

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXIV
2023/1

ESTRATTO



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2813-5

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Valeria Caredda - Corrado Chessa - Pietro Ciarlo Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro - Riccardo Fercia Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Angelo Luminoso - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Iole Fagnoli - Vincenzo Ferrari - Giampaolo Frezza Matilde Girolami - Antonio Incampo - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea - Nervi - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Marina Castellaneta - Alessandro Ciatti Càimi - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Paola Lambrini - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Luigi Nonne - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Marco Betzu - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo Alice Cherchi - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi - Silvia Corso Carlo Dore - Rossella Fadda - Silvia Izzo - Olimpia Giuliana Loddo - Giuseppe Lorini - Giovanni Manca - Anna Maria - Mancaloni - Anna Maria Mandas - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Marianna Rinaldo

Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
swww.jovene.it info@jovene.it

INDICE

gennaio - giugno 2023

EDITORIALE

CRISTIANO CICERO

Gli Studi Economico Giuridici p. 3

STUDI

CORRADO CHESSA

Appunti sui soggetti nel contratto di deposito » 7

GIOVANNI COCCO

Introduzione a un concetto sostanziale di reato » 31

ADRIANA DI LIBERTO - FRANCESCO PIGLIARU

Vested interest and local decision making as barriers to eradicating a pandemic disease. The case of African Swine Fever in Sardinia » 75

ANTONIO INCAMPO

Storicità e universalità dei diritti » 97

FRANK LAFFAILLE

La guerre des hommes, la paix des femmes. A propos d'Aristophane » 113

ALESSANDRA LEUZZI

I patti successori in una prospettiva de *jure condendo* » 129

ANDREA NERVI

Il concetto di proprietà di fronte alla prospettiva intergenerazionale » 159

MADDALENA RABITTI

Tutela del risparmio: risoluzione bancaria e diritti risarcitori
degli azionisti p. 177

MARIA VIRGINIA SANNA

Nascita, vitalità, forma umana: *monstra vel prodigia* » 199

ORIENTAMENTI

LUCA SITZIA

È conforme a buona fede il rifiuto del prezzo se l'appaltatore
manifesta disponibilità a eliminare i difetti dell'opera con in-
terventi idonei? » 229

RECENSIONI

TALITA ROSSI

*La riserva a favore del coniuge superstite. Scenari attuali e pro-
spettive evolutive* [Marianna Rinaldo] » 253

AUTORI » 261

MARIA VIRGINIA SANNA

NASCITA, VITALITÀ, FORMA UMANA:
MONSTRA VEL PRODIGIA

SOMMARIO: 1. Nascita e vitalità. – 2. La forma umana. – 3. D. 50.16.135.

1. Il momento dell'accertamento della nascita e del conseguente possibile acquisto della titolarità di situazioni giuridiche ha sempre costituito, soprattutto nelle società antiche, un problema di non facile soluzione. Sembra opinione condivisa che il nato, per essere considerato esistente, dovesse acquistare un'esistenza autonoma, staccandosi completamente dal corpo della madre, e dovesse avere, inoltre, aspetto umano – non avere, cioè, un aspetto da *monstrum* o *prodigium* –. Tale affermazione ci pone, però, di fronte all'inevitabile necessità di provare a chiarire in che momento si possa dire acquisita un'esistenza autonoma e quando il nato possa essere definito *monstrum* o *prodigium*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, non sempre doveva essere facile stabilire, nel caso fosse subito intervenuta la morte senza prove evidenti di vita, come ad esempio l'emissione di un vagito, se vita vi fosse stata dopo il distacco dal corpo materno. Si ritiene, infatti, che sia esistita una disputa a tal proposito tra Proculeiani e Sabiniani: i primi avrebbero richiesto l'emissione di un vagito, i secondi qualsiasi movimento del corpo, o un respiro. Non abbiamo, però, altre testimonianze di questa disputa se non nella tarda C. 6.29.3pr., una delle *quinquaginta decisiones* di Giustiniano¹, nella quale l'Imperatore, nel

¹ G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice di Giustiniano*, in *BIDR*, 26, 1914, p. 175 ss., ora in *Scritti giuridici* 1, Milano, 1922, p. 232; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle quinquaginta decisiones*, Milano, 1999; M. VARVARO, *Contributo allo studio*

ricordare le discussioni *apud veteres*, accoglie l'opinione dei Sabiniani che ammettevano qualunque manifestazione di vita, anche diversa dal vagito:

C. 6.29.3pr. (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.): *Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. 1: Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium (a. 530) (D. xv k. Dec. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.)².*

La discussione verte sulla possibilità per il postumo *praeteritus* di essere *suus heres* del *pater* e *rumpere* il testamento. Secondo i Sabiniani, se pure il neonato, una volta venuto alla luce, non avesse emesso voce³, sarebbe stato *suus* del padre e avrebbe potuto *rumpere*

delle *quingenta decisiones*, in AUPA 46, 2000, p. 359 ss., in part. p. 409 nt. 90. Inserisce C. 6.29.3 fra le *quingenta decisiones* anche M.A. MESSANA, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, in AUPA 45.2, 1998, p. 61 ss., in part. p. 283.

² Bas. 35.8.34 (Heimb. III.561): *Si suus heres existens in utero et testamento praeteritus, editus quidem fuerit, sed vocem non emisit, aut omnino perfectus vivusque natus fuerit, licet simul atque in terram lapsus fuerit, vel in manibus obstetricis decesserit, testamentum rumpit. Vivusque natus fuerit] Nam qui mortuus nascitur, nec natus videtur, nec filius dicitur, ut lib. 50. tit. 16. digest. 129. Come è noto, per Paolo D. 50.16.129 (1 ad l. Iul. et Pap.), *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.**

³ Giulio Ossequente, nel suo *prodigiorum liber*, citando il caso di un nato gravemente deforme, mette in evidenza che muore *voce missa*: *Nursiae gemini ex muliere ingenua nati, puella integris omnibus membris, puer a parte priore alvo aperto*

il testamento, dal momento che anche il muto poteva farlo. Non sappiamo però, quale fosse esattamente l'opinione dei Proculeiani, che Giustiniano non cita; se, secondo alcuni, questi avrebbero richiesto il vagito come prova della vita, l'Impallomeni⁴ osservava che nessun giurista avrebbe potuto ritenere morto l'essere vivo, qualunque fosse stato il segno rivelatore della vita, diverso dal vagito⁵. Il problema sembra riguardare, però, la dimostrazione di questo "segno rivelatore": mentre, ad esempio, il pianto del bambino appena nato poteva essere facilmente sentito anche da chi si trovava fuori dalla stanza del parto⁶, più difficile doveva essere dare la prova che il neonato prima di morire avesse mosso un arto o che avesse respirato; chi aveva interesse a impedire la rottura del testamento, come nel caso preso in esame da Giustiniano, avrebbe potuto in tal caso più agevolmente sostenere che non c'erano stati segni di vita.

Nel lodare la *sententia* dei Sabiniani, *sancimus* – continua l'Imperatore – che se il neonato *vivus perfecte natus est*, e poi cade in terra o muore tra le mani dell'ostetrica, non di meno rompe il testa-

ita ut nudum intestinum conspiceretur, idem posteriore natura solidus natus, qui voce missa exspiravit (40).

⁴ G.B. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *IURA* 22, 1971, p. 114 ss.

