

RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

Fondata da Ferdinando Zuccotti

PERIODICO DI STORIA DEL DIRITTO ROMANO
DI DIRITTI ANTICHI E DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA MEDIOEVALE E MODERNA

XXIV
(nuova serie XI)

2024



Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

ISSN 1720 3694 - Testo online
ISSN 2039 9677 - Testo stampato
ISBN 978-88-5513-197-1

Led on Line - Electronic Archive by LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto
www.lededizioni.com - www.ledonline.it
www.ledonline.it/rivista-diritto-romano

Il materiale di questa pubblicazione può essere riprodotto nei limiti stabiliti dalla licenza Creative Commons
Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate - 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0).



Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0
Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

La pubblicazione di questo fascicolo è finanziata
dal Romanistisches Institut della Universität Bern
e dal Dipartimento di Diritto privato e storia del diritto dell'Università degli Studi di Milano

In copertina: Libera elaborazione da M.C. Escher, *Belvedere*

Scripta extravagantia. Scritti in ricordo di Ferdinando Zuccotti (17 maggio 2024)

Iole Fagnoli	‘Ci resta, forse, un albero là sul pendio’. Un simposio in memoria di Ferdinando	9
Fabio Botta	Il lascito di Ferdinando Zuccotti alla romanistica italiana nello specchio degli ‘Scripta extravagantia’ in sua memoria	15
Pierfrancesco Arces	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	25
Stefano Barbati	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	29
Mariagrazia Bianchini	Ricordo di Ferdinando	33
Paola Ombretta Cuneo	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	35
Matteo De Bernardi	Ricordo di Ferdinando Zuccotti, studioso colto e raffinato, ‘spirito libero’	37
Marialuisa Navarra	Ricordo di Ferdinando Zuccotti e l’Accademia Romanistica Costantiniana	43
Saverio Masuelli	Un ricordo personale del Professor Ferdinando Zuccotti	47

Articoli

Maria Luisa Biccari	Produzione e consumo di carne nella legislazione imperiale e ruolo del <i>corpus suariorum</i>	51
Monica De Simone	Elio Aristide e la retorica della città di Roma: echi di modelli greci e paradigmi giuridici	81
Gaia Di Trollo	Il <i>tollere liberos</i> nei testi giurisprudenziali	97
Paolo Lepore	Le evergesie di Plinio il Giovane a beneficio della <i>res publica Comensium</i> . Note minime a proposito di CIL, V 5262 = ILS, 2927 [rr. 9-15]	113

Ilaria Marra	Lettera a un <i>emeritus</i> da <i>Londinium</i> . I sistemi di sigillazione epistolare e negoziale delle <i>tabulae ceratae</i>	147
Marialuisa Navarra	Carcerazione preventiva e presunzione d'innocenza in una costituzione giustiniana (C.I. 9.4.6)	161
Rosanna Ortu	La Vestale Massima Flavia Publica e l' <i>immunitas</i> della <i>tabella</i> di <i>Turris Libisonis</i>	195
Margherita Scognamiglio	Coll. 14.3.1-3: osservazioni sulla <i>legis Fabiae cognitio</i> nelle province	217
Thomas van Bochove	Two Constitutions, an Omitted Justinian Code and a Thematic Codification	233
Mario Varvaro	Otto Lenel nel ritratto di Hugo Sinzheimer: scienza giuridica e antisemitismo nelle università tedesche fra Ottocento e Novecento	243
Francesco Verrico	Die deutsche Mandatarhaftung: Probleme und Perspektiven aus einem historisch-systematischen Standpunkt	289
Gianluca Zarro	<i>Decretum Divi Marci</i> . Percorsi evolutivi tra ' <i>vis absoluta</i> ' e ' <i>vis compulsiva</i> '	326

Varie

Linda De Maddalena	«Personae e res. Dal diritto romano al futuro». Il primo convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Romano	355
Monica Ferrari Renato Perani	Il diritto nei papiri. Simposio in ricordo di Xavier d'Ors. Milano, 2-4 aprile 2024	359
Lorenzo Lanti	Le donne nel mondo giuridico tardoantico	367
Giulia Aurora Radice	<i>Nihil est enim simul et inventum et perfectum</i> . Intelligenza artificiale nel diritto tra prospettive attuali e sperimentazioni romanistiche	373
<i>Referee</i>		389

Il *tollere liberos* nei testi giurisprudenziali

ABSTRACT – A few remarkable passages of the Digest feature the expression *tollere liberos*. This paper investigates such passages to understand whether they actually refer to the ancient *gestum* of the *sublatio* of the newborn by the *pater*.

1. Il *tollere liberos* in alcuni passi del Digesto – 2. D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) – 3. D. 37.14.6.2 (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) – 4. D. 37.4.6.4 (Paul. 41 ad ed.) – 5. D. 37.8.3.1 (Marcell. 9 dig.) – 6. D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.) – 7. Conclusioni.

1. Questo contributo si inserisce nell'ambito di una più ampia indagine relativa all'arcaica pratica del *tollere liberos*¹, attorno alla quale, ancora oggi, come altret-

¹ L'antichissima cerimonia, come noto, si sarebbe svolta nel momento immediatamente successivo la nascita e sarebbe consistita nel sollevamento dell'infante da parte del capo della famiglia. L'argomento generale, evidentemente, esula dai circoscritti intendimenti del presente contributo. Ciò posto, non ritengo superfluo anche qui accennare al fatto che questa è l'impostazione tradizionale e, in quanto tale, viene qui riproposta. Quello del *suscipere*, infatti, è atto da sempre presentato come di pertinenza del *paterfamilias*, anche da parte di quegli studiosi che ritengono la pratica in esame priva di valore giuridico. Tra questi meritano di essere particolarmente segnalati: S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Studi in onore di V. Simonecelli*, Napoli, 1917, p. 226 e ora in *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1948, p. 110; V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di Istituzioni di diritto romano, II, parte generale. Diritti di famiglia e successioni*, 1923, p. 220 nt. 1 e ora in *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1998, p. 465 nt. 1 (rist. anast.) che respingeva la possibilità della necessità di una 'dichiarazione di volontà' da parte dell'ascendente per l'acquisto della *potestas* sul nuovo nato; F. DE MARTINO, s.v. *Famiglia (dir. rom.)*, in *NNDI*, 7, 1961, p. 44 parlava di 'capo della casa'; F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, II. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, p. 21; G. LONGO, s.v. *Patria potestà (dir. rom.)*, in *NNDI*, 12, 1965, p. 576 prospettava il *tollere* dell'ascendente come espressione dell'intenzione di tenerlo presso di sé; A. GUARINO, *Extravaganti e bricche*, in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, p. 540 escludeva che il *tollere liberos* costituisse requisito per l'acquisto della *potestas*, sebbene qualificasse il mancato sollevamento da parte del *paterfamilias* come un 'disconoscimento' di paternità; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*, 1, Roma, 1994, p. 180 descriveva il *tollere/suscipere* come un gesto compiuto dal *paterfamilias* che denotava la sua intenzione di allevare il neonato; M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e*

tanto noto, sussistono molteplici interrogativi.

