

MARIA VIRGINIA SANNA

*Spes nascendi - spes patris*

Estratto  
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV  
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

# ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

## COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

## COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.  
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [redazioneaup@unipa.it](mailto:redazioneaup@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i> . . . . .	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio. . . . .	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i> . . . . .	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i> . . . . .	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i> . . . . .	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i> . . . . .	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano. . . . .	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i> . . . . .	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117. . . . .	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes. . . . .	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano. . . . .	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i> . . . . .	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i> ) . . . . .	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale. . . . .	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i> . . . . .	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i> . . . . .	705

MARIA VIRGINIA SANNA

*Spes nascendi - spes patris*

ABSTRACT

The prohibition of a pregnant's woman's burial without extracting the *partus* (D. 11.8.2), the prohibition of death penalty and torture (D. 1.5.18, D. 48.19.3, P.S. 1.12.4), the prohibition of *accusatio adulterii* towards a woman *ventris nomine missa in possessionem* until the childbirth (D. 37.9.8), the prohibition of abortion (D. 48.19.39) are set not only to the father's advantage but to the unborn child's advantage too.

PAROLE CHIAVE

Nascituro, *Accusatio adulterii*, Aborto, *spes animantis*, *spes patris*.



SOMMARIO. 1. La *spes animantis*. 2. L'aborto. 3. Il differimento dell'accusa di adulterio.

1. La *spes animantis*. In un precedente studio<sup>1</sup> ho esaminato un frammento del Digesto in cui Marcello riferisce che secondo una *lex regia* - da lui citata senza indicazione del *rex* cui attribuirlo, ma dalla maggior parte degli studiosi riferita a Numa<sup>2</sup> - era vietato seppellire una donna incinta senza estrarre prima dal suo corpo il nascituro<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M.V. SANNA, *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *Revista de derecho español* 18, 2012, a cui rimando per un esame più dettagliato del passo.

<sup>2</sup> La *lex* è attribuita a Numa in FIRA, I, Firenze 1968, 12, ma da molti autori (vedi, ad esempio, G. FRANCIOSI (a cura di), *Leges regiae*, Napoli 2003, 209, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, 22) è collocata, invece, fra le disposizioni di re incerti. J. CARCOPINO, *Les prétendues lois royales*, in *Mélanges d'archéologie et d'Histoire* 54, 1937, 344 ss., la classificava tra le lois anonymes. Si vedano anche M. BARTOSÉK, *La spes en droit romain*, in RIDA 2, 1949, 19 ss., in part. 29; S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in SDHI 37, 1971, 1 ss., in part. 12 nt. 32; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano 1971, 30 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, 102 nt. 89; O.M. PETER, *Spes nascendi come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche in Roma antica*, in *Le mond antique et les droits de l'homme* (Actes de la 50 Session de la Societé internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité. Bruxelles, 16-19 septembre 1996), H. JONES (a cura di), Bruxelles 1998, 291 ss., in part. 307 ss. (vedi anche, della stessa autrice, *Il parto cesareo nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma antica*, in TRAMONTANO - VILLONE, *Le radici del nostro futuro, Temi di storia della medicina*, Bologna 1977); Z. BUJUKLIC, *Leges regiae: pro et contra*, in RIDA 45, 1998, 89 ss., in part. 102 s.; G. OLIVIERO, *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in SDHI 74, 2008, 559 ss., in part. 570.

<sup>3</sup> L'estrazione del feto veniva, dunque, praticata con un cesareo che, per poter salvare la vita del figlio, doveva avvenire subito dopo la morte della madre. Non appare condivisibile l'affermazione di O.M. PETER, *Spes nascendi*, cit., 291 ss., secondo la quale la circostanza che D. 11.8.2 cerchi di ricondurre, anche se in maniera vaga, le origini dell'intervento ad un'era così remota come quella delle *leges regiae* permette di trarre la conclusione, «forse non esageratamente avventata», che quello che oggi chiamiamo parto cesareo in qualche forma fosse esistito e applicato già nel periodo iniziale della storia di Roma. Pare, infatti, opportuno porre in rilievo che l'intervento «che oggi chiamiamo parto cesareo» viene effettuato su una donna viva, mentre nel caso ricordato in D. 11.8.2 è praticato *post mortem matris*, dal momento che nel passo si afferma che la madre è morta *praegnans*. Ritieni, invece, F. MARINO, *D. 41.4.2.16 di Paolo: un caso di ius singulare*, in *Index* 27, 1999, 373 ss., in part. 384, che nell'antichissima norma sacrale che proibiva di seppellire la madre incinta prima dell'estrazione del feto - allo scopo di salvarne la vita, secondo la spiegazione che ne dà il giurista Marcello - non si precisa l'avvenuta morte della madre prima dell'estrazione, ma ciò sarebbe sottinteso, in quanto è da escludere che nell'antichità si procedesse a taglio cesareo come intervento terapeutico su gestante viva. Come mette, peraltro, in evidenza M. BETTINI, «Non nato da donna». *La nascita di Cesare*

*Qui contra fecerit*, osserva il giurista, sembra avere soppresso, insieme alla madre, anche la *spes animantis*:

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

La dottrina si è chiesta, sin dai secoli passati, se il riferimento alla *spes animantis* fosse già contenuto nella *lex regia* o se sia stato inserito da Marcello nel tentativo di spiegare la *ratio* del risalente divieto, ipotesi più probabile, in quanto appare difficile supporre che in un testo legislativo antico fosse contenuta la *ratio* della norma. Ci si è chiesti, inoltre, che significato attribuire all'espressione *spes animantis*, secondo alcuni autori da intendere come una *spes* riferibile al padre,<sup>4</sup> secondo altri come la speranza, per il nascituro, di una possibile vita futura,<sup>5</sup> secondo la dottrina più recente, per la quale il passo

---

*e il parto cesareo nella cultura antica*, in Index 40, 2012, 211 ss., il primo a teorizzare esplicitamente la possibilità di tagliare il ventre della donna incinta non solo dopo la sua morte, come si era fatto sino ad allora, ma anche mentre essa era ancora in vita, fu, infatti, François Rousset nel XVI secolo, nel suo *Traité nouveau de l'hystérotomotokie, ou enfantement caesarien*.

<sup>4</sup> Per F. LANFRANCHI, v. '*Nascituri*', in NNDI 11, Torino 1965, 13 s., è estremamente probabile che la protezione del nascituro sia stata effettuata, almeno per un lungo periodo del diritto romano, in funzione esclusiva degli interessi del *paterfamilias*; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 10 nt. 5, 356 ss. e ivi nt. 121, ritiene che venga tutelato l'interesse del padre, cui la *spes* andrà normalmente riferita. Nello stesso senso, più di recente, G. GANDOLFI, v. *Nascituro (storia)*, in Enc. Dir. 27, Milano 1977, 530 ss., in part. 534, il quale ritiene che il precetto sia ispirato da motivi di indole religiosa, o «dalla finalità di non privare la famiglia di un *caput*». Y. THOMAS, *Le ventre. Corps maternel, droit paternel*, in *Le Genre Humain*, 1986, 14, 211 ss., che parla di un' *espoir d'un être vivant*, ritiene che nella donna incinta convivessero '*corps maternel d'une côté, droit paternel de l'autre*'. Per G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna 2003, 23 s., il divieto di inumare una donna gravida se non dopo avere estratto il feto deve essere letto nel senso di tutela dell'interesse del marito, «che aveva la proprietà del corpo femminile».

<sup>5</sup> In tal senso già F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 2, Berlin 1840, 7 (trad. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto attuale*, 2, Torino 1888, 6 s.). Parla di diritto della vita, o alla vita, G. BRINI, *Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*, in Memorie Acc. Bologna, serie 2, 5-7, 1920-23, 195 ss., e di «tutela risalente del diritto del concepito alla vita» E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*<sup>2</sup>, Torino 1925, 161 ss. Secondo M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, in SDHI 49, 1983, 337 ss., in part. 346, ntt. 41-46; *Note minime*



costituisce una prova della considerazione del concepito sin dall'età arcaica come un'entità distinta dalla madre, e non solo una *portio mulieris*<sup>6</sup>, come la speranza di nascita propria di un essere già esistente<sup>7</sup>. Se anche ritenessimo, come sembra probabile, che nella *lex*

---

sulla speranza, in SDHI 61, 1995, 863 ss., in part. 871, il soggetto sul quale si concentra il maggior interesse della norma andrebbe, invece, identificato nella *mulier quae praegnas mortua sit*, in funzione di una speranza che va oltre la sua vita. Si traduce *spes animantis* con «speranza di vita» in G. FRANCIOSI (a cura di), *Leges regiae*, cit., 209.

<sup>6</sup> La dottrina ha tradizionalmente ritenuto che nel diritto romano classico il concepito fosse considerato solo una *portio mulieris*, basandosi su D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 ad ed.): *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, e D. 35.2.9 (Pap. 19 quaest.): *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*. Nel primo passo Ulpiano si limita, peraltro, ad affermare che durante la gravidanza il feto non può essere preso in considerazione riguardo agli effetti di cui ci si sta occupando, e cioè l'eventualità che la moglie divorziata possa attivare le procedure del *senatusconsultum de liberis agnoscendis* dopo aver dissimulato o negato di essere incinta. Nel secondo Papiniano rileva che, ai fini degli accrescimenti dell'eredità, non si può paragonare il *partus ancillae conceptus* ma *nondum editus* al frutto maturo ma non ancora *perceptus*, in quanto il *partus*, essendo ancora nel ventre materno, non può dirsi tecnicamente *homo*. Tra coloro che ritengono che i giuristi classici considerassero il concepito una *mulieris portio* si vedano M. ROBERTI, *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in AG 91, 1924, 73 ss.; “*Nasciturus pro iam nato habetur*” nelle fonti cristiane primitive, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, 65 ss.; G.G. ARCHI, v. 'Concepimento', in Enc. dir. 8, Milano 1961, 354 ss. (= *Scritti*, I, Milano 1981, 193 ss.); P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, Brescia 1975, 31 ss.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in RHDFF 72, 1994, 499 ss.; C.A. MASCHI, *Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in *JUS* 22, 1975, 383 ss., in part. 388 nt. 9; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, 146; J. PLESCIA, *The Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA* 34, 1987, 265 ss., in part. 290; O.M. PETER, *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem. Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in SDHI 58, 1992, 215 ss., in part. 225; G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., 23 ss.

<sup>7</sup> Per G. FONTANA, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino 1994, 62 ss., dal passo «emerge ancora una volta la tutela giuridica apprestata all'esistenza del nascituro»; P. FERRETTI, *In rerum natura esset in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008, 83 ss., ritiene che «essendo il termine *animans*, e non il termine *spes*, a designare il nascituro, quest'ultimo verrebbe ad identificarsi non con la semplice speranza di una futura esistenza, bensì con una attuale esistenza». C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium, Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, 58 ss., per la quale sarebbero stati i Compilatori ad inserire nel passo l'intera frase '*spem animantis cum gravida peremisse videtur*' per munire di adeguata giustificazione

*regia* non fosse utilizzata l'espressione *spes animantis*, la *ratio* del risalente divieto sembra, in ogni caso, da individuare, nell'ottica di Marcello,<sup>8</sup> nella speranza che il nascituro venisse alla luce<sup>9</sup> e non nella necessità di liberare la donna da un fardello che altrimenti avrebbe continuato a portare in eterno,<sup>10</sup> o di evitare la contaminazione che l'*humatio* della madre, non preceduta, in contrasto con i principii del *fas*, dall'avulsione del *partus*, avrebbe prodotto,<sup>11</sup> nè tantomeno nell'interesse del padre, del quale nel passo non si fa cenno.

