

FABIO BOTTA

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano, Università di Cagliari

**“Nemica del marito, ostile alla natura”:
l'aborto entro e fuori il matrimonio negli ordinamenti
dell'Impero d'Oriente***

English title: “Her husband's foe, hostile to nature”. *Abortion within and out of Wedlock in the Laws of the Eastern Roman Empire*

DOI: 10.26350/18277942_000007

Sommario: 1. Premesse. 2. “*Maritum liberis fraudare*”. I giuristi classici e le forme dell'aborto illecito: a) l'aborto entro il matrimonio (il *repudium* come sanzione). 3. b) l'aborto durante e dopo il matrimonio (i Severi e la ‘pena’ criminale). 4. c) ... ma non fuori del matrimonio: *Pauli Sent.* 5,23,14 = D. 48,19,38,5. 5. ... e Ulp. (33 *ad ed.*) D. 48,8,8. 6. Giustiniano di fronte ai *κάνονες*: l'aborto tra lesione della “*spes filiorum*” e *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. 7. Dal *Corpus Iuris* ai *Basilici*: l'aborto fuori ed entro il matrimonio e l'*ἐμβρυοκτονία* come *φόνος*. 8. L'“anomalia” isaurica: *Ecl.* 17,36 e l'aborto (come *πορνεία*) fuori del matrimonio. 9. Conclusioni: l'aborto nel ‘sistema repressivo’ dell'Impero d'Oriente, tra pena pubblica e penitenza canonica.

1. Premesse

Il tema del procurato aborto, della sua rilevanza giuridica e della sua punibilità nella storia, presenta, quasi per definizione, aspetti di particolare delicatezza per le inferenze (o, talvolta, i pregiudizi) ideologici che inevitabilmente gli si connettono¹.

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*. Il titolo, traduzione libera dell'espressione “*ἄδικος καὶ περὶ τὸν ἄνδρα καὶ περὶ τὴν φύσιν*” con la quale nella *Nov.* 31 di Leone VI il Saggio si descrive colei che abortisce volontariamente, è scelto nella convinzione che essa riassume al meglio le ‘ragioni’ di chi ha voluto che quel fatto fosse ‘crimine’ da Caracalla ai Macedoni.

¹ Se il tema non può essere affrontato se non tenendo alla mano quella sorta di ‘enciclopedia’ (‘confusa’ forse, ma senza dubbio esaustiva e di enorme utilità: forse solo ora un po’ datata) dell'aborto nei diritti antichi che è la monografia di E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, Milano 1971 (che solo per mancanza di spazio ho citato con estrema parsimonia. Di E. Nardi, vd. altresì, *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, in *ANRW.*, vol. II/13, Berlin-New York 1980, pp. 366 ss.), ai fini di una prima ricognizione bibliografica, relativa soprattutto alle fonti di età severiana,

Proprio perciò le fonti che ci trasmettono la riflessione del pensiero giurisprudenziale e le determinazioni normative che riguardano il problema dell'interruzione volontaria della gravidanza si sono offerte spesso a interpretazioni sovrastrutturali, nelle quali talvolta si sovrappongono distorsioni esegetiche ad affermazioni volutamente o involontariamente forzate che spesso si traducono in quelli che sembrano malintesi sui testi e sui contesti in cui i primi vengono a inserirsi.

