa significhi *dignitas* se riferita ad un uomo, è necessario chiedersi cosa dunque significhi se riferita ad una donna, e se sia possibile impiegare la medesima accezione.

Utilizzando la medesima chiave di lettura si potrebbe affermare che gode di *dignitas* la donna che adempie al meglio al proprio ruolo di madre e di moglie, ma non solo questo concetto è perlopiù sconosciuto alle fonti giuridiche, ma appare totalmente fuorviante ai fini della presente analisi. Se così fosse infatti, tornando al passo che si esamina, il *curator ventris* dovrebbe commisurare le proprie prestazioni patrimoniali in base alla ricchezza economica del padre del nascituro, alla sua carriera politico-militare e a

---

<sup>221</sup> U. VICENTINI, *Diritti e dignità umana*, Roma, 2009, 12 e ss. L'Autore evidenzia come anche nella Grecia antica, addirittura arcaica, responsabilità e valore costituissero un binomio comunissimo. Tale concezione, già presente nei poemi omerici, data l'importanza che rivestiva il *kleos*, la fama di un soggetto davanti ai suoi pari, si consolida successivamente tra i classici fino ad essere elevato a parametro di giustizia nell'Etica Nicomachea di Aristotele, cfr. Libro V, par. 3, dove, per parlare di merito da un punto di vista concreto si usa il termine *axià*, traducibile anche come dignità, riconoscibile dall'esterno.

<sup>222</sup> Ed in proposito, tra le molte fonti che utilizzano il termine *dignitas* accompagnato alla denominazione di una specifica carica, può trasmettere una percezione maggiore di concretezza citare un'iscrizione funebre, si veda C.I.L., VIII, 1440 (*Thibursicum Bure*): “*D(is) M(anibus) s(acrum) / Q(uinto) Urvino Crescenti Liviano / equestri dignitate exornato / nobili viro piissimo adolescenti / qui cum suis carus parentibus / l'*”

<sup>223</sup> L'idea di una *dignitas* come posizione sociale, come *status* riconosciuto dalla collettività in virtù della propria carriera, dei propri successi, dell'appartenenza ad una determinata *familia* e, più in generale, del possesso di valori etici e morali unanimemente riconosciuti ed apprezzati, apparirebbe in ogni caso una coerente evoluzione sia lessicale che concreta del concetto originario come sopra ricostruito. Con il passare del tempo è stato il latino medievale ad associare al lessema *dignitas* l'accezione di incarico, quello che precedentemente era il significato attribuibile ad *officium*, ed a cristallizzarlo: non è un caso se, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, approvata il 26 agosto 1789, nel considerare degli incarichi di responsabilità, si riferisca a “tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici”; sul punto cfr. U. VICENTINI, op. cit., 17.

quanto la futura madre è “rispettabile” secondo i canoni della società romana. Tale spiegazione, a mio avviso, non sembra pienamente soddisfacente.

Dal momento che *dignitas* si può intendere, se riferita all’uomo, come “posizione sociale”, ricordiamo che tale *status* viene attribuito alla donna dall’uomo, per effetto del matrimonio, e ai figli, anche tramite l’adozione: infatti, considerando alcuni passi estratti dalle fonti, secondo Ulpiano, in D.1.9.8 (Ulp. 6 *fid.*) “*feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt, parentes vero, donec plebeii nuptiis fuerint copulatae*” e, secondo Paolo, in D.1.7.35 (Paul. 1 *resp.*), “*Per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur*”. Pertanto si nota come le fonti stesse utilizzino nella medesima accezione il lessema *dignitas* riferito sia all’uomo che alla donna, dal momento che è giuridicamente possibile attribuire lo *status* sociale del marito alla donna coniugata.

Quanto appena affermato rende difficile condividere un’interpretazione che consideri, nel caso di specie, la *dignitas* della donna non come un parametro, ma come un obiettivo specifico della *cura ventris*, ovvero tutelare la qualità della vita della donna stessa.

Nel frammento in commento ci si riferisce sia alla *dignitas* della donna che alla *dignitas* del marito, nel caso di specie deceduto: tale circostanza, secondo parte della dottrina<sup>224</sup>, evidenzerebbe l’impossibilità di utilizzare lo stesso significato anche in riferimento ad un *defunctus*, argomento in base al quale si giustificerebbe l’interpretazione dell’istituto della *cura ventris* come di uno strumento di tutela della donna.

Consideriamo allora il secondo frammento pauliano, che utilizza il termine *dignitas* in relazione alla *cura* e alla *missio in possessionem ventris*, ovvero

D.37.9.4.1 (Paul. 41 *ad ed.*): “*Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius secundum dignitatem, cibaria praestanda sunt*” (“Anche ai servi della donna, che si rendono necessari al suo servizio secondo la posizione sociale, si deve dare il vitto”).

---

<sup>224</sup> In questo senso M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano*, cit., 48-49 che annovera la *dignitas* della donna come obiettivo di tutela del *curator ventris*, secondario rispetto alla tutela della vita del concepito, di cui già in precedenza abbiamo avuto modo di trattare: cfr. *supra* pag. 4, nota 15; cfr. altresì P. CATALANO, *Il concepito “soggetto di diritto” secondo il sistema giuridico romano*, cit.

Questo frammento si occupa brevemente di un'obbligazione ulteriore facente capo al *curator*, ovvero il mantenimento di una servitù che provveda alle esigenze della donna secondo lo *status* sociale della stessa. Solamente interpretando *dignitas* come posizione sociale questo frammento ha un significato compiuto e completo: infatti la servitù varia a seconda del rango della *familia*, e proprio rispetto a questo rango va mantenuta in essere, affinché non venga alterata la condizione della gestante, dopo la scomparsa del marito e prima del parto.

