

Claudia Terreni

Università degli Studi di Pisa

Brevi note a margine dell'applicazione del *favor libertatis* in materia di *libertas fideicommissaria* di un'ancella *praegnans* o che ha partorito

ABSTRACT – This paper addresses the legal status of children born to a female slave who was the beneficiary of a fideicommissum of liberty, during a period of default or delay in her manumission. It examines this issue through the lens of the favor shown toward the unborn child, who, in my view, is identified as a conceptually autonomous subject.

1. La problematica – 2. Analisi delle fattispecie – 3. Conclusioni.

1. La lettura del recente studio di Valeria Di Nisio ¹ sugli aspetti giuridici della filiazione delle *ancillae* nonché la pubblicazione appena apparsa della traduzione italiana dei libri 37-40 del Digesto ² suscitano non pochi spunti di riflessione, tra i quali credo che presenti particolare rilievo la problematica inerente la condizione giuridica dei figli di una schiava, onorata di fedecommissario di libertà, nati in periodo di mora ³ o ritardo nella manomissione della madre, nell'ottica del *favor*

¹ V. DI NISIO, *Partus vel fructus. Aspetti giuridici della filiazione ex ancilla*, Napoli, 2017, p. 123 s.

² *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Testo e traduzione VI. I 37-40, direzione di Sandro Schipani (cur. A. PETRUCCI, A. SACCOCCIO, A. CASSARINO, M. PEDONE), Pisa, 2024.

³ La *mora debitoris* (o *mora solvendi*) rappresenta la fattispecie più complessa. Come è noto, essa si configura quando il debitore ritarda l'adempimento di una prestazione ancora possibile. Se la prestazione divenisse impossibile prima della mora, l'obbligazione si estinguerebbe (salvo responsabilità per fatto del debitore); se diviene impossibile durante la mora, scattano i meccanismi di perpetuazione del vincolo. La dottrina romanistica che assumo come riferimento di base (A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997, p. 1042 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1990, p. 658 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, p. 428) individua quattro requisiti fondamentali per la costituzione in mora: l'obbligazione deve essere esigibile (non sottoposta a condizione sospensiva o termine iniziale non ancora scaduto); l'oggetto della prestazione

nei confronti del nascituro⁴, che risulta identificato, a mio avviso, quale soggetto

deve essere possibile e la mancata attuazione deve essere imputabile al debitore. In epoca classica era richiesto, inoltre il dolo o la colpa. Non vi è mora se il ritardo è dovuto a cause di forza maggiore o caso fortuito. Il punto focale era la c.d. *interpellatio*. Di regola, non bastava la scadenza del termine (*dies*), ma occorreva un atto formale di richiesta da parte del creditore (*interpellatio*). La necessità dell'*interpellatio* portò alla distinzione, consolidatasi nel diritto giustiniano, tra mora *ex persona* che richiede l'intimazione formale ad adempiere (*interpellatio*) ed era la regola generale per le obbligazioni senza termine o con termine implicito, e la mora *ex re* che scattava automaticamente senza bisogno di intimazione. Questo avveniva in due casi principali, riassunti nel brocardo medievale *dies interpellat pro homine*: obbligazioni da fatto illecito (*fur semper in mora est*); obbligazioni con termine essenziale (obbligazione *die*), dove il termine era fissato in modo preciso e il debitore sapeva di dover adempiere entro quella data (*dies certus an et quando*). Ritengo importante sottolineare che sulla mora in generale, ed applicata ai casi particolari qui considerati, condivido le osservazioni della DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 123 nt. 187, dove è richiamata la più recente bibliografia poiché, nell'economia del presente contributo, l'analisi di un così complesso istituto meriterebbe una autonoma ricerca.

⁴ La precisazione mi sembra interessante in riferimento alla differenza tra *favor libertatis* e *favor liberorum*, che costituiscono principi tra loro non omogenei e, soprattutto maturati in epoche diverse. Il *favor libertatis* emerse, infatti, tra la fine del primo ed il secondo secolo a.C. e già da Giuliano risulta recepito come criterio guida capace di ispirare la soluzione di fattispecie concrete di vario tipo. Ponendosi in armonia con la tendenza coeva ad allargare il novero dei *cives*, esso si traduceva nell'attribuzione al nato di situazioni di vantaggio relativa al suo *status*, in ragione di circostanze verificate al tempo del concepimento oppure nei mesi intercorsi prima del parto. A mio parere, rispetto alla regola riflessa in D. 1.5.7 (Paulus l.S. de port., q. lib. dam.) e D. 50.16.231 (Paulus l.S. ad sc tert.), corrispondeva dunque ad un'ispirazione difforme, collegabile all'obiettivo di favorire nell'acquisto del *ius Quiritium* i figli nati da unioni non individuabili come *iustae nuptiae* e, con essi, i genitori non confinati tra i *dediticii Aeliani* che caratterizza l'attività normativa dispiegatasi, in particolare, nel corso dell'età adrianea. La dottrina più attenta (P.O. CUNEO, *Il ripudio nel tardo Impero: una costituzione di Teodosio II*, in *JusOnline*, 1, 2018, p. 238 s.) considera invece il *favor liberorum* maturato nella legislazione di Teodosio II quale criterio applicato, inizialmente, nel campo del diritto di famiglia e mirante a difendere l'interesse dei figli, sia rendendo *solutionem matrimonii difficiliorem*, sia tutelando sul piano patrimoniale i *communes liberi*, nati e *nondum nati*, in caso di morte dell'uno e dell'altro genitore. Si tratta, dunque, di un principio nel quale è, a mio modesto avviso chiaro l'influsso cristiano (G. BARONE ADESI, *Il Diritto romano nella legislazione degli imperatori cristiani* in *Scritti di Giorgio Barone Adesi* [cur. M. CARBONE, O. LICANDRO, I. PIRO], Roma, 2019, p. 227 ss.) volto a valorizzare il vincolo matrimoniale attraverso la restrizione delle cause di giusto ripudio e rendendo oggetto di prioritaria protezione legislativa la prole. Ciò è tanto vero che tracce dell'assorbimento, da parte di esso, del preesistente *favor libertatis* si incontrano solo nella legislazione giustiniana, nella quale si inserisce C.I. 5.27.11.4 del 530: *Et generaliter definimus ... ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur: et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat*. Richiamo per questo con i riferimenti bibliografici: C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*. Pisa, 2009, p. 218 s. e più di recente F. BONIN, *Note per un'indagine intorno alla struttura e alla forma dei frammenti dei «libri ad Vitellium» di Paolo*, in *RDR*, 19, 2019, p. 77 ss. e M. FRUNZIO, *Tra diritto romano e diritto costituzionale. Uno studio sulle regulae iuris*, in *JusOnline*, 4, 2023, p. 7 ss.

concettualmente autonomo ⁵.