⁵ Per F. GLUCK, *Commentario alle pandette* 1, trad. C. FERRINI, Milano, 1888, p. 490, i Proculeiani ammettevano, invece, che si dovesse considerare come nato morto quel feto che dopo la nascita non avesse vagito.

⁶ G. GANDOLFI, *v. Nascita (storia)* in *EdD.*, 27, 1977, p. 516, ricorda che gli Alamanni esigevano, come prova, che il neonato tenesse gli occhi aperti muovendoli in direzione del soffitto e delle pareti, e che facesse anche sentire la sua voce in modo tale che venisse udita da quei testimoni maschi che, nella stanza vicina, rimanevano in attesa per poter testimoniare dell'evento. In *Lex Wisigothorum* 4.2.18 si richiede la sopravvivenza del neonato per 10 giorni e il battesimo: FLAVIUS CHINDASVINDUS REX. *Qualiter hereditatem parvuli parentes adsequi possunt: Patre defuncto, si filius filiave decem diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quidquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare. Idemque matre defuncta non aliter defuncti filii portionem pater obtineat, nisi natum filium filiamvel decem diebus vixisse et fuisse baptizatus edocean*. F. ISNARDI, *Principio e termine della personalità dell'individuo secondo il Codice civile*, Torino, 1986, ricorda come ancora in seno al Consiglio di Stato francese furono avanzate delle proposte di giudicare della vitalità a seconda che il bambino fosse sopravvissuto dieci giorni o ventiquattro ore dalla nascita.

mento, dovendosi solo ricercare se sia venuto al mondo vivo e senza nulla di mostruoso o prodigioso; il problema è dato, però, dal significato da attribuire a *vivus perfecte natus*, in quanto, secondo parte della dottrina, l'espressione si riferirebbe alla vitalità, termine che non troviamo mai nelle fonti giuridiche romane⁷, ma che è stato ritenuto da tale dottrina requisito necessario per la capacità proprio in base alla nostra costituzione, e che venne poi richiesto, secondo alcuni sulla base delle fonti romane⁸, dal Code Napoléon e dal nostro Codice del 1865. Come osserva il Gandolfi⁹, può forse essere venuto spontaneo cercare un collegamento, che pur non corrisponde alla struttura sintattica del periodo, fra le parole *perfecte* e *vivus*, il che, anche se non conforme al pensiero legislativo, può avere concorso a indurre gli interpreti dei secoli successivi a pretendere nel neonato, oltre alla vita, anche la vitalità. Se, come detto, troviamo il requisito della vitalità nel Code Napoléon e nel Codice italiano del 1865¹⁰,

⁷ Troviamo, invece, il termine *vitalis* in Plinio *Nat. hist.* 7.4: *ante septimum mensem (foetus) haut umquam vitalis est*, i feti non possono mai essere partoriti vitali prima del settimo mese dal concepimento.

⁸ ISNARDI, *Principio e termine*, cit., p. 31, ricorda come lo Chabot, presentando al Tribunato il definitivo progetto delle successioni, invocava a base della teoria del progetto stesso il *perfecte natus* di C. 6.29.3, che egli intendeva come infante nato a maturità di gestazione.

⁹ GANDOLFI, *v. Nascita*, cit., p. 514.

¹⁰ Code Napoléon art. 314: L'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants: 1. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2. S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3. Si l'enfant n'est pas déclaré viable. Art. 725: Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder 1. Celui qui n'est pas encore conçu; 2. L'enfant qui n'est pas né viable; 3. Celui qui est mort civilement. Art. 906: Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. Cod. it. 1865 art.161: Se il figlio è nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio, il marito e dopo la sua morte gli eredi di lui non potranno disconoscere la paternità nei casi seguenti: 1. Quando il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio; 2. Quando consti dall'atto di nascita, che il marito assistette a quell'atto o personalmente, o per mezzo di altra persona da lui specialmente autorizzata

esso è stato, peraltro, soppresso nel nostro Codice del 1942, soprattutto per la considerazione che nella pratica riesce assai difficile la distinzione del nato vitale dal non vitale, nel caso in cui la vita duri poche ore o pochi giorni. D'altra parte, l'importanza concreta del requisito stesso era attenuata anche nel Codice del 1865 dalla presunzione dell'art. 724 che, nel dubbio, dovessero considerarsi vitali i nati vivi.

Il dibattito relativo al requisito della vitalità nelle fonti romane, piuttosto acceso nei secoli scorsi, è, comunque, aperto tutt'oggi.

Mentre il Savigny¹¹ aveva ritenuto che si avesse nascita perfetta con la separazione del neonato vivo dalla madre, senza alcun rilievo della vitalità, e indipendentemente dal periodo di gestazione, per il Wächter¹² anche per i Romani era richiesta la vitalità per la "capacità giuridica". Per il Gluck¹³ un parto vivo, perché gli possano competere i diritti di figlio, deve non solo dare segni di vita, ma essere anche capace di vita, deve essere vitale, vitalità che consisterebbe nella sufficiente perfezione degli organi necessari alla vita per continuare l'esistenza extrauterina. Secondo il Serafini¹⁴, non si può parlare dell'esistenza di un uomo se non quando esso è nato vivo, vitale e con forma umana. Se infante vitale significa che l'infante deve aver raggiunto nel corpo della madre la maturità necessaria alla continua-

per atto autentico; 3. Quando il parto fosse dichiarato non vitale. Art. 724. Sono incapaci di succedere 1. Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti; 2. Coloro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi. Art. 1083: Le donazioni fatte da persone che non avevano figli o discendenti legittimi viventi al tempo della donazione, possono essere revocate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, benché postumo, che sia nato vivo e vitale. ISNARDI *Principio e termine*, cit., p. 80 ss., ritenne che i compilatori del codice francese con le parole infante non vitale intendessero esclusivamente il bambino incapace di continuare la vita per l'insufficienza della gestazione, e non anche quello nato a termine e pur tuttavia impossibilitato a vivere in conseguenza di vizi organici fatalmente letali, mentre il nostro codice del 1865, pur ripetendo le disposizioni del Code Napoléon, ispirandosi alla dominante dottrina e giurisprudenza, le avrebbero intese nel doppio senso.

¹¹ F.C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 2, Berlin, 1840.

¹² C.G. WÄCHTER, *De partu vivu non vitali*, Lipsia, 1863-66, &3,4,5 in fine.

¹³ GLUCK, *Commentario alle pandette* 1, cit., p. 491.

¹⁴ F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano* 1⁵, Pisa, 1892, p. 64 ss.

zione indipendente della vita, basta, peraltro, per l'autore, che questi abbia superato lo stato embrionale e perciò abbia condotto una vita indipendente, sia lunga che breve¹⁵.

Per quanto riguarda il Novecento, per l'Ambrosino¹⁶ in diritto classico sarebbe stato richiesto come requisito per la "capacità giuridica" il presupposto della vitalità, che si dedurrebbe dalla maturità della gestazione¹⁷. In diritto giustiniano il requisito sussisterebbe ancora, ma subirebbe un'eccezione, verrebbe cioè considerato capace anche il nato immaturo, che muore a seguito di una causa accidentale, o in una circostanza tale in cui ci sia sospetto di accidentalità. Nella nostra costituzione, l'Imperatore, con le parole *ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit*, prospetterebbe, infatti, per l'autore, un caso particolare di morte accidentale: morte per caduta e morte nelle mani dell'ostetrica, casi nei quali la morte potrebbe essere sopraggiunta per negligenza o incapacità di chi è intento ad agevolare la nascita.