La mia ricerca, tuttavia, non intende soffermarsi sull'analisi degli elementi del rito del *suscipere natum* e sulle sue rilevanti problematiche. Essa si incentra, invece, sull'esame di alcuni passi del Digesto nei quali compare l'espressione *tollere liberos* per cercare di comprendere se, in effetti, essi richiamino, in tal modo, il noto

legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano, Milano, 2001, p. 99 ss. intravedeva nella pratica in esame l'«atto compiuto dal *paterfamilias*, di sollevare il figlio»; A. CORBINO, *Status familiae*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, (cur. A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI), Pavia, 2010, p. 189 e ID., *Il matrimonio romano in età arcaica e repubblicana*, in *Index*, 40, 2012, p. 189 individuava nel *pater* colui che compisse l'atto di «accettare» in modo esplicito i figli al momento della nascita «con il gesto antico e solenne del *tollere liberos*» (in ID., *Il matrimonio*, cit., p. 164 l'autore parlava di «accettata discendenza dal *pater*»); differenti dalle altre, infine, sono le teorie di T. KÖVES-ZULAUF, *Römische Geburtsriten*, München, 1990, p. 10 ss. e di A. ROMANO, «*Tollere liberos*», in *Sodalitas. Studi in onore di A. Guarino*, 2, Napoli, 1984, p. 891. Il primo studioso, sempre nel contesto dell'impossibilità di riconoscere valenza giuridica ed efficacia costitutiva della *patria potestas* al *tollere liberos*, lo riteneva un gesto compiuto dalla levatrice. Per la Romano, invece, il valore dell'antico *gestum* andrebbe analizzato nel contesto delle diverse epoche storiche. Per l'età più risalente, dove «il rito ha una importanza fondamentale perché esprime la sostanza dei comportamenti» (p. 887), sarebbe possibile supporre che la pratica in esame abbia avuto un «contenuto sostanziale» (p. 888) e che si sarebbe identificata con una «nuova nascita» (p. 891) che poneva in evidenza la figura paterna. Di contro, in un'età in cui le istituzioni del *ius civile* sono già stabilite, il rispetto dei requisiti quali le *iustae nuptiae*, la nascita *ex uxore* ed *intra legitimum tempus* avrebbe implicato un'accettazione implicita, da parte del *paterfamilias*, della *potestas* sul nuovo nato che il *tollere* semplicemente avrebbe manifestato. Per l'autrice, inoltre, il sollevamento del nuovo nato avrebbe rievocato «la contrapposizione, sorta nelle più antiche religioni mediterranee, tra la terra genitrice, elemento femminile, ed il cielo, elemento generatore maschile» (p. 889). Tale pratica, peraltro, rientrerebbe tra i simboli del passaggio da una cultura in cui la fertilità era una specifica qualità femminile, a quella (oramai consolidata) in cui il potere riproduttivo risiede in capo all'uomo. Il *tollere liberos*, notava ancora la Romano, presenterebbe peraltro degli elementi di comunione con la *couvade* che Apollonio Rodio (*Arg.* 2.1009-1014) riconduce ai popoli della costa orientale del Ponto Eusino e Diodoro Siculo (5.14.2) a quelli della Corsica e delle Baleari. Tale usanza avrebbe visto il padre del neonato mimare il parto e, in seguito, accudire il bambino appena nato in luogo della madre tornata alle proprie incombenze quotidiane (Sulla teoria proposta dalla Romano si è soffermato, in particolare, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Tollere liberos*», in *MEFRA*, 102, 1990, p. 107, ora in *Scritti scelti*, 2, Milano, 2010, p. 821 ss.). Da questa impostazione maggioritaria si discosta, isolatamente, Luigi Capogrossi Colognesi, studioso da sempre impegnato nella ricostruzione dei profili più risalenti dell'ordinamento romano, con una particolare inclinazione agli argomenti relativi alle strutture familiari, egli ha dedicato allo studio del *tollere liberos* diversi contributi, rivedendo, nel corso del tempo, la propria posizione iniziale. Per l'aspetto che qui interessa, si veda, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del paterfamilias*, in *Poteri, Negotia, Actiones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano*, (Copanella, 12-15 maggio 1982), Napoli, 1984, p. 72 ove l'autore postulava che l'atto potesse essere compiuto dal genitore del bambino, ove anche questi fosse stato un *filiusfamilias*, il quale avrebbe così acquisito la *potestas* sul neonato. Aderisce al tale tesi, L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI*, 63, 1997, p. 179.

gestum con il valore di atto d'acquisto della *potestas* come sostenuto, recentemente, da Francesco Castagnino, in un lavoro incentrato sui *diplomata militaria*².

Quest'ultimo, infatti, ha rilevato come la presenza del lemma *tollere liberos*, oltre che nei formulari di tali documenti, comparisse anche in alcuni testi giurisprudenziali³.

Secondo l'autore «in piena conformità con quel che emerge nei diplomi dei pretoriani e degli *urbaniciani*⁴, anche nelle opere dei *prudentes* l'espressione alluderebbe (mediante il ricorso alla metafora dell'antico rituale compiuto dai *pateres familiarum*) all'acquisto della *patria potestas*»⁵.

Per lo studioso, pertanto, anche alcuni giuristi romani avrebbero richiamato l'antico rito del *suscipere natum* con il valore di atto fondativo di *patria potestas*,

² F. CASTAGNINO, *I diplomata militaria. Una ricognizione giuridica*, Milano, 2022, p. 135 s.

³ Non è superfluo ricordare che nel 1915 PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., p. 95 aveva affermato, con riferimento alla pratica del *tollere liberos*, come «le fonti giuridiche non ricordino mai questa usanza». Poi, ancora nel 1964, F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, II. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, p. 8 aveva precisato ulteriormente come «l'espressione *tollere liberos* comparisse in diversi testi sia del Digesto che del Codice giustiniano, ma senza fare riferimento all'antica cerimonia del sollevamento dell'infante». Tra i passi giurisprudenziali menzionati dal Lanfranchi comparivano proprio quelli qui richiamati dal Castagnino per sostenere la teoria opposta: ovvero, che in essi fosse richiamata l'arcaica pratica della *sublatio* del neonato. Solo nel 1951 ed isolatamente, E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift F. Schulz*, Weimar, 1951, p. 389 (nonché nel successivo ID., *Ancora in tema di «tollere liberos»*, in *Iura*, 3, 1952, p. 216 s.) aveva richiamato l'attenzione della dottrina sui diplomi militari, documenti aventi valore di legge, ove l'espressione *liberos tollant* (*proinde liberos tollant ac si duobus civibus Romanis natos*) avrebbe avuto un significato tecnico-giuridico. Su tale tema cfr. anche G. CAMODECA, *Un nuovo diploma militare del 7 gen. 224 per un urbanicianus di Puteoli e la concessione di ius conubii con peregrinae dopo la constitutio Antoniniana*, in *Scritti per A. Corbino*, 1, Tricase, 2016, p. 476, M.R. DE PASCALE, *Un diploma militare nel 224 d.C. per un urbanicianus. Problemi di cittadinanza*, in *Scritti in ricordo di G. Mancini* (cur. M. BASILAVECCHIA, L. PARENTI), 1, Lecce, 2019, p. 284 s., W. ECK, A. PANGERL, *Diplome der Kaiser des 3. Jh. für Prätorianer – ausser Severus Alexander*, in *AMN*, 56, 2019, p. 83 ss.

