

Francesca Galgano

Nulla pretiosa ratio.

La protezione della donna fra modelli sociali, diritto e tradizioni in Roma antica

Abstract

La tutela delle donne nell’evoluzione dell’esperienza giuridica romana si inserisce nel contesto di una società patriarcale, in cui il pieno controllo sul patrimonio e sulla linea di successione ereditaria si garantiva solo al *pater familias*. Pur sfumando nella sua effettività sul piano pratico già dalla Repubblica, questo istituto arcaico rimane a lungo simbolo della subordinazione giuridica femminile, soprattutto all’interno del diritto pubblico.

Le limitazioni imposte alle donne si scontrano ben presto con la progressiva emancipazione sociale ed economica femminile, senza tuttavia essere accompagnate da una coscienza di genere: le donne romane conquistarono autonomia patrimoniale e sociale, ma mai potere politico e decisionale sulla scena pubblica.

La *tutela mulierum* appare ancora oggi un emblema di come le dinamiche sociali si confrontino con l’esperienza giuridica in un equilibrio instabile tra tradizione e innovazione.

The guardianship of women during evolution of Roman legal experience is set in the context of a patriarchal society, in which *pater familias* was guaranteed full control over assets and the line of inheritance. Although fading in its effectiveness on a practical level as early as the Republic, this archaic institution remains a symbol of female juridical subordination, especially within public law. The limitations imposed on women soon clashed with their progressive social and economic emancipation, without however being accompanied by a gender consciousness: Roman women gained patrimonial and social autonomy, but not political and decision-making power on the public scene. The *tutela mulierum* still appears an emblem of how social dynamics face legal experience in an unstable balance between tradition and innovation.

Francesca Galgano
Univ. Federico II, Napoli
galgano@unina.it

1. La protezione nell’esperienza giuridica

La Costituzione italiana¹ rappresenta un faro che orienta il legislatore verso una piena realizzazione della persona in ogni momento della sua esistenza, illuminata dai principi di dignità sociale, di egualanza sostanziale, di tutela della salute, di benessere.

Uno dei campi più sensibili, dove quei valori pretendono convinta adesione nelle leggi, attiene alla capacità da parte dell’ordinamento giuridico nazionale di promuovere e difendere i diritti di coloro che risultino limitati nel provvedere autonomamente ai propri interessi: tale capacità è un vero e proprio banco di prova per verificare il grado, per così dire, di civiltà, paradigma dello stato sociale di un sistema giuridico.

Uno dei modi con cui si realizza tale protezione è la ‘tutela’, uno strumento che, nella grammatica civilistica, indica il complesso di poteri-doveri conferiti a un soggetto, il tutore, che assume la cura di un altro soggetto in quanto vulnerabile², al fine di curarne gli interessi,

¹ Cf. in particolare gli artt. 2, 3, 32 Cost.

² Come potrebbe essere il minore d’età, ad esempio. L’ordinamento giuridico italiano (art. 2 c.c.) ha fissato ai diciotto anni la data convenzionale per il raggiungimento della piena maturità psicofisica: una scelta dettata dall’impossibilità di accertare caso per caso se un soggetto abbia raggiunto o meno la necessaria capacità di

di rappresentarlo in tutti gli atti e negozi giuridici e di amministrarne i beni: la tutela oggi è un ufficio di diritto civile, un *munus* pubblico, con finalità indubbiamente conservative, ma anche funzionali a garantire che il tutelato riesca a realizzarsi secondo le proprie inclinazioni e aspirazioni personali, offerto proprio per compensarne la minore parità di opportunità nella gestione del suo patrimonio giuridico, come previsto all'art. 357 c.c.

Nella logica ispiratrice dei codici ottocenteschi, invece, l'interesse prevalente posto a fondamento delle norme disciplinanti queste forme di assistenza per i soggetti che allora si definivano semplicemente 'incapaci' (attraverso gli istituti di tutela e curatela, appunto) non era tendenzialmente la loro 'persona', bensì l'assetto patrimoniale di cui erano portatori, reali o potenziali. In forme diverse, più significative nella tutela, meno incisive nella curatela, a seconda del grado di difficoltà psicofisica che presentassero, l'ordinamento ridimensionava la loro capacità di agire, secondo una logica surrogatoria: oggi, proprio grazie alla influenza cogente dei principi costituzionali, quella impostazione suona come tendenzialmente lesiva della dignità personale e si può affermare perciò che l'attuale sistema civilistico sia informato più correttamente ad un principio personalista, e non più meramente patrimonialista di quegli istituti, che vengono infatti delineati come strumenti di inclusione e promozione delle persone con disabilità, ai cui diritti fondamentali deve essere assicurata piena effettività nel rispetto dell'uguaglianza sostanziale, della parità di opportunità e dell'assenza di discriminazioni.

1.1 Soggetti fragili

È chiaro che nell'individuare la propria sfera di azione gli ordinamenti di ogni epoca devono identificare preliminarmente i protagonisti dell'azione giuridica, e qualificare perciò i soggetti cui riconoscono capacità giuridica e capacità di agire con precisi dettagli di tempo e luogo³.

Oggi il soggetto da tutelare in quanto singolo non viene più definito 'incapace', ma più propriamente con la locuzione di 'persona con disabilità' e tutta la più recente normativa italiana (che ha introdotto la figura dell'amministrazione di sostegno) ne delimita ampiezza di intervento, al fine di non ledere quella sfera di autonomia della persona che la Costituzione qualifica come inviolabile⁴: la vulnerabilità di un individuo è concetto estremamente volatile, che risente dei movimenti culturali, dei contesti socioeconomici, delle relazioni interindividuali.

agire. Si è inteso allora fissare una regola fondata sul mero dato formale della soglia d'età, al di là della quale, attraverso una valutazione precettiva, ogni soggetto si ritiene legalmente capace. Il compimento del diciottesimo anno segna pertanto il momento in cui si acquisisce la capacità generale negoziale. Analoghe considerazioni valgono per tutti quei soggetti che, seppur abbiano raggiunto la maggior età, siano ritenute dall'ordinamento giuridico, in tutto o anche solo parzialmente prive di autonomia e, pertanto, necessitino di apposite misure di protezione (cf. Titolo XII, Capitoli I e II, Libro I, c.c.).

³ Non sempre la protezione in ambito giuridico si riferisce a singoli individui, ma piuttosto a categorie antropologiche riconoscibili come delle minoranze, definite tali dal punto di vista etnico religioso politico linguistico; il che non esclude che anche all'interno di una specifica categoria possano apparire dei sottogruppi bisognosi di specifica tutela: pensiamo ai bambini, agli anziani, alle donne.

⁴ Raramente con l'amministrazione di sostegno si realizza negli effetti pratici una sostituzione decisionale della persona assistita, trascurandosi il rispetto della volontà di quest'ultima. Eppure, nonostante le repliche a favore della riforma introdotta con la Legge 9.1.2004, n. 6 (con esiti radicali sugli artt. 404-413 c.c.), che vi leggono uno strumento di supporto, e mai di sostituzione della capacità di autodeterminazione dell'assistito, alcuni eccepiscono tuttavia che la persona con disabilità veda la propria capacità di agire fortemente limitata, seppure sotto l'egida del perseguitamento del proprio 'migliore interesse'. È innegabile, infatti che, pur riconoscendosi al beneficiario di tale strumento la più ampia autonomia negoziale, permanga grande discrezionalità nelle mani del giudice tutelare, il quale potrebbe astrattamente operare persino in direzione contraria alla volontà attuale dell'assistito. L'Italia è stata anche sanzionata dall'Unione Europea (informata alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, stipulata a New York il 13.12.2006 e ratificata dall'Italia con la l. 3.3.2009, n. 18) per ribadire tale libertà di autodeterminazione, persino di fronte al giudice tutelare.