Il *vel in manibus obstetricis decessit* non sembra, però, necessariamente da intendere come "un sospetto di accidentalità non controllabile ipotizzata nella negligenza o incapacità" dell'ostetrica, perché il neonato potrebbe morire nelle mani dell'ostetrica dopo il parto anche per cause naturali¹⁸.

¹⁵ Si è parlato in dottrina di vitalità propria, corrispondente alla maturità di gestazione, e di vitalità impropria, che consisterebbe in un difetto organico.

¹⁶ R. AMBROSINO, *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica nel diritto romano*, in *RIL* 73.1, 1940, p. 1 ss.

¹⁷ L'Ambrosino parla di natività matura e natività immatura: colui che è nato immaturo non ha fisiologicamente alcuna possibilità di vita; la vita sarebbe cosa non attendibile, sporadica, casuale, fisiologicamente eccezionale, tanto che la morte che sopraggiunge è – per così dire – livellatrice della normalità.

¹⁸ In tal senso, di recente, C. TERRENI, *Quae Graeci παντάσματα vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa, 2013, p. 23, per la quale il passaggio del neonato nelle mani dell'ostetrica costituiva la naturale e ordinaria conclusione dell'*actus pariendi*, che viene spontaneo configurare come contrapposto alla straordinaria evenienza della caduta. Nessun cenno alla distinzione fra morte naturale e accidentale in VARVARO, *Contributo*, cit., p. 409 nt. 90, per il quale nella nostra costituzione l'Imperatore stabilisce che il testamento fatto dal padre preterendo il figlio concepito ma non ancora dato alla luce sarebbe stato invalido ove il bambino, pur essendo nato vivo, fosse morto subito dopo la nascita.

In tal senso già l'Impallomeni, per il quale la tesi dell'Ambrosino, che distingue la morte sopravvenuta per fatto accidentale da quella avvenuta naturalmente, sarebbe in contrasto con la stessa lettera di C. 6.29.3.1, che equipara le due ipotesi, quella dell'infante che *in terram cecidit* e quella dell'infante che *in manibus ostetricis decesit*, riconoscendo in entrambi i casi la capacità *si vivus perfecte natus est*. Dalla costituzione, peraltro, secondo l'autore, risulterebbe implicitamente l'esistenza di una *quaestio* sull'assenza di vitalità in senso lato, o impropria, che consisterebbe nell'essere il nato immune da vizi organici letali, mentre la vitalità propria corrisponderebbe alla maturità di gestazione; la tesi dei Sabiniani, trionfata con Giustiniano, avrebbe riconosciuto la capacità successoria a chiunque fosse nato vivo dopo sufficiente gestazione.

Dal momento che Giustiniano afferma che è sufficiente che il nato sia vivo e non sia un *monstrum* o *prodigium*, sembra occuparsi della prova da esigersi per l'accertamento della vita e non della vitalità¹⁹, anche se il *perfecte* potrebbe far riferimento, come osserva di recente la Terreni²⁰, a un feto normalmente sviluppato. Non si vede, in ogni caso, perché dovrebbe seguirsi una regola diversa nel caso di morte accidentale rispetto alla morte naturale²¹.

¹⁹ Per IMPALLOMENI, *In tema*, cit., p. 102 s., nel partorito vivo, sia pure dopo una sufficiente gestazione, morto immediatamente, il vagito per alcuni giuristi sarebbe stato l'indice oggettivo della vitalità o quanto meno della sufficiente attitudine alla vita extrauterina. Ove invece la vita si fosse prolungata a sufficienza, la vitalità sarebbe risultata *in re ipsa*, indipendentemente dall'emissione della voce. La supposizione che gli assertori della necessità del vagito fossero in realtà gli assertori del requisito della vitalità può essere avvalorata, secondo l'autore, da P.S. 4.9.6, C. 6.29.2, I 2.13.1. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 270, ritiene che la vitalità, cioè l'attitudine a vivere dopo la nascita, fosse desunta principalmente dal fatto che il parto fosse un *partus perfectus*, a seguito di gestazione regolare di almeno sette mesi.

²⁰ TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, cit., p. 23.

²¹ Per IMPALLOMENI, *In tema*, cit., p. 105 ss., si tratterà volta a volta di stabilire se il nato vivo, subito dopo morto, era entrato nel settimo mese. Se il venuto alla luce sopravvive, vi è una presunzione assoluta che il concepimento sia anteriore almeno di 182 giorni; se muore subito dopo, potrà essere decisivo l'esame del corpicino, oltre alle varie testimonianze. Sarebbe forse ammissibile, per l'autore, una presunzione semplice, tendente nell'incertezza ad ammettere la capacità ed escludere l'aborto.

2. Per Giustiniano il figlio può dunque *rumpere* il testamento del padre se è *vivus perfecte natus* e non è un *monstrum* o *prodigium*.

Per quanto riguarda la difficile definizione di *monstrum* e *prodigium*, sappiamo che i giustinianeî collocano nel titolo *de statu hominum* del Digesto un passo delle *Pauli Sententiae* in cui si afferma che i *monstra et prodigia*, procreati *converso more contra formam humani generis*²², non sono considerati figli:

P.S. 4.9.3 (*ad s.c. Tert.*): *Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur* 4. *Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit.*

D. 1.5.14 (Paul. 4 *sent.*): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.*

I Compilatori hanno eliminato i riferimenti al senatoconsulto Tertulliano (*nihil proficit, matri prodesse placuit*), invertendo l'ordine

²² Ha destato sempre molta sorpresa che i giuristi si siano occupati in maniera dettagliata dei *monstra*, la cui nascita non doveva essere un fenomeno frequente, tanto che G.B. VICO, *Principi di Scienza Nuova*, II. 26.6, p. 158, aveva ritenuto che i mostri fossero in realtà i parti delle meretrici, “perché non è punto verosimile che i decemviri, in quella parsimonia di leggi propria delle prime repubbliche, avessero pensato ai mostri naturali, che sono sì radi, che le cose rade in natura si dicono mostri... talché, questi dovettero essere i mostri detti prima e propriamente civili (d'un dei quali intese Panfilo, ove, venuto in falso sospetto che la donzella Filumena fosse gravida, dice... *aliquid monstri alunt* (Andria 1.5.15)) e così restaron detti nelle leggi romane”. Vico si rifà a Fabro: “come in ragione romana, all'osservare di Antonio Fabro nella Giurisprudenza papiniana, si dicono mostri i parti nati da meretrice, perc'hanno natura d'uomini insieme, e proprietà di bestie d'esser nati da' vagabondi, o sieno incerti concubiti; i quali truoveremo esser i mostri, i quali la legge delle XII Tavole (nati da donna onesta senza la solennità delle nozze) comandava che si gittassero in Tevere”, ma, come è noto, non esiste in Fabro alcun riferimento del genere. Vico aveva letto una allegazione dell'avvocato Domenico Caravita, nella quale questi citava erroneamente Fabro.

della trattazione originaria²³: non sono figli²⁴ coloro che sono stati procreati *converso more* con forma contraria al genere umano, come se una donna abbia partorito qualcosa di mostruoso o prodigioso, mentre il parto che abbia aumentato (per le *Pauli Sententiae* duplicato) gli *officia* delle membra umane sembra entro certi limiti (*aliquatenus*) generato, e può essere computato tra i figli. Accolgono, pertanto, l'opinione di Paolo secondo cui i *monstra* e *prodigia* non sono figli, formulata per il problema specifico del senatoconsulto *Tertullianum*, e la inseriscono, facendola diventare una regola generale, nel titolo *de statu hominum* con D. 1.5.14, in cui, oltre all'eliminazione di *nihil proficit* e *matri prodesse placuit*, troviamo *qui membrorum humanorum officia ampliavit* al posto di *qui membrorum humanorum officia duplicavit*. Se il verbo *duplicavit*²⁵ utilizzato nelle

²³ Vedi L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, Cortona, 1931, p. 143 nt. 3: «a fine legislativo, i compilatori invertono l'ordine della trattazione originaria, così che quanto era quivi motivazione diventa regola generale, e semplice esempio, invece, il caso concreto su cui il testo era imperniato»; Id., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, Torino, 2018, p. 105 s.: «si noti come i compilatori con lievi ritocchi mutino il riferimento del testo: anteponendo quello che in Paolo era motivazione, formulano una norma generale».