così come recepite nella Compilazione giustiniana - dato l'elevato numero e la diffusione dei prodotti editoriali sul tema -, sufficientemente affidabili, perché progressivamente aggiornati, risultano i numerosi contributi che, su quelle stesse fonti, con coerente fedeltà alla medesima linea interpretativa, ha prodotto M.V. Sanna, *Aborto (voce)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. I, Napoli 2009, pp. 20 ss.; Ead., *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI.*, 75, (2009), pp. 147 ss.; Ead., *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *Revista general de derecho romano*, 18, (2012), *ivi* anche Ead., *Ancora sul concepito*; Ead., *Spes nascendi - spes patris*, in *AUPA.*, 55, (2012), pp. 519 ss.; Ead., *Φάρμακα, medicamenta, pocula: il procurato aborto da una lex regia di Romolo a Giustiniano*, in *Annali Cagliari*, 62, (2009/2020), vol. I, Napoli 2020, pp. 685 ss. La studiosa annuncia ulteriori interventi sul tema. Di talché, per le finalità delle presenti note, alla precedente assai estesa letteratura farò ricorso solo quando strettamente funzionale all'argomentazione. Successivamente, tra gli altri, *adde*, (ma i contenuti tendono necessariamente ad essere conformi; gli andamenti espositivi e le argomentazioni fortemente assimilabili), D. Annunziata, *Il procurato aborto in diritto romano. Brevi cenni su D.48,8,8*, in *LR.*, 7, (2018); P.L. Carucci, *Sulla tutela del concepimento e della gioventù dalle origini al Principato. Principî e politiche*, in *TSDP.*, 11, (2018). *Contra*, invece, L. Di Pinto, *Procurato aborto nei giuristi severiani*, in *KOINΩNIA*, 37, (2013), pp. 317 ss. Ampia ricognizione di letteratura e analisi di maggior respiro sono in C. Terreni, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, pp. 271 ss. Ora anche Ead., *Il procurato aborto: ragioni di un'indagine romanistica e problematiche attuali*, in *Roma e America*, 40, (2019), pp. 433 ss. Ulteriore recentissimo ragguglio bibliografico in I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, pp. 320 ss.. Per tutto il resto rinvio ai saggi di Y. Thomas raccolti in *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris 2017, soprattutto le pp. 95 ss. (note alle pp. 245 ss.), ove i risultati raggiunti sono frutto di un pensiero che non necessita di aggettivi ma invece solo di riflessione. A quelle pagine, salutando l'annuncio di una loro prossima edizione in italiano, delego con fiducia il compito di rappresentare le mie opinioni qualora differissero da quelle da altri finora espresse sul generale tema della regolamentazione romana dell'interruzione volontaria della gravidanza. In quelle pagine, infatti, essa è da intendere indirizzata alla tutela, esclusivamente e solo, del «droit paternel» - quando vi è e perché vi è (o perché vi sarebbe stato), sulla 'persona' del nascituro e sul ventre della madre -, che è indubitabile struttura portante di una società (e di un diritto) patriarcale quale quello romano, ma che deve essere ormai interpretato non sempre e non solo come archetipico fondamento strutturale del dominio assoluto su cose e persone ma altresì - come perlopiù nei saggi raccolti ora in AA.VV., *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce 2019 - quale primario «criterio d'appartenenza» - rilevante quindi anche nella sua contingente assenza - e dunque come «relazione valoriale» tra gli individui che vi hanno parte, destinata in definitiva a ponderare la collocazione di quei soggetti in tutte le 'organizzazioni di gruppo' in cui si articola per intero e verticalmente il corpo sociale.

Malintesi ed equivoci in cui, mai forse come in questo caso, sono incorsi molti e anche grandissimi studiosi: sulla repressione dell'aborto nei sistemi romano e bizantino, come si vedrà, addirittura i massimi tra gli investigatori ottocenteschi, Mommsen² e Zachariä von Lingenthal³, influenzando in tal modo, e perciò a volte deviando o, all'inverso, suscitando, anche su quelle basi interpretative, il successivo dibattito.

Per questa ragione, intendo qui attenermi il più possibile ai testi, limitando allo stretto necessario quanto di ipotetico il rispetto dovuto alle fonti e la necessaria onestà nell'uso degli strumenti esegetici e interpretativi propri della nostra scienza legittimino.

2. “*Maritum liberis fraudare*”. I giuristi classici e le forme dell'aborto illecito: a) l'aborto entro il matrimonio (il *repudium* come sanzione)

Può dunque dirsi, in estrema sintesi, che l'aborto volontario, in qualsiasi modo - violento o meno - procuratosi dalla donna, risulta nella storia del diritto a Roma, fino all'età severiana, esclusivamente quale causa di ripudio della moglie; o, perlomeno, può dirsi che non si è a conoscenza di fonti che né esplicitamente né implicitamente ci riferiscano di una repressione di quella condotta per mezzo di una pena pubblica.

È ben probabile quindi che il *repudium*, legittimo a fronte di quella condotta femminile, per gli effetti che sprigionava sulla sorte dei beni dotali autorizzando il marito all'esercizio di *retentiones*, fosse considerato sanzione più che sufficiente per la lesione della *spes mariti*, dell'aspettativa cioè dolosamente frustrata del marito ad avere figli dalla legittima consorte.

Di ciò si ha palese riscontro per mezzo di

Sch. Sin. 12.34 : [...] ὁμοίως καὶ ὁ Paulos βιβλίῳ ζ' τῶν *ad [S]abinum* τίτλῳ λγ'. ἐκεῖ πλατέως φησὶ περὶ τῆς ἀμβλωσάσης γυναικός, ὅτι ἢ ἄκοντος τοῦ ἀνδρὸς ἀμβλώσασα ζημιοῦται ἕκτη τῆς προικὸς ὡς τεκοῦσα. *et rell.*⁴

² Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 636 s.

³ K.E. Zachariä von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Berlin, 1892, 2a ed., p. 347 s.