Il frammento dunque si risolve non tanto in una forma di tutela della donna, la quale, se è priva di servitù prima della scomparsa del marito a causa dello *status* sociale di entrambi non ottiene un miglioramento dei propri diritti, quanto nella specificazione dell'utilità della servitù, e della limitazione quantitativa della stessa, *secundum dignitatem*.

Concludendo, il secondo parametro che il *curator ventris* deve rispettare, dopo i limiti quantitativi di cui sopra, è costituito sì dalla ricchezza materiale del padre del nascituro ma anche dalla posizione sociale riconoscibile in capo a lui ed alla futura madre.

Tra l'altro è condiviso dalla dottrina<sup>225</sup> che il binomio *dignitas – facultates*, inteso come posizione sociale e ricchezze materiali, sia utilizzato frequentemente come parametro e come limite tipico nella commisurazione di prestazioni economicamente rilevanti, quali la costituzione della dote, le spese funerarie, il rispetto delle disposizioni testamentarie e così via. L'introduzione da parte del diritto di siffatte limitazioni, al fine di regolare il contenuto delle prestazioni del curatore, è spiegabile solamente con l'interpretazione della *cura ventris* come istituto finalizzato a tutelare una specifica posizione giuridica, un diritto del *pater*, ma anche della *familia*.

Infatti è chiaro come la semplice tutela del patrimonio non costituisca un fine, altrimenti sarebbe stato sufficiente introdurre un *curator bonorum*, senza aggiungervi l'*officium* del *curator ventris*: tale protezione è un valore fondamentale, che non va trascurato e che orienta trasversalmente una molteplicità di istituti all'interno dell'ordinamento giuridico.

Dunque è possibile a mio avviso individuare *a contrario* un diritto specifico, non consacrato in una fonte normativa o in un frammento, a partire dall'istituto preposto alla

---

<sup>225</sup> Cfr. in proposito, anche per il supporto fornito dalle fonti a tale argomentazione, M. DE FILIPPI, *Dignitas tra Repubblica e Principato*, cit., 124 e ss.

sua tutela: in questo senso se la commisurazione delle obbligazioni del curatore *pro facultatibus* e, ancor prima, la limitazione dei diritti della gestante sui beni familiari a *ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit* costituiscono la consacrazione del valore della tutela del patrimonio, il riguardo alla posizione sociale dell'uomo e della donna non può che integrare il limite ad un diritto molto particolare e di contenuto non comune. Infatti un diritto alla discendenza – configurabile in capo al *pater*, in virtù della sua *potestas* sulla *familia*, solo grazie al fatto che il *venter* è una *res*, e non una persona – non è né un diritto reale né di credito, e pertanto, anche con riguardo all'importante funzione sociale a cui si ricollega (tutela dell'integrità familiare e della *civitas* nel suo complesso) può essere limitato, se non con riguardo a valori meramente economici, proprio considerando la *dignitas*, intesa come posizione sociale dei soggetti coinvolti.

Nessun altro parametro tipico potrebbe infatti costituire una valida ed efficace commisurazione del contenuto delle obbligazioni, proprio in ragione della particolarità del diritto che il *curator ventris* è chiamato a difendere. Tale difesa deve considerarsi assoluta; è diretta ad escludere ogni tipo di intervento potenzialmente lesivo, sia che provenga da un fatto altrui, dal fatto della madre incinta – la quale, come detto in precedenza, non può defraudare il marito e la *familia* di un diritto su cui non ha disponibilità – che dall'esterno, e dunque dalle condizioni ed esigenze economiche e materiali della donna, a cui si deve provvedere per dare tutela indirettamente anche al nascituro.

Questa funzione appare inoltre coerente con lo scopo marcatamente assistenziale della *cura*, come identificato già nei precedenti capitoli, di protezione di una situazione che potrebbe potenzialmente deteriorarsi per ragioni che l'ordinamento giuridico si propone di contrastare, ma anche dell'interpretazione della *dignitas* come posizione sociale o forse, più precisamente, come *status* giuridicamente rilevante nei confronti della collettività e pertanto fonte di diritti e di privilegi<sup>226</sup>.

È dunque evidente come sia necessario svolgere ulteriori approfondimenti su di un istituto così controverso e di difficile lettura e classificazione come la *cura ventris*, cercando, a mio parere, di svolgere un'esegesi dei testi attenta non solo ai profili

---

<sup>226</sup> Ancora, in questo senso, cfr. l'analisi di M. DE FILIPPI, *Dignitas tra Repubblica e Principato*, cit., 90 e ss.

prettamente giuridici ma anche semantici e storici, soprattutto quando si fa riferimento a concetti ampi e polivalenti quali la *dignitas*.

A conclusione del presente scritto, una volta affrontato il tema della *ratio* della *cura ventris*, non sembra possibile considerare come certezze indiscutibili le posizioni di quella dottrina che intende la *cura ventris* come uno strumento posto a tutela della vita del concepito, oppure che considera la medesima come strumento di controllo e di “oppressione” della donna.

Inoltre, come si è precedentemente evidenziato, anche un’interpretazione analitica del richiamo alla *dignitas* all’interno del frammento esaminato può confortare un simile orientamento, trovandovi una plausibile collocazione: la *dignitas*, se interpretata come un criterio e una sorta di misura che il *curator ventris* deve considerare nell’esercizio della propria funzione, va a supporto di una ben precisa lettura dell’istituto della *cura ventris* stessa, dando ragione di alcuni punti oscuri ed ambigui di questo istituto dei quali si è fatto cenno nella presente ricerca.