²⁴ G. TROMBETTA, *Brevi note ricostruttive del regime giuridico dei monstra vel prodigia secondo le fonti romane*, in *Filodiritto* 2010, sembra intendere il termine *liberi* come liberi e non come figli: «con riguardo a D. 1.5.14 (*Paul. 4 sent.*), si scorge che per Paolo i *monstra vel prodigia* non dovessero neppure considerarsi liberi; e non sfugge che egli adotta, riferendosi a costoro, il neutro *aliquid*, quasi si trattasse di *res*».

²⁵ Per parte della dottrina, forse Paolo con la *membrorum duplicatio* intendeva riferirsi in particolare agli ermafroditi, ai suoi tempi considerati ormai persone, tanto che si discuteva solo sul sesso prevalente, se dovessero, cioè, essere considerati uomini o donne: D. 22.5.15.1 (*Paul. 3 sent.*): *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit*, D. 1.5.10 (*Ulp. 1 ad Sab.*): *Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet*, D. 28.2.6.2 (*Ulp. 3 ad Sab.*): *Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituere poterit*. Per L. FRANCHINI, *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, in *TSDP* 9, 2016, p. 26 ss., se in D. 1.5.10 Ulpiano adotta il criterio della prevalenza, senza specificare esattamente in cosa consista, e in D. 28.2.6.2 fa proprio un criterio ancora diverso perché implicante la *potentia generandi*, in D. 22.5.15.1 Paolo af-

Pauli Sententiae sembra significare a prima vista raddoppiare, l'espressione, sicuramente non felice, non può essere intesa che come accrescere, ampliare, altrimenti dovremmo pensare che per Paolo sarebbero esclusi dal novero dei *monstra et prodigia* e considerati figli solo i nati con membra raddoppiate e non i nati che presentano un numero di membra diverso dal normale, ma inferiore o superiore alla *duplicatio*. Anche intendendo *duplicare* come ampliare, accrescere, rimane, peraltro, il problema di quali casi vi siano ricompresi: se sicuramente è compreso il caso del nato con sei dita, esempio riportato in uno scolio dei Basilici²⁶, caso nel quale indiscutibilmente il nato non appare procreato *contra formam humani generis*, penso che vi debbano essere compresi anche i casi di *deminutio di membra* nonché il caso in cui, senza esservi *ampliatio*, è presente una parte del corpo contraria alla natura, caso cui si fa riferimento in

D. 50.16.38 (Ulp. 25 *ad ed.*): '*Ostentum*' *Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae natura contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant*²⁷.

ferma che l'ermafrodito potrà fungere da testimone se sia in grado di avere un'erezione.

²⁶ Sch. a Bas. 46.1.11 (Heimb. IV.549): *Non sunt liberi, qui contra naturam nascuntur monstri. Quibus autem membra abundant, liberi sunt. Non sunt liberi] Qui contra communem et consuetam humanae formae et naturae figuram nascuntur, non censentur liberi, neque sunt in potestate parentum suorum: ut puta si monstrosus aut prodigiosus mulier ediderit.... Partus tamen, qui humanorum membrorum officia ampliavit, hoc est, si partus aliquid amplius habeat, nec ei quid desit humanae naturae, (quid enim si sex digitos habeat?) hic nec monstrosus, nec prodigiosus est: sed cum partus perfectus secundum naturae fines editus esse videatur, inter liberos legitimos patris sui ponitur.*

²⁷ Secondo D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 2, Napoli, 1984, pp. 519 ss., in part. p. 527, il primo esempio fatto da Ulpiano in D. 50.16.38 per Paolo avrebbe potuto essere un caso di *ampliatio membrorum*. Per TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, cit., p. 89, seguita da A. PALMA, *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP* 7, 2014, p. 30, la distinzione presente nei passi di provenienza paolina trova corrispondenza con la distinzione fra i *duo genera ostentorum* che si incontra in D. 50.16.38. Anche

Labeone, riferisce Ulpiano nel 25° dei suoi libri *ad edictum*, secondo Lenel relativo ai seppellimenti, definisce *ostentum* – termine che non troviamo in altre fonti giuridiche – tutto quanto generato e fatto contro la natura di qualunque cosa (*contra naturam cuiusque rei*). La successiva specificazione degli *ostenta* in due *genera* distingue tra qualcosa nato con tre mani o tre piedi o con qualche altra parte del corpo contraria alla natura, e l'apparizione di qualcosa di prodigioso, cose che i Greci chiamano *φαντάσματα*.

La maggior parte della dottrina dà per scontato che la distinzione dei due tipi di *ostenta* in D. 50.16.38 sia di Ulpiano. Ma mentre la prima frase – è *ostentum* tutto quanto generato e fatto contro la natura di qualunque cosa – riporta, come Ulpiano afferma espressamente, il pensiero di Labeone, non mi pare certo che la seconda, da *duo genera autem sunt ostentorum*, sia di Ulpiano²⁸, in quanto po-

al giurista di Tiro sarebbe stata dunque ben chiara la diversa immagine fra il nato con conformazione fisica *contra naturam* (coincidente con l'evocazione paolina del *membra humanarum officia duplicare*) anche nell'esempio addotto, relativo alla creatura munita di *tres manus forte aut pedes*, e l'essere *prodigosum*.

²⁸ Per IMPALLOMENI, *In tema*, cit., p. 119, Ulpiano distingueva fra due generi di *ostenta* perché, con ogni verosimiglianza, negava la religiosità del sepolcro quando l'*ostentum* era identificabile con il *prodigium*, mentre, forse in contrasto con Labeone, potrebbe averla ammessa trattandosi dell'altro tipo di *ostentum*, cioè dell'essere affetto da mere particolarità innaturali, al quale Ulpiano avrebbe nondimeno riconosciuta la personalità. Secondo DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, cit., p. 527 e ivi nt. 19, dopo la definizione di Labeone il discorso prosegue con un'ulteriore specificazione da attribuire a Ulpiano. Per L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi - L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, p. 396 ss. (vedi anche EAD., *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur*, in *Individui e res publica. Dall'esperienza giuridica romana alle concezioni contemporanee. Il problema della persona*, a cura di L. Monaco - O. Sacchi, Napoli, 2017, p. 351 ss.), nel riportare la posizione di Labeone, Ulpiano avrebbe aggiunto tutta la parte da *duo genera autem sunt ostentorum a vocant*; per TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, cit., p. 94 s., nel parere di Ulpiano si può cogliere un'implicita critica al concetto di *ostentum* inteso in modo onnicomprensivo da Labeone; il giurista severiano sosterebbe l'esigenza di distinguere all'interno di esso i due diversi fenomeni richiamati. Ove, infatti, la distinzione operata si intendesse volta a contrapporre due nozioni di segno opposto allo scopo di precisarne i limiti, *ostentum* verrebbe ad avere, nel campo delle malformazioni neonatali, un significato di carattere nefasto, assimilabile a quello di *monstrum*: il neonato *ostentum* non avrebbe potuto, dunque, essere ritenuto *homo*, in quanto carente di forma umana. Sarebbe verosi-

trebbe appartenere allo stesso Labeone, soprattutto per la chiusa *quae Graeci φαντάσματα vocant*, che ricorda il *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* di D. 50.16.19 e il *quam Graeci κατοχήν dicunt* di D. 41.2.1pr., anche se almeno l'espressione terminologica, come osserva il Talamanca²⁹, potrebbe essere di Ulpiano.