Alla stessa speranza che il nascituro venisse alla luce si possono, poi, riconnettere, per la maggior parte della dottrina,<sup>12</sup> le disposizioni secondo le quali l'esecuzione sulla donna *praegnans* condannata a morte e la tortura dovevano essere differite sino al parto:

D. 1.5.18 (Ulp. 27 *ad Sab.*): *Imperator Hadrianus Publicio Marcello*

---

l'antica regola richiamata da Marcello, ritiene che nel passo si parli, comunque, della speranza di nascita di un essere già esistente.

<sup>8</sup> Non si può, invece, escludere che al tempo della *lex regia* fosse estranea la finalità religiosa.

<sup>9</sup> Si può notare che nei Basilici, al posto dell'espressione '*spem animantis cum gravida peremisse videtur*', troviamo l'espressione '*φονεύειν τὸ βρέφος*' (B. 59.2.2 (Sch. A VII, 2722): '*Ὁ θάπτων ἔγκυον πρὶν ἢ τὸ βρέφος δι' ἀνατομῆς ἐκβληθῆ φονεύειν δοκεῖ*. Vedi anche sch. 1 *ad B.* 59.2.2 (Sch. B VIII, 3041): '*Ἡ ἐγκυήσασα ἕως οὗ τέκη οὐ τιμωρεῖται οὐ [δὲ] βασανίζεται, ὡς βιβ. μὴ τοῦ ἰθ'. τιτ. διγ. Γ'.*')

<sup>10</sup> In tal senso É.J. JOBBE DUVAL, *Les morts malfaisant, larvae lemures d'après les droit et les croyances populaires des Romains*, in RHDfE 2, 1923, 355 ss. Non concorda E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 32, il quale ritiene che in tal modo si avrebbe una duplice spiegazione, con innesto del razionale sull'irrazionale. Più di recente anche F. ZUCCOTTI, *In rerum natura e in rebus humanis esse aut non esse?* in RDR 8, 2008, 1 ss., in part. 14, pone l'accento sulle implicazioni religiose che nella mentalità romana assumeva il nascituro.

<sup>11</sup> Pone in evidenza E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 22 ss., che l'estrazione, rispondente principalmente ad un'esigenza di natura religiosa e sacrale, avrebbe potuto salvare la vita del figlio solo se realizzata subito dopo la morte della madre.

<sup>12</sup> F. K. SAVIGNY, *System*, 2, cit., 14; G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 195 ss.; E. COSTA, *Storia*, cit., 161 nt. 2; G. GANDOLFI, v. *Nascituro*, cit., 534; P. CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in Rass. dir. Civ., 1, 1988, 45 ss. (= *Diritto e Persone*, 1, Torino 1990, 195 ss., in part. 202 s. nt. 15); M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime*, cit., 870 s.; F. MARINO, *D. 41.4.2.16*, cit., 403 s. nt. 113; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 22 ss.; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 58 nt. 91.

*rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.*

D. 48.19.3 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est*

Paul. Sent. 1.12.4: *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.*

Secondo un rescritto di Adriano, dunque, il figlio che nasce da una donna libera *praegnas* in seguito condannata alla sanzione capitale nasce libero; *solitum est*, continua Ulpiano, che tale condanna non sia eseguita sino alla nascita del figlio.<sup>13</sup> Il rescritto non sembra avere portata innovativa, sia per quanto riguarda il differimento della condanna sino alla nascita del figlio - dal momento che Ulpiano afferma *solitum est*<sup>14</sup> - sia per quanto riguarda lo *status* del figlio che nasce dopo la condanna della madre.

Per una parte della dottrina, l'interesse tutelato col differimento dell'esecuzione della condanna capitale e della tortura sulla donna incinta è, come in D. 11.8.2, quello del nascituro, quello della salvaguardia della *spes animantis*: così, per la dottrina risalente il

---

<sup>13</sup> Vedi anche Quint. *Decl.* 277: *Praegnans adultera. Supplicia praegnantium in diem partus differantur.*

<sup>14</sup> G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 196, ritiene che *solitum est* significhi consuetudinario, almeno di fatto; per M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, cit., 345 ss., il *solitum est* indica che la prassi di non eseguire condanne a morte su una donna incinta era da anni radicata nella coscienza sociale. L'espressione *solitum est*, adoperata da Ulpiano, sembra, in effetti, indicare una prassi già consolidata, e non una decisione dell'Imperatore, sensazione avvalorata anche da D. 48.19.3, in cui il giurista severiano, dopo aver ricordato, senza far cenno ad alcun rescritto, che l'esecuzione sulla madre *praegnas* è differita sino al parto, afferma di sapere (*ego quidem scio*) che è necessario attendere la nascita del figlio anche quando si debba ricorrere alla *quaestio per tormenta* nei confronti della madre.

Brini,<sup>15</sup> il quale riteneva che anche in questi passi, come in quello di Marcello, si parlasse di un diritto «della vita, alla vita»,<sup>16</sup> per quella più recente il Ferretti<sup>17</sup> e la Terreni,<sup>18</sup> per i quali i passi sono diretti alla protezione del nascituro.

Per altra parte della dottrina l'interesse tutelato sarebbe, invece, quello del *paterfamilias*: così il Nardi,<sup>19</sup> il Lanfranchi,<sup>20</sup> la Galeotti<sup>21</sup> e la Lamberti.<sup>22</sup> Ritenendo con la Zož<sup>23</sup> che la regola stabilita in D. 1.5.18 potesse essere applicata anche alle schiave - dal momento che

---

<sup>15</sup> G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 195 ss. È sin troppo evidente, per l'autore, anche in questi casi, il danno o rischio mortale per il feto, e che sul feto si rifletterebbe il danno inflitto alla madre « in maniera ingiusta ed enorme».

<sup>16</sup> Aderiva alla sua opinione E. COSTA, *Storia*, cit., 161 nt. 2.

<sup>17</sup> Per P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 135 s., dai passi sembra trasparire la volontà di proteggere il nascituro da ogni atto che potesse ostacolarne o impedirne la nascita.

<sup>18</sup> C. TERRENI, *Me puero*, cit., 58 nt. 91. I nostri passi, pur se riferibili ad un diverso stadio dell'evoluzione giuridica e nonostante la radicale diversità delle fattispecie contemplate, possono essere accostati, secondo l'autrice, a D. 11.8.2 in quanto parimenti diretti a fini di protezione del concepito.

<sup>19</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 357, per il quale in D. 1.5.18 e D. 48.19.3 non si tratta di tutela del feto, ma, come nel caso previsto in D. 11.8.2, dei diritti - anzitutto - del padre.

<sup>20</sup> Per F. LANFRANCHI, v. *Nascituri*, cit., 13 ss., per il quale all'intento di difesa del nascituro e, implicitamente, degli interessi del padre (ove questi esista) è riconducibile il differimento della sentenza capitale della donna *dum partum ederet*.

<sup>21</sup> G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., 24, ritiene che l'interesse tutelato col differimento della pena capitale e della tortura fosse quello del padre, così come nella *lex regia*.

<sup>22</sup> F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Giuridica. Studi Grelle*, I, Napoli 2011, 303 ss., in part. 360 ss. F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 13, non si pronuncia sull'identità di *ratio*, ma, opponendosi all'idea del Ferretti per il quale i divieti di sottoporre a tortura e di mettere a morte la donna incinta sinchè non abbia partorito potrebbero essere stati veicolati «dall'idea, una volta acquisita e diffusa tanto sul piano giuridico quanto sul piano sociale, che il concepito esistesse», osserva che il rispetto per la vita che la donna porta in grembo appare da ricollegare a tutt'altro tipo di considerazioni religiose e morali, non certo «alla mera constatazione naturalistica che il feto, in quanto tale, esiste nel ventre materno, prospettiva che non sarebbe stata di per sè negabile quand'anche nell'ordinamento romano fosse stata disposta la liceità della tortura e dell'esecuzione capitale della donna incinta».

<sup>23</sup> M.G. ZOŽ, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza. Fonti giuridiche e diritto delle persone*, Trieste 2007, 10.

«sia le libere che le schiave, condannate alla pena capitale, divenivano ugualmente *servae poenae*» - l'interesse tutelato dalla norma non potrebbe essere identificato con quello del *paterfamilias* alla legittima discendenza. Dal momento, però, che, dopo aver affermato che il figlio nasce libero anche se la madre è stata *ultimo supplicio damnata*, si precisa nel seguito del passo che il figlio nasce cittadino romano e sottoposto alla *potestas* del padre se la madre, unita in *iustum matrimonium*, viene condannata all'*aqua et igni interdictio*, sembra plausibile che il passo fosse relativo a problemi di *status* del nascituro<sup>24</sup> e, quindi, fosse riferito solo alle donne libere. Non si può, comunque, escludere che il problema di salvare la vita del nascituro fosse sentito anche riguardo alle schiave, alle quali sappiamo, ad esempio, che veniva praticato il parto cesareo da

D. 6.2.11.5 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est, ut et Pomponius libro quadragesimo scripsit*<sup>25</sup>

<sup>24</sup> In tal senso già M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, cit., 345 ss., la quale ritiene che nell'economia del rescritto adrianeo, la cui questione principale verteva sullo *status personarum*, come confermerebbe il rinvio conclusivo all'ipotesi dell'*aqua et igni interdictio*, la necessità di differire l'esecuzione costituirebbe un tema marginale e secondario, riferito forse incidentalmente allo scopo di ribadire una consuetudine anteriore, per convalidarla con il suggello del volere sovrano.

<sup>25</sup> Ulpiano, occupandosi della possibilità di esperire l'*actio Publiciana* per il parto dell'*ancilla furtiva*, concepito presso l'*emptor* di buona fede, anche se esso '*ab eo qui emit possessus non est*', cita l'opinione di Giuliano secondo il quale il parto può essere usucapito per quella stessa causa per la quale si sarebbe usucapita la madre, se non fosse stata furtiva, purchè si ignori tale furtività, evidenziando come in tutti questi casi si possa esperire la *Publiciana*: D. 6.2.11.2 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est. 3. Interdum tamen, licei furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut lulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem. 4. Idem lulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habeo.* Ugualmente, si afferma, poi, nel nostro §5, nel caso il figlio '*non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est*'. Sul passo mi permetto di rimandare a M.V. SANNA, *L'usucapione del partus ancillae furtivae*, in SDHI 74, 2008, 397 ss., e alla bibliografia ivi citata.

Osserva ancora la Zoz che il differimento della condanna capitale e dei *tormenta* sulla madre sino al parto rappresenta «un'evidente applicazione del principio *conceptus pro iam nato habetur*, in base al quale si vuole che il concepito come tale vada sempre tutelato». Il principio *conceptus pro iam nato habetur* - mai espresso, come è noto, con questa formula nelle fonti romane<sup>26</sup> - è, però, inteso nel senso che il nascituro è considerato *pro iam nato*<sup>27</sup> nei casi in cui si riscontri per lui un *commodum*,<sup>28</sup> come leggiamo nei noti

D. 1.5.7 (Paul. *l. sing. de port., quae lib. damn. conc.*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Rimando, a tal proposito, ai miei precedenti lavori, in particolare *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in SDHI 75, 2009, 147 ss., e alla bibliografia ivi citata.