Per quanto riguarda i rapporti tra *cura ventris* e *mulier*, abbiamo dato conto sia della condizione sociale e giuridica delle *viduae* nel precedente paragrafo, sia del fatto che tale forma di tutela può essere letta come non immediatamente diretta alla donna (infatti già dalla sua definizione si parla di *cura ventris*, non *mulieris*): infatti non sussiste un interesse meritevole di tutela nella donna in quanto soggetto socialmente debole, né un preciso fine afflittivo della stessa, dal momento che provvedere alle esigenze della donna costituisce solo il mezzo per tutelare maggiormente il nascituro e non per supplire a carenze, volontarie e non, di capacità della donna ad autotutelarsi e a provvedere ai propri bisogni.

A nulla rileverebbe comunque, in questo senso, una pretesa tutela della *dignitas* della donna intesa come qualità della vita; come già ricordato, il riferimento alla *dignitas* avrebbe ben altro significato.

## CONCLUSIONI

Senza procedere ad un vero e proprio riepilogo degli argomenti esposti e considerati nella presente ricerca, è sufficiente ricordare che lo scopo della stessa era di esaminare l'istituto della *cura ventris*, inquadrato nel sistema della cura di diritto romano e raffrontato alle due categorie di *cura personae* e *cura bonorum*, e la sua disciplina, al fine di meglio comprenderne le finalità e di fornire al tempo stesso una rilettura a partire dal parametro della *dignitas*, così come identificato in due rilevanti frammenti in materia. Tale rilettura vorrebbe evidenziare come molte tesi inerenti alla finalità della *cura ventris* ed agli interessi tutelati dall'ordinamento attraverso tale strumento si fondano su presupposti quantomeno metodologicamente discutibili.

Infatti una parte della dottrina, meglio rappresentata dalle posizioni di Pierangelo Catalano e Maria Pia Baccari, condividendo più in generale l'opinione secondo la quale il diritto romano riconosceva come esistenti autonomamente ed individualmente i concepiti, è arrivata a ricondurre l'istituto della curatela del *venter* alla finalità di salvaguardare il concepito stesso.

Secondo Catalano, peraltro, sarebbe sancito quantomeno nel diritto giustiniano il principio di parità di considerazione tra nati e nati<sup>227</sup>.

Tali conclusioni derivano da una lettura delle fonti già considerate nei precedenti paragrafi<sup>228</sup>, fonti che effettivamente possono anche suggerire un simile principio, se lette, come evidenzia in senso a mio avviso condivisibile Francesca Lamberti<sup>229</sup>, in una prospettiva decontestualizzata.

---

<sup>227</sup> Cfr. P. CATALANO, *Osservazioni sulla 'persona' dei nati alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, cit., 195 e ss..

<sup>228</sup> Cfr. *supra*, ad esempio § 3.1.

<sup>229</sup> Si veda per la precisione la critica espressa in F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., 305 e ss..

La rilettura operata da tale parte della dottrina ha raccolto molte adesioni<sup>230</sup>, ed anche alcune critiche, proprio per l'apparente tendenza a considerare solo le fonti efficaci al sostegno di tale tesi e di interpretare conseguentemente in modo distorto o di non considerare altri e diversi frammenti non coerenti con i precedenti.

Gli elementi portati a suffragio di tale corrente dottrinale, definita da alcuni "teoria della realtà", sarebbero rappresentati non solo da una rilettura del verbo *intelligere* in quanto riferito al concepito, verbo il cui significato sarebbe quello di "constatare", con un chiaro riferimento alla sfera oggettiva del mondo fattuale, e non, ad esempio "ritenere", riferibile pertanto ad una possibile operazione di *fictio* da parte dell'ordinamento, ma anche dal riferimento al criterio del *commodum* del nascituro, in alcuni frammenti, di cui si è fatta menzione in precedenza anche nella presente analisi e da una serie di disposizioni assertivamente atte sia a favorire l'evento della nascita, con particolare attenzione per la condizione del nascituro, sia a sanzionare l'aborto.

Tra tali disposizioni viene ricondotto anche l'istituto della *cura ventris*, in quanto forma di protezione del concepito, di tutela della vita e soprattutto di un asserito diritto alla vita del nascituro che non riceverebbe così solamente un mero riconoscimento, bensì anche una protezione da parte del diritto.

Altri autori, sulla scorta della teoria della realtà, hanno focalizzato la loro attenzione sui sintagmi *in rerum natura esse* e *in rebus humanis (non) esse*, utilizzato come criterio per spiegare l'apparente contraddizione tra le fonti che esprimono di volta in volta il riconoscimento o il disconoscimento di una forma di autonomia e individualità al concepito. L'opzione percorsa da tale dottrina è di giustificare il riconoscimento del concepito sulla base del "*in rerum natura esse*" ovvero come presenza del medesimo, ancorché in divenire, nella realtà materiale, senza però attribuirgli la qualifica di *homo*,

---

<sup>230</sup> Si vedano le posizioni espresse da autori già menzionati nelle precedenti note e che qui ci si limita a richiamare molto sommariamente: P. FERRETTI, *In rerum natura esse...*, cit., il quale sostanzialmente fonda il riconoscimento dell'esistenza autonoma del concepito proprio nell'espressione *in rerum natura esse*, avente valore generale, e differente invece dall'espressione *in rebus humanis esse*, da ricondurre a specifici e limitati effetti giuridici dei quali, nel caso, il concepito non avrebbe potuto godere; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., la quale trova nell'espressione spesso utilizzata per identificare il concepito, ovvero qui in utero est, un'implicita ammissione della loro esistenza autonoma e dell'idoneità a costituire centro di riferimento di situazioni giuridiche soggettive; infine E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., il quale riprende le opinioni di Ferretti e la differenziazione operata rispetto al sintagma *in rebus humanis (non) esse* per affermare che anche l'uso del termine *homo* non sia utilizzato per negare al concepito una dignità umana ma per affermarne l'incompletezza, e, pertanto, l'esistenza *in fieri* e l'attitudine ad essere titolare un più ridotto riconoscimento giuridico.

che deriverebbe esclusivamente dall'evento nascita (e quindi l'appartenenza alle *res humanae*).