Mi siano consentite queste brevissime considerazioni preliminari per rappresentare la cautela con cui il tema della ‘protezione’ può essere declinato nei confini del giuridico, soprattutto se lo si abbini alla discriminazione di genere (alla donna, cioè, come oggetto di protezione): gli studi sono oramai consolidati da diversi decenni, ma registrano tuttavia condizionamenti sociologici politici o anche semplicemente contesti intellettuali. Inoltre, quando il campo di analisi si riferisce al mondo antico, non si può non considerare il rischio⁵ insito nelle attualizzazioni, nelle letture comparatistiche o pure nelle strumentalizzazioni funzionali della storia, che naturalmente falsano il piano di indagine, anche se alcuni temi sono costanti nell’evoluzione del diritto che sarà poi europeo⁶, il che moltiplica le occasioni di riflessione.

1.2. *La protezione nell’esperienza giuridica romana: tutela, curatela*

L’esperienza giuridica romana elabora con piena consapevolezza il concetto di protezione, a salvaguardia di un ordine oggettivo, ad esempio, contrattuale, attraverso mezzi a tutela della *bona fides*, offerti soprattutto nella giurisdizione del Pretore, realmente creatrice di diritto, grazie a cui comincia ad introdursi l’idea dell’equità, che informa⁷ ancora oggi i moderni ordinamenti.

Già dall’età più antica appaiono misure giuridiche di protezione che mirano (attraverso gli istituti molto antichi di tutela e poi di curatela) a preservare più specificamente l’assetto familiare patriarcale⁸, allorché lo *ius Quiritium* arcaico individui soggetti che mostrino difficoltà fisiche o psichiche nella gestione dei propri affari, come minori, donne, *furiosi*, *prodigi*, e decida di offrire loro assistenza per salvaguardare l’impianto potestativo dei ruoli e il contemperamento degli interessi⁹ in gioco: quei soggetti infatti sono percepiti come limitati e perciò affidati a tutori, quando non siano già sottoposti ad alcuna diversa potestà¹⁰. Di solito è il *pater* nel testamento a nominare un tutore per i suoi figli¹¹; oppure – come ben chiaro già nelle XII Tab. 5.6. – sarà l’agnato prossimo, erede legittimo, chiamato a ricoprire quel ruolo *de plano*; dal III sec a.C. fu previsto da una *lex Atilia* che alla nomina potesse provvedere un magistrato, per lo più il pretore urbano.

La protezione esercitata dal tutore segue un duplice filone: personale (egli si occupa dell’educazione, del mantenimento e della cura in generale del suo assistito), ma anche patrimoniale, in quanto sostituisce del tutto o ne completa la volontà, a seconda dell’età, nella gestione economica dei suoi interessi, con un assenso al compimento di negozi giuridici, a meno che non si tratti di un atto produttivo di accrescimento economico, che quello può fare da solo.

La cifra prevalente di tale strumento era potestativa, più che protettiva, consistendo cioè nel

⁵ Per uno sguardo d’insieme sulla metodologia di ricerca storica, cf. BETTINI – SHORT (2014) e BETTINI (1998).

⁶ La disabilità nell’ordinamento francese, ad es., è oggi disciplinata dagli artt. 489 ss. LF in parte aggiornati dalla riforma della L. 5.3.2007 nr. 308, volta a offrire maggiore tutela possibile alle persone vulnerabili, valorizzandone al massimo grado la volontà, attraverso una terza figura, *sauvegarde de justice*, che si aggiunge a tutela e curatela (così anche in Spagna). Cf. invece la figura unitaria della *Rechtliche Betreuung* nei §. 1896 e §. 104 BGB.

⁷ Cf. in una vasta letteratura WINKEL (2010, 155), il quale segue il percorso del concetto di protezione giuridica dall’età romana lungo i secoli dello *ius commune* nell’area della futura Europa fino alla Rivoluzione francese, dove assume la qualificazione di equità legale, solo lentamente ammantata di profili sociologici anche grazie a studiosi come Rudolph von Jhering.

⁸ Per uno sguardo d’insieme sul tema si vedano fra gli altri TELLEGGEN – COUPERUS (2006, 423 ss.); TARWAKA (2023, 11 ss. part. 46 ss.).

⁹ CORBINO (2012, 160 ss.), evidenzia ad es. come le vicende matrimoniali a Roma siano «un fatto di interesse pubblico». Per le dinamiche del controllo nelle relazioni familiari, si veda DUBOULOUZ (2020).

¹⁰ Come, ad esempio, nel caso di un minore *sui iuris*.

¹¹ *Furiosi*, XII Tab. 5.7, e *prodigi* avevano poi un loro percorso particolare, rispetto ai minori e alle donne, i primi oggetto di curatela, i secondi di tutela.

salvaguardare le aspettative successorie dei familiari di un soggetto ritenuto pressocché incapace; il tutore, perciò, esercitava un potere che mirava alla più trasparente amministrazione del patrimonio dell'assistito¹²: patrimonio che veniva percepito come appartenente attualmente al tutore (di solito testamentario o legittimo, quando non *Atilianus*, nominato cioè su richiesta di chiunque si rivolgesse al Pretore perché si assegnasse un tutore al minore, spesso la madre o parenti stretti, obbligati *ex lege* a richiederlo), laddove il minore appariva come un titolare potenziale, che poteva e doveva pretendere al temine del periodo un vero e proprio rendiconto¹³ (e anche una restituzione, qualora dimostrasse di essere stato leso dalla gestione altrui).

Proprio con la tutela *Atiliana* di nomina magistratuale appare una svolta decisiva verso la dimensione da potestativa (che era in principio) ad assistenziale, perché mentre i tutori testamentario e legittimo sono di solito legati al tutelato da rapporti personali o da altri interessi, il tutore atiliano è invece spesso un estraneo, gravato di un onere che gli comporta l'assunzione anche di alcuni svantaggi. Esercita un potere, è vero, ma l'incarico è sottoposto a rigidi rendiconti e controlli.

Nel corso dei secoli successivi gli istituti di tutela e curatela si avvicinarono sotto la comune egida della prevalente qualificazione di *munera*, di oneri autoritativi con una precipua funzione sociale¹⁴, esercitati con scopo assistenziale.

2. La tutela mulierum

Come per i minori, sin dalle XII Tavole si prevede una forma di protezione anche per le donne lungo un percorso comune con l'intero patrimonio familiare del defunto: la loro tutela è perciò o delegata a una persona designata dal testatore, oppure ricompresa nel pacchetto, per così dire, della successione legittima e quindi affidata ad un agnato prossimo¹⁵.

Già all'interno dell'ordinamento dei Quiriti, le donne rientravano infatti nel novero dei soggetti per i quali si prevedeva una forma di *tutela*, con due eccezioni per le *Vestales*, da sempre esenti dalla *patria potestas*¹⁶ e perciò capaci (eccezionalmente per l'età arcaica) di fare testamento e, dopo l'emanazione della *Lex Iulia et Papia Poppea* del I sec d.C., per le donne libere madri di almeno tre figli (oppure di quattro, se liberte).

La sua disciplina ricalca quanto previsto per gli *impuberes*, eppure ne differisce in modo radicale, perché l'elemento prevalente è quello potestativo (rispetto a quello assistenziale, che risulta ben presto residuale), delineandosi come precipitato dell'antica *manus maritalis*: Livio¹⁷ lo evidenzia infatti ponendolo in relazione al potere esercitato sulle donne da parenti, fratelli, mariti. Sia libere, *ingenuae*, che *libertinae*, puberi e autonome (non sottoposte

¹² Di cui si segnalava l'inabilità, come in D. 27.10.9 (Ner. 1 membr.): *Cuius bonis distrahendis curatores facere senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent: sicut enim integra re potestas ipsorum est utrum velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. nam et tunc ex integro alius curator faciendus est neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexus vel propter aetatis infirmitatem vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere neque aut per omnes id negotium administrari expediat aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.*

¹³ Cf. D. 26.7.33 pr. -1 (Call. 4 de cogn.). Cf. anche il nostro art. 382 c.c.: «Il tutore deve amministrare il patrimonio del minore con la diligenza del buon padre di famiglia [1176]. Egli risponde verso il minore di ogni danno a lui cagionato violando i propri doveri [357]».

¹⁴ Tale qualificazione si consolida fino a Giustiniano, che considera la tutela adempimento di un dovere pubblico.