<sup>27</sup> Per la nota tesi di E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, in BIDR 33, 1923, 63 ss., poi rivisto ed integrato con una *Postilla* pubblicata in AG 99, 1928, 151 ss., in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 3 ss., nel diritto classico si sarebbe tenuto conto 'dell'uomo non ancora nato, ma tuttavia già concepito' solo nel caso del *conceptus ex iustis nuptiis*, il cui *status* in origine era determinato, secondo un principio di *ius civile*, dal momento del concepimento, mentre per lo *status* del *vulgo conceptus* secondo un principio *iuris gentium*, si teneva conto del momento della nascita. Poichè l'estensione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero, avvenuta con l'editto di Caracalla del 212 d.C., fini per togliere ogni distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*, sarebbe in seguito stato applicato l'uno o l'altro principio a seconda che giovasse al concepito, col trionfo dell'idea del *commodum*, legata al *favor libertatis*, motivo prediletto nell'età romano-cristiana e quindi non classico, che i giustiniani avrebbero, poi, secondo l'Albertario, sostituito nelle fonti alla menzione delle *iustae nuptiae*.

<sup>28</sup> Osserva G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 197, che in D. 1.5.18 e D. 48.19.3 si parla di un «diritto futuro, solo sperato, della vita, alla vita», e che «quasi fosse diggià presente, e diggià certo, si valuta, si coglie, si salva, così esso in sé e per sé solo. Invero in codesti casi col pro, e tanto pro, proprio sulla madre; sol che in lei quasi malgrado il rigore della legge, lungi che da *favor* per lei e lungi che ella potesse mai tanto invocarne per sé».

<sup>29</sup> Per E. ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., 23, Paolo in D. 1.5.7 doveva affermare *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, <quotiens ex iustis nuptiis conceptus est>*, mentre i Compilatori avrebbero sostituito la menzione del *commodum* alla menzione delle *iustae nuptiae*, come si ricaverebbe dalla forma sgrammaticata dell'espressione *quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*: sgrammaticato sarebbe il *quamquam*

D. 50.16.231 (Paul. l. *sing. ad sc. Tert.*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.*<sup>30</sup>

Nei passi presi in esame non si pone, però, il problema di considerare il concepito, per il suo vantaggio, come se fosse già nato, ma di prendere dei provvedimenti per consentirgli di nascere, per salvaguardare la *spes animantis*, che sembra da intendere come *spes* per il nascituro e non, come ritengono coloro che vedono il concepito

---

costruito col congiuntivo e di sapore bizantino il *nequaquam*. Pone in evidenza, di recente, P. FERRETTI, *In rerum natura esse*, cit., 37 ss., che alla luce di D. 1.5.7 è stata tradizionalmente letta la nota affermazione di Giuliano in D. 1.5.26 *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*, come dimostrano B. 46.1.22 (Sch. A VI, 2120) e B. 46.1.5 (Sch. A VI, 2118), nei quali le espressioni *in rerum natura* e *in rebus humanis* vengono rese entrambe con *ἀντὶ τεχθέντος*, nonché lo sch. 1 ad B. 46.1.22 (Sch. B VII, 2735): *Οἱ κνοφορούμενοι παῖδες ἐν πάσῃ σχεδὸν τῇ διαίρεσει τῶν νόμων ἀντὶ τεχθέντος παραλαμβάνονται....* Εἰρηται δέ μοι τὸ σχεδὸν διὰ τὸ εἰρημένον ἐν τῷ ζ'. διγ., nel quale per spiegare il termine *paene* si fa riferimento proprio a D. 1.5.7, e quindi al criterio del *commodum*, e lo sch. 2 ad Bas. 46.1.22 (Sch. B VII, 2735): *Ἀνωτόμου. Τὸ ὡς ἐπίπαν, ὅτι οὐ συμβάλλεται τῷ πατρὶ πρὸς ἐξκουσσατίονα, ὡς βιβ. κζ'. ττ. ἄ. διγ. β'*, nel quale si fa riferimento ad un altro noto passo di Modestino, D. 27.1.2.6.

<sup>30</sup> E. ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., 3 ss., in part. 24, aveva ritenuto il passo un rifacimento bizantino di un testo classico dal seguente contenuto: *Qui nasci speratur, pro iam nato habetur, si ex iustis nuptiis conceptus est*. Per V. ARANGIO-RUIZ, Rec. a E. ALBERTARIO, in AG 29, 1935, 71 ss., in part. 78 s., il passo, in materia di *senatusconsultum Tertullianum*, afferma che il retroattare l'inizio della personalità fisica fino all'epoca del concepimento ha luogo solo in quanto serve alla salvaguardia dei diritti dell'infante che a suo tempo venga alla luce, non se si voglia fare di una gestazione non giunta a compimento il tramite per la trasmissione di diritti a terze persone. Per l'Autore Paolo con la decisione riportata in D. 50.16.231 può aver voluto risolvere la questione se avendo il marito lasciata incinta la donna e non essendo poi nato vivo il frutto del concepimento, potesse tuttavia, in virtù del principio *conceptus pro iam nato habetur*, devolversi a lei l'eredità. Secondo M. MEINHART, *D. 50.16.231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in ZSS 82, 1965, 188 ss., il passo sarebbe stato relativo al *ius liberorum*, la cui menzione sarebbe stata poi soppressa dai giustinianei. G. GANDOLFI, v. *Nascituro*, cit., 531, ritiene che in D. 50.16.231 la madre aspirasse alla successione, essendo incinta del terzo o quarto figlio, ma tale possibilità venisse negata, non essendo il figlio ancora nato. Per A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Nasciturus, El status jurídico del concebido*, in S.S.C. 9/10, 1997-98, 281 ss., in part. 306 s., applicare il principio *conceptus pro iam nato* in tal caso favorirebbe la madre e non il nascituro, per cui i giustinianei, che l'hanno sempre inteso nel senso del *commodum* per il nascituro, non possono avere interpolato il passo.

solo come una *portio mulieris*, come una *spes* che non può essere tutelata per sé, ma solo per gli altri.<sup>31</sup>

2. L'aborto. Ulteriore prova della considerazione del concepito nel diritto classico come *portio mulieris*, come *spes patris*, viene individuata dalla prevalente dottrina nella circostanza che l'aborto non sarebbe stato represso prima di un rescritto di Severo e Caracalla del 211 d.C., e, anche in tal caso, in quanto lesione dei diritti del *pater*. Il divieto di aborto avrebbe, pertanto, risposto alla stessa *ratio* che starebbe alla base del divieto di seppellire la donna incinta prima dell'estrazione del figlio dal suo corpo e del differimento dell'esecuzione della condanna capitale e della tortura a dopo il parto: l'esigenza che il padre non venisse privato del figlio. Così, limitandoci alla dottrina meno risalente, per il Marongiu<sup>32</sup> il fondamento della sanzione stabilita col rescritto di Severo e Caracalla andrebbe trovato nell'offesa arrecata al marito, a cui si impediva di avere un discendente; per il Sardi<sup>33</sup>, col rescritto di Severo e Caracalla l'aborto cominciò ad essere considerato un *crimen*, non con la motivazione di proteggere la vita del feto, ma unicamente la tutela dei diritti del padre.<sup>34</sup> Per il Gandolfi<sup>35</sup> il rescritto di Severo e Caracalla fu disposto senza dubbio nell'interesse del *pater*, secondo la Mentxaka<sup>36</sup> la lesione dell'interesse del padre, bene giuridico protetto, sarebbe stata requisito necessario perchè l'aborto potesse essere perseguito. La Galeotti<sup>37</sup> osserva che, pur essendosi passati col rescritto di Severo e Caracalla da una visione dell'aborto come pratica privata a quella di un

<sup>31</sup> Così E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 45 ss.

<sup>32</sup> A. MARONGIU, v. *Aborto*, in Enc. dir. 1, Milano 1958, 126 s.

<sup>33</sup> P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, cit., 48 ss.

<sup>34</sup> Vedi anche U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sull'evoluzione dell'omicidio*, in SDHI 42, 1976, 246 ss., in part. 258 ss., secondo il quale si punisce più che l'aborto in quanto distruzione di un essere vivente, l'aborto in quanto sottrazione al marito di un figlio.

<sup>35</sup> G. GANDOLFI, v. *Nascituro*, cit., 534.

<sup>36</sup> R. MENTXAKA, *El aborto en el Derecho Romano Clásico*, in Estudios de Deusto 31, 1983, 307 ss.

<sup>37</sup> G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., 19 ss.



comportamento espressamente sanzionato dalla legge,<sup>38</sup> la questione avrebbe sempre investito il diritto del *paterfamilias* di prendere decisioni che riguardavano le persone a lui sottoposte.<sup>39</sup>

La dottrina prevalente ritiene, pertanto, che prima del rescritto non vi sarebbero state norme repressive del procurato aborto, che sarebbe stato libero per donne come le prostitute, e secondo alcuni autori per tutte le donne *sui iuris*,<sup>40</sup> mentre per le donne sottoposte alla *potestas* si sarebbe trattato di una questione rimessa all'arbitrio del *pater*, la cui discrezionalità sarebbe conseguenza del *ius vitae ac necis*, oppure al giudizio del tribunale domestico.<sup>41</sup> Per quanto riguarda le

---

<sup>38</sup> O.M. PETER, *Si rixati*, cit., 226, ritiene che anche le prime sanzioni pubbliche, dell'epoca dei Severi, considerassero l'aborto come illecito diretto anzitutto contro il marito, che non doveva essere privato della sua discendenza.

<sup>39</sup> Vedi anche A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus*, cit. 502: «La conception que les juristes romains ont de l'apparition de la vie explique également pourquoi l'avortement en lui-même n'est pas pénalement sanctionné à Rome. Il n'est que dans la mesure où il cause un préjudice au mari ou au maître de l'esclave ou fait courir à la femme enceinte un grave danger», E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, Roma 1981, 172, secondo la quale la ragione per cui i romani - che, legati alla cultura stoica, consideravano il nascituro non una persona, ma una *spes animantis*, la speranza di un essere animato - avversavano l'aborto era che soltanto dell'uomo doveva essere il diritto di decidere per tutto il gruppo sottoposto al suo potere.

<sup>40</sup> Ritiene M. GANZIN, *L'avortement dans la Rome antique*, in *Études Jauffret*, Aix-Marseille 1974, 289, partendo dal presupposto che il concepito sia solo una *portio mulieris*, che «la cèlibataire *sui iuris* en est propriétaire (del feto) et peut à la limite librement avorter». Per R. MENTXAKA, *El aborto*, cit., 312, non veniva represso né l'aborto compiuto da una donna non sposata, né quello compiuto da una donna sposata, se il marito consentiva, in quanto non si aveva lesione del suo interesse. Nel caso dell'interruzione di una gravidanza dovuta ad una relazione adulterina, per l'autrice, se si ritiene che la moglie potesse contestare la presunzione di paternità e dimostrare che il figlio non era del marito, l'aborto non sarebbe stato perseguito; se, invece, si ritiene che la presunzione di paternità potesse essere contestata solo dal marito o dai suoi parenti, e il marito non la contestava, l'aborto poteva essere perseguito.