Già nel precedente paragrafo 2.3 ci siamo interrogati su quale sia effettivamente l'oggetto della *cura ventris*, quale l'interesse meritevole di salvaguardia sia stato identificato dall'ordinamento giuridico nel momento in cui è stata pensata una soluzione quale la curatela del ventre. La dottrina che fin qui abbiamo sinteticamente richiamato identifica tal forma di cura come deputata specificamente alla tutela del diritto alla vita del concepito e come ulteriore mezzo di prevenzione dell'aborto.

La rilettura della *cura ventris* alla luce del parametro della *dignitas*, inteso come parametro per le prestazioni del *curator ventris*, oltre ad alcune osservazioni svolte in tema di *tempus legendi* e condizione delle *viduae* su quali fossero effettivamente gli interessi tutelati dall'ordinamento evidenziano invece due circostanze.

In primo luogo che quando si intraprende la disamina, specialmente nell'ambito del diritto di famiglia, oltre che dei profili sostanziali della disciplina di uno o più istituti anche delle relative finalità, è necessario valutare attentamente non solo le risultanze delle fonti, che, una volta interpretate o decontestualizzate, possono portare a risultati fuorvianti, ma anche il contesto generale e l'effettiva volontà politica di chi, in un modo o nell'altro, costituiva una fonte di produzione del diritto romano.

In secondo luogo che sembra emergere da una serie di frammenti diffusamente presi in considerazione nella presente ricerca una specifica volontà da parte dell'ordinamento giuridico di tutelare la discendenza, di tutelare una corretta e regolare procreazione, in modo che un determinato stato di equilibrio, di ordine, sia perpetuato nelle generazioni a venire, senza che né siano compromesse le posizioni economiche delle persone coinvolte e delle varie famiglie, né si rischi di mettere in pericolo l'esistenza stessa e l'identità dei figli e la loro appartenenza alla *familia*.

In questo senso anche il principio "*civitas amplianda*" di cui si è fatta precedente menzione acquista un significato maggiore e trascendente rispetto ad una data contingenza storica, essendo immanente nella società romana, e quindi anche nel diritto, un principio di costante aumento, accrescimento, sviluppo a partire dalle singole famiglie fino alle *gentes* ed alla *civitas*, simbolo particolare dell'universalità della società romana.

Tali concetti, e l'esistenza stessa di un diritto alla discendenza vantato in primis dal *pater familias*, quindi dalla *familia* stessa in caso di prematura scomparsa di quest'ultimo, la sua esatta natura ed il nesso con i *mores maiorum* sarebbero sicuramente meritevoli di autonomi ed ulteriori approfondimenti. Per adesso è sufficiente aver identificato e giustificato plausibilmente tramite l'esegesi delle fonti la loro esistenza, al contempo aver messo in luce alcune criticità presenti nelle ricostruzioni offerte dalla cosiddetta teoria della realtà.

Infatti nel sostenere un'interpretazione contraria, ovvero ritenendo che i Romani, parlando di "*qui in utero est*", facciano un'implicita ammissione della qualificazione del feto come di una persona, si dovrebbe comunque a mio avviso considerare e soffermarsi su tre circostanze.

Innanzitutto il fatto che i Romani non avessero gli strumenti giuridici e lessicali, oltre alla necessaria consapevolezza, per operare le sottili distinzioni che contraddistinguono i dibattiti attuali, derivanti in ogni caso da un percorso storico ed ideologico non ancora realizzato nel tempo.

In secondo luogo, il fatto che i Romani non avessero coscienza di tutte quelle problematiche che caratterizzano le più recenti controversie di medicina e bioetica, relative alla definizione di un momento di inizio della vita anteriore alla nascita e scaturite principalmente dal possesso di conoscenze scientifiche molto progredite.

In terzo luogo che tali questioni sono sorte, e risultano estremamente discusse, solamente in tempi recenti rispetto al frammento che si commenta <sup>231</sup>.

Infatti una simile operazione ricostruttiva, che non si limita a considerare l'interesse tutelato da una data norma ma che, attivamente, sulla base di questo svolge

---

<sup>231</sup> Basti pensare che, senza ricostruire in questa sede la *querelle* relativa all'attribuzione al feto dello stato di persona, la Corte di Cassazione, con una recente pronuncia, nel riconoscere al nascituro il diritto al risarcimento del danno patito per la negligente somministrazione di farmaci dannosi alla madre gestante, si è trovata a dover faticosamente stabilire se, in assenza della capacità giuridica, sia riconducibile al concepito l'attitudine ad esser titolare di diritti: cfr. Cass. Civ. 11 maggio 2009, n. 19741, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, 2075 e ss.. Ha peraltro affermato che "*limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro*" e che "*il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della condicio iuris della nascita ex art. 1 c.c., comma 2 [...] è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori*".

interpretazioni estensive ulteriori si fonda sulla cosiddetta “*Interessenjurisprudenz*”<sup>232</sup>, sulla tendenza della giurisprudenza a “costituzionalizzare il diritto privato”, al tempo stesso introducendo nell’ordinamento una netta depatrimonializzazione delle norme civilistiche, ovvero l’esito di un’evoluzione normativa ed interpretativa che nel diritto romano potrebbe forse trovare esclusivamente un suo lontano punto di partenza.

È corretto mettere in luce l’attualità e l’universalità, da un punto di vista metodologico, di alcune soluzioni nate dal diritto romano, cercando però di perseguire un’interpretazione quanto più possibile oggettiva, sperimentando la medesima sensibilità giuridica che i giuristi dell’antica Roma continuano ad insegnarci.