¹⁵ Gai. 1.155 e 157.

¹⁶ Gell. NA. 1.12.9.

¹⁷ Liv. 34.2.11.: (...) *Maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum (...).*

all'autorità del padre, cioè) le donne erano soggette a controllo da parte di un tutore *datus*, nominato di solito dal testatore per loro, ma anche *optivus*, che sceglievano da sole, su autorizzazione del testatore, talora con possibilità di nominarne anche più d'uno, in momenti o per affari diversi. In età arcaica la tutela seguiva le regole della successione intestata e perciò tutore *legitimus* della donna era di solito il suo agnato¹⁸ più vicino, un fratello, il suo *parens manumissor*, se era emancipata oppure il suo *patronus*, se era una liberta. Questo tutore legittimo poteva ben essere suo figlio in quanto agnato, persino se minore.

Come detto, la donna aveva anche l'opportunità di scegliere il proprio tutore (*Atilianus*) con una richiesta al magistrato oppure attraverso un espediente di cui ci parla Gaio 1.114-115, facendosi 'comprare' fittiziamente in *manu* da un uomo, spesso anziano privo di eredi, da cui si faceva poi riemannicipare all'uomo di fiducia scelto come tutore, che poi la manometteva, rendendola libera e sottoposta alla sua tutela.

È bene precisare che i compiti del tutore sul patrimonio della donna si riducevano ad una formale autorizzazione (*auctoritatis interpositio*) espressa per atti¹⁹ di particolare importanza, come la vendita di beni di valore, o assunzione di obbligazioni ecc. In linea generale, era necessario ottenere la *auctoritas* per gli atti da cui potesse derivare una variazione patrimoniale.

Contro un rifiuto la donna poteva rivolgersi al magistrato, che in ultima istanza (e spesso, come dice Gaio, 1.190) poteva costringere il tutore ad approvare un suo atto di amministrazione patrimoniale, evidentemente giudicando opportuno forzare dall'alto il diverso giudizio del tutore. Si pensi ad esempio all'ipotesi non infrequente che il *tutor* fosse il futuro erede della tutelata, con il potere di limitare fortemente le sue decisioni.

Anche se i giuristi spesso le affiancano, tutela degli impuberi e tutela delle donne differiscono²⁰ infatti significativamente, innanzitutto per il diverso grado di potere del tutore: nel primo caso, soprattutto se l'impubere sia vicino all'infanzia, il tutore lo sostituirà del tutto nella attività giuridica a lui riferibile, in quanto il bambino appare necessitante di una

¹⁸ Ed infatti le donne ne erano escluse dal lato attivo. Cf. D. 26.1.18 (Ner. 3 reg.): *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

¹⁹ L'elenco degli atti è in Tit. Ulp. 11.27 (cf. con Gai 1.192). Se la donna non può senza l'autorizzazione del tutore alienare le *res mancipi*, ben può invece alienare quelle *nec mancipi*, sebbene si tratti di cose di grande valore (Gai 2.80). E ad esempio ben potrebbe la donna stipulare un contratto di mutuo senza l'autorità del tutore, visto che può trasferire al mutuatario quantità di denaro, cosa che non potrebbe accadere invece con il pupillo. La donna non può manomettere lo schiavo da sola, come ben chiaro in Tit. Ulp. 1.17; non ha capacità di agire in giudizio con la antica procedura per *legis actiones* e non potrà agire per difendere sé stessa in qualità di convenuta. Il criterio è legato al fatto che la donna non possa assumere obbligazioni in assoluto, né compiere altri atti negoziali previsti dallo *ius civile* e questa sembra una posizione consolidata. Lo stesso principio vale nel caso in cui la donna sia insignita della delazione di eredità e che le si chieda di accettare solo con l'assenso del tutore: anche qui la logica è quella di tutelarla, visto che l'accettazione dell'eredità non comporta necessariamente un acquisto, ma al contrario potrebbe essere assai dannosa, se l'eredità fosse ad esempio gravata di debiti (cf. Gai 1.176 e Tit. Ulp. 11.22).

Fra le incapacità più significative e soprattutto dibattute in dottrina c'è certamente quella di fare testamento (Gai 2.118 e Tit. Ulp. 20.15). Infatti, se si ammette che la donna possa gestire i propri affari e disporre del patrimonio in atti fra vivi, perché non dovrebbe ammettersi capacità di fare testamento, come sembrerebbe comprovare il testamento di *Acca Larentia* risalente all'età di Romolo (cf. Gai 1.115.a; e 2.112)? È appena il caso di precisare che spesso erano i potenziali eredi *ab intestato adgnati* ad opporsi alla capacità della donna di testare. Infatti, una volta acclarato che la donna fosse uscita dalla famiglia, le si riconosceva il diritto di testare (anche Cic., *Top.* 4.18 infatti ammette che la donna che abbia subito una *capitis deminutio* possa fare testamento), a cominciare dalla *lex Voconia* in poi.

²⁰ In Tit. Ulp. 11.25 è evidente la differenza di ruoli fra i due tutori: quelli di pupilli e pupille svolgono una funzione di *negotiorum gestio* e di interposizione di *auctoritas*, cioè di approvazione degli atti, laddove invece i tutori delle donne si limitano ad apporre il proprio assenso e questo comporta anche profili di responsabilità diversi, perché come dice Gai 1.191, nella tutela agli impuberi è prevista una sorta di rendiconto della gestione a carico dei tutori di minori, esclusa nella tutela delle donne.

protezione molto incisiva, a causa della sua incompleta formazione psicofisica. In un certo senso è come se il tutore surrogasse il ruolo del *pater familias* mancante, fino al raggiungimento della pubertà. Ed in effetti proprio in termini di *potestas* si rappresenta il potere del tutore nei confronti del pupillo, votato ad una superiore esigenza della protezione più che del pupillo, dell'intero nucleo familiare – in ultima analisi trasformandone la dimensione, da fatto privato, in pubblicistica – più che degli interessi individuali dell'assistito: si usa dire che la tutela appare rappresentabile come un insieme di vincoli artificiali (integrati in un *officium*²¹ svolto come *vis ac potestas* secondo la notissima definizione di Servio Sulpicio Rufo²²) che sostituiscono quelli che svolgerebbe naturalmente il *pater familias*. In questo senso la tutela è una potestà, attribuita a chi la gestisce, che consegue dalla titolarità dell'ufficio e precede anche concettualmente l'intento di protezione dell'istituto. Spesso, infatti, viene esercitato nell'interesse prima di tutto del tutore, e condizionato persino dalle sue aspettative successorie.

Tali considerazioni possono assolutamente escludersi nella tutela sulle donne, perché non si può certo parlare di una mancata formazione psicofisica della persona assistita e la protezione, offerta o per meglio dire imposta alle donne, deve trovare una diversa giustificazione, che viene rinvenuta (anche) dai giuristi nella loro *levitas animi*: con questa motivazione lo *ius* impone assistenza alle donne, in quanto vulnerabili, fragili, deboli e perciò non in grado di amministrare bene il loro patrimonio. Il tutore loro imposto non sostituisce le donne nell'amministrazione dei beni, ma presta la sua autorizzazione a quegli atti di disposizione patrimoniale fra vivi che giudica più rilevanti, come ad esempio quelli per citare in giudizio, alienare *res mancipi*, contrarre debiti, accettare eredità (di solito erano esclusi atti negoziali previsti dal diritto pretorio).

È appena il caso di rilevare che la tutela sulle donne è destinata a scomparire nell'età tardoantica: fra i passaggi significativi di un lento declino spicca il riconoscimento nel II sec. d.C.²³ della posizione successoria della madre al figlio, ma già nel primissimo Principato, quando Claudio stabilisce di abolire la tutela legittima²⁴, si incrina il controllo più incisivo da parte della linea maschile dei parenti della donna; quando²⁵ poi Onorio e Teodosio II (nel 410, cf. CTh. 8.17.3) attribuiscono a tutte le donne lo *ius liberorum*, anche se non sono madri si

²¹ Si veda Gell. *NA*. 5.13.5 per un elenco di *officia apud Maiorum*.