⁴ *FIRA*. II², 646 s. ([...] *Similiter et Paulus libro VII ad Sabinum titulo XXXIII. Ibi enim late loquitur de muliere quae abortum fecit, quod si inuito uiro abortum fecerit, sexta dotis multatur, quasi peperit et rell.*)

Sebbene, dunque, l'aborto fosse in sé eticamente comunque e generalmente stigmatizzato (come l'intero complesso delle testimonianze di età romana segnalano⁵), costituendo per il diritto causa di imputabilità del *discidium* alla moglie quando commesso da costei *invito viro*, le ritenzioni esercitabili dal marito sulla dote di lei sembrerebbero comunque non essere imputate ai suoi *mores*. Non dunque per mezzo della *retentio propter mores* - almeno a seguire lo scoliaste di Ulpiano qui richiamante l'autorità di Paolo che di ciò avrebbe trattato *πλατέως* nel suo libro VII *ad Sabinum*⁶ - si sarebbe quantificata la sanzione patrimoniale irrogabile alla donna per il caso, ma per mezzo di quella *propter liberos* (come l'altra, anch'essa tuttavia esercitabile solo per *culpa* della *mulier*) nella misura di un sesto della dote e attraverso una *fictio* di equivalenza: *ὡς τεκοῦσα*, 'come se avesse partorito'.

Certo è dunque che tale sanzione veniva comminata alla ripudiata per un atto commesso durante il matrimonio. Dalla fonte non può, però, esplicitamente ricavarsi, né sappiamo *aliunde*, se il medesimo regime (o comunque una qualche sanzione) potesse applicarsi anche a colei che, già divorziata/ripudiata per altre cause - specie se divorziata consensualmente o addirittura per colpa del marito -, ledesse il medesimo diritto maritale liberandosi del feto concepito durante il matrimonio.

3. b) l'aborto durante e dopo il matrimonio (i Severi e la 'pena' criminale)

Di repressione penale dell'interruzione volontaria di gravidanza si ha notizia solo a partire da una costituzione di Settimio Severo e Caracalla richiamata da Marciano

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,*

e, in precedenza, con diversa formulazione, da Trifonino

D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab*

⁵ Vd. *infra* nt. 11.

⁶ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, (= *Pal.*), I, Lipsiae 1889, col. 1273 s. (= Paul., L. 1767): [*de iure dotium*].

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,

il quale ultimo riproduce con estrema precisione un passo della *pro Cluentio* (11,32) che è stato e continua a essere oggetto di un vivacissimo dibattito (sull'ambiente cui è da ascrivere il fatto narrato; sulla giurisdizione competente a conoscerne; sul diritto, dunque, applicato; sulla stessa fattispecie punita) rispetto al quale può solo qui dirsi che non permette comunque all'interprete, visti il contesto in cui la narrazione ciceroniana si colloca e la funzione che essa vi svolge con esplicita natura di *exemplum singulare*, di giungere alla conclusione di asseverare - nel diritto romano - come generale, fondata e diffusa, all'altezza temporale già dei primi anni 70 a.C., una prassi repressiva dell'illecito che vi si dice sanzionato quale *res capitalis*⁷.

Il rescritto severiano, d'altra parte, tenendo conto della giustapposizione/sovrapposizione dei contenuti che i due giuristi gli imputano, sembra tuttavia chiaro circa la descrizione della condotta punita e l'individuazione sia del soggetto autore del crimine, sia del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: per Marciano l'aborto punito con l'esilio (qui temporaneo; altrove, vedremo, perpetuo, con contraddizione tra le fonti che non mi sembra, allo stato, sanabile) è quello della donna sposata perché ha defraudato il marito dei figli. Trifonino che 'colora' il portato della costituzione con il richiamo ciceroniano (al fine, credo, di dare profondità storica e supporto 'culturale' a un'innovazione effettivamente fino ad allora estranea alla stessa mentalità romana⁸, ma anche andando perciò molto oltre il dettato

⁷ Per tutti e condivisibilmente D. Nörr, *Cicero-zitate bei den klassischen Juristen*, in *Ciceroniana 3, Atti del III Colloquium Tullianum*, 1978, pp. 122 ss. (ove precedente letteratura), per il quale (p. 125) trattasi qui di «peregrines Recht» (cfr. E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 221 s.), usato da Trifonino «vorbildlich». Per Nörr, infatti, il passo della *Pro Cluentio* sarebbe stato l'autorevole strumento utilizzato dal giurista, nella funzione di «Konsiliar des Septimius Severus» (richiamando Paul. 3 *decr.* D. 49,14,50: *Tryphonino suggerente*), al fine di influenzare l'inasprimento di regime disposto per l'illecito dagli imperatori attraverso il rescritto. *Contra*, reputando, senza altre prove né dimostrazioni, applicabile già in età ciceroniana la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* all'aborto procurato, P.L. Carucci, *Sulla tutela*, cit., p. 26.