Da D. 40.5.13 (Mod. libro nono regularum), D. 40.5.26.1 (Ulp. libro quinto fideicommissorum) e D. 40.5.53 e 55 (Marc. libro quarto regularum), con l'intermezzo di D. 40.5.54 (Maec. libro sexto decimo fideicommissorum) ⁶, emerge, infatti, una serie di fattispecie, relative al differimento per incolpevole ritardo o, in conformità alla medesima regola enunciata in *Pauli Sent.* 2.24.4, per mora ⁷ della *libertas fideicommissa* di una schiava incinta o che ha partorito e sulle quali la giurisprudenza romana ha avuto modo di svolgere le proprie analisi.

Innanzitutto, convincono le osservazioni della Di Nisio ⁸ in merito al fatto che «se l'erede o, in genere l'onerato del fedecommissario di libertà, avesse tardato ad affrancare la schiava cui fosse stata lasciata in tal modo la libertà e nel frattempo quest'ultima avesse partorito, i figli sarebbero stati danneggiati dal ritardo nascen-

⁵ Ho affrontato ampiamente la tematica in TERRENI, *Me puero venter*, cit., p. 218, con la più rilevante bibliografia sull'argomento. Recentemente si vedano: P.L. CARUCCI, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al principato. Principi e politiche*, in *TSDP*, 11, 2018, p. 8 ss.; A. CORBINO, "Nascituri e diritti, dal Diritto romano a oggi". *Scrivete Corbino. Formiche.net*, 23/01/2023; P. FERRETTI, *Il concepito, il diritto romano e il diritto turco*, in *Tesseræ Iuris*, 4.1, 2023, p. 291 ss.

⁶ In tempi recenti, si vedano, su questi testi, le osservazioni di F.M. SILLA, *La 'cognitio sulle libertates fideicommissae'*, Padova, 2018, p. 96 nt. 40. I passi sono stati oggetto, in passato, di critica interpolazionista: cfr., G. SEGRÉ, *Miscellanea esegetica* (*Fr. 38 §1 D. 22.1; Fr. 18 D. 21.2; Fr. 50 §1 D. 5.3 §2 I. 4.6*), in *Studi Brugi*, Palermo, 1910, p. 50, che considera alterate le espressioni 'ut in re mora facta esse his videatur et', 'ut videatur in re mora esse'; 'in rem moram esse' e, in particolare, A. MONTEL, *La condizione giuridica dei figli di schiava onorata di fedecommissario di libertà nati in periodo di mora o ritardo nella manomissione della madre*, in *Studi Bonfante*, 3, Milano, 1930, p. 633 ss.

⁷ È da notare, a questo proposito, che l'*interpretatio* visigotica al luogo ricordato delle *Sententiae* paoline (*Ex ea muliere natus, quae ex causa fideicommissi manumitti debuit, si post moram libertati factam nascatur, ingenuus nascitur*) instaura una piena corrispondenza tra *mora* del *fideicommissarius* in *praestanda libertate* e *fideicommissarii tarditas*, rilevando che questa *ingenuitati obesse non potest* (*Si ea mulier, quae per fideicommissum manumitti iussa est, fideicommissario in praestanda libertate, quae ei mandata est, moram faciente pepererit qui natus est, ingenuus nascitur, quia fideicommissarii tarditas ingenuitati eius obesse non potest*). Cfr. l'edizione di M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e Interpretatio*, Padova, 1995, p. 48; e su tale opera nel suo complesso: I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, *passim*). In via generale e sotto diversi punti di vista, si vedano inoltre: R. ROEHLE, *Praetor fideicommissarius*, in *RIDA*, 15, 1968, p. 414; X. D'ORS, *La manumisión del esclavo hipotecado en derecho romano. 1. Manumisión del esclavo especialmente hipotecado*, in *AHDE*, 46, 1976, p. 371; J.D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2005, *passim*. Sui controversi aspetti di questa tematica mi limito a richiamare, tra i manuali, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Roma, 1928, p. 435, per il quale «i classici designano con il nome di mora il fatto di un debitore che colposamente non soddisfa il suo debito al tempo dovuto»; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994, p. 392 s., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 605, e tra le voci enciclopediche, A. MONTEL, *Mora, (diritto romano)* in *NNDI*, 10, 1964, p. 900 ss.; C.A. CANNATA, *Mora, (Storia)*, in *ED*, 26, 1976, p. 921 ss.

⁸ DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., 123 s.

do schiavi». L'Autrice a tal proposito riferisce come, per ovviare a questo inconveniente, le fonti abbiano provveduto a stabilire e radicare la regola per cui «i *partus* nati durante la mora nel dare la libertà fossero ingenui». A tale riguardo, la Studiosa effettua, a «testimonianza emblematica di ciò» il riferimento a due testi del Digesto (D. 38.16.1.1 e 38.17.1.3, entrambi di Ulpiano 12 ad Sab.):⁹ circa il primo testo, la Di Nisio richiama la regola che «nel caso in cui ricorrano gli estremi per la mora a seguito della richiesta di libertà, il figlio della schiava non solo nasce ingenuo, ma rientra anche nella potestà paterna». Si sofferma altresì sul fatto che, sempre in rapporto a tale testo, la dottrina non si sia espressa unanimemente¹⁰, ma vi siano state diverse interpretazioni in ragione dei vari interventi imperiali circa la *ingenuitas* del figlio.