Sia che riteniamo la seconda parte di Labeone, sia che la riteniamo di Ulpiano, occorre, innanzitutto chiarire se riprenda, sviluppandola, l'antitesi *genitum-factum*³⁰.

Se, da un lato, la distinzione tra *genitum* e *factum* potrebbe far pensare che nel primo *genus* rientrino i parti e nel secondo i prodigi relativi a cose inanimate³¹, la circostanza che tra i *φαντάσματα* possano rientrare, invece, anche i parti prodigiosi sembra avvalorata dalla circostanza che D. 50.16.38 è tratto dal 25° libro *ad edictum* di Ulpiano dedicato ai seppellimenti, e Ulpiano poteva avere un giusti-

mile pensare, ad avviso dell'autrice, che il riferirsi al tipo di alterazioni anatomiche considerate (*tribus manibus forte aut pedibus*) abbia in Ulpiano l'intendimento di escludere dall'ambito degli *ostenta* non qualificabili come *homines* i soggetti afflitti da gravi malformazioni *contra naturam*, ma non qualificabili come *prodigia*. M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo 1, Pisa, 2015, p. 5 ss., in part. p. 15 nt. 31, ritiene che Ulpiano riprenda la definizione labeoniana di *ostenta*, individuando poi due *species*.

²⁹ Per M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano* 2, Roma, 1977, p. 3 ss., in part. p. 217 e ivi nt. 614, una classificazione in *genera* degli *ostenta* è forse da attribuire a Labeone sulla base di D. 50.16.38, dove, però, se non la distinzione, almeno la sua espressione terminologica potrebbe essere di Ulpiano: «si noti, soprattutto, il passaggio dal discorso indiretto, riferente, al discorso diretto (*Ostentum Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum*)».

³⁰ Si veda DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, cit., p. 527 s. Per A. ALEMÁN MONTERREAL, *Precisiones terminológicas sobre ostentum. D. 50.16.38 (Ulpianus libro 25 ad edictum)*, in *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, a cura di P. Resina Sola, Almería, 2012, p. 49 ss., in part. p. 62, «el problema fundamental entiende Dalla reside en determinar si el segundo de los géneros, el evento prodigioso, se equipara o se incluye en el *factum* de la definición de Labeón, o si por el contrario, se excluye ante su consideración de evento extraordinario, de algo que está totalmente fuera de la naturaleza humana. En definitiva, en determinar si Ulpiano desarrolla la noción de Labeón sobre la antítesis *genitum-factum*, o por contra, distingue entre el *monstrum* y el *prodigium* en el ámbito del *contra naturam genitus*».

³¹ Si veda G. LANFRANCHI, *v. Ostentum*, in *NNDI* 12, Torino, 1965, p. 262 s.

ficato interesse a definire l'*ostentum* nel libro 25° (solo) per risolvere il problema della natura giuridica del luogo di sepoltura. Pur essendo difficile stabilire esattamente in che funzione sia stata elaborata da Labeone la definizione di *ostentum*³², occorre ricordare che per il Lenel³³ la discussione verteva proprio sulla circostanza che il seppellimento dell'*ostentum* in un fondo lo rendesse o meno luogo religioso. Se si stava trattando dei seppellimenti, sembra plausibile che nel secondo *genus* di *ostenta* fossero compresi anche i parti prodigiosi. È di questa idea, di recente, la Padovan³⁴, sulla base del pronome relativo utilizzato *quae* (*Graeci φαντάσματα vocant*), e del plurale *φαντάσματα*. Il genere neutro e l'accusativo plurale del pronome potrebbero ricordarsi esclusivamente, secondo l'autrice, a *duo genera... ostentorum*, e non solo al secondo. Se la proposizione relativa fosse riferita solo al secondo *genus* di *ostenta*, certamente il pronome avrebbe dovuto essere, a suo avviso, *quod*³⁵, e il termine greco avrebbe mantenuto il singolare *φάντασμα*. Pur non apparendo forse decisiva la tesi della Padovan, in quanto *quae Graeci φαντάσματα vocant* potrebbe essere tradotto come «cose che i greci chiamano *φαντάσματα*», senza necessità di riferirlo necessariamente a entrambi i *genera* di *ostenta*, sembra comunque probabile che nel secondo tipo di *ostenta* fossero compresi anche quei parti prodigiosi che presenta-

³² In tal senso R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 146 s.

³³ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* 2, Lipsia, 1889, p. 560 s.: *locus in quo ostentum sepelitur religiosus non fit*. Per A. ALLÉLY, *Les enfants malformés et considérés comme prodigia à Rome et en Italie sous la République*, in REA 105, 1, 2003, p. 127 ss.; *Les enfants malformés et handicapés à Rome sous le Principat*, in REA 106, 1, 2004, p. 77 ss., la soluzione potrebbe essere diversa da quella suggerita dal Lenel. Di recente PADOVAN, *Nascita*, cit., p. 31 ss., ritiene che l'inumazione avrebbe conferito religiosità al *locus* qualora si trattasse di un corpo umano rientrante nel primo *genus* di *ostenta*, mentre il secondo *genus* – l'essere bestiale, il *prodigium* – mancando totalmente di sembianze umane, non avrebbe reso religioso il luogo.

³⁴ PADOVAN, *Nascita*, cit., p. 31 ss.

³⁵ Vedi però Bas. 2.2.36 (Heimb. I.44): *Ostentum Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo autem genera ostentorum sunt, unum, quoties quid tribus manibus forte aut pedibus aut alia quadam parte corporis contra naturam formata: alterum autem, quum quid prodigiosum est, quod Graeci φαντάσματα vocant.*

vano le anomalie più gravi. Nel primo genere di *ostentum*, riferito a quanto generato, si prende, infatti, in considerazione il nato con tre mani e con tre piedi o con qualche altra parte del corpo contraria alla natura, categoria che non presenta anomalie tali da rendere il parto *prodigiosum*. Possiamo notare, inoltre, che anche Livio e Giulio Ossequente usano il termine *prodigium* come un termine generale che comprende sia avvenimenti soprannaturali, sia la nascita di bambini e animali gravemente deformati³⁶. Tali bambini, considerati appunto *prodigia*, non venivano con tutta probabilità considerati figli, mentre potevano esserlo, così come per Paolo, quelli che presentavano anomalie minori.