⁸ Vd. nt. precedente e M. Wibier, *Cicero's Reception in the Juristic Tradition of the Early Empire*, in P. J. du Plessis (ed.), *Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the*

stesso del rescritto quanto alla pena irrogabile) specifica e chiarisce quale sia l'area dei soggetti punibili dalla prescrizione imperiale aggiungendo quello che sarebbe comunque un postulato logico della stessa anche nella formulazione marcianea (e che, visto l'oggetto *'de iure dotium'* del X libro delle *disputationes*, ausilia l'interprete nell'eventuale prova di chi potesse anche essere sanzionata patrimonialmente, per Trifonino, in ordine ai beni dotali⁹) ribadendo quale sia il bene giuridico tutelato dalla norma e cioè la *spes mariti*: è pertanto punita anche la divorziata che, abortendo volontariamente il frutto della disciolta unione coniugale, abbia sottratto comunque il figlio al padre ¹⁰.

Late Republic, Edimburgh 2017, p. 108: «not only did Tryphoninus apparently find no juristic authorities who had formulated a view in line with the rescript before, he referred to a peregrine (not Roman) case found in a by-then centuries-old courtroom speech. That is to say, the reference to Cicero must have served to create some sort of precedent or parallel for the opinion expressed in the rescript, and we should note that Tryphoninus apparently considered Cicero sufficiently authoritative as to make the rescript more palatable to a wider juristic audience».

⁹ *Pal.*, II, col. 365 (= Tryph. L. 40). Vd. altresì, *ivi*, nt. 1 e col. 364 nt. 3 ove il passo è riferito al tema della *retentio propter liberos*.

¹⁰ Che costei non dovesse perciò sentire particolare 'amicizia' per l'ex marito è, direi, *in re ipsa*, tant'è che la figura di 'nemica' del marito per la moglie che abortisce volontariamente il figlio legittimo è utilizzata ancora da Leone VI in *Nov.* 31 (P. Noailles - A. Dain, *Les Nouvelles de Leon VI le Sage*, Paris 1944, p. 124 ss. = S. N. Troianos, *ΟΙ ΝΕΑΡΕΣ ΛΕΟΝΤΟΣ ΣΤΟΥ ΣΟΦΟΥ*, Athena 2007, p. 128 s.). Tuttavia in *Eisag.* 21,4, (*JGR.* II, 301) l'inimicizia tra i coniugi è rappresentata come causa di divorzio consensuale (cfr. L. Burgmann, *Eine Novelle zur Scheidungsrecht*, in *FM.*, 4, [1981], pp. 107 ss.; ma vd. ora F. GORIA, *Le Novelle giustinianee e l'Eisagoge*, in L. Loschiavo - G. Mancini - C. Vano [curr.], *Novellae Constitutiones. L'ultima legislazione di Giustiniano tra Oriente e Occidente da Triboniano a Savigny*, Napoli 2011, p. 79 e ntt.). Pertanto, scambiare, come è stato ellitticamente suggerito, l'aggettivo *inimicus* presente in Trifonino per un ulteriore elemento della fattispecie punibile mi sembra sinceramente eccessivo, per di più se si considera che *inimicus* è definito, dallo stesso Tryph. (11 *disp.*) D.23,3,78,2, il marito divorziato al quale l'ex moglie, proprietaria del fondo, richiede con l'*actio rei uxoriae* la restituzione/rinuncia dell'usufrutto istituito a suo vantaggio a titolo di dote, con un significato del termine, quindi, che può trovare un qualche senso anche nel contesto del frammento alla nostra attenzione. Nel medesimo contesto, però, può - ma con la piena coscienza di sforzare alquanto il testo - congetturarsi che l'espressione (considerando *inimicus maritus* non dativo ma ablativo assoluto) svolga, nel passo del giurista severiano, funzione analoga a quella che in *Sch. Sin.* 12,34 riveste il genitivo assoluto ἄκοντος τοῦ ἀνδρός: che manifesti cioè quel dissenso del titolare del diritto circa l'atto abortivo che rende questo pertanto illecito e punibile. Vien da notare, infatti, che è solo nello scolio sinaitico - e non nei (o negli altri?) frammenti giurisprudenziali utilizzati sul medesimo tema nella Compilazione - che esplicitamente si attribuisce valore al mancato consenso/dissenso del marito (o dell'ex marito) all'aborto del figlio legittimo quale elemento costitutivo dell'illecito. Quanto tale considerazione rafforzi la ricognizione dell'aborto punibile in età classica (o, comunque, 'precristiana') che qui si sostiene, credo possa valutarsi da un lato attraverso una riflessione di C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen zur Abtreibung in Byzanz*, in *JÖB.*, 35, (1985), p. 24, per i

4. c) ... ma non fuori del matrimonio: Pauli Sent. 5,23,14 = D. 48,19,38,5

Dunque, visto l'oggetto tutelato dalla norma incriminatrice e il dettato dei giuristi che la richiamano, alla luce della storia repressiva stessa dell'illecito come precedentemente regolato e punito, non può non dirsi che solo la donna sposata o la divorziata gravida del disciolto matrimonio è autrice del crimine in parola. Ergo, se questo fosse commesso da chiunque non rivestisse quegli *status* personali, l'illecito non risulterebbe punito né punibile per il diritto criminale.