Sul secondo testo la riflessione dell'Autrice si concentra «sui rapporti successivi tra madre schiava e figlio ingenuo...ed il principio esposto da Ulpiano» risulta essere «un'applicazione della costituzione riportata nel primo brano e dovuto a Marco Aurelio e Lucio Vero e poi ribadito da Caracalla. La previsione ulpiana è stata più volte approfondita ed analizzata dagli studiosi, soprattutto in rapporto al *postliminium* quale esempio determinante della ingenuità del figlio della schiava che, onorata di fedecommesso di libertà, avesse partorito durante la mora dell'onorato». Inoltre, sempre in relazione alla *ingenuitas* del figlio, la Studiosa richiama due costituzioni imperiali¹¹ nelle quali si «ribadisce che il figlio nato in schiavitù a

⁹ D. 38.16.1.1 (Ulp. 12 ad Sab.): Quæri poterit, si ex ea, quæ in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa hæc habeatur, ut uxor ducta suum pariat? nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci. quare ausim dicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cuius mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit. ergo sive postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere. Del testo mi colpisce la frase (*suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit*) concettualmente assimilabile, dunque ad un passo di Marciano D. 49.15.25 (Marcianus 14 inst.) in cui *si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit et ibidem ex marito enixa sit*, il figlio rientrato in patria in compagnia di entrambi i genitori sarebbe venuto a trovarsi *in potestate patris, quemadmodum iure postliminii reversus sit*, avvalendosi così di un tipico effetto del *postliminium*, del quale egli era, tuttavia, privo. Ove, poi, avesse fatto ritorno in patria in compagnia della sola madre, avrebbe acquisito la condizione di *spurius*, in quanto ritenuto, per convenzione, *sine marito natus*, al pari del concepito e generato *apud hostes ... a captiva*: è quanto si evince dalla parte finale di D. 38.17.1.3 (Ulp. 12 ad Sab.): Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus.

¹⁰ DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 125.

¹¹ C.I. 7.4.3: Imperator Alexander Severus A. Lucio del 222: Cum libertatem mulieribus sub

causa della ritardata affrancazione per la mora dell'onerato acquista, a seguito della manomissione, la qualifica ... di uomo libero» ed *ingenuus*. Alla luce di questo, l'Autrice suppone che tra i giuristi classici vigesse una sorta di *ius controversum* «sebbene poi nei *Digesta* si riporti la sola opinione ulpiana – conforme a quella di Giustiniano – senza riferimenti alle eventuali altre decisioni giurisprudenziali».

Esaminare in che misura il diritto romano protegga a certe condizioni gli schiavi che attendevano la libertà e come la *libertas fideicommissa* in questi testi riveli molti aspetti del *favor libertatis* verso i nuovi nati costituisce il precipuo interesse alla base delle brevi osservazioni che seguono. I testi ci stimolano, oltretutto, a focalizzare e a identificare i rapporti che nelle diverse situazioni si istauravano tra manomissore e liberto.

condicione datam proponas, quid dubium est eos, qui ex his ante impletam eam eduntur, servos nasci et pertinere ad heredes iure domini? his enim demum succursum est, qui post moram praestandae libertatis progeniti sunt, ut liberi et ingenui viderentur; C.I. 6.57.6 pr.: Imperator Iustinianus, A. Iuliano p. del 530: Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest succedere 1: Huiusmodi itaque dubitationem eorum decedentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem ab intestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus. Mi sentirei di inserire in tale contesto il richiamo ad una ulteriore costituzione imperiale di Giustiniano del medesimo anno 530 in C.I. 7.4.14 pr. 1: Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decedentes libertatis favore censemus et fideicommissariam nec non directam libertatem suam firmam itatem habere sive in masculo sive in femina, quae adhuc in ventre vehatur materno, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit 1: Sin autem plures creati vel creatae sint, sive unius fecit mentionem sive pluraliter nuncupavit, nihilo minus omnes ad libertatem ad prima veniant cunabula, cum in ambiguis sensibus melius est, et maxime in libertate, favore eius humaniorem amplecti sententiam. In essa si assegna alla creatura *quae adhuc in ventre vehatur materno* una contingente condizione servile, destinata a venir meno al momento della nascita (*ad prima ... cunabula*: § 1) in virtù della *libertas fideicommissaria* che il precetto imperiale ammetteva la possibilità di conferirle, risolvendo, evidentemente, in tal senso pregresse dispute giurisprudenziali e accogliendo definitivamente il principio che *et maxime in libertate, favore eius humaniorem amplecti sententiam*. Nel provvedimento imperiale non possiamo che vedere dunque, un esplicito richiamo al *favor libertatis*. Sul tema rinvio a: F. WUBBE, *L'“humanitas” de Justinien*, in *RHD*, 58, 1990, p. 249 ss. e G. CRIFÒ, *A proposito di “humanitas”*, in *Ars boni et aequi. Festgabe Waldstein*, Stuttgart, 1993, p. 79 ss.; altra bibliografia in M. VARVARO, *Contributo allo studio delle ‘Quinquaginta decisiones’*, in *AUPA*, 46, 2000, ntt. 376 e 377. Cfr., inoltre, K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966, p. 124 ss.; H.J. WIELING, *Testamentauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 232 s.; M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Besançon, 2000, p. 68; T. HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*², Oxford, 2002, p. 57 nt. 260.

2. a) D. 40.5.13 e D. 40.5.54

Nel primo testo, D. 40.5.13, è contemplata una *mora* nell'attribuzione della libertà prodottasi *non studio manumissoris sed fortuito*: il figlio nascerà servo, ma l'erede *qui manumittere debuit* avrà l'obbligo di consegnarlo alla madre *ut per eam perveniat ad libertatem*:

Si praegnas ancilla moram non studio manumissoris, sed fortuito patiatur, ne manumitteretur, liberum quidem non pariet, sed cogetur qui manumittere debuit natum matri tradere, ut per eam perveniat ad libertatem.¹²

Il meccanismo previsto è, dunque, sufficientemente chiaro: se una schiava incinta subisce un ritardo nella manomissione, non per volontà del padrone, ma per caso fortuito, non partorirà un figlio libero, ma colui che avrebbe dovuto manometterla sarà costretto a consegnare il nato alla madre, affinché attraverso di lei raggiunga la libertà. Ciò che più conta è, tuttavia, il fatto che il *partus* è indicato come partecipe della condizione della madre *praegnas* in rapporto agli effetti della *manumissio* della quale essa era beneficiaria, indipendentemente dal suo verificarsi prima o dopo la nascita.

In quest'ultimo caso farà dunque capo al partorito, inevitabilmente, lo *status* servile ancora proprio della madre e l'esigenza della sua consegna alla liberta, in vista dell'effettuazione da parte di lei della *manumissio*, si configura come autonoma obbligazione generatasi a carico dell'erede in conseguenza del dato costituito dalla *mora*, ancorché intervenuta non per sua colpa¹³.