---

<sup>232</sup> Sul tema basti ricordare il fautore di tale corrente, nata in Germania nel XIX sec., ovvero R. JHERING, con l’opera *Der Zweck im Recht*, 1877, trad. It. *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, ed i suoi sostenitori, P. HECK e H. KANTOROWICZ.

# BIBLIOGRAFIA

## MONOGRAFIE E MANUALI

|  |
|--|
| A. AUDIBERT, <i>La folie et la prodigalité en droit romain</i> , Paris, 1892;  |
| A. SALOMONE, <i>Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico</i> , Napoli, 2007;                            |
| B. ALBANESE, <i>Le persone nel diritto privato romano</i> , Palermo, 1979;   |
| B. BIONDI, <i>Diritto romano cristiano</i> , II, Milano, 1954;   |
| B. BISCOTTI, <i>Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore</i> , Milano, 2008; |
| C. A. MASCHI, <i>La concezione naturalistica del diritto e degli ordinamenti giuridici romani</i> , Milano, 1937;      |
| C. F. GLUCK, <i>Commentario alle Pandette</i> , XXVII, Milano, 1908;   |
| C. FADDA, <i>Diritto delle persone e della famiglia</i> , Napoli, 1910;  |
| C. FAYER, <i>La familia romana</i> , I, Roma, 1994;  |
| C. FAYER, <i>La familia romana</i> , II, Roma, 1994;   |
| C. FERRINI, <i>Manuale di Pandette</i> , Milano, 1908;   |
| C. LANZA, <i>Ricerche su "furiosus" in diritto romano</i> , Roma, 1990;  |
| C. TERRENI, <i>Me puero venter erat solarium – Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana</i> , Pisa, 2009;  |
| D. GOUREVITCH-M. RAEPSAET-CHARLIER, <i>La donna nella Roma antica</i> , Firenze-Milano, 2003;                          |
| E. BIANCHI, <i>Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'</i> , Milano, 2009;                      |

|  |
|--|
| E. CANTARELLA, <i>Corso di istituzioni di diritto romano – persone, famiglia e parentela, matrimonio</i> , Milano, 1995;   |
| E. COSTA, <i>Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto</i> , Torino, 1890;  |
| E. COSTA, <i>Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone</i> , Bologna, 1899;   |
| E. FORCELLINI, <i>Totius Latinitatis Lexicon</i> , II, Padova, 1801;   |
| E. GIACOBBE, <i>Il concepito come persona in senso giuridico</i> , Torino, 2003;   |
| E. NARDI, <i>Procurato aborto nel mondo greco-romano</i> , Milano, 1971;   |
| E. SERAFINI, <i>Della revoca degli atti fraudolenti</i> , I, Pisa;   |
| F. C. VON SAVIGNY, <i>System des heutigen romischen Rechts</i> , tradotto da V. SCIALOJA, <i>Sistema di diritto romano attuale</i> , I, Torino;  |
| F. DE MARTINO, <i>Storia economica di Roma antica</i> , I, Firenze, 1980;  |
| F. MERCOGLINO, <i>Tituli ex corpore Ulpiani: storia di un testo</i> , Napoli, 1997;  |
| F. PULITANO', <i>Studi sulla prodigalità in diritto romano</i> , Milano, 2002;   |
| F. SCHOMANN, <i>De diis Manibus, Laribus et Geniss</i> , Greifswald, 1840;   |
| F. ZUCCOTTI, <i>Furor haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano</i> , Milano, 1992; |
| G. BERLINGUER, <i>La legge sull'aborto</i> , Roma, 1978;   |
| G. FRANCIOSI, <i>Corso istituzionale di diritto romano</i> , I, Torino, 1993;  |
| G. FRANCIOSI, <i>Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato</i> , Torino, 1995;   |
| G. SCIRE', <i>L'aborto in Italia: storia di una legge</i> , Milano, 2008;  |
| G. VILLANACCI, <i>Il concepito nell'ordinamento giuridico: soggettività e statuto</i> , Napoli, 2006;  |
| H. SIBER, <i>Romisches Recht in Grundzugen fur die Vorlesung</i> , I, Berlin, 1928;  |
| J. CUIACIO, <i>Opera</i> , VIII, Modena, 1780;   |
| L. DESANTI, <i>De confirmando tutore vel curatore</i> , Milano, 1995;  |
| L. KELLER, <i>De la procedure civile et des actions chez les romains</i> , trad. franc., Paris, 1870;  |

|  |
|--|
| L. MONACO, <i>Hereditas e mulieres</i> , Napoli, 2000;   |
| L. PEPPE, <i>Studi sull'esecuzione personale</i> , I, <i>Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana</i> , Milano, 1981;            |
| M. DE FILIPPI, <i>Dignitas tra Repubblica e Principato</i> , Bari, 2009;   |
| M. LAURIA, <i>Possessiones</i> , I, Napoli, 1953;  |
| M. LEPRI, <i>Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem</i> , Firenze, 1939;  |
| M. LUBRANO, <i>Persona e «homo» nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano</i> , Torino, 2002;                              |
| M. MARRONE, <i>Lineamenti di diritto privato romano. Il processo e le obbligazioni</i> , Torino, 2008;   |
| M. P. BACCARI, <i>Concetti ulpiane per il 'diritto di famiglia'</i> , Torino, 2000;  |
| M. P. BACCARI, <i>La difesa del concepito nel diritto romano</i> , Torino, 2006;   |
| M. REICHLIN, <i>Aborto: la morale oltre il diritto</i> , Milano, 2007;   |
| M. SARGENTI, <i>Il diritto privato nella legislazione di Costantino</i> , Milano, 1938;  |
| M. WARNOCK, <i>Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology</i> , London, 1984;  |
| O. DILIBERTO, <i>Studi sulle origini della cura furiosi</i> , Napoli, 1984;  |
| O. LENEL, <i>Das 'Edictum perpetuum'</i> , Leipzig, 1927;  |
| O. LENEL, <i>Palingenesia iuris civilis</i> , II, 2000;  |
| P. BONFANTE, <i>Corso di diritto romano</i> , I, <i>Diritto di famiglia</i> , Milano, 1963;  |
| P. FERRETTI, <i>In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse – Identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico</i> , Milano, 2008; |
| P. RAMADIER, <i>Les effets de la 'missio in bona rei servandae causa'</i> , Paris, 1911;   |
| R. ASTOLFI, <i>Il matrimonio nel diritto romano classico</i> , Padova, 2006;   |
| R. JHERING, <i>Der Zweck im Recht</i> , 1877, trad. It. <i>Lo scopo nel diritto</i> , Torino, 1972.  |
| R. POTHIER, <i>Pandectae Justinianae</i> , Paris, 1819;  |
| S. DI SALVO, <i>Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.</i> , Napoli, 1979;   |