<sup>41</sup> Per A. MARONGIU, v. *Aborto*, cit., 126 s., prima del rescritto di Severo e Caracalla l'aborto sarebbe stato considerato solo un atto immorale, su cui poteva eventualmente esercitarsi la *cura morum censoria* nei confronti del padre che avesse autorizzato la donna ad abortire. Osserva, invece, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 45 ss., che la tesi da alcuni prospettata di un intervento censorio, oltre a non armonizzare con la spettanza del *ius vitae ac necis*, non avrebbe il ben che minimo appoggio di alcuna fonte, essendo indimostrato per quei tempi che il procurato aborto si ritenesse immorale. L'infrequenza del fatto e la mancanza di norme repressive - coerentemente col non avvenuto superamento della concezione del feto quale parte del corpo materno - si

donne sposate l'aborto veniva, però, già sanzionato, secondo Plutarco, in una *lex regia* di Romolo, che parla della possibilità di ripudiare la moglie esclusivamente in caso di adulterio, sottrazione delle chiavi (presumibilmente della cantina, quindi assunzione di vino) e aborto-veneficio:

*Vita Romuli* 22.3: Ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς ...γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακεία τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῆ καὶ μοιχευθεῖσαν...

Secondo parte della dottrina, dal passo non si ricava, peraltro, un sicuro riferimento all'aborto, in quanto se *φαρμακεία* indica senz'altro l'arte del farmacista,<sup>42</sup> ciò che occorre accertare è se il termine debba

---

argomenterebbero *e contrario* dalla frequenza più tardi denunciata e dalla posteriore introduzione di apposite sanzioni penali. Per il Nardi, sarebbe, inoltre, inattendibile un tribunale domestico concepito come alternativa alla potestà del *pater*. Si vedano R. DÜLL, *Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*, in ZSS 63, 1943, 54 ss.; E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in RISG 1948, 103 ss. (= *Scritti*, 2, Napoli 1991, 127 ss.); W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in ZSS 83, 1966, 219 ss.; A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in AG 191, 1976, 69 ss.; A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti Guarino IV*, Napoli 1984, 1593 ss.; J.M. BRAVO, *El iudicium domesticum*, in *Revista de derecho español* 17, 2011; C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium domesticum e iudicium publicum in Cic. de fin. 1.7.24*, in SDHI 75, 2009, 515 ss.; N. DONADIO, *Iudicium domesticum, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index* 40, 2012, 175 ss. Come è noto, mentre il Bonfante aveva ritenuto che il *paterfamilias* convocasse un *consilium necessarium* o *propinquorum* o anche di amici o persone autorevoli, dando luogo a un vero giudizio, *iudicium domesticum*, con voto dei consiglieri ed emanazione di una sentenza, il Volterra aveva considerato erroneo parlare di giurisdizione del *paterfamilias*, che quando giudica il sottoposto alla *patria potestas* e lo colpisce con una sanzione, lo farebbe solo in base alla *patria potestas*. Nei casi ricordati dalle fonti di *concordia* e *iudicia domestica*, non si ravvisa, per l'autore, nessuna limitazione legale della *patria potestas*: il *paterfamilias* esercita, in quanto tale, la sua *potestas* e può, a suo arbitrio, sentire il parere di parenti e amici, ma questo parere non lo obbliga, ed egli non è tenuto a ricorrervi. Anche per F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, 252 nt. 2, vi è un'assoluta irrilevanza, dal punto di vista decisorio, del consiglio domestico di fronte al *paterfamilias*.

<sup>42</sup> Come è noto, con il termine *φάρμακον* si può indicare, infatti, sia il *venenum bonum* sia il *venenum malum*, come leggiamo in D. 50.16.236 pr. (Gai 4 *ad l. XII Tab.*): *Qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset,*

essere ricollegato a τέκνων oppure se τέκνων sia da ricollegare a ὑποβολή, perché solo nel primo caso φαρμακεία τέκνων potrebbe essere intesa come aborto. E' stato sostenuto<sup>43</sup> che τέκνων andrebbe staccato da φαρμακεία e che quest'ultima sarebbe da intendere genericamente, senza accenni all'aborto, indicando il veneficio esercitato verso chiunque e non solo sul nascituro. Secondo altri<sup>44</sup>, l'espressione φαρμακεία τέκνων va, invece, interpretata come un'ipotesi

---

*mutat cum id, quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. Vedi anche Gellio N.A. 12.9.2: Periculum etiam et venenum et contagium non, uti nunc dicuntur, pro malis tantum dicta esse multum exemplorum huiusmodi reperias.*

<sup>43</sup> Vedi E. NARDI, *Procurato aborto* cit. 16 ss. (e bibliografia precedente citata), secondo cui occorrerebbe sciogliere la subordinazione di φαρμακεία da τέκνων e coordinare disgiuntivamente τέκνων e κλειδῶν in comune dipendenza dal dativo ὑποβολῆ (φαρμακεία <καὶ> τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῆ), eliminando l'allusione all'aborto; la *lex* avrebbe sancito l'attività di veneficio esercitata verso chiunque e non solo sul nascituro (φαρμακεία), la supposizione di parto (τέκνων ὑποβολῆ), la falsificazione di chiavi (κλειδῶν ὑποβολῆ).

<sup>44</sup> P. GIUNTI, *Alle origini del ripudio, criminalità femminile e dissolubilità del matrimonio in Roma arcaica*, Firenze 1993, 8 ss., osserva che questo rimaneggiamento del testo, oltre alla difficoltà di proiettare su un unico elemento lessicale e semantico (ὑποβολῆ) due diverse figure delittuose, caratterizzate da una condotta tipica diversa, un diverso oggetto giuridico e una diversa offensività intrinseca, non si fonderebbe su adeguati rilievi filologici. Per quanto riguarda l'obiezione secondo la quale non si capirebbe perchè l'ipotesi di avvelenamento dovrebbe essere riferita solo ai nascituri e non agli altri soggetti legati alla donna da vincoli di parentela e perchè, se il precetto avesse voluto riguardare l'aborto, si sia preso in considerazione solo l'aborto indotto da farmaci e non da altri mezzi, l'autrice ritiene che la formula φαρμακεία τέκνων, significando alla lettera veneficio del feto, coordinata disgiuntivamente a quella κλειδῶν ὑποβολῆ «che visualizzava il controllo dominicale sulla cella vinaria per fornire al crimine etilico il fondamento della tradizione storico-giuridica», avrebbe dato il giusto risalto «a quella tradizione medico-naturalistica che nel consumo di alcuni succhi vinosi ravvisava uno specifico mezzo abortivo». Mentre sarebbe stato gravemente scorretto restituire con la formula φαρμακεία τέκνων il senso e la portata di una disposizione intesa a colpire genericamente la pratica muliebre del veneficio, quella stessa formula, osserva l'Autrice, risulterebbe del tutto congrua laddove vi si ravvisi una traduzione allegorica (*vinum-venenum*) del crimine alcolico, in cui solo il feto poteva essere il soggetto passivo dell'azione lesiva, e non un terzo. E non vi sarebbe inoltre ragione di stupirsi per l'esclusione dei mezzi meccanici interruttivi della gravidanza, perché solo l'aborto 'veneficio', procurato per ingestione di sostanze tossiche, «avrebbe potuto offrire il congruo parametro interpretativo per un crimine sostanziato dal consumo femminile della bevanda alcolica».

di aborto procurato per ingestione di sostanze farmacologiche, ipotesi che sembra più plausibile, in quanto se si facesse riferimento a un veneficio nei confronti di figli già nati o di estranei si tratterebbe di un'ipotesi di omicidio che sarebbe stata sanzionata più severamente.

La sanzione del ripudio, pur non essendo una sanzione penale, non appare, comunque, una sanzione di poco conto, in quanto avendo perduto la moglie, dato il periodo *in manu* del marito, i vincoli di *adgnatio* con la sua famiglia, sarebbe rimasta priva sia di uno *status familiae* sia di qualsiasi aspettativa ereditaria.<sup>45</sup>

Molti secoli più tardi Cicerone, nella difesa di Cluenzio<sup>46</sup>, accusato di aver avvelenato il patrigno Oppianico, presentato come capace di qualsiasi misfatto, tra cui quello di avere, a sua volta, avvelenato non solo il fratello, ma anche la cognata incinta, ricorda di

---

<sup>45</sup> Per R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 232 ss., «poiché non è possibile pensare che il ripudio comportasse l'acquisto della qualità di persona *sui iuris* (perché altrimenti più che una sanzione sarebbe stato un premio), evidentemente la donna ripudiata veniva letteralmente cancellata dall'ordinamento». Ritieni C. TERRENI, *Me puero*, cit., 271 ss. che l'assenza di una specifica *lex* in materia non comporti l'irrelevanza sul piano penale delle attività abortive, per le quali non era precluso l'intervento di una sanzione, collegata ad una procedura che, pur deferita all'ambito domestico in ragione del particolare interesse reso oggetto di tutela, trovava aspetti di corrispondenza con quella adottata dalle *quaestiones* pregraccane, parimenti chiamate ad intervenire, con probabilità, anche in rapporto ad illeciti non previsti da specifiche *leges*.

<sup>46</sup> La *Pro Cluentio*, come è noto, fu pronunciata da Cicerone nel 66 a.C. dinanzi alla *quaestio de veneficiis*, quell'anno separata dalla *quaestio de sicariis*, sebbene la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* contemplasse entrambi i delitti. Il fatto che il processo si svolgesse dinanzi alla *quaestio de veneficiis* mostra che Cluenzio era sicuramente accusato di veneficio; ci si chiede, però, se fosse accusato anche di corruzione giudiziale, in quanto Cicerone si occupa a lungo di confutare l'affermazione secondo cui Cluenzio avrebbe corrotto i giudici in un processo da lui promosso nel quale Oppianico era stato condannato per veneficio. Si veda, in proposito, G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della pro Cluentio di Cicerone*, in IURA 21, 1970, 155 ss., *Un nuovo esame della ciceroniana pro Cluentio*, in Labeo 40, 1994, 248 ss., V. GIUFFRÈ, *Imputati, avvocati e giudici nella Pro Cluentio ciceroniana*, Napoli 1993; *Una singolare coerenza di Cicerone tra il De inventione e la Pro Cluentio oratio*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, B. SANTALUCIA (a cura di), Pavia 2009, 251 ss.; E. NARDUCCI, *Relativismo dell'avvocato, probabilismo del filosofo. Interpretazione di alcuni aspetti dell'opera di Cicerone a partire da pro Cluentio 139*, in *Atti del Convegno nazionale Pro Cluentio di Marco Tullio Cicerone* (Larino 4-5 dicembre 1992) Larino 1997, 107 ss.; E. PARATORE, *L'abilità con cui Cicerone nella Pro Cluentio ha addormentato la mente dei giudici riguardo a ciò che si poteva contestare al suo cliente*, in *Atti Larino*, cit., 147 ss.

essere venuto a conoscenza, durante un suo viaggio in Asia, del caso di una donna di Mileto condannata per crimine capitale<sup>47</sup> perché aveva abortito per denaro ricevuto dai secondi eredi:

Cic., *pro Cluent.* 11.32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria quae spem parentis, memoriam nominis subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est qui in uno corpore pluris necaret*<sup>48</sup>

Se la donna ricevette una giusta condanna, afferma Cicerone, perché aveva distrutto la speranza di un padre, la continuazione di un nome, l'erede di una famiglia, un futuro *civis* dello Stato,<sup>49</sup> di una pena ben più grave è meritevole Oppianico, che è stato capace di uccidere più d'uno in un solo corpo.