¹² La DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 125, si preoccupa di evidenziare principalmente due elementi: il rilievo da dare all'avverbio *fortuito* contrapposto a *studio* ed il fatto che il giurista parli di *mora* senza specificare di che tipo sia, benché, per la maggior parte degli studiosi tra cui CANNATA, *Mora (storia)*, in *ED*, 26, Milano, 1976, p. 925, «nel caso di fedecommesso di libertà ci si trova in presenza di una *mora ex re* e non *ex persona*, quindi non sempre è necessario il collegamento tra il ritardo nell'adempimento e l'agire dell'onere» p. 128 s. Inoltre, la studiosa, sottolinea il fatto che la mancanza «di volontarietà dell'atto potrebbe secondo alcuni escludere questa ipotesi dal novero di quelle di *mora*». E cita come esempio dottrinale MONTEL, *La condizione giuridica*, cit., p. 634. Risulta, infine, interessante, l'osservazione della Di Nisio, in rapporto al fatto che Modestino nel testo «non ponga minimamente l'accento sul comportamento dell'*ancilla*» in ordine alla eventuale richiesta di libertà ... «mentre si concentra su quella del *manumissor*». Potremmo forse ritenere che, nel caso di specie, Modestino stia valutando la causa del ritardo come unico discrimine per stabilire la sorte giuridica del *partus*. Il focus della riflessione del giurista si concentra sulla causa esterna, ovvero il caso fortuito.

¹³ Sempre la DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 128, sottolinea come il giurista, «ponga l'attenzione sul carattere involontario del ritardo». Sulla colpa come prerequisite della *mora debitoris* H.H. JAKOBS, *Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*, in *TJ*, 42, 1974, p. 42, a commento del testo di Modestino (D. 40.5.13) ora in esame, prende le distanze dalla posizione di E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*,

Il principio risponde ad equità nel senso che, in assenza di dolo, il figlio non nasce libero, ma l'erede ha l'obbligo di consegnarlo alla madre per garantirgli la libertà. Quantunque si sia in presenza di un evento fortuito, il principio *iuris gentium* mantiene la sua validità poiché la condizione del figlio alla nascita dipende, come sappiamo, da quella della madre. Non essendo ella al momento del parto libera, il figlio nasce servo. Tuttavia, l'elemento equitativo, che assurge a regola generale, impone a colui che aveva l'obbligo di manomettere la madre di consegnare il bambino alla stessa, affinché, ella, raggiunta la libertà, potesse estenderla al figlio nato.

Il *favor libertatis*, pur con un passaggio intermedio, è garantito anche in D. 40.5.54:

Si mater, postquam filium accepisset, vel qui in eius locum successit praestare noluit libertatem, compellendi sunt: amplius si mater aut nollet sibi filium tradi aut in rerum natura esse desisset, non ab re est dicere, nihilo minus ita natis ab herede libertatem praestari.

Il testo contempla l'ipotesi che la madre o il suo successore, una volta ricevuto il figlio, non volessero più manometterlo. In tal caso, infatti, la madre o l'erede vengono costretti (*compellendi sunt*) a farlo. È altresì vero che la prima potrebbe rifiutare la consegna del figlio per negligenza o disinteresse, come pure, perché non è più in vita; in entrambi questi casi il testo comunque considera ragionevole dire che, ciononostante, la libertà debba essere concessa dall'erede ai nati che versassero in una simile condizione. Assistiamo, così, alla priorità assoluta dell'applicazione del *favor libertatis*. Se la via 'preferibile' da percorrere non è più praticabile perché la madre non vuole o è deceduta, (*aut nollet sibi filium tradi aut in rerum natura esse desisset*), l'obbligo di concedere la libertà ricade direttamente sull'erede.

b) D. 40.5.26.1

Il medesimo *favor* aveva luogo, seppure con modalità differenti, per i nati *ex die ... quo libertas peti potuit* ed i nati *ex die quo libertas petita est*, a dispetto della perdurante qualità di *serva* della madre. Si legge infatti in D. 40.5.26.1:

Apparet igitur subventum fideicommissis libertatibus, ut in re mora facta esse his videatur et ex die quidem, quo libertas peti potuit, matri traderentur manumittendi causa, ex die vero, quo petita est, ingenui nascuntur, plerumque enim per ignaviam vel per timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam iuris sui vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius

in: ZSS, 44, 1924, p. 160, secondo cui il requisito del dolo quale elemento soggettivo della mora del debitore non avrebbe potuto essere evidenziato più chiaramente di quanto lo fosse in questo passo.

petitur vel in totum non petitur fideicommissa libertas: quae res obesse libertati non debet. quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est, manumitti autem partum dici debeat, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita, certe minoribus viginti quinque annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse: nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.¹⁴

Nel frammento, al di là di qualche probabile interpolazione stilistica nel raccordo *Quod igitur defendimus, ita determinandum est* e nella conclusione rafforzativa *multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti*, sono evidenziati due diversi rimedi in presenza di una mora nelle manomissioni fideicommissarie. Da quando la libertà avrebbe potuto essere richiesta, il figlio, pur nascendo tecnicamente schiavo, doveva essere consegnato alla madre per essere manomesso e, quindi, per certi versi, l'onerato era obbligato a tenere un comportamento finalizzato alla acquisizione della libertà del bambino. Dal momento in cui la libertà era stata

¹⁴ Il testo stabilisce chiaramente che, per soccorrere le libertà fedecommissarie, la mora debba essere considerata *in re facta* (o *ex re*). In un contesto normale, l'erede (*onerato*) andava in mora solo dopo una richiesta formale (*interpellatio*) da parte dello schiavo o di chi agiva per lui (*mora ex persona*). L'estensione della mora *in re* significa che l'erede è considerato in mora automaticamente (per il solo fatto oggettivo) a partire dal momento in cui la libertà poteva essere richiesta, senza attendere l'iniziativa (spesso mancante per paura o ignoranza) dello schiavo. Sul punto, D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq)*, München, 2005, p. 22, che esamina il nodo giuridico derivante dalla condotta omissiva di una certa Seia, la quale, pur non accettando formalmente il fedecommissato, si astiene contestualmente dal rinunciarvi (*remissio*). Tale comportamento genera uno stato di pendenza (*Schwebezustand*) che pone l'erede in una situazione di stallo: egli si ritrova privo di strumenti legali sia per sollecitare l'accettazione di Seia, sia per svincolarsi dall'onere gravante sull'eredità. In questo scenario, la condizione degli schiavi appare paradossale: la loro libertà è giuridicamente certa nel futuro, ma di fatto preclusa nel presente. L'elemento di maggior rilievo nell'analisi dell'Autore risiede nella valutazione della condotta dei servili; è in tale contesto che viene richiamato il magistero di Ulpiano (D. 40.5.26.1). Secondo l'interpretazione di Nörr, Ulpiano adotta un approccio profondamente improntato al *favor libertatis*, dimostrando una spiccata sensibilità per le dinamiche sociali dell'epoca. Il giurista stabilisce che la mancata rivendicazione della libertà non debba essere intesa come una rinuncia implicita. Ulpiano riconosce, infatti, che il ricorso all'azione può essere ostacolato da fattori psicologici e sociali oggettivi: *timiditas, ignorantia iuris, auctoritas et dignitas*. Questi elementi sono considerati impedimenti legittimi che scusano l'inerzia dello schiavo. L'unico rischio concreto per quest'ultimo sarebbe derivato dal prestare consenso a una propria alienazione nella piena consapevolezza del proprio status di uomo libero. Tuttavia, nel caso in esame, tale consapevolezza manca, preservando così l'integrità del loro futuro diritto alla libertà. Nel testo, viene richiamata, inoltre, una precedente costituzione di Settimio Severo che aveva stabilito la *mora in re* per i fedecommissati pecuniari lasciati ai minori (tutelati per la loro debolezza). Nel passo si argomenta che se tale principio vale per il denaro, *multo magis* (a maggior ragione) deve valere per la libertà. A margine del termine *constitutum* come riferito a costituzioni imperiali, cfr.: S. TAFARO, *La limitazione dei debiti*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007, nt. 1.