|  |
|--|
| S. PEROZZI, <i>Istituzioni di diritto romano</i> , Roma 1928;                                  |
| S. SEGNALINI, <i>L'editto Carboniano</i> , Napoli, 2007;                                       |
| S. SOLAZZI, <i>Curator impuberis</i> , Roma, 1917;   |
| S. SOLAZZI, <i>Il concorso dei creditori nel diritto romano</i> , II, Napoli, 1937;            |
| S. SOLAZZI, <i>La minore età</i> , Roma, 1912;   |
| U. VINCENTI, <i>Diritti e dignità umana</i> , Roma, 2009;                                      |
| V. ARANGIO-RUIZ, <i>Istituzioni di diritto romano</i> , Napoli, XIV ed. riv. e corretta, 1994; |

#### ARTICOLI, SAGGI E VOCI ENCICLOPEDICHE

|   |
|---|
| A. ARMUZZI, <i>Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)</i> , in AG, LXXII, 1904;  |
| A. AUDIBERT, <i>Comment la curatelle lègitime se transforme en curatelle dative dans le dernier ètat du droit romain</i> , in NRD, 15, 1891;  |
| A. BISCARDI, <i>L'Oratio Severi e il divieto di "obligare"</i> , in <i>Studi Grosso</i> , III, 1969;  |
| A. GUARINO, <i>"Ast ei custos nec escit"</i> , in <i>Le Origini Quiritarie. Raccolta di Scritti Romanistici</i> , Napoli, 1973;   |
| A. GUASCO, <i>Vedove e seconde nozze. Influenze ambrosiane sulla legislazione tardoantica</i> , in <i>I diritti degli altri in Grecia e a Roma</i> (a cura di A. MAFFI-L. GAGLIARDI), Sankt Augustin, 2011; |
| A. UBBELOHDE, <i>Zeitschr. fur das priv. u. off. Recht</i> , 41, 1869;  |
| C. APPLETON, <i>Le fou et le prodigue en droit romain. A propose d'un livre recènt</i> , in <i>Revue Gènèrale du Droit</i> , 17, 1893;  |
| C. CASTELLO, <i>Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano</i> , in RIDA, 3, 1950;  |

|  |
|--|
| E. ALBERTARIO, <i>Conceptus pro iam nato habetur</i> , in BIDR, 33, 1923;  |
| E. ALBERTARIO, <i>Di alcune innovazioni postclassiche giustinianee riguardanti la cura minorum</i> , in Studi, I, 1933;  |
| E. ALBERTARIO, <i>Iuvenis (Contributo allo studio della terminologia postclassica e bizantina in tema di minore età)</i> , in RIL, 54, 1921;                           |
| E. ALBERTARIO, <i>L'Oratio Severi riferita in D. 27,9 e la cura dei minori</i> , in Studi, I, 1933;  |
| E. ALBERTARIO, <i>Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori</i> , in Studi, I, 1933;   |
| E. CARRELLI, <i>Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio</i> , in SDHI, IV, 1938;   |
| E. COSTA, <i>Profilo storico del processo civile romano. Fondamento e limiti del principio 'non inchoandum ob executionem'</i> , in Jus, XIX, 1968;                    |
| E. COSTA, <i>Della data della Lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium</i> , in BIDR 2, 1889;   |
| E. NARDI, <i>Squilibrio e deficienza mentale in diritto Romano</i> , in BIDR 86-87, 1984;  |
| E. VOLTERRA, <i>Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio</i> , in Scritti giuridici, I, Napoli, 1991;  |
| E. VOLTERRA, sv. "Senatus Consulta", in NNDI, XVI, 1969;   |
| E. VOLTERRA, <i>Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali</i> , in Scritti giuridici, I, Napoli, 1991;   |
| F. GLINISTER, <i>Verrius, Festus and Paul: Lexicography, Scholarship and Society</i> , in Bulletin of the Institute of Classical Studies Supplement, 93, London, 2007; |
| F. LAMBERTI, <i>Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne</i> , in Studi Grelle, I, Napoli;                       |
| F. SITZIA, sv. <i>Tutela e curatela (Diritto romano)</i> , capo II <i>Curatela</i> , in NNDI, XIX, 1973;   |
| G. CERVENCA, <i>Studi sulla "cura minorum"</i> , I, <i>Cura minorum e restitutio in integrum</i> , in BIDR 75, 1972;   |