⁴ I diplomi contenenti la clausola – che qui interessa – *proinde liberos tollant ac si duobus civibus Romanis natos*, erano unicamente quelli rilasciati, a seguito della *honestia missio*, ai veterani delle coorti urbane e pretorie. Tale precisazione è doverosa. Destinatari dei *diplomata* erano, infatti, non solo gli urbaniciani ed i pretoriani, ma anche soldati appartenenti a differenti reparti come, gli *auxiliares*, gli *equites singulares Augusti*, i *classarii*, ma ad essi erano concessi differenti *beneficia*. Per un esame dei vari reparti dell'esercito romano destinatari dei diplomi si rinvia proprio a CASTAGNINO, *I diplomata*, cit. p. 94 ss. In merito, invece, alla questione relativa alla differenza di contenuto del documento rilasciato ai veterani delle coorti urbane e pretorie rispetto ad altri veterani si veda, innanzitutto, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Tollere liberos: un mito dei moderni?*, in *Festschrift für R. Knutzel zum 70. Geburtstag* (cur. H. ALTMEPPEN, J. REICHARD, M.J. SCHERMAIER), Heidelberg, 2009, p. 135 il quale aveva già particolarmente segnalato tale differenza di testo.

⁵ CASTAGNINO, *I diplomata*, cit., p. 135.

aspetto, quest'ultimo, sul quale la dottrina – è quasi superfluo rammentarlo – è profondamente divisa ⁶.

I passi del Digesto considerati dall'autore sono tre, ovvero:

D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam): Adigere iureiurando, ne nubat liberta vel liberos tollat, intellegitur etiam si, qui libertum iurare patitur.

D. 37.4.6.4 (Paul. 41 ad ed.): Si filius emancipatus in adoptiva familia nepotem sustulerit, ne nepos quidem ad bonorum possessionem avi naturalis veniet.

D. 37.8.3.1 (Marcell. 9 dig.): Qui duos filios habebat, alterum ex his emancipavit, nepotem ex eo in potestate retinuit: emancipatus filium sustulit et a patre exheredatus est.

Osserviamoli, allora, al fine di indagare se, effettivamente, essi richi amino, o meno, l'antico rito del *suscipere natum*.

2. D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) è l'unico che presenta il lemma *liberos tollat*.

Com'è noto, la *lex Aelia Sentia* del 4 d.C. dispose che ai *servi* manomessi ⁷, i

⁶ La possibilità che la *sublatio* del neonato determinasse l'acquisto della *potestas* in capo a chi la compisse è una questione che è stata particolarmente indagata dagli studiosi dell'argomento. In dottrina si annoverano numerosi tentativi d'interpretazione in merito al valore di quello che da alcuni è definito atto giuridico e da altri mero rituale. L'adesione ad un'impostazione piuttosto che ad un'altra finisce per ripercuotere i suoi effetti, oltre che sul valore del gesto in esame, anche sulla questione più vasta delle relazioni tra gli aspetti dell'organizzazione gentilizia e familiare, nonché della vicenda individuale del soggetto all'interno della comunità. L'identificazione dell'atto del *tollere* con il momento di piena recezione del neonato all'interno del gruppo familiare sottolineerebbe, infatti, l'importanza di una collocazione immediata in una stirpe e l'attribuzione di un ruolo sociale e religioso con tutti gli effetti giuridici a ciò connessi (CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee*, cit., p. 70 s.). Intendendo il *tollere liberos* come una cerimonia avente mero valore simbolico, invece, si traccerebbero le linee di un sistema nell'ambito del quale i rapporti individuali necessiterebbero di essere formalizzati.

⁷ E' circostanza notissima che, già a partire dalla fine della Repubblica, l'incremento del numero dei liberti rese necessari alcuni interventi che limitassero proprio il ricorso allo strumento della *manumissio*, al fine di impedire che la cittadinanza romana venisse concessa (soprattutto) a schiavi di stirpe differente. Tra le leggi rivolte a tale scopo si annoveravano, in particolare, la *lex Fufia Canina* del 2 a.C. e la *lex Aelia Sentia* del 4 d. C. (E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1987 [1974¹], p. 72 s.). L'argomento esula, evidentemente, dai circoscritti intendimenti del presente contributo. Per un esame più esaustivo di esso, si rinvia, pertanto, ai seguenti fondamentali contributi: E. HÖLDER, *Zur Frage vom gegenseitigen Verhältnisse der lex Aelia Sentia und Iunia Norbana*, in *ZSS*, 19, 1885, p. 205 ss.; A. GUARNERI-CITATI, *En matière d'affranchissement frauduleux*, in *Mélanges G. Cornil*, 1, Paris, 1926, p. 425 ss.; F. SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in *ZSS*, 48, 1928, p. 197 ss.; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 50, 1930, p. 18 ss.; M. DE DOMINICIS, *Il requisito dell'età per l'efficacia delle mano-*

quali fossero stati condannati penalmente, venisse riconosciuto lo *status* di *peregrini dediticii* (determinando, in questo modo, peraltro, la categoria dei *dediticii Aeliani* ⁸).

Mentre il Voci ⁹ aveva ricompreso tale brano tra i testi dei giuristi che riportavano il verbo *tollere* unicamente con ‘significato generico’ ed il Lanfranchi ¹⁰ lo aveva annoverato tra quelli che, proprio perché collegavano il *tollere liberos* ad una liberta, escludevano la possibilità di riconoscere efficacia giuridica alla pratica in esame, il Santoro ¹¹, invece, lo menzionava tra i frammenti di natura giuridica che recavano tale espressione.