richiesta in giudizio dalla madre, il figlio, invece, nasceva libero ed *ingenuus*¹⁵. In altre parole, si verifica nella prima ipotesi una sorta di ‘sanatoria’ o ‘retroazione’ degli effetti della libertà e, a tal fine, il testo elenca diverse ragioni per le quali la richiesta poteva subire un ritardo che in nessun caso, però, avrebbe inficiato il risultato. Si riferisce, infatti, che *per ignaviam vel per timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam iuris sui vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur vel in totum non petitur fideicommissa libertas: quae res obesse libertati non debet*.

Nella seconda parte da *certe minoribus viginti quinque annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse...* al termine, il ragionamento viene specificamente applicato ai casi che coinvolgono i minori di venticinque anni. L’*auxilium* deve essere concesso in questi casi affinché la *mora* sia considerata esistente per presunzione (*ut videatur in re mora esse*), senza bisogno di una prova rigorosa del dolo o della colpa dell’onerato. Si tratta, a mio avviso, di una analogia *a fortiori* ed è questa la giustificazione finale e la *ratio* della norma: infatti, come l’imperatore Settimio Severo aveva già stabilito una presunzione di *mora* per tutelare i fedecommessi di denaro (*pecuniaria fideicommissa*) destinati ai minori, così, a maggior ragione (*multo magis*), la stessa forma di tutela doveva essere applicata alla libertà (*in libertatibus*), un bene giuridico il cui valore è intrinsecamente superiore.

c) D. 40.5.53 pr.-1

Il riconoscimento dello *status* di *ingenuus* al nato da un’*ancilla* liberata con fedecommesso si era affermato anche in caso di *mora* imputabile al *dominus*. Da D. 40.5.53 pr.-1 si evince infatti che:

Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est huiusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. sed sunt constitutiones, quibus cavetur statim ex quo libertas deberi coeperit ingenuum nasci: et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat. 1 Sed si nondum debita libertate fideicommissa

¹⁵ Ritengo plausibili le considerazioni che sul testo prospetta la DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 131 in ordine alla tematica della «avvenuta *interpellatio*, grazie alla quale i *partus* nascono già liberi, *ingenui* specifica Ulpiano, mentre necessitano di manomissione i figli nati quando la schiava, pur potendo, non abbia richiesto la libertà». Interessanti osservazioni si trovano in M. KASER, *Perpetuari obligationem*, in *SDHI*, 46, 1980, p. 87 ss., il quale, tra l’altro, pone in evidenza la difficoltà per i giuristi romani di teorizzare il concetto di *mora*, distinguendo da quello il semplice ritardo, e sostiene perciò la genuinità di D.40.5.26.1, e in F. LAMBERTI, *Fideicommissa libertas ancillae data*, atti del XXI Colloquio GIREA 1994, ora in *Femmes-esclaves: modèles d’interprétation anthropologique, économique, juridique* (cur. F. REDUZZI MEROLA, A. STORCHI MARINO), Napoli, 1999, p. 369 s.

ancilla peperit, studio tamen heredis fuerit effectum, ut nondum libertas deberetur, veluti quod tardius adit hereditatem, ut qui nati sint ex ancilla servi eius fiant, placet manumittendos, sed tradi matri oportere, ut ab ea manumitterentur et liberti potius matris fiant: nam quos indignus est heres servos habere, ne quidem libertos habeat.

Il testo cita costituzioni imperiali in forza delle quali il figlio doveva essere considerato ingenuo allorquando l'onerato da un fedecommissario fosse stato in mora nel concedere la libertà della madre. Il giurista ricorda, poi, che altre costituzioni imperiali prescindevano dalla mora dell'onerato, attribuendo libertà e *ingenuitas* dall'istante in cui la prima era dovuta e questa soluzione è ritenuta preferibile perché *libertas non privata, sed publica res est*. Per questo motivo chi ha l'obbligo di concedere la libertà dovrebbe farlo spontaneamente: *ultra is qui eam debet offerre debeat*, senza necessità di una sollecitazione o una richiesta formale ¹⁶.

Nel §1 di D. 40.5.53, inoltre, si fa riferimento anche al caso in cui la schiava abbia partorito quando la libertà lasciata per fedecommissario non fosse ancora dovuta e l'erede per calcolo (*studio*) avesse fatto in modo di non doverla, ad esempio, ritardando l'accettazione dell'eredità per un vantaggio economico nell'aver il figlio partorito nella *dominica potestas*. In tale ipotesi era prevalso il parere (come apprendiamo dall'uso del verbo *placet* ¹⁷) che i nati nel frattempo andassero manomessi secondo un certo procedimento. Infatti, il comportamento doloso dell'erede faceva sì che i figli dovessero essere consegnati alla madre per la manomissione e fosse lei stessa a compierla. Saranno così liberti della madre e non dell'erede, al quale viene negato il rapporto di patronato: *quos indignus est heres servos habere, ne quidem libertos habeat*. Sul testo rimando all'ulteriore ampia esegesi della Di Nisio, ¹⁸ della quale accetto la ricostruzione anche nell'evidenziare la

¹⁶ Colgo l'occasione per evidenziare una non perfetta identità tra il principio di questo frammento e D. 40.5.26.1 sul quale abbiamo discusso *supra sub b*). Entrambi sono relativi al *favor libertatis* e alla *mora* nell'esecuzione della libertà fideicommissaria e, sebbene giungano alla stessa conclusione (*il figlio nasce libero e ingenuo in caso di mora*), lo fanno attraverso diverse premesse temporali e diverse *rationes*, riflettendo probabilmente l'evoluzione o le diverse fasi della giurisprudenza. In D. 40.5.53 pr. il giurista utilizza un argomento di diritto pubblico ('la libertà è cosa pubblica') per imporre all'onerato l'obbligo di realizzare la manomissione spontaneamente, consolidando il momento della nascita libera al momento in cui la libertà è dovuta. D. 40.5.26.1 utilizza, viceversa, un argomento di diritto privato per estendere la presunzione di *mora* alla sfera della libertà.