|   |
|---|
| G. CERVENCA, <i>Studi sulla "cura minorum"</i> , II, <i>In tema di excusationes della cura minorum</i> , in BIDR 16, 1974;  |
| G. CERVENCA, <i>Studi sulla "cura minorum"</i> , III, <i>L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi</i> , in BIDR 21, 1979;   |
| G. E. LONGO, sv. <i>Esecuzione forzata (diritto romano)</i> , in NNDI, VI, 1968;  |
| G. G. ARCHI, sv. <i>Curatela (Diritto Romano)</i> , già in ED, XI, 1962, 489 e ss., oggi in <i>Scritti di diritto romano</i> , I, Milano, 1981;   |
| G. GANDOLFI, sv. <i>Nascituri</i> , in ED, XXVII, Milano, 1977;   |
| G. LA PIRA, <i>Di fronte all'aborto</i> , in <i>L'Osservatore romano</i> , 19-20 marzo 1976;  |
| G. OPPO, <i>Declino del soggetto e ascesa della persona</i> , in <i>Riv. dir. civ.</i> , 2003;  |
| G. PUGLIESE, <i>Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano</i> , in <i>Studi Biscardi</i> , IV, Milano, 1983;  |
| G. ROTONDI, <i>Bonorum venditio (Lineamenti)</i> , in <i>Per il XIV centenario della codificazione giustiniana</i> , Milano, 1938;  |
| G. SCHERILLO, <i>Appunti sulla 'sectio bonorum'</i> , in <i>Iura</i> , IV, 1953;  |
| G. SCHERILLO, <i>La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'</i> , in <i>Iura</i> , IV, 1953;  |
| G. SEGRE', <i>Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e pegno</i> , in <i>Studi Fadda</i> , VI, Napoli, 1906;   |
| L. D'AMATI, <i>Curator bonorum: una rilettura</i> , in BIDR 33-34, 1991-1992;   |
| L. PEPPE, <i>Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano</i> , in <i>Presentazione degli Scritti minori di Raimondo Santoro</i> , Palermo, 12 giugno 2009, oggi in AUPA, LIII, Torino, 2010; |
| M. CACCIARI, <i>Il mito della civitas augescens</i> , in <i>Il Veltro Riv. civ. it.</i> , 2-4, 41, 1997;  |
| M. DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ, <i>Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma</i> , in TSDP, IV, 2011;   |
| M. P. BACCARI, <i>Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità</i> , in SDHI, LXI, 1995;  |
| M. P. BACCARI, <i>Successioni e persone concepite</i> , in <i>Studi Martini</i> , I, Milano, 2008;  |

|   |
|---|
| M. ROBERTI, <i>Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive</i> , in <i>Cristianesimo e dir. romano</i> , Milano, 1935;  |
| M. TALAMANCA, sv. <i>Custodia (Diritto romano)</i> , in ED, II, 1962;   |
| M. V. SANNA, <i>Il concepito nelle XII Tavole</i> , in <i>Dir. e Storia</i> , 10, 2011-2012;  |
| O. LENEL, <i>Die cura minorum der klassischen Zeit</i> , in ZSS, 35, 1914;  |
| O. LENEL, <i>Intervalla insaniae</i> , in BIDR 33, 1924;  |
| P. CATALANO, <i>Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano</i> , in <i>Atti del convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive"</i> , Roma 2005, bozza scaricabile da <a href="http://www.cristiani.altervista.org/teologia/referendum/catalano.pdf">http://www.cristiani.altervista.org/teologia/referendum/catalano.pdf</a> ;                                   |
| P. CATALANO, <i>Il nascituro tra diritto romano e diritti statali</i> , in <i>Culture giuridiche e diritti del nascituro</i> (a cura di A. TARANTINO), Milano, 1997;  |
| P. CATALANO, <i>Imperium Romanum. Le concept juridique d'empire</i> , in <i>Doc. Introd. XXIX Seminario « Impero da Roma a Costantinopoli a Mosca »</i> , in <i>Dir. e Storia</i> , 8, 2009, oppure <a href="http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma_Terza_Roma/Doc-Intro-XXIX-Roma-Terza-Roma.htm">http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma_Terza_Roma/Doc-Intro-XXIX-Roma-Terza-Roma.htm</a> ; |
| P. CATALANO, <i>Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)</i> , in <i>Diritto e Persone – Studi su origine e attualità del sistema romano</i> , I, Torino, 1990;  |
| P. VOCI, sv. <i>Esecuzione forzata (diritto romano)</i> , in ED, XV, 1966;  |
| R. SACCO, <i>Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law</i> , I e II, in <i>The American Journal of Comparative Law</i> , 39;  |
| S. SOLAZZI, <i>"Curatores pleni" dei minori</i> , 1916, in <i>Scritti</i> , II, Napoli, 1957;   |
| S. SOLAZZI, <i>Curator ventris</i> , in <i>Scritti</i> , II, Napoli, 1957;  |
| S. SOLAZZI, <i>Furor vel dementia</i> , in <i>Scritti</i> , II, Napoli, 1957;   |
| S. SOLAZZI, <i>Interpolazioni in Ulpiano</i> , in <i>Scritti</i> , II, Napoli, 1957.  |
| S. SOLAZZI, <i>L'estensione dell'Oratio Severi al curatore del furioso</i> , in <i>Scritti</i> , VI, Napoli, 1957;  |

|   |
|---|
| S. TAFARO, <i>Persona, città famiglia e matrimonio: dal diritto romano ad oggi</i> , in <i>Persona</i> , n. 48, 2005, solo on-line su <a href="http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Tafaro.htm">http://www.revistapersona.com.ar/Persona48/48Tafaro.htm</a> ; |
| V. ARANGIO-RUIZ, <i>Sul fr: 5 D. &lt;&lt;De curatore bonis dando&gt;&gt; [42.7]</i> , in <i>Studi Fadda</i> , I, Napoli, 1906;  |
| V. GIUFFRÈ, <i>La 'substantia debitoris' tra 'corpus' e 'bona'</i> , in <i>Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 1992</i> , Napoli, 1994;   |
| V. GIUFFRÈ, <i>Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale</i> , in <i>Labeo</i> , 39, 1993;   |
| X. D'ORS, <i>Sobre XII, Tab. V,7a: "Si furiosus escit..."</i> , in <i>AHDE</i> , 50, 1980;  |
| Y. DEBBASCH, <i>Excusatio tutoris</i> , in <i>Varia. Etudes de droit romain</i> , II, 1957;   |