Di più ampio respiro l’analisi condotta sul passo dall’Astolfi ¹², il quale evidenziava come, nel testo paolino, la *lex Aelia Sentia* (la quale, sottolineava l’autore, avrebbe ‘completato’ ¹³ il regime della precedente *lex Iulia*) fece venir meno il diritto di patronato in capo a chi, con giuramento o *stipulatio*, obbligava la liberta a non sposarsi o il liberto a non avere figli (successivamente, l’espressione *liberos tollat* veniva intesa in tale medesimo senso anche dal Wilinsky ¹⁴).

missioni, in *AUPA*, 52, 1939, p. 91 ss.; ID., *La «Latinitas Iuniana» e la legge Elia Senzia*, in *Mélanges A. Piganiol*, Paris, 1966, p. 1419 ss.; A. METRO, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo*, 7, 1961, p. 147 ss.; A. WILINSKY, *Zur Frage von Latinern «ex Lege Aelia Sentia»*, in *ZSS*, 80, 1963, p. 378 ss.; G.B. IMPALLOMENI, *In tema di manomissioni fraudolente*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1964, p. 922 ss. e ID., *Nota minima in tema di manomissioni fraudolente*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 4, Torino, 1971, p. 459 ss.; M. DE DOMINICIS, *La «Latinitas Iuniana» e la legge Elia Senzia*, in *TR*, 33, 1965, p. 558 ss.; S. DI PAOLA, *«Leges perfectae»*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, 2, p. 1075 ss.; H. WAGNER, *Zur Freiheiterteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, in *SDHI*, 33, 1967, p. 163 ss.; X. D’ORS, *La ley «Aelia Sentia» y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D. 40.9.5.2 y 40.1.21)*, in *SDHI*, 40, 1974, p. 425 ss.; G. ZOZ DE BIASIO, *L’invalidità delle manomissioni in frode al patrono disposte «inter vivos»*, in *Iura*, 33, 1982, p. 131 ss.; L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augustea*, Oviedo, 1978, 173 ss.; C. VENTURINI, *Sulla legislazione augustea in materia di «manumisiones»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 5, Napoli, 1984, p. 2455; D. TUZOV, *‘Creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant’. Intorno a dogmatizzazioni moderne in tema di manomissioni fraudolente*, in *Scritti per A. Corbino*, 7, Tricase, 2016, p. 293 ss. e M.A. LIGIOS, *Note sul regime successorio dei dediticii Aeliani in Gai. 3.74-76*, in *Jus. Vita e pensiero*, 1, 2018, p. 281 ss. J.M. RAINER, *Latinitas Aeliana und latinitas Iuniana*, in *AUPA*, 64, 2021, p. 79 ss.; S.A. CRISTALDI, *Latini ‘ex lege Aelia Sentia’*, in *QLSD*, 12, 2022, p. 289 ss. ed E. BISIO, *Lex Aelia Sentia, lex Iunia e manumissio censu*, in *Jus. Vita e pensiero*, 5, 2022, p. 1 ss.

⁸ Per tutti, v. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 66.

⁹ P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980, p. 37 ss. e ora in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985, p. 81 nt. 196.

¹⁰ LANFRANCHI, *Ricerche*, cit., p. 25 nt. 92.

¹¹ N. SANTORO, *Sul «tollere liberos»*, in *Index*, 28, 2000, p. 277 nt. 3.

¹² R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, Padova, 1995, p. 198.

¹³ ASTOLFI, *La lex Iulia*, cit., p. 198.

¹⁴ A. WILINSKY, *Intorno all’ ‘accusatio’ e ‘revocatio in servitutum’ del liberto ingrato*, in *Studi in*

Secondo l'autore, quindi, a differenza del Lanfranchi, la *lex* in esame avrebbe fatto riferimento alle nozze in relazione alla libertà ed al *tollere* in ordine al liberto. Seppur riconducendolo ad un uomo, tuttavia, anche l'Astolfi sembrerebbe non attribuire al *suscipere natum* alcun valore giuridico: nel contesto del proprio contributo, infatti, esso parrebbe genericamente inteso come riferito alla 'procreazione'¹⁵.

Il Castagnino, invece, postulava che il *tollere liberos* riguardasse l'intenzione del liberto di assicurarsi figli legittimi contraendo un giusto matrimonio.

La mia opinione è che, in D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam), Paolo faccia presumibilmente riferimento ad una *promissio iurata liberti*¹⁶. In tal senso, infatti, a me sembra doversi intendere l'espressione '*adigere iureiurando, ne nubat liberta...*' con la quale il brano inizia.

Sostanzialmente, il testo sembrerebbe descrivere la situazione per la quale, al

onore di E. Volterra, 2, 1971, p. 364.

¹⁵ ASTOLFI, *La lex*, cit., p. 301. Altri studiosi hanno menzionato, nel corso del tempo, tale testo paolino seppur senza fare riferimento alla pratica in esame. Tra questi, a mero titolo esemplificativo: B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA*, 10, 1925, p. 345 s. e nt. 1 da confrontare con B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in *BIDR*, 9, 1967, p. 179 che ne riportava la teoria in merito alla «classicità della rilevanza della *scientia domini* per tutti i delitti privati» (a riprova di ciò sarebbe anche, appunto, D. 37.14.6 pr. [Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam]) e la confutava; P. JAUBERT, *La lex Aelia Sentia et la locatio conductio des operae liberti*, in *RHDRE*, 43, 1965, p. 5 ss. che poneva particolarmente in rilievo il giuramento imposto al *servus*, al momento dell'affrancamento dal suo *patronus*, di impegnarsi a restare celibe o a sposarsi solo suo previo consenso; H. HAUSMANINGER, *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 5, 1972, p. 262 e nt. 55 e A. BÜRGE, *Cum in familia nubas: zur wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung der familia libertorum*, in *ZSS*, 105, 1988, p. 320 s.

¹⁶ Si è autorevolmente ipotizzato che, probabilmente, prima di essere manomesso, lo schiavo prestasse un giuramento valido sul piano sacrale che ripeteva dopo essere stato liberato (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 564). Quello della *promissio iurata liberti* è un tema affascinante e discusso in dottrina. Va da sé come esso non sia strettamente pertinente al presente contributo, né possa essere cursoriamente trattato in una nota. Per tale motivo, per un studio esaustivo dell'argomento, si rinvia, in particolare e da ultimo, ai fondamentali lavori di: E. NICOSIA, *Promissio iurata liberti?*, in *AUPA*, 56, 2013, p. 103 ss. e F. BERTOLDI, *Formalismo e negozi formali. Radici romanistiche e profili storico-comparatistici*, Modena, 2016, p. 39 ss. Quanto al connesso tema delle *operae libertorum*, si vadano, invece, per tutti: C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, Catania, 1948, p. 106 ss.; P. PESCANI, *Le operae libertorum: saggio storico-romanistico*, Trieste, 1967, *passim*; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, p. 239 ss. (su tale contributo si veda C. MASI DORIA, *Recensione a W. WALDSTEIN, Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, in *Iura*, 37, 1986, p. 168 ss.) e ID., *Patroni e liberti*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana* (cur. A. CORBINI, M. HUMBERT, G. NEGRI), Pavia, 2010, p. 551 ss.; C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium*, Napoli, 1993, *passim* ed EAD., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, *passim*.

momento della manomissione, la liberta avrebbe assunto con giuramento – da qui la configurazione della *promissio* – l’impegno a non sposarsi ed il liberto (o, forse, sempre ella stessa) a non *procreare*.