L'affermazione è, stando alla lettura delle fonti a nostra disposizione, banale, e così è risultata e risulta per larghissima parte della dottrina. Per di più essa è come vedremo di importanza capitale per la ricostruzione del regime successivo dell'aborto punibile almeno fino al IX secolo nel diritto orientale e va ribadita dunque con decisione a fronte di alcune diverse, recenti e meno recenti, prese di posizione che invece reputano di estendere già in età 'classica' l'area dei soggetti criminalmente punibili a tutte le donne, senza distinzioni di statuto personale, non tenendo nel debito conto, a mio avviso, le indicazioni delle fonti circa l'oggetto tutelato dall'intervento repressivo imperiale e la finalità stessa di questo. Perché è altrettanto ovvio che più si amplia l'area delle donne il cui aborto volontario è punito con pena criminale, più si svaluta la *ratio* repressiva

quali l'estensione e 'generalizzazione' della repressione dell'aborto avvenute, come si vedrà, per mezzo della particolare collocazione adottata nella Compilazione per Ulp. D. 48,8,8 implicitamente esclude che da quel momento in poi abbia più rilevanza penale la volontà maritale rispetto alla prosecuzione o all'interruzione della gravidanza (non però ai fini del ripudio. Vd. *Theod. Brev.* 22,14 [ἡ ἐπίτηδες καὶ παραγνώμην αὐτοῦ ἀμβλωθρίδιον ποιοῦσα διὰ τὴν πρὸς αὐτὸν ἔχθραν. K.E. Zachariä von Lingenthal, in G.E. Heimbach, *Anekdotia*, III, Lipsiae 1843, p. 34: *si ex proposito et invito eo ob odium in ipsum medicamentum abortivum paraverit*] e poi ancora da *Nov. Leonis VI*, 31. Cfr. J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4^e - 7^e siècle)*, vol. I, *Le droit impérial*, Paris 1990, p. 310) e, dall'altro, credo possa misurarsi su un passo (che, esponendo la 'nuova' etica cristiana, è, come spesso nei Padri della Chiesa in tema di crimini sessuali, in polemica - qui implicita - col diritto vigente) di Aug., *de nuptiis et concupiscentia*, 1,15,17 (*PL.* 44, 423 s.): *Aliquando eo usque pervenit haec libidinosa crudelitas, vel libido crudelis, ut etiam sterilitatis venena procuret; et si nihil valuerit, conceptos fetus aliquo modo intra viscera exstinguat ac fundat, volendo suam prolem prius interire quam vivere; aut si in utero iam vivebat, occidi antequam nasci. Prorsus si ambo tales sunt, coniuges non sunt: et si initio tales fuerunt, non sibi per connubium, sed per stuprum potius convenerunt. Si autem non ambo sunt tales, audeo dicere, aut illa est quodammodo meretrix mariti, aut ille adulter est uxoris.* Nel senso della tesi che qui sostengo, sul passo agostiniano vd. G. Jerouschek, *Mittelalter. Antikes Erbe, weltliche Gesetzgebung und Kanonisches Recht*, in R. Jütte (hrsg.), *Geschichte der Abtreibung. Von der Antike bis zur Gegenwart*, München 1993, p. 49.

indicata dai giuristi classici, cioè il ‘defraudare’ il marito dei suoi figli, più si accede, in via indiretta se non surrettizia, ad una visione dell'aborto, già in età classica, come lesione della ‘autonoma’ vita del feto. E ciò - intendo ribadire - non perché non possano rinvenirsi anche autorevoli supporti a tale conclusione nel pensiero precristiano, tanto nella riflessione ‘medica’, quanto nella speculazione etica, quanto infine generalmente nella ‘cultura letteraria’ del periodo¹¹ (alcuni particolari dello stesso succitato passaggio della *pro Cluentio* lo significherebbero), ma perché non vi è prova che di tali riflessioni o considerazioni (nemmeno quell'eventuale applicazione, semmai del tutto contingente, di una generica e ovvia *humanitas* che ci si sforza di rinvenire in qualche pronuncia giurisprudenziale o imperiale su temi contigui¹²) vi sia il depositato nelle fonti giuridiche romane relative alla repressione criminale dell'aborto.