¹⁷ Sull'argomento cfr., in particolare, M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Memorie Acc. Naz. Lincei*, s 9, 23 (fasc. 3), Roma, 2008, p. 766 ss.; P. CERAMI, *Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi* (cur. V. MAROTTA, E. STOLFI), Roma, 2012, p. 399 s. e, nello stesso volume, L. VACCA, *Controversialità del diritto ed impianto casistico*, p. 61 s.; E. BISIO, *Aspetti procedurali dell'accusatio ingrati liberti tra I e III secolo d. C.: interpretatio giurisprudenziale, provvedimenti imperiali e condicio liberti*, in *TSDP*, 15, 2022, p. 11.

¹⁸ DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 137 s. In aggiunta, desidero richiamare gli studi di C. MASI DORIA, *Civitas, operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993,

coerenza giurisprudenziale «che permetteva di tutelare la schiava contro il dolo dell'onerato». A mio modesto avviso, infatti, la chiusa del testo, illustra la severità e la logica morale del diritto imperiale romano. La sanzione contro l'*heres indignus* non era solo economica, ma toccava la sua dignità sociale e la sua capacità di esercitare *potestas* e *patronatus*¹⁹. La perdita dei liberti, che rappresentavano l'onore del defunto e la continuazione della sua influenza sociale, era la conseguenza più logica e moralmente coerente della sua indegnità.

Credo, inoltre, opportuno, relativamente alla fattispecie in esame, ricordare alcuni rilievi critici di Jakobs²⁰, che tende ad accentuare il collegamento tra acquisto dell'*ingenuitas* e intervento colpevole della *mora*.

Egli, infatti, ritiene che il secondo capoverso del pr., *sed sunt-debeat*, vada considerato interpolato perché dubita, soprattutto facendo leva sulle riflessioni di Modestino in D. 40.5.13, che siano realmente esistite delle costituzioni *quibus cavetur statim ex quo libertas deberi coeperit ingenuum nasci*²¹.

L'ingenuità – e ciò andrebbe desunto anche dal passo di Marciano – è legata, secondo l'Autore, all'insorgere della *mora* in relazione alla manomissione. Non si può supporre che Ulpiano intendesse dire qualcosa di diverso, sono parole di Jakobs, quando in D. 40.5.26.1 attribuisce l'ingenuità solo a coloro che nascono *ex die quo libertas petita est*, mentre per coloro che nascono nel periodo tra il *dies cedens* e il *dies veniens* egli ammette solo che debbano essere consegnati per la manomissione alla madre. Sarebbe la *mora* colpevole nell'affrancamento a determinare, in altre parole, il criterio dell'ingenuità. Qualora si sia verificata una *mora fortuito facta*, l'A. sottolinea che i figli non sono ingenui, ma che vanno consegnati per la manomissione alla liberta. In tal modo si comprende la distinzione di Modestino, riportata in D. 40.5.13, per cui esiste solo un obbligo di consegna riguardo ai figli nati dopo una *mora* dipendente da caso fortuito. Egli ritiene invece ingenuo chi nasce dopo una *mora studio manumissoris facta*. Si dovrebbe quindi supporre che

p. 47 ss. e EAD., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 450 ss. F. BONIN, *L'indegnità a succedere nell'elaborazione giurisprudenziale della scuola serviana*, in *TSDP*, 17, 2024, p. 5, relativamente al termine '*indignus*' ritiene che compaia «nel suo significato tecnico nelle fonti risalenti all'età degli Antonini. Tuttavia, casi che comportavano l'impossibilità di succedere di soggetti dal comportamento eticamente discutibile sono già attestati nelle fonti cosiddette letterarie per la prima metà dell'ultimo secolo della Repubblica nell'ambito del *ius honorarium*».

¹⁹ Richiamo per tutti ancora la studiosa che più di ogni altra si è dedicata in tempi recenti al rapporto patrono/liberto; oltre ai lavori citati nella nota precedente, si veda da ultimo: C. MASI DORIA, *Patronos y libertos: perspectivas jurídicas y realidades sociales. Movilidad de la riqueza y derecho sucesorio* in *Res Publica Litterarum Documentos de trabajo del grupo de investigación 'nomos'*, 8, 2025, p. 9 s.

²⁰ JAKOBS, *Culpa*, cit., p. 40 ss.

²¹ Le *constitutiones* a cui si fa riferimento nel testo prevalgono sul principio generale, a volte applicato, che il bambino seguisse la condizione della madre al momento della *nascita* e stabilisce invece che (*statim ex quo libertas deberi coeperit*).

quest'ultimo caso di mora fosse equiparato all'ipotesi in cui la *libertas petita est*.

In effetti, secondo gli insegnamenti della critica interpolazionista²², a mio avviso, la descrizione dettagliata del dolo dell'erede (*studio tamen heredis fuerit effectum ... ut qui nati sint ex ancilla servi eius fiant*) sarebbe tipica della casistica post-classica/giustiniana, che tende a punire esplicitamente la mala fede, e la soluzione di trasferire la proprietà dei figli alla madre (*tradi matri oportere*) affinché fosse lei a manometterli e questi diventassero suoi liberti (*liberti potius matris fiant*) andrebbe considerata un'aggiunta il cui obiettivo era garantire la libertà (anche se in una forma leggermente diversa, come liberti della madre) e, al contempo, privare l'erede 'indegno' di qualsiasi beneficio, inclusa la patronato sui figli. La massima finale *nam quos indignus est heres servos habere, ne quidem libertos habebit* come conclusione logica del meccanismo di *manumissio a matre*, confermerebbe tale supposizione, in quanto, è formulata in modo aforistico e generale, tipico delle aggiunte giustiniane che vogliono fissare un principio di indegnità (*excusatio ob indignitatem*).