In tal modo, sarebbe venuto meno il *ius patronatus*.

L’unico dubbio che il brano porrebbe, pertanto, riguarderebbe l’aspetto relativo al soggetto al quale riferire i due impegni prospettati: ovvero, se è la liberta ad assumersi entrambi i doveri giuridici di non sposarsi e di non avere figli, o se, invece, quest’ultimo sia da ricondurre al liberto. Ma non altro.

Pertanto, a mio avviso, il (*ne*) *liberos tollat* del brano paolino si inserirebbe nel contesto di una *promissio iurata liberti* rispetto alla quale sarebbe da intendere come un riferimento al fatto della ‘procreazione’, senza nessun richiamo alla pratica del *tollere liberos*.

3. Il lemma che qui interessa, invero, compare anche nel prosieguo del brano: ovvero, in D. 37.14.6.2 (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam).

Osserviamolo:

D. 37.14.6.2 (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam): *Quamvis nulla persona lege excipitur: tamen intelligendum est, de bis legem sentire, qui liberos tollere possunt; itaque si castratum libertum jurejurando quis adgerit dicendum est, non puniri hac lege.*

Ovviamente, su di esso si sono pronunciati, innanzitutto, alcuni tra gli studiosi che avevano già analizzato D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam). Tra questi, il Voci¹⁷ che, ancora una volta e coerentemente, riconosceva al lemma il significato generico di ‘procreare’; l’Astolfi¹⁸, il quale sottolineava come il patrono che obbligava il liberto non in condizione di ‘avere figli’ non contravveniva alla *lex Aelia Sentia* e, infine, il Wilinsky¹⁹ che, come in precedenza, faceva riferimento ad un liberto che non può ‘generare’ prole.

Per tutti gli autori menzionati, evidentemente, l’espressione *liberos tollere* del testo paolino non richiamerebbe, in alcun modo, l’arcaica pratica del *suscipere natum*.

Il frammento, tuttavia, è stato esaminato anche da altri studiosi. Il Carcatera²⁰ evidenziava come nel brano di Paolo si facesse riferimento alla punizione, contemplata dalla *lex Aelia Sentia*, per il patrono che obbligasse a giurare il proprio servo, liberandolo, che non avrebbe avuto figli. Da tale sanzione sarebbe stato

¹⁷ VOCI, *Storia*, cit., p. 81 nt. 196.

¹⁸ ASTOLFI, *La lex Iulia*, cit., p. 198.

¹⁹ WILINSKY, *Intorno all’ ‘accusatio’*, cit., p. 564.

²⁰ A. CARCATERA, *Recensione a B. VONGLIS, La lettre et l’esprit de la loi dans la jurisprudence et rhétorique*, Paris, 1968, in *Iura*, 20, 1969, p. 621 ss.

escluso, continuava l'autore, quel patrono che avesse imposto il *iusiurandum* ai liberti castrati. Per quel che qui più interessa, quindi, il Carcaterra intendeva il lemma *liberos tollere* presente nel passo, ancora una volta, come un generico 'avere figli'.

Anche l'Hausmaninger²¹ poneva particolarmente in rilievo l'eccezione costituita dalla non punibilità del patrono che esigesse un giuramento da un liberto incapace di concepire. Ancora una volta, dunque, il verbo *tollere* veniva interpretato come facente riferimento all'atto della 'procreazione'.

Intendeva il lemma in esame, nel medesimo modo del Carcaterra e dell'Hausmaninger, anche il Dalla²². Lo studioso, coerentemente con il tema d'indagine del proprio contributo, si soffermava sulla figura del liberto *castratus* (soggetto 'incapace di generare'²³, appunto). Il Dalla sottolineava come questi, in quanto evirato, non fosse in grado di 'procreare' a prescindere dal fatto che giurasse o meno²⁴.

Per quel che mi concerne, anche in questa parte del testo paolino, non vi sarebbe alcun riferimento al *gestum* del *tollere liberos*. Il brano di Paolo, nella sua prima parte, farebbe infatti riferimento alla perdita del *ius patronatus* (stabilito dalla *lex Aelia Sentia*) in capo al patrono che avesse vincolato, con un giuramento, il liberto a non avere figli. Non contravverrebbe, invece, alla legge augustea - prosegue il testo - il patrono che costringa, sempre con *iusiurandum*, il liberto castrato a non concepire²⁵. A mio avviso, la contrapposizione, lessicale e concettuale, tra qui *liberos tollere possunt* ed il *castratus libertus* sembrerebbe non lasciare spazio ad altro significato per il verbo *tollere* che quello relativo alla capacità (o meno, nel caso del castrato) di 'procreare'. Ragionando, infatti con argomento a contrario, se ammettessimo che quel *liberos tollere possunt*, presente nella parte iniziale del passo paolino, facesse riferimento al *suscipere natum*, dovremmo ammettere che la *lex Aelia*

²¹ H. HAUSMANINGER, *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 5, 1972, p. 261.

²² D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, p. 263 s.

²³ DALLA, *L'incapacità sessuale*, cit., p. 263.

²⁴ L'autore sottolineava, particolarmente, che il *patronus* non avrebbe di certo avuto necessità di ricorrere ad un giuramento per far sì che un soggetto incapace di concepire non avesse figli. Tale caso di specie, pertanto, non avrebbe avuto altra finalità che quella di consentire di far valere il criterio generale che esclude dalla condanna della *Lex Aelia Sentia* il patrono che obblighi a giurare quelli che *liberos tollere non possunt*. In tal modo, chiosava il Dalla, l'esenzione dalla pena contemplata dalla legge avrebbe riguardato tutti coloro i quali per questioni relative ad uno stato di salute o altro, non potessero («o, in base alla comune esperienza appare credibile non potessero», p. 264) generare. Sul pensiero espresso dal Dalla, si veda H.P. BENÖHR, *Recensione a D. DALLA, L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, *passim*, in *ZSS*, 99, 1982, p. 426 ss.

²⁵ Specificava, a tal proposito, DALLA, *L'incapacità*, cit. p. 264 come la fattispecie proposta da Paolo relativamente al *castratus* fosse – infatti – un «caso puramente teorico».

Sentia esentasse il patrono dalla punizione qualora avesse obbligato il liberto castrato dal compiere il *tollere liberos*. Innanzitutto: sappiamo bene che tale legge non contemplasse alcun riferimento al *gestum* in esame. Ma, soprattutto, come potrebbe un castrato compiere la *sublatio* del proprio figlio se impossibilitato a generare? Vi sono, evidentemente, più motivi, a mio avviso, per escludere che D. 37.14.6.2 (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) richiami l'arcaica pratica del *tollere liberos*.