²² Cf. la definizione offerta in D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 ad ed.): *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*. I tutori esercitano dunque una potestà, ma l'etimologia della tutela rinvia invece alla funzione di cura assistenziale (da *tueri*); così in D. 26.1.1.1 (Paul. 38 ad ed.): *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tueruntur*. Si legga tuttavia anche Varro *Ling.* 7.12, in cui la radice etimologica viene ricondotta al significato di guardare o osservare (più coerente con la natura potestativa originaria?) e non di proteggere, custodire, che dunque potrebbe essere successivo: *Tueri duo significat, unum ab aspectu ut dixi, unde est/ Enni illud ...tueor te senex? Pro Iupiter! Et Quis pater aut cognatus volet vos contra tueri? Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus/bell <um> et villam tueri a quo etiam quidam dicunt illum qui curat/aedes sacras <a>edituum, non aeditum; sed tamen hoc ipsum ab/eadem est profectum origine, quod quem volumus domum curare /dicimus 'tu domi videbis', ut Plautus cum ait: Intus para, cura, vide. /Quod opus<t> fiat. Sic dicta vestis<pi>ca, quae vestem spiceret, id est/ videret vestem ac tueretur. Quare a tuendo et tempila et tesca dicta/cum discrimine eo quod dixi. /*

²³ Vd. *infra* n. 36.

²⁴ Dopo la *lex Claudia de tutela* del primo secolo d.C., anche Adriano semplifica la redazione del testamento consentendo alla donna di testare senza la procedura della compravendita fiduciaria (descritta da Gaio 1.115 a), ma con la sola autorizzazione del tutore (Gai. 2.118).

²⁵ I confini si smussano anche sul versante attivo, col qualificare gradualmente la donna come possibile tutrice. Valentiniano Teodosio e Arcadio (C. 5.35.2, 390 d.C.) fissarono ad esempio per le vedove la possibilità di chiedere di essere nominate tutrici dei propri figli impuberi con alcune condizioni (ad es. promettendo che non si sarebbero risposate in mancanza di un tutore legittimo). Giustiniano poi, nel 530 d.C. (C. 5.35.3), ammetterà per le madri il ruolo di tutrici dei propri figli naturali, in mancanza di tutori legittimi.

certifica la disapplicazione dell’istituto. Nel diritto giustinianeo la tutela sulle donne è del tutto assente.

3. Fondamento della tutela: levitas animi, infirmitas consilii, imbecillitas?

Quando le donne raggiungono la pubertà non acquistano l’autonomia negoziale o patrimoniale, ma vengono convogliate verso un secondo livello di tutela, che astrattamente può durare per tutta la loro vita: non è il mancato raggiungimento di una maturità psicofisica, che rende opportuna la sottoposizione alla volontà del tutore, ma²⁶ la debolezza del loro sesso. Gaio nel suo manuale di *Institutiones*²⁷ la espone insieme a quella *impuberum*, prendendo effettivamente le distanze da quello che anche i suoi contemporanei percepiscono come un retaggio arcaico della struttura familiare romana.

Gai 1.144-5: *Permissum est parentibus tutores liberis, quos in potestate sua habent, testamento dare: masculīni quidem sexus impuberibus, feminīni et impuberibus puberibusque, etiam cum nuptiae sint. Vetēres enim voluerunt feminas, etiam si perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. Itaque, si quis filio filiaeque testamento tutorem dedērit et ambo ad pubertatem pervenērint, filius quidem desinet habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permānet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae.*

Insomma, se le donne sono autonome e mature d’età, persino se sposate, ugualmente restano sottoposte alla tutela per la volubilità del loro animo, perché così vollero gli antichi.

Altrove il rilievo critico è più deciso:

Gai 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitum auctor fieri a praetore cogitur.*

Nessun valido motivo sembra aver consigliato che le donne mature siano sottoposte alla tutela: infatti ciò che viene comunemente accreditato, per cui apparisse equo che fossero guidate dall’autorità di tutori, risulta più specioso che vero. Le donne trattano i loro affari da sole, e il tutore interpone la sua autorizzazione *proforma* solo in certi casi e spesso è costretto dal Pretore a fungere da garante contro il suo volere. Il giurista prosegue poi (1.191) chiarendo che nessun giudizio è concesso alla donna contro il suo tutore con un’azione di responsabilità per cattiva amministrazione (tutt’al più si potrebbe immaginare di qualificare i loro rapporti in termini di mandato o di gestione d’affari).

Il ragionamento è debolmente argomentativo: se è naturale a causa dell’età che un impubere venga guidato da altri²⁸, non c’è un apprezzabile motivo per il quale le donne puberi debbano essere sottoposte a tutela; eppure, anche se giudica pretestuosa la motivazione, fondata su

²⁶ In realtà, quando la donna diventa *sui iuris* alla morte del *pater*, per la stessa struttura agnatizia e potestativa della famiglia romana si mina la continuità della linea di successione patrimoniale. Il suo patrimonio potrebbe infatti essere sottratto al controllo degli agnati, quegli stessi che sarebbero subentrati al *pater* per successione intestata: questa è una posizione ben evidenziata dagli studiosi del diritto ereditario romano, come esempio GABBA (1880, 458 e 480), ma anche PEROZZI (1928, 509 ss.), BONFANTE (1963, 557).

²⁷ Gai. 1.144-145.

²⁸ In Gai. 1.189 si legge: che il figlio impubere sia sottoposto a tutela è previsto nei diritti di tutti i paesi, perché risponde ad un criterio naturale che chi non è maturo sia guidato da altri.

luoghi comuni (ciò che si crede comunemente, e cioè che a causa della loro leggerezza d'animo le donne siano più facilmente tratte in inganno), l'autore condivide quanto è nella cultura romana giuridica consolidato da secoli, e cioè che sia giusto che le donne siano governate da un tutore.

Gaio (Gai 1.193) appunta poi questa peculiarità, che isola Roma dai contesti limitrofi – e non può non percepirla la singolarità, senza peraltro che un deciso disagio trapeli dalle sue parole – affermando che un istituto analogo alla tutela, così come inteso nella società romana, non abbia equivalenti nelle tradizioni straniere, anche se a volte, come accade per i Bitini, le donne impegnate in un contratto debbono essere autorizzate dal marito o dal figlio di lei pubere.

Per Gaio insomma appare equo (*aequum est*), che tutte le donne siano sotto tutela perpetua. Eppure, è un dato di fatto che le donne gestiscano i propri affari da sé. Lo dice lui stesso!

Ma l'istituto, quasi ancestralmente legato all'immagine della donna, continua a sussistere, anche se lentamente svuotandosi di ogni effetto sostanziale.

Se non si profila come assistenza per un soggetto ‘menomato’, disabile, immaturo dal punto di vista psicofisico, occorre chiedersi come si giustifichi la tutela dal punto di vista del diritto e soprattutto come si interfacci nella evoluzione della società romana repubblicana, poi imperiale.

Gli intellettuali del mondo antico che approcciavano al tema, come ad esempio proprio Cicerone (*Mur.* 12.27), seguivano un percorso logico di assimilazione soprattutto nelle motivazioni, che avevano ispirato gli antichi nella costruzione giuridica di una forma di protezione per soggetti vulnerabili: l'abbinamento ai minori delle donne doveva pur trovare una motivazione che facilmente si riscontrava fin dai tempi più antichi in quella loro asserita fragilità. In effetti quando si formano questi stereotipi culturali la debolezza delle donne è un dato di fatto: le donne non possono portare le armi, perché sono più esili fisicamente e non appartengono al comizio, perché non combattono; tale mancanza di forza le differenzia in modo radicale dagli uomini.

La tutela nasce certamente per compensare una fragilità, ma è strettamente connessa con l'appartenenza al comizio, perché è la consistenza patrimoniale della famiglia a determinare l'iscrizione nella classe del comizio e anche l'esclusione di alcuni soggetti dal comizio stesso. Perciò l'argomento della debolezza è fondato, se parliamo dell'età arcaica monarchica, in cui naturalmente nasce questo assetto costituzionale ruotante intorno al comizio e sicuramente la dimensione della *levitas* si instaura in quel momento anche dal punto di vista giuridico, perché si stabilisce una forte discriminazione a carico della donna soprattutto in campo pubblicistico.