3. Non aiuta a dissipare i dubbi un noto passo di Ulpiano collocato dai giustinianeî nel titolo *de verborum significatione*:

³⁶Liv. XXVII.11: *Prodigia quoque priusquam ab urbe consules proficiscerentur procurari placuit... Et Priverni satis constabat bovem locutum volturiumque frequenti foro in tabernam devolasse, et Sinuessae natum ambiguo inter marem ac feminam sexu infantem, quos androgynos vulgus, ut pleraque, faciliore ad duplicanda verba Graeco sermone appellat, et lacte pluvisse et cum elephanti capite puerum natum; XXXI.12: Foeda omnia et deformia errantisque in alienos fetus naturae visa: ante omnia abominati semimares iussique in mare extemplo deportari, sicut proxime C. Claudio M. Livio consulibus deportatus similis prodigii fetus erat; XXXIV.45: Nuntiatum est Nare amni lac fluxisse, pueros ingenuos Arimini sine oculis ac naso et in Piceno agro non pedes, non manus habentem natum. Ea prodigia ex pontificum decreto procurata; XXXV.21: Priusquam consul praetoresque in provincias proficiscerentur, supplicatio fuit prodigiorum causa. Capram sex haedos uno fetu edidisse ex Piceno nuntiatum est et Arreti puerum natum unimanum, Amiterni terra pluvisse; G. Ossequente, *Prodigiorum liber I*: Iunonis Lucinae templum fulmine ictum ita, ut fastigium valvaeque deformarentur... Mula Reate peperit; 3: Sacrum novemdiale factum, quod in Piceno lapidibus pluit ignesque caelestes multifariam orti levi afflatu complurium vestimenta adusserunt. Aedes Iovis in Capitolio fulmine icta. In Umbria semimas duodecim ferme annorum inventus aruspicumque iussu necatus; 5: Procellosa tempestas strage in urbe facta signa aenea in Capitolio deiecit, signa in circo maximo cum columnis evertit, fastigia templorum aliquot a culmine abrupta dissipavit. Mulus tripes Reate natus; 12: In Campania multis locis terra pluit. In Praenestino cruenti ceciderunt imbres... Teani Sidicini puer cum quattuor manibus et totidem pedibus natus; 14: Capuae nocte sol visus. In agro Stellati fulgure vervecum de grege pars exanimata. Terracinae pueri trigemini nati... Priverni puella sine manu nata... Caere porcus humanis manibus et pedibus natus, et pueri quadrupedes et quadrumanes nati; 15: Anagninae caelum nocte arsit. Fulmine pleraque decussa. Frusinone bos locutus. Reale mulus tripes natus; 20: Amiterni puer tribus pedibus, una manu natus. Romae et circa fulmine pleraque icta.*

D. 50.16.135 (Ulp. 4 ad l. Iul. et Pap.): *Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*³⁷.

Per Ulpiano sia il parto portentoso, sia quello mostruoso, sia quello *debilis*, sia quello che presenta qualcosa di nuovo nell'aspetto o nel vagito, *non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis*, giovano alla madre ai fini della *lex Iulia et Papia*.

La dottrina più risalente, ritenendo il passo in contrasto con D. 1.5.14, aveva supposto un'interpolazione di D. 50.16.135 o da *et magis* alla fine³⁸, o da *neque* a *debet*³⁹; l'ipotesi sembra, però, difficil-

³⁷ Bas. 2.2.130 (Schelt. AI. 37): Τὸ τικτόμενον τεράστιον συμβάλλεται τοῖς γονεῦσι, (Heimb. I.52): *Partus portentosus parentibus prodest*.

³⁸ B. KÜBLER, *Über das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter*, in ZSS 30, 1909, p. 154 ss., in part. p. 159 s., aveva ritenuto D. 50.16.135 interpolato da *et magis* a *debet*, con particolare riguardo a *qualiter* e *damnum iniungere* (vedi anche E. ALBERTARIO, Rec. a KÜBLER, *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, tom. V fasc. III, in BIDR 40, 1932, p. 245 ss., in part. p. 250, che concorda con l'interpolazione e pone in evidenza che il termine *statutum* come sostantivo non si trova in altri testi, e quindi non sarebbe classico). Per GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., p. 270, non sarebbe classica la parte da *et magis* alla fine. L'autore ritiene probabile che i giuristi classici siano stati rigorosi nel negare anche ai mostri ogni considerazione ai fini della soggettività, mentre in diritto postclassico si sarebbe fatta luce una tendenza largheggiante, almeno nel senso che anche i figli mostruosi potessero far numero con gli altri figli per il riconoscimento alla madre del *ius liberorum*.

³⁹ Così D. DALLA, *D. 50.16.135: sui perché di una lex specialis*, in *Studi M. Talamanca* 2, Napoli, 2001, p. 341 ss., per il quale con la frase *neque... debet*, qualcuno, avendo presente il disposto delle Istituzioni sull'adozione muliebre, potrebbe aver voluto ricordare che la più benevola interpretazione poteva tornare a vantaggio della madre, collegando così le Istituzioni al materiale giurisprudenziale. D. 50.16.135 offrirebbe, accanto a un principio generale e astratto, la legittimazione per una benevola soluzione in alcune situazioni concrete, tra cui, nuova e presente ai Compilatori, quella che consente *ex indulgentia principis* alla donna di adottare (I. 1.11.10), ma purché sia stata madre e i suoi figli siano morti. A questo presupposto, osserva il Dalla, può ben adattarsi il caso della donna che abbia generato un essere affetto da gravi deformità, evento che ha nella consequenziale morte, se non

mente condivisibile, perché i Compilatori, che accolsero il principio espresso da Paolo, non avrebbero avuto alcun motivo di interpolare in senso contrario il passo di Ulpiano, considerando anche che in diritto giustiniano erano ormai scomparsi sia il *ius liberorum* sia il *senatusconsultum Tertullianum*. Il passo, pur mostrando, indubbiamente, qualche menda formale, perché si riferisce prima alla madre, poi a entrambi i genitori, poi nuovamente alla sola madre⁴⁰, sembra difficilmente interpolato, anche se non si può escludere che sia stato accorciato.

Sembra pensare a un accorciamento il Dalla⁴¹, per il quale nel caso del nato con aspetto *magis animalis quam hominis* si esce dai limiti dell'anormalità di un essere umano per entrare nel campo in cui la teratologia, e particolarmente agli occhi degli antichi, varca i confini dello straordinario, e quindi non può che richiamare il *prodigium* di D. 50.16.38, ma se anche Ulpiano aveva la consapevolezza di fenomeni diversi, la soluzione di D. 50.16.135 non appare, per l'autore, in regola con le premesse. Il pensiero di Ulpiano in sé considerato avrebbe, infatti, dovuto portare a un distinguo che nel passo non si trova; la soluzione prospettata doveva, dunque, per il Dalla, essere diversa e maggiormente articolata, come suggerirebbe anche l'inclusione del passo nel *de significatione verborum*, in cui di regola i frammenti illustrano la portata di un vocabolo, mentre in D. 50.16.135 non troviamo traccia di significati di termini, né di distinzioni indotte da qualche vocabolo, il che può far supporre che il passo, se sotto questo profilo ha attirato in origine l'attenzione dei Compilatori, abbia poi subito una compressione.

eliminazione, dell'individuo, il suo normale esito. L'autore rileva nel passo la presenza di due nuclei in qualche modo separati: da una parte la frase che termina con *ediderit* e che ricomprende il parto portentoso, mostruoso, debole, e dall'altra la fattispecie più distinta dalla normalità in cui il nato prende fattezze e attributi in contrasto con la natura umana. Non concorda con Dalla ALEMÁN MONTERREAL, *Precisiones*, cit., p. 56 s., nel ritenere la presenza di due nuclei separati nel testo, «uno, que comprende el parto portentoso, monstruoso y débil – la frase que termina con *ediderit* –, y otra, que sin especificar, entiende comprensiva de aquellos casos anormales que alejan la forma humana en el nacido; dicotomía que igualmente constata Paulo en sus *Sententiae* 4.9.3 y en D. 1.5.14 entre lo *monstruosum* y lo *prodigiosum*».