La dottrina prevalente, volendo conciliare tale episodio con la convinzione che l'aborto non venisse represso penalmente prima di Severo e Caracalla, ha ritenuto che la pronuncia a carico della donna di Mileto sia stata applicata secondo il diritto vigente in Asia,<sup>50</sup> sia

---

<sup>47</sup> Secondo M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino 2011, 111, il vero significato del sintagma *res capitalis* non sarebbe in questo contesto legato alla pena di morte, in quanto Cicerone nella stessa *Pro Cluentio* contrappone il rischio del *caput*, cioè della punizione per un crimine grave, al rischio della vita. La più diffusa pena riguardante il *caput* era l'esilio, l'esclusione dalla comunità e questa sarebbe stata la pena irrogata contro la donna di Mileto.

<sup>48</sup> Quint. *Inst. Orat.* 8.4.11: *ut idem pro Cluentio, cum exposuisset Milesiam quandam a secundis heredibus pro abortu pecuniam accepisse: quanto est, inquit, Oppianicus in eadem iniuria supplicio dignus? Si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis vim atque cruciatum.*

<sup>49</sup> Si veda anche D. 37.9.1.15 (Ulp. 41 *ad ed.*): *partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

<sup>50</sup> E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Roma 1964, 53 e *ivi* nt. 1: «La donna e moglie che, trovandosi in stato di gravidanza, disperda per fatto proprio il frutto del

«indubbio frutto di principi estranei, applicabili localmente»,<sup>51</sup> sia «ispirata ad un'altra *ratio*»,<sup>52</sup> ma ha ritenuto, allo stesso tempo, che il fatto che Cicerone abbia parlato di distruzione della *spes parentis* mostri che l'aborto veniva considerato esclusivamente dal punto di vista della lesione degli interessi del padre.

Affermando, in una frase indubbiamente densa di retorica, volta a suscitare negli ascoltatori sdegno e un adeguato impatto emotivo, a '*movere animos*', che con l'aborto era stata soppressa la *spes parentis*, non necessariamente l'oratore voleva, peraltro, indicare che l'unico interesse tutelato era quello del marito, tanto più che il suo discorso va oltre l'interesse del padre (che al momento dell'aborto era morto), investendo l'interesse stesso della *res publica* alla tutela del matrimonio - da Cicerone stesso definito *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*<sup>53</sup> - e della famiglia (*nec iniuria quae spem parentis, memoriam nominis subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset*). Allo stesso modo con l'espressione *necare pluris in uno corpore* Cicerone non intendeva, con tutta probabilità, accusare letteralmente Oppianico dell'omicidio del figlio nel ventre della madre,<sup>54</sup> in quanto difficilmente l'aborto poteva essere considerato

---

concepimento, arrega fondamentalmente offesa al marito, frustrandone la legittima aspettativa di veder continuata nel figlio nascituro la *familia* propria, e di contribuire mediante questa all'incremento della *civitas* di cui è parte. Con tal senso Cicerone giustifica la sanzione capitale che gli occorre vedere inflitta in Asia, e giusta il diritto positivo ivi vigente, ad una donna che si era procurato l'aborto d'intesa cogli eredi sostituiti al nascituro».

<sup>51</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 221 s.

<sup>52</sup> U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione*, cit., 258. A. MARONGIU, v. *Aborto*, cit., 126 s., è del parere che la testimonianza di Cicerone non possa ritenersi prova sufficiente per l'esistenza in periodo repubblicano di una sanzione penale. Più di recente C. TERRENI, *Me puero*, cit., 284 ss., ritiene che l'accento alla sanzione inflitta alla donna di Mileto che aveva volontariamente interrotto la gravidanza si presenti essenzialmente indirizzato a sensibilizzare gli ascoltatori «verso questo problema di ordine morale e sociale».

<sup>53</sup> Cic. *de off.* 1.17.54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia: id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

<sup>54</sup> Per C. TERRENI, *Me puero*, cit., 285, l'osservazione secondo cui l'omicida avrebbe ucciso *in uno corpore pluris* trascende il puro piano oratorio per far leva sul dato corrispondente ad una generalizzata convinzione identificabile nella separazione concettuale fra gestante e feto, valutati quali individui distinti.

giuridicamente un omicidio in una società come quella romana.<sup>55</sup>

Trifonino riporta, poi, il caso riferito da Cicerone senza il riferimento alla soppressione della *spes parentis*, prima di occuparsi del contenuto del rescritto di Severo e Caracalla<sup>56</sup> in

---

<sup>55</sup> Osservava già il Nardi che non è pensabile che la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e la *lex Pompeia de parricidiis*, emanate in un periodo di grande influenza della filosofia stoica, abbiano potuto configurare l'aborto come un caso specifico del reato in oggetto. L'*hominis occisio* del primo capo della *lex Cornelia* (Coll. 1.3.1, D. 48.8.1pr.) ed il *venenum hominis necandi causa* del capo quinto (D. 48.8.3pr.) non si riferirebbero certo al feto nell'utero, così come al feto non avrebbe riguardo la *lex Pompeia* quando parla della *mater, quae filium filiamve occiderit* (D. 48.9.1). Si sarebbe tutt'al più, potuto voler applicare la pena prevista dalle due leggi ai casi di aborto da altri tentato o procurato con esito di pericolo di morte della donna, ma tale possibilità era esclusa, per l'autore, dal difetto dell'intenzione omicida, che entrambe le leggi richiedevano. Per P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, cit., 38 s., l'aborto non veniva represso con la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* e con la *lex Pompeia de parricidiis* perché il feto, in omaggio alla concezione stoica, non era ritenuto *homo*, ma solo *mulieris portio vel viscerum*. In tal senso anche M. GANZIN, *L'avortement*, cit., 285. Secondo C. TERRENI, *Me puero*, cit., 283, le pratiche abortive non erano contemplate dalla *lex Cornelia* perché una tale ipotesi non potrebbe che fondarsi o sull'estensione – in ambito giuridico malsicura – della qualità di *homo* al nascituro o sul far rientrare le sostanze abortive tra i *mala medicamenta*. Osserva, invece, M. BRUTTI, *Il diritto privato*<sup>2</sup>, cit., 110 ss., che il brano di Cicerone dimostra che poteva essere applicata anche all'aborto nell'esperienza giudiziaria tardo-repubblicana la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* che punisce l'omicidio e l'avvelenamento con la pena capitale, anche se l'autore precisa che l'applicazione di tale legge ad un caso di aborto non sarebbe scontata, anzi sembra piuttosto un caso eccezionale, che rimane privo di seguito e forse determinato dalla posizione sociale eminente dei due coniugi e in particolare del marito, a detrimento del quale si è compiuto l'aborto. Cicerone sottolinea il carattere esemplare di una repressione così severa e si preoccupa di motivarne la conformità al diritto; le ragioni per cui interviene l'applicazione della norma penale sono legate, secondo il Brutti, alla tutela di beni che non appartengono alla donna, pur riguardando il suo corpo.

<sup>56</sup> Sul rescritto si vedano E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 419 nt. 280; A. MASCHI, *Il concepito*, cit., 389; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, 133 ss.; P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, cit., 31 ss.; G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., 23 ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 74 ss. La TERRENI, *Me puero*, cit., 292 ss., ritiene che il rescritto si ponga in una linea di collegamento ideologico «se non di sommaria integrazione normativa operata con il ricorso allo strumento penale» con la tutela della paternità che sta alla base del rescritto dei *Divi Fratres* di cui in D. 25.4.1pr. (Ulp. 24 *ad ed.*): *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatam mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatam profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulazione,*

D. 48.19.39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est*<sup>57</sup>

Osservavo in un precedente scritto<sup>58</sup> che la circostanza che Trifonino riferisca il caso ricordato da Cicerone della *Pro Cluentio* farebbe pensare, se anche si volesse ipotizzare che la donna fosse stata condannata non secondo il diritto romano ma secondo un diritto orientale,<sup>59</sup> ad una repressione penale dell'aborto precedente al rescritto. Il giurista sembra mettere in evidenza che, se anche la donna

---

*commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit.* Si afferma nel passo che i *senatusconsulta de liberis agnoscendis* non possono aver luogo se la donna nega o dissimula di essere incinta; in tal caso, però, si procederà come se, invece, fosse la donna stessa a desiderare la nomina di un *custos*. Si vedano, in proposito, F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 1, *L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Modena 1953, 58 ss.; *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*, in *Studi Volterra IV*, Milano 1971, 105 ss., in part. 134 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, 17 ss.; G. SCIASCIA, *Il senatusconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale* (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971), Perugia 1972, 243 ss.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, cit., 172; W. WALDSTEIN, *Zur Stellung des nasciturus im römischen Recht*, in *A bonis bona discere. Festgabe János Zlinszky*, Miskolc 1998, 41 ss.; *Ist der partus bloßer Teil des Mutterleibs*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70 Geburtstag*, Köln-Weimar -Wien 2002, 837 ss.; *Das ungeborene Kind bei Ovid, Amores 2.14*, in *Studi Labruna*, 8, Napoli 2007, 5887 ss.

<sup>57</sup> Vedi anche B. 60.51.36 (Sch. A VIII, 3082), B. 60.51.35 (Hb. V, 869).

<sup>58</sup> M.V. SANNA, *La rilevanza*, cit., 172.

<sup>59</sup> In tal senso E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 216 ss.; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione*, cit., 258. Di recente M. BRUTTI, *Il diritto privato*<sup>2</sup> cit., 110 ss., ritiene si tratti di un procedimento penale svoltosi in ambito provinciale, che coinvolgeva sicuramente una madre peregrina e con ogni probabilità un padre romano.



non fosse stata spinta all'aborto da ragioni economiche, come nel caso ricordato da Cicerone,<sup>60</sup> ma esclusivamente dal desiderio di non avere un figlio dal marito divorziato e ormai nemico<sup>61</sup> gli imperatori decisero che il suo comportamento dovesse comunque essere punito.<sup>62</sup> La circostanza, peraltro, che nel caso ricordato da Cicerone, così come in quello a cui gli imperatori rispondono col rescritto, si trattasse di un avvenimento effettivamente accaduto, che riguardava una donna sposata - e pertanto evidentemente l'aborto pregiudicava anche l'interesse del marito o ex marito - non significa necessariamente che venisse proibito l'aborto solo nel caso fosse leso tale interesse.