Non dimentichiamo che la *lex* (in realtà un plebiscito) *Voconia* (Gaio 2.226; 274) del secondo secolo avanti Cristo stabilisce delle limitazioni molto incisive, mirando a ridurre l'eccessiva ricchezza femminile, ostacolare il lusso, ma anche evitare la dispersione dei patrimoni di coloro che fossero iscritti alla prima classe nel comizio, contrastando in ultima istanza la emancipazione delle donne.

Il continuo rinvio agli antichi, ai *Maiores*, ai Padri e ai loro valori in un certo senso delegittima i Romani da un ulteriore approfondimento: Gaio stesso in 1.144 dice che sono i *veteres* che hanno voluto tale condizione per le donne, spostando nel mondo arcaico le premesse di questa ideologia, significativamente discriminatoria nei confronti delle donne quando si formano i principi del diritto consuetudinario che Roma rispetterà fino all'età tardoantica, in omaggio condiviso alle sue tradizioni e ai suoi valori più profondi.

Proprio in quest'età più risalente lo statuto femminile assume delle particolarità giuridiche proprie, si costruisce l'archetipo imperituro della loro vulnerabilità, quella *levitas*²⁹ che rende

²⁹ M. Porcio Catone, nel 195 a.C., (nel discorso che pronuncia contro l'abolizione della *lex Oppia*) giustificava così la antica introduzione della tutela sulle donne, come una forma di incapacità analoga a quella dei minori, in

opportuna un’assistenza nelle attività più delicate dal punto di vista giuridico, ma allo stesso tempo getta un’ombra sulle reali capacità femminili suggerendone quantomeno la poca affidabilità, l’insicurezza, la volubilità.

Sulla scia di Aristotele³⁰, la cultura romana più arcaica rappresenta nell’impianto giuridico la donna subordinata al marito *filiae loco*, al pari cioè di una figlia, perdendo ella con il matrimonio ogni legame con la sua famiglia d’origine ed entrando a far parte di quella di un altro *pater familias*: la forma arcaica del matrimonio, peraltro ben presto andata in disuso, consentiva infatti al marito (attraverso la convivenza continua nella donna nella casa maritale per un intero anno) di acquistare una forma potestativa su di lei chiamata *manus* come se fosse l’usucapione di un oggetto.

Sebbene si debba registrare, di fatto già nella repubblica, un’evoluzione decisa verso una piena emancipazione³¹, serpeggiano nella cultura romana moltissimi stereotipi (che oggi definiremmo di genere), che qualificano negativamente la donna inferiore perché fragile, oltre che incline alle passioni³², laddove l’uomo ha invece il controllo delle sue emozioni. Tali stereotipi giustificherebbero le imponenti limitazioni imposte alle donne per secoli, ad esempio in merito alla potestà sui figli, all’amministrazione del patrimonio, alla possibilità di fare testamento (inizialmente negata), alla collocazione nella linea di successione del padre o del marito o del figlio, pretermessa ai discendenti di linea maschile diretta o collaterale.

Il contesto della *tutela mulierum* si iscrive probabilmente, alle origini, proprio nella necessità che siano certe le sorti dei patrimoni secondo linee di successione precluse alle donne (perché un patrimonio a loro intestato sarebbe stato ininfluente sull’iscrizione al comizio, soprattutto alle prime classi dell’assemblea popolare) e crea un sistema – più che di protezione, assistenza, inteso nel senso della moderna ‘tutela’ – di difesa del patrimonio incardinato alle *familiae*, al cui vertice si pone il *pater*...

Donne e impuberi appaiono infatti esclusi dal comizio, un organo centrale nella vita costituzionale già dalla monarchia e poi per tutta la Repubblica. Dalla loro estromissione consegue che non possono ereditare, non possono esercitare i culti familiari e perciò il loro patrimonio non ha, o meglio non ‘deve avere’ alcuna incidenza sull’iscrizione al comizio. Questo aspetto è il punto di svolta nella comprensione della dinamica della tutela sulle donne, che è incardinata nella struttura costituzionale della Repubblica e che – anche quando tale dinamica risulta meno rilevante in pieno principato – appare oramai talmente connaturata alla cultura giuridica da non poter essere più messa in discussione.

Che le donne fossero effettivamente percepite come soggetti deboli è indiscusso: morivano molto spesso di parto, non erano in grado di combattere e tutta la formazione dell’uomo che apparteneva alla classe più elevata attraverso il servizio militare naturalmente non le coinvolgeva. Rafforzata dalla *lex Voconia*, che aveva limitato la capacità delle donne di essere

un ardito paragone con animali selvaggi e indomabili, oltre che pericolosi (Liv. 34.2.11-13). Sul tema si veda DESIDERI (1984, 63 ss.).

³⁰ Aristh. *Pol.* 1.12.1259b.4-10; 1.13.1260.9 ss.

³¹ Che si completerà nell’impero: sempre in Gaio (1.190) si legge che le donne *sibi negotia tractant* in caso di morte del padre, diventano dunque ben presto autonome nella gestione di sé stesse e amministrano i propri beni; e ancora (Gai 2.85) che possono accettare pagamenti che estinguano l’obbligazione.

³² Secondo Lattanzio (*De opificio Dei* 12.16 s.) nell’etimologia di *mulier* ci sarebbe il lemma *mollis*, in un temerario nesso concettuale con la nascita e l’allattamento. È appena il caso di segnalare che *mulier* suona con una valenza negativa, laddove per la donna intesa nella sua identità di genere si adopera *femina* o *matrona*, soprattutto se di alto lignaggio (il matrimonio, infatti, è definito da Modestino, 1 *reg.*, D. 23.2.1: *coniunctio maris et feminae*; e anche da Ulpiano, 1 *inst.*, D. 1.1.1.3). Fiacchezza e mollezza sono spesso interpretate come scarsa capacità di resistere alla passione amorosa, e rendono le donne anche particolarmente violente, vendicative, quando non vere assassine. Il tema della (in)continenza femminile prosegue immutato da Apuleio (tale sembra essere la malattia di cui soffre la vedova *Pudentilla*, cf. Apul. *Apol.* 69.1 ss.) fino all’Occidente romano-visigoto (si veda ad es. Nov. Mai. 6, 458 d.C.).

istituite eredi e di ricevere a titolo particolare per testamento, l'esclusione femminile da tutti gli aspetti pubblicistici³³ e dallo stesso *populus* comporta che la tutela regga oltre l'assetto temporale sociale di riferimento, anche se già appena alla fine della Repubblica, quando non c'è più la leva obbligatoria, comincia a scricchiolare.

Con tali premesse politico-economiche si radica nella società un tema di fondo che accompagna la rappresentazione della donna in larga parte della letteratura anche giuridica: la *levitas animi*, abbinata a quell'*infirmitas sexus*, che suggerisce debolezza fisica, mancanza di fermezza, e che sconfinata (o può sconfinare) nell'invalidità o nella disabilità, pure *consilii*, del giudizio cioè, una difficoltà quasi cognitiva che la rende inadatta ad assolvere compiti di maggiore responsabilità – e perciò di naturale appannaggio virile – qualità (negative) che consigliano una qualche forma di assistenza, definita peraltro come una prerogativa maschile, un *officium virile*³⁴ precluso alle donne ancora una volta *propter sexus imbecillitatem*.

Il principio che vieta loro di *tutelam administrare*, neppure del proprio figlio³⁵, viene solo debolmente scalfito, anche quando l'istituto si attutisce, dopo che nel I sec d.C. con la *lex Claudia de tutela* viene abolita la tutela agnatizia. Sarà necessario attendere l'epoca adrianea quando, con il Sc. *Tertullianum*³⁶ (forse il vero passo decisivo, perché nella linea di successione venne preferita agli agnati collaterali), si consentì alla madre il diritto di figurare fra gli eredi del figlio e poco dopo, con un altro Sc. *Orphitianum* del 178 d.C., si inclusero invece i figli fra gli eredi civilistici nella successione intestata della madre.