# INDICE DELLE FONTI

## FONTI DEL DIGESTO

|             |
|-------------|
| D.1.2.2     |
| D.1.5.18    |
| D.1.5.26    |
| D.1.7.35    |
| D.1.9.1     |
| D.1.9.8     |
| D.1.9.11    |
| D.1.12.1.7  |
| D.1.18.13.1 |
| D.1.18.14   |
| D.3.1.1.11  |
| D.3.1.2     |
| D.3.2.11.1  |
| D.3.2.11.2  |
| D.3.2.11.3  |
| D.3.2.11.4  |
| D.3.3.43.3  |
| D.4.4.1.1   |

|              |
|--------------|
| D.4.4.1.3    |
| D.4.4.11.4   |
| D.4.4.24 pr  |
| D.4.4.24.1   |
| D.4.4.24.3   |
| D.4.4.44     |
| D.4.7.10.1   |
| D.5.4.3      |
| D.11.8.2     |
| D.12.1.9.7   |
| D.12.2.17.2  |
| D.24.3.22.7  |
| D.24.3.22.8  |
| D.25.4.1.1   |
| D.26.1.3 pr  |
| D.26.1.3.1   |
| D.26.3.1.3   |
| D.26.3.6     |
| D.26.5.8.3   |
| D.26.5.12 pr |
| D.26.5.20    |
| D.26.5.24    |
| D.26.7.5.6   |
| D.26.7.1.4   |

|               |
|---------------|
| D.26.7.48     |
| D.27.1.13 pr  |
| D.27.3.13     |
| D.27.9.1.2    |
| D.27.10.2     |
| D.27.10.3     |
| D.27.10.7 pr  |
| D.27.10.12    |
| D.27.10.8     |
| D.27.10.13    |
| D.27.10.15    |
| D.27.10.15 pr |
| D.27.10.16 pr |
| D.27.10.16.1  |
| D.27.10.16.3  |
| D.27.10.17    |
| D.28.1.18     |
| D.29.2.5.1    |
| D.29.2.30.1   |
| D.29.3.9      |
| D.31.48.1     |
| D.33.5.8.2    |
| D.35.2.9.1    |
| D.37.3.1      |

|              |
|--------------|
| D.37.9.1     |
| D.37.9.1 pr  |
| D.37.9.1.2   |
| D.37.9.1.14  |
| D.37.9.1.15  |
| D.37.9.1.17  |
| D.37.9.1.18  |
| D.37.9.1.19  |
| D.37.9.1.20  |
| D.37.9.1.21  |
| D.37.9.1.22  |
| D.37.9.1.23  |
| D.37.9.3     |
| D.37.9.4     |
| D.37.9.4.1   |
| D.37.9.5     |
| D.37.9.7.2   |
| D.37.9.8     |
| D.37.11.1.8  |
| D.38.16.1.8  |
| D.38.16.6    |
| D.38.16.7    |
| D.42.1.15 pr |
| D.42.1.31    |

|                |
|----------------|
| D.42.4.7.10    |
| D.42.5.14 pr   |
| D.42.7.2 pr    |
| D.42.7.2.3     |
| D.44.1.7.1     |
| D.45.1.6       |
| D.47.2.57.4    |
| D.47.11.4      |
| D.48.8.8       |
| D.48.19.3      |
| D.48.19.38.5   |
| D.48.19.39     |
| D.49.15.7.1    |
| D.50.4.1.4     |
| D.50.16.246 pr |
| D.50.17.40     |

#### **ALTRE FONTI GIURIDICHE**

|                |
|----------------|
| C.5.17.10      |
| C.5.37.28 pr.  |
| C.5.37.28.1-1a |

|                              |
|------------------------------|
| C.5.4.25                     |
| C.5.70.7.4-6c                |
| C.5.9.1.1                    |
| C.5.9.1.2                    |
| C.5.9.1.3                    |
| C.5.9.1.4                    |
| C.7.40.2 pr                  |
| C.7.40.2.1-2                 |
| <i>Cod. Iust.</i> 2.21.3     |
| <i>Cod. Iust.</i> 2.44       |
| <i>Cod. Iust.</i> 5.30.5.1-2 |
| <i>Cod. Iust.</i> 5.31.1     |
| <i>Cod. Iust.</i> 7.15.2     |
| <i>Cod. Iust.</i> 7.43.6     |
| CTh.3.8.2                    |
| <i>Gai</i> 1,23,2            |
| <i>Gai</i> 1,147             |
| <i>Gai</i> 1,197             |
| <i>Gai</i> 2,64              |
| <i>Gai</i> 2,203             |
| <i>Gai</i> 3,78              |
| <i>Gai</i> 3,79              |
| Gell. <i>N. A.</i> 3.16.12   |
| <i>Nov.</i> 3.12             |

|                          |
|--------------------------|
| <i>Paul. Sent. 3,4a7</i> |
| Tab. 5,7a                |
| Tab. 5,7d                |
| <i>Tit. Ulp. 6,10</i>    |
| <i>Tit. Ulp. 12,1</i>    |
| <i>Tit. Ulp. 12,3</i>    |
| <i>Tit. Ulp. 20,13</i>   |
| <i>Ulp. Reg. 12.2.1</i>  |