⁴⁰ Vedi IMPALLOMENE, *In tema*, cit., p. 109 s.

⁴¹ DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, cit., p. 529.

La dottrina più recente⁴² non nega una diversità di opinioni fra Paolo e Ulpiano, che non verterebbe però sullo *status* del deforme, ma sulla sua computabilità ai fini dei benefici per la madre: così per la Monaco⁴³, che aderisce a una tesi avanzata dall'Astolfi, Ulpiano, a differenza di Paolo, avrebbe sostenuto un criterio che non faceva coincidere *status* e benefici⁴⁴; secondo la Padovan⁴⁵, ai fini della concessione dei vantaggi augustei, per Ulpiano era sufficiente che fosse stata portata a termine la gravidanza; per la Terreni⁴⁶ D. 50.16.135.1 potrebbe riflettere una concezione orientata a salvaguardare, a favore della donna, i benefici derivanti dalla procreazione, almeno nei limiti in cui il nato presentasse pur minoritarie caratteristiche umane⁴⁷.

⁴² MONACO, *Percezione sociale*, cit., p. 412; TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, cit., p. 90 ss.; PALMA, *Il nascituro*, cit., p. 1 ss.; PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, cit., p. 5 ss.

⁴³ Per MONACO, *Percezione sociale*, cit., p. 413, la diversità delle posizioni dei due giuristi si attenua perché nella categoria dei *monstra* di Ulpiano rientrano casi che per Paolo sarebbero di *duplicatio membranorum*.

⁴⁴ Per IMPALLOMENI, *In tema*, cit., p. 118, dal momento che il senatoconsulto Tertulliano vuole essere favorevole alla donna, difficilmente avrebbe aggravato a suo danno le regole in tema di *ius liberorum*, rispetto ai principi già da tempo sanzionati dalla legge *Iulia et Papia*.

⁴⁵ PADOVAN, *Nascita*, cit., p. 19. Ritiene convincenti le conclusioni raggiunte dalla Padovan circa la possibilità di considerare reciprocamente sovrapponibili o almeno compatibili le opinioni di Paolo e Ulpiano. L. FRANCHINI, *Lo status dell'ermafrodita*, cit., p. 23 nt. 55.

⁴⁶ Per TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, cit., p. 88 ss., il fatto che in D. 50.16.135 manchi la distinzione fra i due tipi di *ostenta* presente in D. 50.16.38 e si faccia riferimento ad un soggetto indicato come *portentosum vel monstrosum* ma anche caratterizzato da figura *magis animalis quam hominis*, mostrerebbe che la distinzione tra le due immagini non si presentava ancora, non solo in epoca classica ma anche in quella della redazione del *Corpus Iuris*, nella forma netta che assumerà in prosieguo di tempo. L'autrice pensa ad una matrice eventualmente classica assoggettata in seguito ad una compressione e sottoposta alle due modifiche relative l'una alla menzione dei *parentes* anziché della sola madre e l'altra all'aggiunta della chiusa *neque debet*, accompagnata con probabilità, da un rimaneggiamento del precedente *et magis... obtemperaverint*.

⁴⁷ Secondo PALMA, *Il nascituro*, cit., p. 28 ss., da D. 50.16.135 potrebbe trarsi una sola conclusione sicura, cioè l'intento giustiniano di tenere ferma la non valutabilità come *liberi* dei nati privi di fattezze umane, ma di realizzare una politica di

Sia la Monaco sia la Padovan sia la Terreni ritengono, dunque, che Ulpiano si riferisca, ai sensi della *lex Iulia et Papia*, solo a benefici per la madre; in tal caso rimarrebbe però da chiarire perché per Paolo, che si occupa dei benefici del Tertulliano, tali nascite siano, invece, indifferenti, dal momento che difficilmente l'essere con aspetto più da animale che da uomo, *non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis*, di cui parla Ulpiano in D. 50.16.135 può non essere compreso fra i nati *contra formam generis humani*, di cui parla Paolo⁴⁸.

Vale, forse, la pena di ricordare un'ipotesi prospettata secoli fa dal Savigny⁹, che distingueva le esenzioni da pene per la mancanza di figli, come il diritto di acquistare le eredità testamentarie per la *lex Iulia et Papia* se la donna aveva partorito tre o quattro figli (incapacità che sarebbe una pena, perché prima della *lex Iulia* la capacità delle donne non era stata soggetta da questo lato a nessuna limitazione), dai premi per la procreazione di figli, come l'acquisto dell'*hereditas* del figlio secondo il senatoconsulto *Tertullianum*: poiché le pene hanno sempre qualcosa di odioso, si sarebbe cercato di limitarle ogni volta che le parole della legge lo permettevano. La *lex Iulia et Papia*, se pure non fu la prima, come afferma il Savigny, a porre limiti alla capacità delle donne di ereditare⁵⁰, stabilì sicuramente, oltre ai benefici, anche una serie di limitazioni per i celibi e per gli *orbi*: mi pare, pertanto, che nel caso del senatoconsulto *Tertullianum* si

benevola apertura nei confronti, perlomeno, della madre. Paolo e Ulpiano, per l'autore, sostanzialmente non divergono e la distinzione tra *prodigium ostentum monstrum* da un lato e anomalie fisiche dall'altro è, a suo avviso, classica ma non priva di qualche plausibile zona d'ombra.

⁴⁸ Vedi DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, cit., p. 525, il quale ritiene il contrasto tra Paolo e Ulpiano totale, dal momento che Ulpiano avrebbe sostenuto che praticamente qualunque nascita, anche oltre i limiti della natura umana, giova alla donna ai fini del computo, per la *lex Iulia et Papia*, dei figli.

⁴⁹ SAVIGNY, *System*, 2, cit., p. 4 ss.

⁵⁰ Osserva V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale 2* (trad. it. di *System des heutigen Römischen Rechts 2*), Torino, 1888, p. 5 nt. d, che forse il Savigny doveva dire prima della *lex Voconia* invece che prima della *lex Iulia*. L'errore si spiega facilmente, secondo lo Scialoja, se pensiamo che l'argomento principale, che l'autore aveva in mente, era l'esenzione dalla incapacità in forza del *ius liberorum* stabilito dalla *lex Iulia*.

possa parlare, con termini moderni, di legislazione premiale, ma nel caso della *lex Iulia*, come correttamente osserva il Savigny, non si può negare anche una componente sanzionatoria⁵¹.

Se pure l'ottica argomentativa di Ulpiano appare diversa da quella di Paolo, in quanto prescinde dalla circostanza che *monstra* e *prodigia* siano considerati *liberi*⁵², il contrasto, difficilmente risolvibile, è dato dal fatto che Ulpiano considera utile alla madre, ai fini della *lex Iulia et Papia*, colui che ha l'aspetto *magis animalis quam hominis* mentre Paolo considera il nato *contra forma humani generis* non utile ai fini del senatoconsulto Tertulliano⁵³.