Ciononostante, il testo veicola un principio indiscutibilmente romano classico (*favor libertatis*)²³, ma lo riveste di una giustificazione filosofico-giuridica (la libertà come *res publica*) e di una conseguenza procedurale (l'obbligo di *offerre debeat*) che sono il frutto di un probabile intervento dei Compilatori. Essi hanno voluto elevare la libertà da questione di diritto privato (vincolata alla *potestas* del *pater familias*) a principio di diritto pubblico tutelato e promosso dall'Imperatore stesso.

d) D. 40.5.55 pr.

Una diversa fattispecie ricorre nel testo di Marciano che ora esamineremo e che si pone quale logica prosecuzione del frammento precedente, ovvero D. 40.5.54, e del quale abbiamo trattato nel §2 a).

²² Richiamo per tutti nell'identificare i possibili criteri interpolazionistici: O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in *ZSS*, 7, 1896, p. 45 ss.; M. KASER, *Zur heutigen Stand der Interpolationenforschung*, in *ZSS*, 69, 1952, p. 60 ss. R. ORESTANO, "Diritto": *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 217. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte, I: Einführung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München, 1988, p. 112 s. M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, in *Centro di Studi Romanistici Vincenzo Arangio-Ruiz*, *Opuscula* 18 (cur. A. ADAMO), Napoli, 1996; O. BEHREND, *Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode*, in *Index*, 19, 1991, p. 169 ss.

²³ La stessa E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus: Untersuchungen zu den "hausgeborenen" Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches*, Stuttgart, 1994, p. 28. ritiene che furono emanate dal Senato e dal Popolo disposizioni legislative che portarono a una manipolazione ed espansione della suddetta regola.

Veniamo, dunque al passo:

Sed et si non data opera tardius adierit, sed dum de adeunda hereditate deliberat, idem dictum est. et si postea cognovit se heredem institutum, quam ancilla peperit, placet hoc quoque casu subveniendum esse: hoc tamen casu ipse manumittere debet, non matri tradere ...

Qui la riflessione giurisprudenziale romana si sviluppa sul caso in cui l'erede ritardi l'accettazione dell'eredità non con dolo, ma perché *de adeunda hereditate deliberat*. Nonostante l'assenza di intenti fraudolenti, se la schiava incinta partorisce durante tale periodo, il figlio, pur nascendo schiavo, dovrà essere trasmesso alla madre perché sia manomesso e diventare liberto della stessa. Ancora di più, Marciano entra nel dettaglio nel prosieguo del testo quando affronta la fattispecie per la quale l'erede scopre di essere tale dopo il parto della schiava, non essendo prima neppure a conoscenza della sua istituzione (e quindi di avere l'obbligo di manomettere la schiava) prima che questa partorisca. Anche in questa situazione, il giurista sostiene che si debba intervenire a favore (*subveniendum esse*) del nascituro e della libertà. In realtà, tale soluzione era stata controversa, ma alla fine era prevalso il parere favorevole, come si può cogliere anche questa volta dall'uso del termine *placet* che rappresenta in tali contesti la decisione o la soluzione giuridica prevalente e poi accolta²⁴. Indica, cioè, l'estensione del *favor libertatis* come forma di tutela (il *subveniendum esse*) per una nuova situazione non esplicitamente prevista, per ragioni di equità o coerenza pragmatica. La differenza cruciale rispetto ai casi precedenti riguarda la modalità di manomissione del nato: sarà l'erede stesso a doverlo manomettere senza necessità di consegnarlo alla madre affinché sia quest'ultima a liberarlo. Qui, d'altronde, non c'è stata una vera e propria mora imputabile all'erede prima che sapesse della sua qualità e, di conseguenza, non viene privato del rapporto di patronato.

Tra quanti in dottrina si sono occupati dei passi presi in considerazione in questo contributo, il Montel,²⁵ nell'esaminare gli effetti del ritardo a concedere la libertà quando questa fosse dovuta e nell'ipotesi in cui non fosse ancora dovuta, sostiene che «mentre le fonti classiche e giustiniane sono concordi nel riconoscere che, se al momento della nascita vi è mora nel dare la libertà, i figli nascono liberi», esisterebbe un contrasto di soluzioni in presenza di un ritardo incolpevole per cui giunge alla conclusione che, in tal caso, l'onerato del fedecommesso doveva comunque manomettere i figli nati *medio tempore*. Da quanto abbiamo visto, quest'ultima deduzione dell'Autore non sembra fondata se le diamo una valenza di carattere generale. Concordo, sul punto, con la Di Nisio,²⁶ nel senso di potersi

²⁴ Cfr., *supra* nt. 17.

²⁵ *La condizione giuridica*, cit., p. 634.

²⁶ DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 140.

ravvisare «nelle decisioni giurisprudenziali ...una certa coerenza che permetteva di tutelare la schiava contro il dolo dell'onerato...» ed anche con la Herrmann-Otto,²⁷ che si sofferma, considerando la disciplina nel suo insieme, sull'incidenza del criterio guida costituito dal *favor libertatis*. L'Autrice infatti sottolinea quali difficoltà sorgessero nella pratica per determinare lo *status* dei figli che erano evidentemente nati da una schiava. Nonostante la regola giuridica fosse inequivocabile: ... *ex ancilla ... iure gentium servus nascitur...* il campo dell'interpretazione giuridica si rivelava ampio e la quantità di processi di *status* conservati in particolare nei *Digesta* ne è una eloquente testimonianza.

È pacifico, peraltro, che il criterio del *favor*, una volta delineatosi, individuasse nel nascituro il beneficiario diretto delle soluzioni giurisprudenziali. Anche ove si accetti il punto di vista dell'Albertario²⁸ intorno alla riferibilità all'epoca post-classica del cristallizzarsi di tale categoria concettuale, riesce comunque immediato cogliere il momento iniziale del suo emergere nelle previsioni dirette, nel I e II sec. d.C., ad attribuire lo *status* di liberi ai nati che sarebbero stati impossibilitati a mutuarlo dalla madre secondo i principi tradizionali. Di *favor libertatis* – o, almeno, di sue concrete manifestazioni – è dunque possibile parlare già in piena età classica e su ciò ormai da tempo concorda la dottrina²⁹.

Mi sentirei, inoltre, di osservare, che già Giuliano risulta recepire il *favor libertatis* come criterio guida capace di ispirare la soluzione di fattispecie concrete di vario tipo. Ponendosi in armonia con la tendenza coeva ad allargare il novero dei *cives*, esso si traduceva nell'attribuzione al nato di situazioni di vantaggio relative al suo *status*, in ragione di circostanze verificatesi al tempo del concepimento oppure nei mesi intercorsi prima del parto.