Alcuni di questi divieti col passare dei secoli si smusseranno, rendendo sempre più spesso le donne protagoniste dell'agire negoziale e anche imprenditoriale, con assunzione di obbligazioni³⁷: ma ancora in età tardoantica, Ulpiano³⁸ continuerà a censirne l'esclusione dai pubblici uffici, affermando che non possono essere né magistrati, né avvocate, né accusare nessuno in giudizio, né essere amministratrici per altri.

³³ Proprio gli aspetti pubblicistici restano un punto critico della condizione della donna. La donna trasferisce la cittadinanza, ma non gode di diritti politici, non è eleggibile, non vota, non può interagire col popolo, per esempio, convocandolo o suscitando il loro intervento con la *provocatio*; non partecipa in modo attivo ai comizi; è esclusa dalle magistrature e da tutti gli *officia civilia*...

³⁴ Vd. *supra* n 18.

³⁵ Può però negare che qualcuno sia nominato contro il suo parere tutore del figlio. Naturalmente il percorso per l'estensione incontra un punto di svolta nel IV secolo, come visto *supra* n 25.

³⁶ Seppure con alcuni punti critici, dato che il Sc. *Tertullianum* stabiliva che la madre subentrasse al figlio solo dopo i *liberi* dell'erede, dopo il padre di lui e i fratelli consanguinei maschi; soltanto le sorelle avrebbero avuto lo stesso posto della madre; in più, solo se munita di *ius liberorum* la madre sarebbe apparsa erede civile, visto che quale semplice *bonorum possessor* il pretore certo non le avrebbe potuto attribuire questa qualifica. Infine, durante la vita del figlio la madre doveva provvedere a chiedere per lui la nomina di un tutore e in caso non l'avesse fatto sarebbe decaduta dal beneficio di ereditare dal figlio: dunque, se da una parte usualmente si dice che tale Senatoconsulto avrebbe finalmente inserito la madre fra gli eredi del figlio, a ben guardare questa posizione è temperata dalla responsabilità della madre che non provvedesse tempestivamente a chiedere la nomina di un tutore per il figlio; una responsabilità che (escludendola dalla linea di successione del figlio stesso) può apparire quasi come una sorta di sanzione. Cf. su tali aspetti, GAGLIARDI (2012, 423 ss., part. 436 s.).

³⁷ Proprio il rapporto con il denaro e la ricchezza sembra essere un punto critico sulla via della parità di genere in Roma antica, perché sicuramente si vieta alle donne di assumere obbligazioni per altri, e dunque garantire un debito altrui, come stabilito dal Sc. *Velleianum* ancora nel I sec d.C., forse proprio per reagire a posizioni di emancipazione già acquisite: mentre Ulpiano D. 16.1.2.2 commenta il provvedimento, dicendo che non è giusto che le donne si obblighino per altri, rivestendo compiti tradizionalmente maschili, Paolo, in D. 16.1.1.1 cerca di motivarlo, in un'epoca oramai di piena affermazione femminile, ancora con dinamiche intrafamiliari. Questi impegni contrattuali esporrebbero insomma le donne a rischi, che non sarebbero in grado di gestire.

³⁸ D. 50.17.2 pr.-1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.*

3.Nulla pretiosa ratio

Quando Gaio scrive nel II secolo, le donne appaiono pienamente autonome: nondimeno il giurista sente il dovere di parlare della tutela, anche se con un deciso rilievo critico, che è davvero un *unicum*, nel senso che, come Casavola³⁹ precisa, questo autore è di solito piuttosto anodino nello stile e non rivela atteggiamenti ideologici, esponendo a beneficio dei suoi studenti⁴⁰ uno stile semplice adatto allo studio elementare del diritto. Anche in questo passo è discreto nell'esprimere una valutazione critica sull'istituto, in piena adesione al diritto consolidato, lo *ius receptum*, e il fatto che richiami in questo caso una *naturalis ratio*⁴¹ tradisce forse la volontà di prendere le distanze da un istituto che valuta quantomeno come singolare, visto che ne segnala l'unicità rispetto ai diritti dei popoli contigui ai Romani.

Quell'espressione *vulgo creditur*, se da una parte omaggia gli antichi, dall'altra parte stona come se quella *levitas animi* addotta universalmente a giustificazione della permanenza della tutela fosse in fondo una credenza popolare, un luogo comune che contrasta tuttavia con la capacità piena anche economica delle donne che amministrano i loro affari da sé oramai da tempo.

Del resto, quando Gaio (a proposito dell'intervento del tutore che interpone la propria *auctoritas* a un atto negoziale posto in essere dalla donna) usa l'inciso *dicis gratia*, che corrisponde al nostro 'proforma', intende proprio evidenziare che quella vidimazione ha oramai valore solo come requisito di mera validità formale dell'atto.

L'opinione personale del docente sarebbe quantomeno poco opportuna e (sempre per citare le parole di Casavola) sarebbe per un uomo di scuola percepita come un 'fuor d'opera' scorretto ed inutile; il giurista però la esplicita, anche se non è esaustiva; ci sono infatti altri aspetti contraddittori: se da una parte Gaio dice che furono gli antichi a imporre la tutela alle donne a causa della loro *levitas animi*, d'altra parte quella stessa leggerezza non sembra essere più sufficiente a giustificarne la vigenza⁴².

Gaio sta usando temi chiaramente discordanti in passaggi estremamente criticati dagli studiosi, i quali hanno spesso valorizzato quell'imperfetto *et aequum erat*, come una scelta che consente di mettere una distanza fra la realtà che percepisce intorno a sé e un argomento che viene da lontano, dagli antenati; e probabilmente il ricorrere a un commento comparativo con altri popoli gli serve per evidenziare alcuni aspetti anacronistici. Ad esempio, proprio a proposito dei Bitini segnala che marito e figli devono partecipare agli atti della donna, ma questo argomento non gli sembra sufficiente per porre i due istituti sullo stesso piano, perché la *tutela mulierum* apparteneva proprio alla *gens Quiritaria*, cioè al ceppo più arcaico soggetto del diritto romano e perciò intimamente legato alle più profonde tradizioni. Preferisce perciò definirla una forma simile, una *quasi tutela*⁴³.

È palese che la logica sottesa all'esposizione gaiana riporti il tema alla motivazione patrimoniale per salvaguardare l'interezza del patrimonio familiare contro una gestione potenzialmente rischiosa attribuendo al tutore un potere di voto, più che di surroga

³⁹ CASAVOLA (1996, 1 ss.).

⁴⁰ Su questo manuale dalla fortuna imperitura fino ai tempi moderni, si veda MANTOVANI (2020, 577 ss.).

⁴¹ Si soffrema sul punto GUARINO (1976, 118 ss.) oggi (1994, 324 ss.). Sulle implicazioni dell'uso di questo termine astratto nella lingua e nella letteratura latina, già in Cicerone, BRAY (1977, 97 ss.).

⁴² Per questa ragione autori hanno individuato un glossema in contrasto con la chiusa del paragrafo 144: pare strano, infatti, che da una parte il giurista usi una giustificazione alla quale non crede, mentre dall'altra quella stessa argomentazione venga sconfessata.

⁴³ Paul J. Du Plessis pone in evidenza due aspetti centrali intorno a questa fonte: uno concerne la pubblica opinione sull'esistenza della tutela, l'altro riguarda il registrare quasi una contraddizione fra ciò che risulta dalla pratica e ciò che dice la legge (DU PLESSIS 2017, 165 ss.). Cf. per la letteratura di riferimento cf. DIXON (1984, 343 ss., in part. 348 ss.); LAMBERTI (2014, 61-84).

eventualmente a carico di determinati atti di disposizione patrimoniale.

4. Conclusioni

La tutela nel diritto romano si inscrive in una solidarietà che si realizza all'interno della famiglia e che vincola tutti, il padre con i figli, ma anche la moglie con suo padre e suo marito a seguito dell'antico matrimonio, in un unico organismo autarchico, politico, sociale, giuridico. Una solidarietà in cui il coniuge e i figli fanno parte di un blocco unico, condizionato dalle scelte di uno solo.