Ulpiano sembra riferirsi esclusivamente al fatto del parto, indipendentemente dal risultato; tutte le categorie elencate giovano comunque ai genitori, in quanto le pene della *lex Iulia et Papia* sono dovute alla *ratio* di indurre a procreare: quando è stato fatto tutto il possibile, ma la fatalità ha voluto che nascesse un *monstrum*, questo non deve andare a danno dei genitori, perché non può essere loro imputato il fatto di non aver rispettato le leggi, *nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt*. La na-

⁵¹ Più di recente un'altra spiegazione è stata offerta dal Dalla, il quale avanza l'ipotesi che Paolo potrebbe aver adoperato maggiore severità nell'interpretazione del Tertulliano, in quanto in questo caso poteva crearsi un conflitto tra la madre e le attese del gruppo agnatizio.

⁵² Per B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 13, il doloroso fenomeno dei parti deformati dava luogo a soluzioni giuridiche divergenti. In certi casi il nato deforme fu ritenuto persona – P.S. 4.9.4, D. 50.16.135, D. 28.2.12.1 –; in altri casi, quando fu giudicato *contra formam humani generis*, si escluse il suo rilievo come persona. M. BRUTTI, *Diritto privato romano*³, Torino, 2015, p. 102, ritiene si possa osservare una diversità di valutazioni tra Paolo e Ulpiano: secondo Paolo, il criterio di distinzione tra chi è persona e chi non lo è va ricercato nella forma del corpo e nelle sue condizioni fisiche (il nato che abbia membra umane ma con funzioni alterate), Ulpiano invece, pur accettando la durezza della discriminazione dei deformati, ne definisce la condizione con uno sguardo che va oltre l'apparenza del corpo.

⁵³ Secondo DALLA, *D. 50,16,135*, cit., p. 343 ss., la compresenza nel Digesto di D. 1.5.14 e D. 50.16.135 appare voluta: le affermazioni non sono occasionali, ma scaturiscono da frammenti collocati in luoghi e contesti chiave. I Compilatori avrebbero fissato una regola nel *de statu hominum* con D. 1.5.14, ma avrebbero lasciato aperta un'altra via con D. 50.16.135.

scita di un figlio deforme non è più vista come un segno che turba la *pax deorum*, come nei tempi antichi⁵⁴, ma come un evento dovuto alla fatalità⁵⁵.

Paolo sembra assumere una posizione più severa rispetto a Ulpiano anche in un passo (questa volta di commento alla *lex Iulia et Papia*) relativo alla possibilità di computare tra i figli anche il figlio nato con parto cesareo⁵⁶: la risposta è negativa perché il nato con parto cesareo non è stato partorito:

D. 50.16.132.1 (Paul. 3 *ad l. Iul. et Pap.*): *Falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est.*

Ulpiano, sempre in sede di commento alla *lex Iulia et Papia*, afferma, invece, che una donna può avere un figlio anche da morta, perché può partorire *exciso utero*:

D. 50.16.141 (Ulp. 8 *ad l. Iul. et Pap.*): *Etiam ea mulier cum moreretur creditur filium habere, quae exciso utero edere possit.*

⁵⁴ Il cambiamento rispetto all'epoca antica è evidente in un passo di Plinio, per il quale gli ermafroditi, che *olim* erano considerati *prodigia*, ai suoi tempi (*nunc*) erano considerati *delicia*: *Nat. hist.* 7.3.34: *Gignuntur et utriusque sexus quos hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis.* Per G. CRIFÒ, *Prodigium e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, 27, 1999, p. 113 ss., in part. p. 115, l'indicazione offerta da Plinio il Vecchio, nel suo contenuto più profondo in qualche modo segnalato anche dalla netta contrapposizione tra l'*olim* e il *nunc*, può essere intesa come espressione di un'accettata realtà e sta a misurare il cammino della ragione: ragione scientifica ma soprattutto ragione giuridica. Si veda anche un passo di Diodoro Siculo, che, riferendo di un ermafrodito scoperto da adulto e fatto bruciare vivo dal Senato, dissentiva da tale soluzione, in quanto l'ermafrodito era colpevole solo di essere affetto da una malattia: 32.12.2: *κατ'ἀρχὰς γοῦν τοῦ Μαρσικοῦ πολέμου πλησίον τῆς Ῥώμης οἰκοῦντά φασιν Ἰταλικόν, γεγαμηκότα παραπλήσιον τοῖς εἰρημένους ἀνδρόγυνον, προσαγγεῖλαι τῇ συγκλήτῳ, τὴν δὲ δεισιδαιμονήσασαν καὶ τοῖς ἀπὸ Τυρρηνίας ἱεροσκόποις πεισθεῖσαν ζῶντα προστάζει καῦσαι. τοῦτον μὲν οὖν ὁμοίας κεκοινωνηκότα φύσεως ἀλλ'οὐ πρὸς ἀλήθειαν τέρας γεγεννημένον, φασὶν ἀγνοία τῆς νόσου παρὰ τὸ προσῆκον ἀπολωλέναι.*

⁵⁵ Per A. MAIURI, *Enorme monstrum: deformità e diffinità nel mondo greco-romano*, in *Venuste Noster. Scritti offerti a L. Gamberale*, Hildesheim-Zürich-New York, 2012, p. 525 ss., i responsabili non sono i genitori ma la natura.

⁵⁶ Vedi in tal senso IMPALLOMENI, *In tema*, cit., p. 118.

Ancora Paolo, in sede di commento al senatoconsulto Tertuliano, ritiene che la donna che ha avuto tre figli con un solo parto non possa godere del *ius liberorum* perché non ha partorito tre volte:

P.S. 4.9.2 (*ad sc. Tert.*): *Quae semel uno partu tres filios edidit, ius liberorum non consequitur: non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur: nisi forte per intervalla pariat*⁵⁷.

Come osserva il Gandolfi, il tono risolutamente polemico del discorso di Paolo fa pensare che egli esprimesse il suo dissenso rispetto ad altri diversamente orientati quanto allo stesso problema; non si può escludere, a mio avviso, che anche rispetto alla considerazione del nato nel computo dei figli ai sensi della *lex Iulia et Papia* e del senatoconsulto Tertulliano esistessero diversi orientamenti giurisprudenziali, diverse sensibilità, come sembrerebbe mostrato anche dal *placuit* di P.S. 4.9.3: *matri prodesse placuit*.

Abstract

L'articolo intende contrastare la tesi della dottrina più recente secondo la quale non vi sarebbe contrasto tra l'affermazione di Paolo per cui "non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur" (D. 1.5.14) e l'affermazione di Ulpiano secondo cui il nato "non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis" (D. 50.16.135) giova alla madre.

The present contribution questions the claim, recently put forth in the literature, whereby there is no conflict between Paul's statement that "non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur" (D. 1.5.14) and one by Ulpian according to which the newborn "non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis" (D. 50.16.135) benefits the mother.

⁵⁷ Vedi però anche D. 50.16.137 (Paul. 2 l. *Iul. et Pap.*): "Ter enixa" videtur etiam quae trigeminos pepererit, in cui Paolo, se riteniamo il testo non interpolato, sostiene che ai fini della *lex Iulia et Papia* con l'espressione *ter enixa* si comprende anche chi ha avuto un parto trigemino.