²⁷ HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus*, cit., p. 28.

²⁸ E. ALBERTARIO *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR*, 33, 1923, p. 4 nt. 2 (= *Studi di diritto romano*, 1 [Persone e famiglia], Milano, 1933, p. 21.

²⁹ Sull'ampia problematica del *favor libertatis* si vedano anche le osservazioni di C. VENTURINI, 'Aut liberi aut servi: una summa divisio tra adattamenti normativi e rimedi concettuali', in *Individui e 'res publica' dall'esperienza giuridica romana alle concezioni contemporanee. Il problema della 'persona'* (cur. L. MONACO, O. SACCHI), Napoli, 2013, p. 437 ss., ora in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica*, Napoli, 2014, p. 451. Ed inoltre C. TERRENI, *Alcune riflessioni in materia di status*, in, *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I, *La prospettiva storica* (cur. A. LANDI, A. PETRUCCI), Torino, 2016, p. 123 ss. Cfr. sul tema anche: H. ANKUM, *L'expression favor libertatis dans les travaux des juristes classiques romains*, in *Liber amicorum Juan Miquel, Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Madrid, 2006, p. 45 s; H. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman World*, Cambridge, 2011, p. 36 s.; S. SCIORTINO, *Un'ipotesi sulla revoca della donazione per ingratitudine del liberto*, in *TSDP*, 15, 2022, p. 2 ss.; J.F. STAGL, *Favor libertatis: Slaveholders as Freedom Fighters in Imperial Rome*, in *The Position of Roman Slaves: Social Realities and Legal Differences*, Bonn, 2023, p. 203 ss.

La differenza di effetti riscontrabile nelle diverse ipotesi, incentrandosi semplicemente sull'acquisto, da parte del concepito, della condizione di libero al momento della nascita oppure sul conseguimento del medesimo risultato mediante *traditio* di lui alla madre e successivo atto di *manumissio* da parte di quest'ultima, non incide infatti, mi sembra, sulla identità del risultato e sulla conformità di esso ad un unitario principio ispiratore, al quale la giurisprudenza appare essersi conformata, per quanto non senza dissensi (ricorre più volte il termine *placet*). È importante però rimarcare la differente condizione di *ingenuus* o di liberto, che avrebbe acquisito il nascituro, per i suoi effetti sul *ius patronatus*³⁰.

È quindi evidente come questa disciplina generale, assegnando ai nati in servizio lo *status* di *ingenui* in dipendenza dal semplice intervento della *petitio libertatis* in rapporto alla madre, si presenti come una rilevante deroga alle regole ordinarie³¹.

Può dunque venire giustificata, a mio parere, solo in base al preminente rilievo assegnato al principio secondo cui *libertas non privata sed publica res est*³² e, di conseguenza, sulla positiva prevalenza riconosciuta all'interesse pubblico, configurato nella medesima esigenza di arricchimento della *civitas* mediante ingresso nel suo seno di nuovi *cives*, già ben presente in età adrianea³³.

3. Questo lavoro si è proposto di ripercorrere brevemente la tematica della tutela della libertà nella manomissione fideicommissaria, introducendo una distinzione precisa tra i tipi di mora o ritardo. Le soluzioni proposte per le varie ipotesi lasciano

³⁰ MASI DORIA, *Civitas, operae, obsequium, cit.*, p. 47, in cui l'approccio della Studiosa allo *ius patronatus* è di tipo sistematico e storico-dogmatico, volto a recuperare la complessità delle regole che definivano la condizione del liberto come 'cittadino non pienamente libero' e a chiarire le intricate normative sui diritti successori del patrono (*bona libertorum*).

³¹ Per un più analitico esame di tale deroga rinvio ancora all'indagine della HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla*, cit., p. 26 ss., la quale circa il principio particolare...*ex serva ingenuum nasci*, sottolinea che i «Kontroversfälle ergeben sich vor allem bei verzögerten Freilassungen. Aus den immer wieder auftauchenden Statusfragen um die Nachkommenschaft der statulibera, vor allem aber der ancilla fideicommissaria lässt sich entnehmen, wie aktuell und umstritten dieses Problem zur damaligen Zeit war. Um einen Eindruck zu gewinnen, werden die Fälle, nach den Statusprinzipien freier und unfreier Geburt gruppiert, im Überblick vorgeführt».

³² Da tenere presente anche l'osservazione della HERMANN-OTTO, *Ex ancilla*, cit., p. 28, ad avviso della quale il principio *libertas non privata sed publica res est*, che si legge in D. 40.5.53 formò le basi che «zu einer Manipulation und Erweiterung der obigen Regel des *ius gentium* führten». In generale sul tema si veda: G. LOBRANO, *La libertas che in legibus consistit*, in *Diritto@Storia*, 15, 2017, p. 1 ss.

³³ Sul tema cfr., in particolare, F. CASAVOLA, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio in Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 28. e J. GARDNER, *Hadrian and the Social Legacy of Augustus*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 81 ss., con richiamo della principale letteratura in materia; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, p. 150 ss.

trasparire la flessibilità e l'equità dell'ordinamento romano plasmato dall'opera congiunta dei giuristi e della Cancelleria imperiale, al fine di garantire che l'obiettivo finale – la libertà – vada comunque raggiunto, salvaguardando il nascituro dall'essere soggetto alla schiavitù dell'erede. Questo quadro evidenzia come tale ordinamento non fosse concepito solo come un insieme di regole rigide, ma piuttosto come un sistema capace di adattarsi alle circostanze per promuovere i valori maggiormente avvertiti dalla società. I testi analizzati rivelano, infatti, una crescente sensibilità verso quello della libertà, neutralizzando in particolare, le conseguenze negative del ritardo nella manomissione di una schiava realizzata tramite fedecommissario. In tale direzione il principio della libertà come bene pubblico (*res publica*) si estende dalla madre al figlio da essa partorito, assicurandone la concreta attuazione nella variegata casistica analizzata su mora o ritardo nella liberazione della stessa. Se ne indagano le cause ed in base ad esse si elaborano procedimenti diversi, diretti comunque sempre al raggiungimento del fine ultimo, in un'attenta considerazione di tutti gli interessi in gioco. Un risultato sul quale vale la pena meditare ancora oggi, sia pure nel quadro di sensibilità profondamente differenti.