L'esperienza giuridica romana considera prevalente sopra ogni cosa la successione, che individua con certezza il futuro titolare del patrimonio di quell'unità autarchica. Perciò, è indiscusso che la donna sposata con la *manus* o i figli *in potestate* siano i primi eredi del padre. Naturalmente la successione prevede che questi *sui heredes* subentrino anche se non fossero d'accordo: il loro ingresso nel patrimonio del *pater* avviene infatti in modo automatico.

La chiarezza su chi succederà a quel *pater* nella gestione del patrimonio serve alla comunità cittadina di riferimento per individuare chi svolgerà i culti familiari, chi voterà dopo di lui nel comizio e naturalmente anche chi sarà titolare di beni e diritti.

Il sistema è costruito sul principio dell'incapacità di minori e donne di essere titolari di *ius potestatis* (Gai 2. 161); in questo contesto si inscrive la tutela, a tutto vantaggio della linea agnatizia.

Ad un certo punto la *tutela mulierum* smette di fare gli interessi degli *adgnati*, anche se si continua a registrare la prevalenza dei diritti maschili sulle proprietà di una donna, soprattutto senza *ius liberorum*⁴⁴: comincia infatti nella stessa epoca ad essere percepita e valorizzata la naturale successione della madre al figlio e del figlio alla madre, e se la tutela degli impuberi continua a essere intesa come un *munus* pubblico, quella delle donne non si può certo leggere come un ufficio di protezione per le assistite, minato ben presto dalla possibilità che il pretore costringesse il tutore testamentario o dativo a dare l'assenso, ove ritenesse ingiustificato il diniego: e se ne palesa così una nuova qualificazione, nello stesso momento in cui se ne certificava il declino.

La *tutela mulierum* riflette senza alcun dubbio lo schema potestativo della famiglia primitiva, i cui vincoli agnatizi si allentano lentamente facendone scolorare forza e contenuto; è anche vero, tuttavia, che il richiamo ai *Maiores* circa la valutazione di una condizione di inferiorità della donna riveli uno iato incolmabile con la indubbia autonomia conseguita nella società e con la progressiva trasformazione delle relazioni fra i sessi: questo si percepisce nell'esposizione gaiana in modo molto chiaro, quando il giurista si affretta a rilevarne quasi l'antistoricità⁴⁵.

Se i giuristi continuano fino al tardo impero⁴⁶ a qualificare le donne con tratti spregiativi attinenti il loro genere, appuntandone ora l'aspetto fisico del corpo (in termini di *infirmitas sexus/corporis*, *imbecillitas sexus/ corporis*) ora il tratto caratteriale (*infirmitas*, *levitas animi*), i documenti della vita quotidiana restituiscono un'immagine meno stereotipa, già compromessa peraltro dalle donne delle famiglie imperiali⁴⁷, cui è riconosciuta una gestione del potere esaltato dall'iconografia delle monete o delle statue.

Studi correnti⁴⁸ confermano, anche grazie ad indagini condotte su epigrafi papiri e documenti

⁴⁴ Cf. fra tanti MORRELL (2010, 89 ss.), con ampia bibliografia.

⁴⁵ Né possiamo accontentarci, come pure autorevolmente proposto, che i Romani semplicemente dimenticarono di abolirla, SCHULZ (1961, 180 ss., part. 181) e DU PLESSIS (2017, 169).

⁴⁶ Registra aporie e contraddizioni nella storia sociale, GIUNTI (2012, 343 ss.).

⁴⁷ CENERINI (2016, 21-46).

⁴⁸ La bibliografia è immensa. Fra tanti PEPPE (1984) cui rinvio anche per l'abbondante letteratura citata, anche se non recentissima.

della prassi, che le donne conquistano già dalla Repubblica una nuova autonomia⁴⁹ senza tuttavia scalfire l'ideologia di fondo che richiama i valori dei Padri a fondamento della stessa civiltà e rende perciò la profilazione di una vera coscienza di genere inverosimile per i tempi. L'invocazione alla matrice consuetudinaria di alcune dinamiche normative fa registrare però un modellamento incessante alle esigenze della società in continuo movimento, di cui l'esperienza giuridica non può non tenere conto, e una decisa accettazione sociale delle donne in ruoli astrattamente imprevisti, che convive con la loro vulnerabilità asserita sul piano teorico fino a Giustiniano⁵⁰.

Da una parte la donna appare sempre un soggetto debole, bisognoso di protezione anche giuridica; ma d'altra parte incarna i valori più antichi della cultura romana, quelli che addirittura risalgono ai Padri e quando si deve esaltare la romanità più pura, c'è sempre una donna di mezzo⁵¹. È altamente improbabile, tuttavia, che si possa registrare la percezione di una specificità di genere: anche quando le donne furono molto ricche, come nel caso della vicenda⁵² della *lex Oppia*, è ben evidente che il riconoscimento sociale della capacità di imporre la propria volontà non corrispondeva ad un reale potere sociale e soprattutto politico. Dunque, se per un verso si può affermare che la ricchezza abbia elevato la condizione femminile, pure in termini di libertà di autodeterminazione, perché queste donne ottennero da parte della propria comunità di riferimento onori e considerazione; per altro verso va rilevato che la ricchezza non fu uno strumento nelle loro mani per condizionare le scelte politiche o per gestire un potere reale: con tali riflessioni forse l'emancipazione delle donne in età romana va ridimensionata⁵³ registrandone una battuta d'arresto⁵⁴.

Anche se negli ultimi filoni di studio appare in secondo piano⁵⁵, il tema della *tutela mulierum* può ancora alimentare il dibattito⁵⁶ almeno sotto due profili: innanzitutto fa registrare una forte discriminazione a carico della donna, perché ne è a lungo esclusa dal lato attivo (come detto, la madre non aveva la tutela del proprio figlio impubere rimasto orfano e neppure poteva nominare nel proprio testamento un tutore al figlio impubere); a lungo si è ritenuto che fra la madre e il figlio si ergesse una barriera giuridica insormontabile. Anche se era contemplato che la madre potesse contribuire alle migliori decisioni nell'interesse del figlio collaborando con il tutore, in ogni caso questa collaborazione (avallata nel testamento paterno) non avrebbe

⁴⁹ Grazie alla legislazione augustea dal I sec. d.C., le vengono riconosciuti maggiori diritti nell'ambito dello *ius privatum* soprattutto familiare. Si sofferma su come cambia il ruolo della donna nel corso dei secoli CANTARELLA (1996, rist. 2023¹⁵). Sul tema anche HÖBENREICH (2003).

⁵⁰ Cf. anche D. 5.1.12.2 (Paul. 17 *ad ed.*): *Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent; quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui Senatu motus est. Moribus feminae, et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptur est, ut civilibus officiis non fungantur.* E D. 16.1.1.1 (Paul. 30 *ad ed.*): *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.*

⁵¹ È proprio in questa contraddizione la Cantarella individuava quello che definiva un vero e proprio paradosso, ripreso da MERCOLIANO (2001, 211 ss.).

⁵² Cui seguì a distanza di pochi anni un'altra protesta contro un eccezionale provvedimento di esazione fiscale a carico di ricchissime matrone proposto (ma poi ritirato) da parte dei triumviri, quando la loro voce fu rappresentata con autorevolezza dalla figlia del retore Ortensio Ortalo, in un celebre discorso. ROHR VIO (2023, 235 ss.).

⁵³ Per una ricognizione degli studi di genere relativi al mondo antico, e per i pericoli che una lettura attualizzante possa comportare cf. GIORCELLI BERSANI (2017, 405 ss.) *Contra*: VIGNERON – GERKENS (2000, 107 ss.), ove si registra una lettura di segno assolutamente opposto.

⁵⁴ Cf. CANTARELLA (1984, 142 ss.).

⁵⁵ Cf. nella letteratura di base di riferimento, ZANNINI (1976) e *Id.* (1979).

⁵⁶ Di recente si veda SZABÓ (2009, 57 s.).

potuto mai apparire in contrasto con il parere del tutore⁵⁷.