A tal riguardo va detto che la teoria che qui si avversa fa leva, per ragioni più o meno necessitate (o, se si vuole, nobilitate) da una percezione ideologica del problema-aborto, su due fonti giurisprudenziali. Si tratta di *Pauli Sent.* 5,23,14 (recepita dai giustinianeî, sotto il titolo *de poenis*, in D. 48,19,38,5¹³) e di Ulp. (33 *ad ed.*) D. 48,8,8:

Pauli Sent. 5,23,14: *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

Come si vedrà, vi è stato un diffuso fraintendimento della fonte che, come si diceva in premessa al nostro discorso, può in origine imputarsi anche all'opera dello stesso Mommsen. Ciò non tanto però perché il grande romanista abbia errato nell'esegesi del passo, quanto perché - vista la collocazione di questo all'interno della trattazione della repressione del procurato aborto nello *Strafrecht* - la sua lettura dell'inciso *etsi id dolo*

¹¹ Più che sufficienti per fornirne un'adeguata informazione su un numero di occorrenze notevolissimo, trattato altresì in una letteratura copiosissima, confido che appaiano le ricognizioni di R. Jütte, *Griechenland und Rom. Bevölkerungspolitik, Hippokratischer Eid und antikes Recht. Abtreibung in den frühen Hochkulturen*, in R. Jütte (hrsg.), *Geschichte der Abtreibung*, cit., pp. 29 ss.; di M. Laarmann, *Abtreibung in der Antike. Aspekte einer Thematisierung im altsprachlichen Unterricht*, in *Forum Classicum*, 47, (2004), pp. 282 ss. e di E. Kislinger, *Abtreibung (voce)*, in K.-H. Leven (hrsg.), *Antike Medizin. Ein Lexikon*, München 2005, coll. 5 ss.

¹² Su alcuni dei quali vd. ora G. Brescia, *Il figlio spes patris nella declamazione latina e nell'immaginario letterario e giuridico*, in *Camena*, 23 (2019), pp. 3 ss.

¹³ Con varianti minime nel testo. Vd. Mommsen- Krüger, *CIC.*, I, 21a ed., *ad h. l.*

non faciant, inteso come «nicht in der Absicht diesen also Behandelten weiter ein Leides anzutun»¹⁴, avrebbe potuto generare - e in effetti ha generato - un cortocircuito interpretativo in buona parte della dottrina successiva. Mommsen difatti ha ragione nel vedere nell'inciso che la punizione della condotta consistente nella cessione del *poculum* (che è, si noti, sia *abortionis* che *amatorium*) sarebbe sganciata dall'intenzione del cedente di arrecare danni ulteriori alla persona che lo assume (e quindi anche dall'intenzione di causarne la morte; il che è sufficiente a spiegare la collocazione del passo *sub lege Cornelia de sicariis et veneficis* nel contesto dell'operetta pseudopaolina), purché però non si voglia estendere l'ivi espressa irrilevanza del dolo alla stessa azione vietata e con ciò intendere che sarebbe punita anche la dazione 'inconsapevole'. Per la punibilità della cessione si prescinde, cioè, dal dolo di uccidere (o, se si vuole, come per Mommsen, dal dolo di ledere l'integrità fisica del cessionario), ma, proprio perché la dazione è vietata e punita in sé in quanto *mali exempli res est*¹⁵, essa deve essere necessariamente consapevole e voluta¹⁶.

Come si diceva, quindi, non è l'esegesi del passo ma la trattazione che ne fa Mommsen in tema di interruzione punita della gravidanza a far sì che la fonte sia stata in genere portata a supporto dell'altra (Ulp. D.48,8,8) che subito si vedrà, intravedendovi la testimonianza della sottoposizione

¹⁴ Th. Mommsen, *Strafrecht*, cit., p. 637 nt. 1.

¹⁵ Cfr. Marcian. (14 *Inst.*) D. 48,8,3,2.