Ulpiano, in un passo tratto dai libri *ad edictum*, sembra, infatti, ritenere applicabile la pena dell'esilio (non più temporaneo) a qualunque donna avesse abortito, senza fare cenno alla necessità che si tratti di una donna sposata, e senza alcun accenno alla lesione degli interessi di un marito o ex marito:

D. 48.8.8 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigerit, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget*

Secondo parte della dottrina, *mulier* sarebbe da intendere come donna sposata, ma tale opinione non sembra condivisibile, avendo,

---

<sup>60</sup> Ritiene C. TERRENI, *Me puero*, cit., 292 ss., che nel testo di Trifonino sia possibile distinguere due casi, quello ricordato da Cicerone sulla donna spinta da motivi economici, e quello della divorziata che avesse abortito in odio all'ex coniuge, meritevole di una sanzione più leggera in quanto consistente in un *temporale exilium*. La *ratio* del diverso trattamento sanzionatorio andrebbe colta nei diversi motivi ispiratori dell'operato delle due donne.

<sup>61</sup> Anche Marciano, riportando lo stesso rescritto di Severo e Caracalla, attribuisce il motivo della pena al fatto che può sembrare *indignum* che la donna impunemente *maritum liberis fraudasse* in D. 47.11.4 (Marc. 1 *reg.*): *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*. F. LANFRANCHI, v. *Nascituri*, cit., 13 s., ritiene che da D. 47.11.4 risulti che l'aborto era penalmente represso sotto il profilo del danno arrecato al marito, G.G. ARCHI, v. *Concepimento*, cit., 194 s., parla di lesione della *spes prolis* del marito. Si veda anche B. 60.22.4 (Sch. A VIII, 2913, Hb. V, 645).

<sup>62</sup> Per E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 419 nt. 280, la pena dell'esilio temporaneo stabilita dal rescritto di Severo e Caracalla non è una pena adeguata ad un omicidio, ma 'alla semplice distruzione di una *spes mariti*'.

invece, il termine un significato tanto ampio da essere adoperato non solo per le donne non sposate, ma anche per le schiave.<sup>63</sup> Secondo altra parte della dottrina,<sup>64</sup> il passo sarebbe stato interpolato dai Compilatori che, influenzati dalle idee cristiane,<sup>65</sup> gli avrebbero dato l'aspetto di una norma generale, eliminando l'accento alle circostanze speciali ricordate da Trifonino.<sup>66</sup>

La Mentxaka<sup>67</sup> ha osservato, di recente, che, dal momento che Ulpiano in D. 48.8.8 sembra ritenere l'aborto perseguibile sempre, e non solo nel caso di una donna sposata o divorziata, se ne dovrebbe

---

<sup>63</sup> Come risulta, ad esempio, da D. 9.2.9pr., D. 9.2.27.22, D. 41.3.44.2, D. 42.8.25.5.

<sup>64</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano 1954, 487 s.; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione*, cit., 259, P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 74 ss. Per A. MARONGIU, v. *Aborto*, cit., 126 s., il diritto giustiniano, forse per influsso delle dottrine cristiane, punisce l'aborto procurato «proprio come delitto contro il nascituro (D. 48.8.8)».

<sup>65</sup> Alla religione cristiana si riferisce di recente anche lo Zuccotti, il quale, contrastando l'idea del Ferretti secondo cui non è da escludere che tra la fine del II e l'inizio del III sec. d.C. il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia come atto lesivo di una individualità, osserva che se fosse esistita una norma vietante in generale l'aborto, la religione cristiana non avrebbe mancato di darle ampio spazio.

<sup>66</sup> Non si distingue a seconda che la donna sia sposata o meno anche in un passo di Paolo, nel quale si stabilisce la pena della condanna *ad metalla* per gli *humiliores* e della *relegatio in insulam* per gli *honestiores* in caso di somministrazione, anche non dolosa, di una pozione abortiva, D. 48.19.38.5 (Paul. 5 *sent.*) *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*. Il passo viene riportato con poche varianti in Paul. Sent. 5.23.14 (Vedi anche B. 60.51.35 (Sch. A.VIII, 3082), B. 60.51.34 (Hb. V, 869)). C'è chi ha voluto vedere in *homo* un riferimento al nascituro, ma, dal momento che nel passo si parla non solo della somministrazione di *pocula abortionis* ma anche di *pocula amatorium*, ci si poteva riferire all'uomo cui tale *poculum amatorium* fosse stato somministrato. Per A. MARONGIU, v. *Aborto*, cit., 126 s., sarebbe stato sempre il rescritto di Severo e Caracalla a introdurre la sanzione della *relegatio* con *ademptio bonorum* quando l'aborto derivasse dall'uso di filtri amorosi (mentre la sanzione dell'esilio temporaneo sarebbe stata prevista in caso di aborto violento); il fondamento di entrambe le sanzioni andrebbe trovato nell'offesa arrecata al marito, a cui si impedisce di avere un discendente. P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, cit., 48 ss., ritiene che la pena dei lavori forzati o relegazione, trasformata in pena di morte se la donna muoia, comminata a chi avesse somministrato una pozione abortiva, non abbia di mira la protezione del feto come tale, ma solo la salvaguardia della incolumità fisica della madre.

<sup>67</sup> R. MENTHAKA, *El aborto*, cit., 307 ss.

dedurre che per lui il bene giuridico protetto sarebbe il feto, considerato, pertanto, persona. Dal momento, però, che Ulpiano considerava, invece, il feto una *portio mulieris*, come proverebbe D. 25.4.1.1,<sup>68</sup> e parlava dello stesso rescritto cui si riferiscono Trifonino e Marciano, doveva riferirsi alle donne sposate o divorziate; il passo sarebbe, dunque, interpolato. I Compilatori, inoltre, inserendo il passo nel titolo relativo alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, mostrerebbero la loro mutata concezione, influenzata dalle idee del Cristianesimo,<sup>69</sup> per cui l'aborto sarebbe un omicidio; nel momento in cui il Cristianesimo divenne religione di Stato non può, secondo l'autrice, non aver influenzato la legislazione in tema di aborto, che nell'epoca postclassica fu considerato «come delitto contro la vida».

Pur non essendo possibile in questa sede soffermarsi sulle posizioni dei Padri della Chiesa e sulla normativa canonica, non si può, però, mancare di ricordare che anche fra gli stessi Padri della Chiesa non esisteva sul punto unanimità di vedute: se, ad esempio, per Tertulliano sia l'anima sia il corpo sono frutti della generazione, in quanto dall'anima del padre e della madre si stacca il germe di un'anima nuova, questa teoria era, però, in contrasto con l'idea della Chiesa che l'anima fosse creata da Dio, il che portò a negare anche fra gli scrittori cristiani la contemporaneità di concepimento e animazione: per alcuni l'anima viene infusa solo nel momento in cui il corpo del concepito è compiutamente formato, cioè al 40° giorno. La teoria dell'animazione ritardata, per la quale il feto maschile si forma al 40° giorno e quello femminile all'80°, tra i cui maggiori sostenitori ricordiamo Agostino<sup>70</sup>, in seguito ottenne il consenso della legge canonica: prima che il

<sup>68</sup> Riportato *supra*.

<sup>69</sup> Si veda Tert. *Apolog.* 9.8: *Nobis vero homicidio semel interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib[er]atur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est; De anima 37.2: Ex eo igitur fetus in utero homo, a quo forma completa est. Nam et Mosei lex tunc aborsus reum talionibus iudicat, cum iam hominis est causa, cum iam illi vitae et mortis status deputatur, cum et fato iam inscribitur, etsi in matre adhuc vivendo cum matre plurimum communicat sortem.*

<sup>70</sup> *Quaest. in Hept.* 2.80: *Quod vero non formatum puerperium noluit ad homicidium pertinere, profecto nec hominem deputavit quod tale in utero geritur. Hic de anima quaestio solet agitari, utrum quod formatum non est, ne animatum quidem possit intellegi, et ideo non sit homicidium, quia nec exanimatum dici potest, si adhuc animam non habebat...Si ergo*

feto sia animato, pur essendo la sua soppressione comunque condannata perché si interrompe un processo messo in moto da Dio, non potrebbe esistere ancora un omicidio.

Mi pare, inoltre, che non venga fornita alcuna prova dell'intenzione dei Compilatori di trasformare l'aborto da *crimen* perseguibile solo nei confronti delle donne sposate e divorziate in *crimen* perseguibile nei confronti di qualsiasi donna, interpolando così i testi classici, tenendo anche conto del fatto che Giustiniano, da un lato, nella Nov. 22.16.1,<sup>71</sup> nel considerare causa di ripudio l'aborto, parla ancora di una tale *nequitia* della donna da privare il marito della *spes filiorum*, e nella Nov. 117.8 non inserisce più l'aborto neppure

---

*illud informe puerperium iam quidem fuerit, sed adhuc quodam modo informiter animatum — quoniam magna de anima quaestio non est praecipitanda indiscussae temeritate sententiae -ideo lex noluit ad homicidium pertinere, quia nondum dici potest anima viva in eo corpore quod sensu caret, si talis est in carne nondum formata, et ideo nondum sensibus praedita.*

<sup>71</sup> Nov. 22.16.1: *Has itaque causas nobis Theodosius explanavit. Nos autem ex veteribus sumentes et alias adiecimus tres. Si enim mulier tanta detineatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum, vel tanta libido est ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constet cum viro matrimonium, ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes et antenuptiales habere donationes: utpote etiam his causis rationabiliter solvere valentibus matrimonium et sub eundem deferentibus ordinem, sub quem poenas Theodosii pie memoriae constitutio definivit. Vedi anche C. 5.17.11.2 (Imp. Iustinianus A. Hermogeni magistro officiorum): Inter culpas autem uxoris constitutionibus enumeratas et has addimus, si forte uxor sua ope vel ex industria abortum fecerit, vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum viris libidinis causa habere audeat, vel, dum est in matrimonio, alium maritum fieri sibi conata fuerit (D. xv k. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. III cons.) (a. 533). Non necessariamente riferito ad una donna che si occupa di pratiche abortive sembra, invece, il termine *medicamentaria* utilizzato in CTh. 3.16.1 (Imp. Constant(inus) A. ad Ablavium P(raefectum) P(raetori)o): *Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat....In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint (Dat....Basso et Ablavio cons.).* Si veda, in proposito, C.VENTURINI, *La ripudianda (In margine a C.Th. 3,16,1)*, in BIDR 91, 1988, 253 ss., e la bibliografia ivi riportata.*

tra le cause di ripudio.<sup>72</sup>

Se, dunque, nel caso di aborto compiuto da una donna sposata all'insaputa o contro il volere del marito, indubbiamente ci si preoccupa della lesione dell'interesse di questi ad avere un figlio, tanto più che il matrimonio era contratto *liberorum quaerendorum causa*, non possiamo, però, escludere che l'aborto sia stato represso anche se posto in essere da una donna non sposata, e che quindi il motivo della proibizione non sia da ravvisare esclusivamente nella tutela dell'interesse del padre.<sup>73</sup> Sembra difficile, anche tenendo conto del