4. Quanto a D. 37.4.6.4 (Paul. 41 ad ed.), il passo era stato considerato dal Voci²⁶ come facente parte di quei testi giuridici che recavano menzione del verbo *tollere* solo con 'significato generico' e come sinonimo di *procreare*. Il Santoro²⁷, di contro, annoverava tale frammento (come il precedente) tra quelli che riportavano l'espressione *tollere liberos* con valenza giuridica.

Una compiuta analisi del brano è stata svolta dal Migliorini²⁸, il quale aveva indagato il significato dell'espressione *in adoptiva familia nepotem sustulerit* relativamente proprio ad un possibile richiamo al *tollere liberos*. Lo studioso postulava, innanzitutto, come essa potesse esser stata impiegata dal giurista severiano come una 'sorta di reminiscenza storica e linguistica di un atto che in passato era creativo del vincolo di filiazione e attributivo della patria potestà', interpretabile come 'un retaggio dell'esistenza e degli effetti giuridici di un atto scomparso ai tempi di Paolo (oppure semplicemente avente natura ed efficacia differente), ma al contempo identificativo di una sua forza passata'. Tuttavia, il Migliorini, non convinto di tale ipotesi ricostruttiva, al termine di un'interessante esegesi del testo paolino, propendeva per un'altra conclusione.

Osserviamola brevemente, in riferimento a quel che sono i circoscritti intendimenti del presente contributo, riproponendo per intero il frammento giurisprudenziale:

D. 37.4.6 (Paul. 41 ad ed.): Si emancipatus filius nepotem procreaverit et ita decessit, deinde avus eius, nepos ad avi bonorum possessionem venire potest. Quod si et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem eius ad bonorum possessionem avi veniet. Nepote quoque solo emancipato, et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset. Filio emancipato, si nepos retentus sit, et utrique praeteriti: utrique accipient bonorum possessionem. Si filius emancipatus in adoptiva familia nepotem sustulerit, ne nepos quidem ad bonorum possessionem avi naturalis veniet. Sed etsi emancipatus filius procreatis nepo-

²⁶ VOGLI, *Storia*, cit., p. 81 nt. 196.

²⁷ SANTORO, *Sul «tollere liberos»*, cit., p. 277 nt. 3.

²⁸ MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 117 ss.

tibus in adoptionem se dederit, ut eum filii sequantur idem erit. Plane si is, qui apud adoptivum avum procreatus est, emancipatus sit, veniet ad bonorum possessionem avi naturalis. Adoptio tamdiu docet, quamdiu quis in familia aliena sit. Caeterum amancipatus ad bonorum possessionem parentium naturalium venit sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum: hoc enim verius est, post mortem eorum emancipatum non admitti.

Lo studioso sottolineava, in primo luogo, come il frammento fosse incentrato sul rapporto tra adozione ed emancipazione, relativamente alla possibilità che il nipote emancipato (o il nipote ed il figlio, nell'ipotesi in cui solo quest'ultimo fosse stato emancipato ed entrambi venissero preteriti) potesse compiere la *bonorum possessio avi* (o la *bonorum possessio patris* qualora solo egli fosse stato emancipato, mentre l'avo ed il padre morivano in successione, così ponendosi la questione – appunto – della *patris bonorum possessio*). Delineato il contesto, il Migliorini affermava che l'*adoptio*, nel passo del giurista severiano, andasse 'intesa nel senso gaiano, ovvero comprensiva anche dell'arrogazione, come dimostrava l'ipotesi contenuta proprio in D. 37.4.6.4 relativa al *filius emancipatus* che, *procreatis nepotibus, in adoptio-nem se dederit*²⁹.

Ammesso ciò, proseguiva l'autore, nel passo non potrebbe, dunque, configurarsi alcun *tollere liberos* costitutivo di un vincolo di filiazione e, pertanto, di *patria potestas* sull'adottante. L'espressione *in adoptiva familia nepotem sustulerit*, in conclusione, per il Migliorini starebbe ad indicare il primo dei due esempi proposti dal giurista Paolo nel testo: ovvero, quello relativo al figlio emancipato che adotta-va un nipote e lo accoglieva *in adoptiva familia* (la prima fattispecie, invece, riguarderebbe il caso del figlio emancipato che, *procreatis nepotibus*, si lasciava arro-gare da un terzo). Ammessa tale proposta interpretativa, la frase *in adoptiva fami-lia nepotem sustulerit* sarebbe utilizzata dal giurista severiano in riferimento all'adozione «vista dal lato di colui che ricevendo il nipote, lo accoglie nella nuova famiglia adottiva», *ergo* costituirebbe semplicemente 'un modo alternativo' per indicare l'istituto dell'*adoptio*³⁰, senza fare riferimento in alcun modo – evidente-mente – al *tollere liberos*.

Anche l'esame del brano condotto dal Castagnino su tale secondo testo³¹ prendeva le mosse dalla proposizione *in adoptiva familia nepotem sustulerit*. Se-condo l'autore, essa potrebbe intendersi come una «sorta di reminiscenza storica e

²⁹ MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 119.

³⁰ MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 120.

³¹ Senza fare riferimento al tema che ci occupa, si era espresso sul brano in esame anche E. VOLTERRA, *L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias*, in *BIDR*, 79, 1976, p. 217 sostenendo che il giurista severiano con il termine *adoptio* facesse, in vero, riferimento all'*adrogatio* del figlio emancipato.

linguistica di un atto che in passato indicava il vincolo di filiazione e, dunque, l'acquisto della patria potestà»³². Sebbene, precisava il Castagnino, il termine *adoptiva* rinvierebbe ad un istituto che non contemplava il compimento della pratica in esame, comunque l'espressione *tollere liberos* potrebbe rappresentare, nel contesto del frammento, un richiamo ad un atto non più esistente ai tempi del giurista Paolo, ma «evocativo del suo antico rilievo rituale»³³.

In D. 37.4.6.4 (Paul. 41 ad ed.), a me parrebbe prospettarsi, invece, l'ipotesi stando alla quale un emancipato abbia avuto un figlio mentre si trovava nella famiglia adottiva. Con riferimento a tale fattispecie, il giurista severiano osservava che quest'ultimo non avrebbe potuto richiedere la *bonorum possessio* dell'avo naturale³⁴. Il *nepos*, infatti, si trovava *in aliena familia* rispetto al nonno³⁵.

Ciò posto, quindi, il verbo *tollere* che compare nella frase *Si filius emancipatus in adoptiva familia nepotem sustulerit*, andrebbe inteso, ancora una volta, come riferito al mero fatto procreativo e non alla pratica del *tollere liberos*.