¹⁶ *Contra*, E. Höbenreich, *Due senatoconsulti in tema di veneficio* (Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.3.2 e 3), in *AG.*, 208, (1988), p. 86, che si fa sviare nella ricostruzione della fattispecie come «somministrazione, anche non dolosa, di abortivi o di afrodisiaci», dalla finalità di 'semplificazione' della prova dell'elemento soggettivo del reato cui è anche destinata la particolare formulazione della norma così come si presenta nel passo in esame (si prescinde dalla 'prova' del dolo d'omicidio, come invece nella repressione di altre fattispecie di veneficio). Non convince, infatti, a mio avviso, la conseguenza che così si trae che ai fini dell'applicazione della stessa (*ibidem*, nt. 36): «non ci si può scagionare adducendo di aver ignorato la natura della sostanza somministrata». Si verrebbe così a punire, seguendo l'ipotesi ora esposta, la cessione inconsapevole di sostanza della cui natura vietata il cedente fosse consapevole. A mio avviso, invece, la consapevolezza della natura della pozione (e pertanto della sua pericolosità), unita alla volontà di cederla, sostiene la punibilità per la condotta descritta nella *Sententia*. Tale condotta è dunque dolosa; irrilevante è invece il dolo per l'omicidio che ne conseguisse. In definitiva del tutto corretto mi sembra quanto sosteneva già C. Ferrini, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, p. 107 s., il quale leggeva così il passo: «manca il dolo, dice Paolo, ma intende il dolo richiesto dalla *lex Cornelia* [*l'animus occidendi*]; non il dolo in genere, ossia la coscienza di far cosa cattiva e vietata. Non si vuole la morte; ma si vogliono altri effetti riprovati dal diritto». Cfr., tra gli ultimi, anche G. Redl, *Die fahrlässige Tötung durch Verabreichung schädigender Substanzen im römischen Strafrecht der Prinzipatszeit*, in *RIDA.*, 52, (2005), 319 s.

a sanzione di una particolare forma di commissione del crimine di procurato aborto - consistente nella somministrazione del *poculum abortivum* - che, invece, la fonte non considera. Essa sembra descrivere, invece e infatti, un tardo ampliamento *extra ordinem* del *veneficium* a una fattispecie esterna all'area di quelle già punite *ex lege Cornelia*. Vi si costruisce un reato di pericolo¹⁷, anticipando la tutela del bene vita (o, se si vuole, integrità fisica) - ma solo di colei (o colui) che ingerisce la pozione potenzialmente perniciosa - già col divieto della cessione stessa della sostanza e punendo quella condotta a prescindere, come si è detto, dall'esistenza di un dolo di uccidere, ma anche indipendentemente dal fatto che essa abbia causato un effettivo esito letale. La morte del(la) percipiente - sganciata dal dolo *ex lege Cornelia* - è infatti intesa come evento oggettivamente imputabile, per il puro nesso eziologico, all'autore della condotta di somministrazione vietata; evento il cui avverarsi determina l'irrogazione della pena più grave, il *summum supplicium*, a fronte di pene meno gravi nel caso di concretamento del 'solo' reato base. Qui la donna che assume il *poculum abortivum* è solo vittima e non certo autrice o coautrice dell'illecito: lo dimostra, da un lato, il disinteresse della fonte circa la volontà o meno della percipiente a dar così causa al proprio aborto e, dall'altro, la totale irrilevanza che ha nella *sententia* lo *status* di costei, venendovi in rilievo unicamente la persona umana (di ovvio sesso femminile, nel caso) la cui vita è messa in pericolo. E ciò, in definitiva, perché la norma con la repressione dell'aborto «hat ... unmittelbar nichts zu tun»¹⁸. Ogni contraria conclusione legittimerebbe interpretazioni francamente paradossali¹⁹: ad esempio, dato che, nella stessa norma, con la dazione dell'*abortivum* si punisce anche quella dell'*amatorium*, qualora si voglia considerare il divieto della prima finalizzato alla repressione delle pratiche abortive, dovrebbe allora dirsi che col divieto

¹⁷ Così anche A. Wacke, *Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, in *RIDA.*, 26, (1979), p. 533.

¹⁸ Del tutto condivisibilmente così B. Sinogowitz, *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, Athenai 1956, p. 110 s.: «die Verbreichung von Abortivmitteln ebenso wie die von Liebestränken hat mit dem Delikt der Abtreibung unmittelbar nichts zu tun, den hierdurch wandte man sich in erster Linie gegen die Bereitung von Gift- und Zaubetränken und die dadurch bewirkte Gefährdung von Menschenleben, schützte damit also die werdende Mutter, nicht aber den Embryo». Corretta altresì l'esegesi del passo di C. Terreni, *Me puero*, cit., pp. 289 ss. (con bibliografia precedente): «l'illecito contemplato non si identifica nell'aborto ma indifferentemente nella somministrazione di *pocula abortionis* e di *pocula amatoria*».