In secondo luogo, la tutela è diventata un archetipo della diseguaglianza perdurante fino ai tempi moderni: nel Code Napoléon⁵⁸ (artt. 215 ss.) era previsto che le mogli non potessero compiere atti di straordinaria amministrazione senza che il marito vi concorresse o prestasse il suo consenso per iscritto. Tale autorizzazione maritale appare anche nel primo codice civile unitario italiano del 1865 all'art. 134, fino alla sua abolizione con la L. 1176 “Disposizioni sulla capacità giuridica della donna” del 1919, nove anni dopo la Francia, che la abrogò nel 1910.

Nel rimedio che offre la tutela, in definitiva, si specchia la società e appare ben chiaro come il diritto si rapporti ai modelli sociali, a volte senza scalfirne i valori di fondo.

Riferimenti bibliografici:

BETTINI 1998

M. BETTINI, *Nascere. Storie di donne, donne, madri ed eroi*, Torino.

BETTINI – SHORT 2014

M. BETTINI – W.M. SHORT (a cura di), *Con i Romani. Un'antropologia della cultura antica*, Bologna.

BONFANTE 1963

P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, I, Milano.

BRAY 1977

G. BRAY, *The Legal Concept of Ratio in Tertullian*, «*Vigiliae Christianae*» XXXI.2, 94-116.

CANTARELLA 1984

E. CANTARELLA, *rc. a L. Peppe, Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano 1984, pp.182, «*Iura*» XXXV, 136-43.

CANTARELLA 1996 (2023¹⁵)

E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano.

CASAVOLA 1996

F.P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in A. GUARINO – L. BOVE (a cura di), *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico*, Napoli, 1-24.

CENERINI 2016

F. CENERINI, *Il ruolo e la funzione delle Augustae dai Giulio-Claudi ai Severi*, in F. CENERINI – I.G. MASTROROSA (a cura di), *Donne, istituzioni e società fra tardo antico e alto medioevo*, Lecce, 21-46.

⁵⁷ Come visto D 26.7.47.1 (Scaev. 2 resp): “*Quantum autem filio meo diurnum sufficiat, marina et ianuaria aestimabunt*”: *quaero, an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum. respondi sumptum boni viri arbitrio faciendum*.

⁵⁸ Cf. ad es. dopo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, cui seguì la riforma della famiglia nel 1792 (in cui si sanciva egualanza sostanziale dei coniugi, che sarebbe stata approvata ad es. dal codice civile austriaco del 1811), il Code Napoléon strutturò la famiglia con un evidente squilibrio di potere a vantaggio del padre e sulla sua linea si collocarono i codici olandese, spagnolo e portoghese.

CLARK 1993

G. CLARK, *Women in late antiquity*, Oxford.

CORBINO 2012

A. CORBINO, *Il matrimonio romano in età arcaica e repubblicana*, «Index» XL, 160 ss.

DE MARTINO 1950

F. DE MARTINO, *Storia arcaica e diritto romano privato*, «RIDA» III, 387-407.

DESIDERI 1984

P. DESIDERI, *Catone e le donne (il dibattito liviano sull'abrogazione della lex Oppia)*, «OPUS» III 63-74.

DIXON 1984

S. DIXON, *Infirmitas sexus: womanly weakness in Roman law*, «RHD» LII 343-371.

DUBOULOUZ 2020

J. DUBOULOUZ, *L'auctoritas comme instrument de contrôle familial sur les mariages et la transmission des biens (Rome, ier s. a.C. –iie s. p.C.)*, in J.M DAVID – F. HURLET (a cura di), *L'auctoritas à Rome Une notion constitutive de la culture politique*, Pessac, 251-270.

DU PLESSIS 2017

P.J. DU PLESSIS, *Once More on the Perpetual Guardianship of Women*, in U. YIFTACH – M. FARAGUNA (a cura di), *Legal Documents in Ancient Societies. Ancient Guardianship: Legal Incapacities in the Ancient World*, VI Trieste, 165-172.

GABBA 1880

F.C. GABBA, *Della condizione giuridica delle donne*, Torino.

GAGLIARDI 2012

L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολονθήτρια: osservazioni sul rapporto fra diritto romano e diritti delle province orientali*, «Index» XL, 423-46.

GIORCELLI BERSANI 2016

S. GIORCELLI BERSANI, *Donne romane: storie “di genere” vere, possibili, improbabili*, in F. CENERINI – I.G. MASTROROSA (a cura di), *Donne, istituzioni e società fra tardo antico e alto medioevo*, Lecce-Rovato, 405-430.

GIUNTI 2012

P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale: fra discriminazione e riconoscimento*, «Index» XL, 342-79.

GUARINO 1976

A. GUARINO, *Preziosità gaiane*, «Labeo» XXII, 118-19.

HÖBENREICH 2003

E. HÖBENREICH, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Vienna.

KRAEMER 2011

R.S. KRAEMER, *Unreliable witnesses. Religion, Gender, and History in the Graeco-Roman Mediterranean*, Oxford.

LAMBERTI 2014

F. LAMBERTI, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale. Dal “domum servare” e “lanam facere” al “meretricio more vivere”*, «Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto» IV, 61-84.

MANTOVANI 2020

D. MANTOVANI, *Sul Liber Gai. Trasmissione, forma, contenuti e storia degli studi*, in U. BABUSIAUX, D. MANTOVANI (a cura di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo* Pavia, 577-638.

MERCOGLIANO 2000

F. MERCOGLIANO, *Sulla rilevanza giuridica della divisione dei sessi nell'esperienza romana*, in M. ZABLOCKA (a cura di), *Au-delà des Frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, II, Varsavia, 597-612.

MERCOGLIANO 2011

F. MERCOGLIANO, *La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione*, in «TSDP» IV, 1-42.

MERCOGLIANO 2012

F. MERCOGLIANO, “*Deterior est condicio seminarum ...*”, «Index» XXIX, 209-220.

MORRELL 2010

K. MORRELL, *Tutela mulierum and the Augustan marriage laws*, «EuGeStA» X, 89-116.

PEROZZI 1928

S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma.

ROHR VIO 2023

F. ROHR VIO, *La parola delle donne, la parola sulle donne: la costruzione dell'identità femminile attraverso i discorsi nelle leggende di età fondativa*, «HORMOS» XV, 234-247.

ROSILLO – LÓPEZ – LACORTE 2024

C. ROSILLO – LÓPEZ – S. LACORTE (a cura di), *Cives Romanae. Roman Women as Citizens during the Republic*, Zaragoza-Sevilla.

SCHULZ 1961

F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford.

SPAGNUOLO VIGORITA 2012

T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Joersiana IV: Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in «Index» XL, 257-270.

SZABÓ 2009

M. SZABÓ, *Tutela mulierum the institution of guardianship over full aged women in the Late Roman Republic and early Principate*, «ACD» XLIV, 57-78.

TARWAKA 2023

A. TARWAKA, *Authoriy in the Family under the Roman law*, in J. SLYK – M. WILCZECK – KARCZEWSKA (eds.) *Parental Authority. Cross-disciplinary Analysis of a legal institution. Parental Authority from a Historical Perspective*, I, Varsavia, 11-76.

TELLEGEN – COUPERUS 2006

O.E. TELLEGEN – COUPERUS, ‘*Tutela mulierum*’, *une institution rationnelle*, «RHD», LXXXIV.3, 423-35.

VIGNERON – GERKENS 2000

R. VIGNERON – J.F. GERKENS, *The emancipation of Women in ancient Rome*, «RIDA» III.47, 107-121.

VIRGILI – BUCCIONI – MANES 2000

R. VIRGILI – E. BUCCIONI – R. MANES (a cura di), *Le lettere di Paolo. Tradotte e commentate da tre bibliste*, Milano.

WINKEL 2010

L. WINKEL, *Forms of imposed protection in legal history, especially in Roman law*, «Erasmus Law Review» III.2, 155-62.

ZANNINI 1976

P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. Profili funzionali*, I, Torino.

ZANNINI 1979

P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum. Profili strutturali e vicende storiche dell’istituto*, II, Milano.