5. Anche in riferimento, infine, al testo del giurista Marcello³⁶, giova prendere le mosse da una riflessione del Migliorini³⁷.

In D. 37. 8. 3 (Marcell. 9 dig.), affermava lo studioso, il giurista proporrebbe una fattispecie relativa ad un padre di due figli che ne emancipava uno, mantenendo, tuttavia, la *potestas* sul nipote, *filius* del soggetto emancipato, nato successivamente all'emancipazione. Il figlio emancipato verrebbe poi diseredato dall'*avus*.

Ancora una volta, secondo il Migliorini, la menzione del verbo *tollere* nell'espressione *emancipatus filium sustulit* non rimanderebbe all'atto *tollere liberos*, ma a quello della 'procreazione'³⁸.

³² CASTAGNINO, *I diplomata*, cit. p., 135 s.

³³ CASTAGNINO, *I diplomata*, cit. p., 136.

³⁴ In tal senso anche C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem, I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, p. 446 la quale rilevava, appunto, come, nel brano, il giurista negasse tanto al figlio, quanto al nipote *ex filio* che fosse *in adoptiva familia*, la possibilità di ottenere la *bonorum possessio* dei beni dell'*avus*.

³⁵ L. VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas*, in *BIDR*, 80, 1977, p. 181 nt. 54.

³⁶ Su tale brano del giurista Marcello si erano precedentemente espressi sia C. COSENTINI, *Breve nota sull'origine dell'edictum de coniugendis cum emancipatio liberis eius*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 221 ss., sebbene senza fare riferimento alcuno al *tollere liberos*, che il VOCI, *Storia*, cit. p. 80 s. il quale, puntava l'accento soprattutto sull'istituto dell'*expositio* ivi richiamato, sottolineando come l'abbandono fosse avvenuto in assenza della volontà del padre dell'*expositus* non comportando, pertanto, alcun effetto. Ciò detto, chiosava lo studioso, la *potestas* sul figlio abbandonato e poi rintracciato permaneva perché «acquisita già per la nascita in giuste nozze» (p. 81).

³⁷ MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., p. 120 ss.

³⁸ Il Migliorini analizzava un ulteriore testo giurisprudenziale, ovvero, D. 40.4.29 (Scaev. 23 dig.), in precedenza, richiamato dal Lanfranchi (*supra* p. 2 nt. 3) al fine di negare al *suscipere natum*

Di tutt'altro avviso il Castagnino³⁹, il quale, come, già per D. 37.4.6.4 (Paul. 41 ad ed.), intravedeva nella medesima espressione la rievocazione del rituale del *suscipere natum*.

A mio modo di vedere, il caso prospettato in D. 37.8.3.1 (Marcell. 9 dig.) sa-

un valore giuridico. Osserviamo, allora, il frammento e l'analisi proposta dallo studioso dell'espressione *sublatus ab alio* ivi contenuta. D. 40.4.29 (Scaev. 23 dig.): *Uxorem praegnatam repudiaverat, et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque ad vitae tempus patris tam ab eo, quam a patre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus, neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna agnitus hereditatis patris ab intestato quasi legitimus possidet. Quaesitum est, hi, qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint? Respondit filium quidem nihil praeiudicium passus fuisse, si pater eum ignoravit? et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. Servi autem manumissi et si per quinquennium in libertatem morati sunt, semel datum libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est.* Il tema trattato da tale brano è quello relativo allo *status* dei servi liberati attraverso una manomissione testamentaria quando in tale documento il *de cuius* non abbia né diseredato, né istituito erede il figlio, in quanto egli non era a conoscenza della sua esistenza perché aveva divorziato dalla moglie incinta per sposare un'altra donna. La prima *uxor*, nel brano di Scevola, espone l'infante che viene *sublatus* ed allevato da un altro uomo. Alla morte del genitore naturale, aperto il testamento, quel figlio non istituito erede e non diseredato «previa *agnitio* della madre e dell'*avia paterna* compie la *bonorum possessio ab intestato*» (p. 124). Senza entrare nel merito di temi estranei a quello trattato, preme qui sottolineare le considerazioni del Migliorini intorno al fatto che colui che ha compiuto la *sublatio* del neonato non viene mai qualificato *pater* dello stesso: l'*expositus*, evidenziava l'autore, è infatti ancora *in potestate* del testatore deceduto. Evidentemente, quindi, rilevava il Migliorini, il *tollere liberos* in alcun modo era atto costitutivo di un vincolo di filiazione e della conseguente *patria potestas*. In considerazione di ciò, secondo lo studioso, la menzione dell'antico gesto da parte della giurisprudenza classica o della legislazione imperiale non starebbe in alcun modo a significare il riconoscimento di un valore giuridico per il *tollere liberos*. Ove presente l'espressione in esame dovrebbe essere considerata semplicemente come un «sintagma indicatore per lo più di situazioni fattuali, incapace da sola di assumere un valore giuridico univoco» (p. 125). Per quel che mi consta, di contro, nel brano di Scevola quel *sublatus ab alio* non parrebbe riferirsi all'antico gesto del *suscipere natum* e ciò in quanto il giurista prospetta una *sublatio* a seguito di *expositio* che è altro dal *tollere liberos*. Ma ove anche così non fosse, nel testo non sembrerebbero, comunque, esserci elementi che consentano di chiarire, con un discreto margine di certezza, se di *suscipere natum* effettivamente si tratti. D. 40.4.29 (Scaev. 23 dig.), infatti, non contiene alcun riferimento agli elementi propri del rito, primo fra tutti al momento in cui è materialmente avvenuto il sollevamento dell'infante (che nel caso di specie, è bene ribadire, è un *expositus*). Com'è ormai noto, esso doveva essere compiuto immediatamente dopo il parto. Nella fattispecie trattata da Scevola è chiarito semplicemente che il bambino, una volta nato, viene esposto dalla madre (all'insaputa del padre), ma nulla è detto in merito al tempo del *suscipere ab alio*, tempo che è *condicio sine qua non* perché, effettivamente, l'atto del *tollere liberos* si configuri. Inoltre, il *tollere* è atto da compiersi ad opera del *pater* non di uno sconosciuto come è nel caso proposto nel frammento in esame. Alla luce di quanto considerato, non reputo, pertanto, che il passo di Scevola possa assurgere a 'prova' del fatto che l'arcaico gesto non avesse valore giuridico e ciò in quanto, per quel che mi consta, in esso non vi è alcun riferimento effettivo al *tollere liberos*.

³⁹ CASTAGNINO, *I diplomata*, cit., p. 136.

rebbe quello descritto dal Migliorini, con l'espressione *filium sustulit* da intendere non con riferimento all'arcaica pratica, ma, ancora una volta, al fatto della procreazione.

Mi limito, quindi, ad aggiungere la considerazione che l'*avus* disereda il figlio emancipato che diviene padre, al fine di riservare i diritti successori solo ai propri *potestate subiecti*.