---

<sup>72</sup> Nov. 117.8: *...Nunc autem causas ex quibus maritus repudium sine periculo mittere potest et dotem uxoris lucrari (servato in ea dominio ex eodem matrimonio filiis, aut filiis non extantibus frui etiam proprietate) has esse disponimus: 1. Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier aut etiam suo viro non indicet. Si autem vir hoc a muliere denuntiatum tacuerit, liceat mulieri per quamcumque personam hoc declarare imperio, ut vir nullam ex hac causa repudii inveniat occasionem. 2. Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad haec, si filios non habet, tantum accipere ex alia uxoris substantia quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos et a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, iubemus et dotem secundum de hoc leges aliamque mulieris substantiam filiis conservari, et ita adulterum legitime convictum una cum uxore puniri. Et si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam et dotem propriam et propter nuptias donationem, ut si filios habent, solo usu mulier fruatur donationis proprietate secundum leges filiis servanda....3. Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata, aut aliis hoc facientibus conscia viro non indicaverit. 4. Si cum viris nolente marito extraneis convivit aut cum eis lavatur. 5. Si nolente viro foris domum manserit, nisi forsan apud proprios parentes. 6. Si circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum ignorante aut prohibente viro.*

<sup>73</sup> Si può notare che anche nel caso dell'aborto della schiava, Bruto sembra riconoscere come oggetto della *quasi ruptio* il feto, che, pertanto, potrebbe essere ritenuto dotato di una propria individualità: D. 9.2.27.22 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto.* Per P. SARDI, *L'aborto ieri e oggi*, cit., 30, il testo riveste una sua non trascurabile importanza, dal momento che ci offre il primo regolamento giuridico conosciuto dell'aborto *alieno ictu* nel mondo romano. Ritiene E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 190 nt. 115, che, dopo l'enunciazione di Bruto si possa congetturare, nel silenzio delle fonti, che per l'aborto della donna libera si imponesse un versamento in denaro o in forza di un'*actio iniuriarum* o anche, ad un certo punto, in forza di un'*actio utilis legis Aquiliae* (argomentando da D. 9.2.13pr.). Secondo O.M. PETER, *Si rixati*, cit., 228, «poiché il diritto romano classico, secondo i dettami della filosofia stoica, considera il nascituro come parte della matrice, è probabile che nel caso di aborto causato ad una donna libera si ottenesse un'*actio utilis legis Aquiliae* in analogia con i casi di *ruptum*». Per l'esame del testo mi permetto di rimandare ai miei

fatto che l'interesse del nascituro e quello del padre sono inevitabilmente congiunti, negare che nel caso dell'aborto, così come nel caso dell'estrazione del *partus* dal corpo materno e del differimento della condanna a morte e della tortura sulla madre incinta, sia tutelato anche l'interesse del concepito di venire al mondo, la *spes animantis*.

3. Il differimento dell'accusa di adulterio. Sarebbe, poi, riconducibile, secondo parte della dottrina, alla *ratio* di tutela dell'interesse del padre<sup>74</sup> anche il rescritto con cui Adriano stabilì, per una *mulier ventris nomine missa in possessionem*, il differimento dell'accusa di adulterio:

D. 37.9.8 (Paul. 1 *de Adult.*): *Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fierit nato*

Secondo altra parte della dottrina<sup>75</sup> anche D. 37.9.8, come D. 11.8.2 e D. 1.5.18, sarebbe, invece, una norma posta a difesa della vita del concepito.

Sembra difficile sostenere sia che col differimento dell'accusa di adulterio sia tutelato l'interesse del *paterfamilias*, dal momento che nel passo si afferma che il differimento viene stabilito '*ne quod praeiudicium fierit nato*', sia che D. 37.9.8 risponda alla stessa *ratio* di

---

precedenti lavori, *La rilevanza*, cit., 175 ss.; *Quasi rupto, quasi rumpere. Dalle XII Tavole ai Digesta*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica XII-XV*, 2009-2012, 7 ss.

<sup>74</sup> Così P. SARDI, *L'aborto*, cit., 53, per il quale sia la dilazione della procedura inquisitoria sia quella dell'esecuzione della condanna nei confronti della gestante vengono concesse nell'interesse del padre, e F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 360 s., per la quale le cautele previste in D. 11.8.2, D. 1.5.8, D. 48.19.3, D. 37.9.8 sarebbero state predisposte «a tutela non solo (e non tanto) del nascituro, ma delle esigenze dei *patres familiarum* o della struttura familiare nel proprio insieme».

<sup>75</sup> M.P. BACCARI, *Sette note per la vita*, in SDHI 70, 2004, 507 ss.; *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie I. La difesa del concepito*, Torino 2006, 5; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 58 nt. 91, la quale ritiene che D. 37.9.8 mostri che la portata del rescritto di Adriano ricevette progressive estensioni. Si veda anche P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 125 s., che, pur non pronunciandosi sull'identità di *ratio*, commenta D. 37.9.8 subito dopo D. 1.5.18.

D. 11.8.2, D.1.5.8, D. 48.19.3, dai quali risulta che l'esistenza stessa del figlio, e dunque la *spes animantis*, poteva essere messa in pericolo dall'*humatio*, dall'esecuzione della condanna a morte, dalla sottoposizione ai *tormenta* della madre. Pur rispondendo anche il differimento dell'accusa di adulterio nei confronti di una donna *praegnans missa in possessionem ventris nomine* ad esigenze di tutela del nascituro, esso sembra, infatti, diretto a tutelare non la circostanza che egli possa nascere, ma i diritti che acquisterà nascendo, che potrebbero essere pregiudicati da un'eventuale condanna della madre per adulterio prima del parto.

L'*accusatio adulterii*, come è noto, venne concessa dalla *lex Iulia de adulteriis*, emanata da Augusto intorno al 18 a.C., per reprimere come *crimina* sia l'adulterio propriamente detto, cioè la relazione sessuale di una donna sposata, sia lo *stuprum*, cioè la relazione sessuale di una *virgo* o una *vidua* di onorata condizione.<sup>76</sup> Nel caso preso in esame dalla cancelleria imperiale in D. 37.9.8, la futura madre, che viene accusata di adulterio, aveva ottenuto la *missio in possessionem ventris nomine*,<sup>77</sup> istituto pretorio che aveva la finalità di proteggere sia

<sup>76</sup> Sull'*accusatio adulterii* si vedano, tra la vastissima bibliografia, E. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Cagliari*, 17, 1928, 1 ss. (= *Scritti*, 1, Napoli, 1991, 219 ss.); *In tema di accusatio adulterii*, in *Studi Bonfante*, 2, Milano, 1930, 109 ss. (= *Scritti*, 1 cit., 313 ss.); D. DAUBE, *The Accuser under the Lex Iulia de Adulteriis*, in *Salonica Congress of Byzantine Studies*, Athens, 1955, 8 ss., ora in *Collected Studies in Roman Law*, 1, Frankfurt am Main, 1991, 561 ss.; H. ANKUM, *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA*, 32, 1985, 153 ss.; *La sponsa adultera: problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *Estudios D'Ors*, 1, Pamplona, 1987, 161 ss.; G. RIZZELLI, *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in *BIDR*, 89, 1986, 411 ss.; *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis*, in *BIDR*, 90, 1987, 355 ss.; *Lex Iulia, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, 1996, 340 ss.; *Per vim inferre, Studi su tuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in *Studi Labruna* 1, Napoli, 2007, 439 ss.; F. LUCREZI – F. BOTTA – G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*<sup>2</sup>, Lecce, 2011.

<sup>77</sup> La dottrina più risalente (vedi E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 448 nt. 350) riteneva che la *missio ventris nomine* fosse accordata perché la madre ne traesse, e fino a che ne traesse, gli alimenti, mentre parte della dottrina più recente (Vedi C. TERRENI, *Me puero*, cit., 49 ss.) ritiene che lo scopo prevalente fosse la tutela del nascituro, e che i diritti riconosciuti alla madre in corso di gravidanza fossero strumentali rispetto a questo obiettivo. In tal senso sembra deporre la circostanza che Ulpiano affermi che il pretore ha

l'interesse immediato del nascituro al nutrimento, sia le sue ragioni ereditarie al momento della nascita, mediante l'immissione della madre incinta nel possesso dei beni che egli, come *suus heres*, avrebbe ereditato nascendo.<sup>78</sup> Se la donna è stata immessa nel patrimonio *ventris nomine*,<sup>79</sup> si tratta di una donna sposata il cui marito è morto, e nei confronti della quale, dopo la morte del marito, è stata proposta un'*accusatio adulterii iure extranei* da parte di un *quivis ex populo*, o un'*accusatio iure viri et patris* dal padre. La *lex Iulia de adulteriis* aveva, infatti, concesso al marito e al padre un'*accusatio* privilegiata, *iure viri et patris*, da promuovere entro sessanta giorni dal divorzio, e una volta trascorso inutilmente il tempo a questi riservato, un'*accusatio iure extranei*, esperibile da qualsiasi cittadino, compresi il marito e il padre che non avessero accusato nello spazio di tempo loro riservato.

Sia nel caso l'accusa fosse proposta *iure viri* dal padre della donna, possibilità di cui parte della dottrina dubita,<sup>80</sup> sia, come sembra più

---

cura non solo dei figli che sono già *in rebus humanis*, che sono già nati, ma anche di coloro che *'nondum nati sint, propter spem nascendi'*, nel *principium* del noto passo con cui ha inizio il titolo *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, D. 37.9.1pr. (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. Nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

<sup>78</sup> Il nascituro, potrebbe, inoltre, in quanto *suus heres non exheredatus*, avere diritto alla *bonorum possessio contra tabulas*. Vedi, di recente, M.P. BACCARI, *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)*, in *Studi Martini I*, Milano 2008, 125 ss.

<sup>79</sup> Il *venter* sarà immesso nel possesso perfino nel caso sia incerto se sarà fra i *sui heredes*, come leggiamo in D. 37.9.1.2 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Totiens autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus et id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: aequius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.* Se, peraltro, la donna mente sul suo stato è punibile per *calumnia*, come risulta da D. 3.2.15 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Notatur quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se adseverat praegnatam*, D. 2.16 (Paul. 8 *ad ed.*): *Cum non praegnas esset vel ex alio concepisset.....* D. 25.6.1.2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnatam non esse voluit in possessionem venire.*

<sup>80</sup> Si adduce in senso contrario D. 48.5.23.1 (Pap. 1 *de ad.*): *In accusationem viduae filiae non habet pater ius praecipuum.* Così E. VOLTERRA, *Per la storia*, cit., 44, per il quale il padre non può rivolgere l'azione speciale contro il delitto della figlia vedova perchè non si avrebbe violazione di *iustae nuptiae*, e quindi non si tratterebbe di adulterio ma di *stuprum*; l'autore sembra, dunque, ritenere che nel passo si parli di una relazione sessuale della figlia verificatasi dopo la morte del marito. La circostanza che in D. 37.9.8



probabile, nel caso fosse proposta da un estraneo, il pregiudizio che può derivare al nascituro da un'eventuale condanna della madre non consiste, come nei casi precedenti, nel pericolo per la sua stessa vita, ma nel dubbio sulla sua legittimità, sulla possibilità di essere considerato *suus* del padre. Non qualsiasi *crimen adulterii* comportava, peraltro, la conseguenza della illegittimità dei figli, come afferma Papiniano in

D. 48.5.12.9 (Pap. *l. sing. de ad.*): *quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? Respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem: nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.*

Una donna accusata di adulterio chiedeva una dilazione dell'accusa *propter impuberem filium*, dilazione che veniva negata affermando che '*non utique crimen adulterii infanti praeiudicat*', perchè è possibile che la madre sia adultera ma che il figlio sia legittimo, sia figlio del padre defunto. Nel caso prospettato nel passo, in cui il figlio è impubere, se la relazione adulterina fosse, ad esempio, iniziata dopo il concepimento, anche in caso di condanna della madre per adulterio non ci sarebbero dubbi sulla legittimità del figlio; diverso, però, il caso prospettato nel nostro passo, in cui la donna è sospettata di adulterio, il marito è morto e il figlio non è ancora nato. L'accusa di adulterio sembra proposta per contestare che il nascituro sia *suus* del padre premorto,<sup>81</sup> presumibilmente da parte di coloro che con lui concorrerebbero nell'eredità o che dalla sua qualità di *suus* sarebbero esclusi. Si può notare a tal proposito che l'Heimbach traduce il κατ'αὐτῆς di B. 40.4.11 con *adversus ipsum*, come se l'accusa di adulterio venisse proposta nei confronti del figlio:

---

si parli di *accusatio adulterii* fa, però, pensare che in tal caso si accusasse la donna di un adulterio commesso quando il marito era ancora vivo.