6. Oltre ai frammenti sinora esaminati, è possibile rinvenire l'espressione che qui interessa anche in D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.).

Osserviamo, allora ed infine, il testo di Papiniano.

D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.): 'mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat: ita enim poterit sine periculo vivere'. Fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed optentu consilii derogare iuri testamentum fieri prohibendo voluit.

Il frammento tratta, in generale, il tema della successione ereditaria. Riporta, infatti, Papiniano in D. 31.1.77 pr. (D. 31.1.77 pr. [Pap. 8 resp.]) che il padre il quale, nel testamento, abbia istituito eredi i propri figli e la madre di essi, raccomanda, in D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.), alla figlia femmina di non redigere tale documento *quoad liberos tollat*.

Gli autori che hanno analizzato tale brano si sono particolarmente soffermati proprio su quel che qui più interessa: ovvero, sul significato da attribuire all'espressione *liberos tollat*.

Così, innanzitutto, il Paulus⁴⁰, secondo il quale tale espressione andrebbe intesa nel senso di 'avere figli'⁴¹.

Dello stesso avviso, il Voci⁴² che proponeva anche il passo di Papiniano – come il già analizzato D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) – in nota con la specificazione che, nei testi giurisprudenziali, il lemma sarebbe presente unica-

⁴⁰ CHR. PAULUS, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin, 1992, p. 176 s.

⁴¹ La ricostruzione del Paulus è stata criticata da M. TALAMANCA, *Recensione a CHR. PAULUS, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin, 1992, *passim*, in *BIDR*, 96-97, 1993, p. 797, ss. relativamente a tutto D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.). Secondo il Talamanca, infatti, il 'problema' (p. 807) qui posto da Papiniano non riguarderebbe – come sostenuto dal Paulus – che la confezione del testamento da parte della figlia diminuisca i suoi timori (*ita enim poteris sine periculo vivere*), ma che, al contrario, li provochi, ove essa avesse luogo prima della fine dell'educazione della propria progenie.

⁴² VOCI, *Storia*, cit., p. 80 s. nt. 196.

mente con significato (generico) di procreare⁴³. In tal senso si esprimeva, peraltro, anche il Lanfranchi⁴⁴.

Menzionava il brano il Santoro⁴⁵, il quale, come il Voci, lo annoverava – sempre al pari di D. 37.14.6 pr. (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) – tra i testi giuridici che riproponevano l'espressione in esame.

A mio avviso, quel *liberos tollat* di cui si è avvalso Papiniano nella parte iniziale del brano, non sembra fare alcun riferimento all'antica cerimonia del *tollere liberos*.

Il lemma, piuttosto, sarebbe presente in D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.) con il medesimo significato già visto in tutti i testi analizzati nel presente contributo: ovvero, come sinonimo di 'procreare'.

La frase '*mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat...*' pertanto, sarebbe da intendere nel senso che il padre che ha istituito erede testamentaria la figlia, le raccomandava di non confezionare tale documento finché non avesse avuto, ella stessa, una propria progenie.

7. Tentiamo, in conclusione, di tirare le somme di quanto sin qui analizzato.

Secondo il Castagnino tutti i frammenti del Digesto richiamati rievocherebbero il rito in esame.

Non solo. Essi, infatti, interpretati in combinazione con la clausola *proinde liberos tollant ac si duobus civibus Romanis natos* contenuta nei *diplomata militaria*, attesterebbero come l'espressione *tollere liberos* avesse assunto, con il decorso del tempo, un significato più ampio rispetto alla semplice *sublatio* dell'infante: ovvero, quello di acquisto della *potestas* paterna su di esso⁴⁶.

A me pare, invece, che il verbo *tollere* nei testi analizzati – compresi D. 37.14.6.2 (Paul. 2 ad leg. Aeliam Sentiam) e D. 31.1.77.24 (Pap. 8 resp.), peraltro non presi in esame dal Castagnino –, sia sempre e solo da intendersi come riferimento alla nascita in quanto tale, così confermando quanto detto in apertura, in merito all'assenza di menzione della cerimonia del *suscipere natum* nel Digesto.

L'utilizzo del verbo *tollere*, quasi sinonimo della nascita, sembra porsi, dunque, a testimonianza di un radicamento proprio dell'espressione nel lessico della procreazione.

Il fatto che nelle fonti giurisprudenziali, a mio avviso, non vi sia menzione del

⁴³ Il testo di Papiniano è unicamente menzionato, insieme ad altri, da A. BURDESE, *Recensione a D. JOHNSTON, The Roman Law of Trust*, Oxford, 1988, *passim*, in *SDHI*, 55, 1989, p. 468.

⁴⁴ LANFRANCHI, *Ricerche*, cit., p. 24 nt. 91.

⁴⁵ SANTORO, *Sul «tollere liberos»*, cit., p. 273 ss.

⁴⁶ In tal senso, in precedenza, anche Y. THOMAS, *La mort du père: sur le crime de parricide à Rome*, Paris, 2017, p. 118 per il quale «soulever l'enfant signifie tout aussi bien acquérir la puissance paternelle».

tollere liberos se non come facente riferimento all'evento della nascita, non può peraltro essere elemento sufficiente per escludere valore giuridico dell'atto ⁴⁷.

Il silenzio dei *prudentes*, infatti, è pienamente colmato, quanto alla presenza del lemma in testi giuridici, dalla menzione del *tollere liberos* nei *diplomata militaria*, costituzioni di età imperiale ⁴⁸ e, dunque, vere e proprie fonti giuridiche.

Ma si tratta di interrogativi di cui mi sto occupando nella più ampia ricerca sul tema ricordata in apertura di questo lavoro.

⁴⁷ Tale questione, la prima ad essere stata indagata dagli studiosi dell'argomento, è stata ampiamente affrontata nella mia indagine tesa proprio a mettere a fuoco i molti problemi connessi, a vario titolo, all'antico rito, seppur con la consapevolezza che, per alcuni di essi, sussiste la sostanziale impossibilità di trovare soluzioni o ipotesi di ragionevole plausibilità alla luce delle documentazioni in nostro possesso. Spesso, anticipo già, è stato possibile unicamente avanzare congetture, sollevare interrogativi, aprire prospettive di ricerca, fare il punto della situazione della dottrina scientifica. Ciò posto, a mio avviso, un tentativo andava fatto.

⁴⁸ Ricorda VOLTERRA, *Un'osservazione*, cit., p. 390 e nt. 3 come vi fosse stata una discussione sullo strumento utilizzato per effettuare delle concessioni ai veterani: se in base alle leggi, o in base alle costituzioni imperiali e come a prevalere fosse stata quest'ultima opinione. Sull'argomento, da ultimo, si fa rinvio a CASTAGNINO, *I diplomata militaria*, cit., p. 179 ss. e bibliografia ivi citata.