<sup>81</sup> Sch. 2 ad B. 40.4.11 (Sch. B. VI, 2380): "Οὐτε ἡ ζήτησις τοῦ ἁμαρτήματος καὶ αὐτὸν τὸν παῖδα σπιλοῖ Ἀνάγνωθι τοῦ ἐξῆς τιτ.θεμ παρατελευτ.

Sch. A.V, 1800 – Hb. IV, 73: Παύλ. Γαστρὸς εἰς νομὴν πεμπομένης ὑπερτίθεται τὸ κατ' αὐτῆς περὶ μοιχείας ἔγκλημα, διὰ τὸ μὴ γενέσθαι τῷ παιδί πρόχριμα. *Ventre in possessionem misso, differtur adversus ipsum adulterii accusatio, ne fiat praeiudicium*

In uno scolio dell'Anonimo si afferma, poi, che l'accusa è istituita *fili repellendi causa*: partendo dall'esame di D. 48.5.12.9, in cui, come visto, il differimento dell'accusa non viene concesso, si giunge alla conclusione che nel nostro caso, in cui il figlio non è ancora nato, l'accusa non può essere proposta *interim*, prima della nascita, per non arrecare al figlio un *praeiudicium*, termine che viene reso nello scolio con πρόχριμα:

Sch. 1 ad B. 40.4.11 (Sch. B.VI, 2380): Καίτοι φησὶ βιβ. μη'. τιτ. ε'. διγ. Ια'. (12)?, ὅτι μετὰ τελευτὴν τοῦ ἀνδρὸς κατηγορουμένη περὶ μοιχείας ἢ γυνὴ οὐ καλῶς ἀξιοῖ τὴν ζήτησιν ὑπερτεθῆναι διὰ τὸ ἔχειν τὸν ἄνηβον, καὶ τὸν λογισμὸν ἐπάγει, ὅτι οὐ πάντως τὸ τῆς μοιχείας ἔγκλημα πρόχριμα ποιεῖ τῷ παιδί δύναται γὰρ αὐτὴ μοιχὰς εἶναι καὶ ὁ ἄνηβος ἔχειν πατέρα τὸν τελευτήσαντα. Λύσις. Ἄλλ' ὁ σκοπὸς τοῦ παρόντος τίτλου δηλοῖ προφάσει τοῦ ἐκβληθῆναι τὸν παῖδα τὴν κατηγορίαν ἐνίστασθαι καὶ οὐ δύνατον ἔστι τέως αὐτὴν προβῆναι, ἵνα μὴ παθῇ ὁ παῖς πρόχριμα. Ἔστι γὰρ ὅτε πρόκριματίζεται ἐκ τῶν πρὸς τὴν μητέρα ψηφιζομένων, ὡς βιβ. κε'. τιτ. ιγ'. ἐν τῷ τέλει τοῦ α'. διγ. τοῦ ἐξῆς τιτ. καὶ τὸ ιγ'. διγ. καὶ τὰ παραγεγραμμένα ἐν τῷ α'. καὶ β'. διγ. τοῦ γ' τιτ. τοῦ κε'. βιβ.ια'.<sup>82</sup>

Occorre, allora, in primo luogo, chiedersi in che senso sia adoperato il termine *praeiudicium* in D. 37.9.8, se nel senso tecnico di

<sup>82</sup> Hb. IV,73: *differtur adversus ipsum adulterii accusatio*) *Atqui lib. 48. tit. 5 dig. 11 dicit, mulierem post mortem mariti adulterii accusatam non recte desiderare, ut quaestio differatur, ideo, quod impuberem filium habeat, et rationem subiecit, quia non utique crimen adulterii filio praeiudicat. Potest enim ipsa adultera esse, et impubes defunctum patrem habere. Solutio. Verum huius tituli propositum indicat, filii repellendi causa accusationem institui: et interim ea peragi non potest, ne filius praeiudicium patiat. Interdum enim praeiudicium ei fit ex his, quae adversus matrem pronuntiata sunt, ut D. 25.3.1 in fine, 2 e 3. Lege et finem dig. 1 sequentis tituli, et dig. 13 ed adnotata ad dig. 1 et 2, tit. 3 lib. 25.*

accertamento pregiudiziale o nel senso di circostanza sfavorevole, di fatto che può influire su una sentenza successiva. Nel nostro passo *praeiudicium*, più che come azione di accertamento, sembra inteso come danno, come conseguenza sfavorevole che può derivare al nascituro da una condanna per adulterio della madre, dal momento che questa potrà essere usata come prova nel successivo giudizio tendente a stabilire la sua qualità di *suus*. Come osservava il Triantaphyllopoulos,<sup>83</sup> pur essendo il primo significato del termine *praeiudicium* quello, derivante dall'etimo stesso, di giudizio precedente, il termine fu, infatti, in seguito inteso come ogni fatto precedente che può avere peso in una sentenza da emettere, che può servire da prova. Nel diritto classico, e specialmente nel tardo diritto romano, finì col prendere il significato di danno, significato quasi esclusivo, poi, nei testi giustiniani, reso in greco con πρόχρημα, come abbiamo appena visto nel testo dei Basilici.

La proposizione dell'accusa di adulterio nei confronti della madre prima della nascita del figlio può, dunque, creare un pregiudizio per il figlio stesso: una condanna della madre potrebbe mettere in discussione la sua qualità di *suus*, che sarebbe, invece, acquistata con la nascita entro 10 mesi dalla morte del padre.<sup>84</sup> Il differimento

---

<sup>83</sup> I. TRIANTAPHYLOPOULOS, *Praeiudicium*, in Labeo 8, 1962, 73 ss., in part 82 ss. Si vedano, inoltre, K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, München 1976, G. ZOZ DE BIASIO, *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in Mélanges Sturm, 1, Liege 1999, 595 ss., A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 93 ss.

<sup>84</sup> Il figlio, come è noto, è considerato legittimo se nasce entro i dieci mesi dalla morte del padre; Gellio nelle Notti Attiche, riportando una discussione di medici e filosofi illustri sulla durata della gestazione umana, riferisce l'opinione generale per cui la nascita si verifica più raramente al settimo, mai all'ottavo, spesso al nono e più spesso al decimo mese (*N. A.* 3.16.1: *Et medici et philosophi inlustres de tempore humani partus quaesiverunt. Multa opinio est eaque iam pro vero recepta, postquam mulieris uterum semen conceperit, gigni hominem septimo rarer, numquam octavo, saepe nono, sapius numero decimo mense, eumque esse hominem gignendi summum finem: decem mensos non inceptos, sed exactos*). Afferma Gellio che già i *decemviri* scrissero che l'uomo nasce in dieci mesi, e non undici: *N. A.* 3.16.12: *Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in*

dell'accusa a dopo la nascita potrebbe, inoltre, consentire di produrre, nel giudizio relativo all'adulterio, delle prove favorevoli alla donna (e quindi anche al nascituro), come quelle relative all'assenza nel periodo del concepimento del sospettato correo, che poteva trovarsi in guerra, o essere stato trasferito in un'altra provincia, o risultare comunque assente da Roma, dove poteva, invece, essere presente il marito.<sup>85</sup>

---

*decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent.* Sul passo si vedano, da ultimi, con ampi riferimenti alla bibliografia precedente, P. GIUNTI, *Consortes vitae*, cit., 274 ss.; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 109 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 42 ss.; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 224 ss. e ivi nt. 173; M.V. SANNA, *Il concepito nelle XII Tavole*, in *Diritto@Storia* 10, 2012.

<sup>85</sup> L'assenza come impedimento al concepimento viene, poi, presa in considerazione in riferimento al marito, in numerosi passi; così in D. 25.3.1.14, nel quale Ulpiano riporta un parere di Giuliano, per il quale sarebbe *satis iniuriosum* per il marito, assente a lungo, che trova al ritorno l'*uxor praegnas*, che il figlio nascesse come *suus*, per non aver provveduto agli adempimenti del senatoconsulto *de liberis agnoscendis*: D. 25.3.1.14 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnantem maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tantum alere ceterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversus uxorem praegnatam invenerit ed idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senato consulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.* L'assenza del marito viene presa in considerazione anche in D. 1.6.6, in cui Ulpiano riporta un altro parere di Giuliano, secondo il quale si ritiene *non filius* il figlio di un anno di un padre che era stato assente per 10 anni o di un padre che per *infirmitas* o *per alia causa non concubuisse cum uxore*, o che comunque non potesse generare: D. 1.6.6 (Ulp. 9 *ad Sab.*): *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet marito aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.* Per M. PAMPALONI, *Contributo alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, in AG 55, 1895, 510 s., (che aveva ritenuto in contraddizione il *placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium* col *mibi videtur*) sarebbe ricompreso nell'*alia causa* anche il fatto dell'assenza del marito; ritiene il F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 126 ss., *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in SDHI, 6, 1940, 5 ss., in part. 65 s., che il brano da *sed mihi videtur* alla fine contempli una serie di ipotesi che impediscono non la vicinanza in generale ma il *concubitus* o perfino la procreazione; a suo avviso l'*alia causa* di cui si parla nel passo potrebbe, invece, essere riferita alle ipotesi di adulterio della *iusta uxor*. Pur essendo stato frequentemente preso in considerazione dai romani l'adulterio della *iusta uxor* come fatto impeditivo della legittimità del nato, non mi pare, però, che ad esso pensasse Ulpiano quando affermava che il marito non *concubuit* con la moglie *alia*

Differente appare, pertanto, la *ratio* del nostro passo, tesa a salvaguardare i diritti che il concepito acquisterà alla nascita, rispetto alla *ratio* dei passi che tutelano la speranza stessa che il nascituro venisse alla luce, la *spes animantis*, anche se quest'ultima trova pur sempre la sua giustificazione - e si chiarisce nei suoi profili sostanziali - nella salvaguardia dei (potenziali) interessi del nascituro. Interessi del nascituro, e non, se non per via riflessa, del *paterfamilias*, che parte della dottrina vorrebbe alla base anche della *ratio* di D. 37.9.8.

---

*causa*, perchè in caso di adulterio non si può escludere che marito e moglie continuassero a condividere il talamo nuziale.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it)



Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012  
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Pa)