¹⁹ Vd. ad es., negli AA. citati da I. Ruggiero, *Ricerche*, cit., p. 327 s., i quali, interpretando il passo come esplicitamente regolativo del procurato aborto, discutono di problematiche del tutto estranee allo stesso, quale quella della tutela del nascituro.

della seconda si intende reprimere qualunque attività erotico/amatoria? E quale ruolo, diverso da quello di altra possibile vittima dell'illecito, svolgerebbe, in quest'ottica, l'*homo*, indicato alternativamente alla *mulier* come soggetto del '*perierit*' nella proposizione finale del frammento? A me sembra indubitabile che egli non possa essere altri che colui il quale sia stato percettore (solo, per ovvie ragioni di genere) di un *amatorium*, salvo che, per sostenere una tesi contraria, si voglia invece affermare - come, a mio avviso paradossalmente, si è fatto - che con *homo* ivi si intenda il nascituro²⁰. Ma ancora, se invece così fosse, che senso avrebbe avuto allora vietare nella stessa norma la cessione dell'*amatorium*?

Dunque, pur impugnando il rasoio di quell'inglese, così meritorio per il progresso delle scienze umane e pure così negletto, per ribadire che nel passo in esame si dice quel che si legge e cioè che vi si vieta di cedere certi tipi di pozioni onde non dar causa a un (potenziale) avvelenamento, e quindi ripetendo che unico bene tutelato dalla norma (di pericolo) è la vita (o comunque l'integrità fisica) del soggetto percipiente il *poculum*, tuttavia se qualcosa deve concedersi alla tesi che qui non si condivide, ciò è che, per mezzo della minaccia della pena prevista per altro fine dalla norma, potesse comunque ottenersi, sebbene indirettamente ma altresì inevitabilmente, l'effetto, del tutto secondario ma consequenziale, di dissuadere di fatto da pratiche abortive (ovviamente di e su qualunque donna, sposata o meno), ma segnatamente e solo da quelle attuate mediante assunzione di sostanze (non dunque 'ogni' pratica destinata a quello scopo), vanificando, credo, anche sotto questo profilo, gli sforzi tesi a sostenere che sia la *spes nascendi* del concepito ad essere, in qualche modo, oggetto della tutela apprestata dalla norma.

²⁰ Così A. Matthaeus, *De criminibus*, Neapoli 1772, vol. I, p. 142 (esplicitamente contro la - a mio avviso esatta - tradizione interpretativa di Duareno e Cuiacio), affermava che «*homo*, plerique referant ad eum, cui poculum praebitum est; rectius tamen meo quidem iudicio faciemus, si infinitam significandi vim tribuamus, referentes id non tantum ad eos, quibus pocula amoris, aut abortionis praebentur; sed et ad foetum, qui iam homo erat, cum abigeretur. Homo autem intelligitur, qui formatus est: informis foetus spes magis hominis quam homo». La lettura che in tal modo si propone di *Pauli Sent.* 5,23,14 (= D. 48,19,38,5), viene a sostenersi comunque su una pur autorevolissima dottrina - perlopiù di diritto intermedio - che si appoggia sul principio (a sua volta fondato su una risalente riflessione 'scientifica', vd. *infra* nt. 38) espresso nella Glossa *Exilium*, ad. l. *Divus*, 4 de *extraordinariis criminibus* (D. 47,11,4): Ante quadraginta dies: quia ante non erat homo: postea de homicidio tenetur secundum legem Moysi, vel legem Pompeiam de parricidiis [...]. Una ricognizione di tale dottrina è operata da P. Ferretti, *L'identità del concepito: la 'contraddizione' del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, in *Diritto@Storia*, 7, (2008), che correttamente la definisce (sulla scorta di E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 148 nt. 6; p. 416 nt. 273) «tuttavia sfornita di una concreta base testuale».

Né rileva, a mio avviso, che l'interpretazione contraria del passo delle *Sententiae* sia assai risalente, giacché se, ad esempio, la si rinviene nel *Synodicon* del vescovo anglicano William Beveridge a metà del XVII secolo²¹, ciò è per il tentativo di trovare antecedenti nel diritto giurisprudenziale alla normativa canonica repressiva dell'aborto (su cui ora torneremo), e soprattutto nel mettere in relazione il canone 21 del Concilio di Ancyra con il canone 8 di Basilio da Cesarea, senza però tener conto del fatto che in quest'ultimo canone, in tema di omicidio, il Padre Cappadocio evidentemente stravolge lo schema stesso della *sententia* (senza citarla, ma avendola evidentemente come modello²²), suddividendo in due la fattispecie incriminata, distinguendo cioè la somministrazione dell'*amatorium* da quella dell'*abortivum*, per punire quest'ultima come omicidio (anche del feto, dal Santo equiparato a tal fine all'essere umano formato) in capo alla *medicamentaria*, aggiungendo - con logica inevitabile a quel punto - come ulteriore e distinta fattispecie omicida (ovviamente del solo concepito), anche quella di colei che interrompe in quel modo la sua propria gravidanza²³.

5. ... e Ulp. (33 ad ed.) D. 48,8,8

Ne consegue che chi intende dimostrare che già nel diritto classico è punito l'aborto volontario non della sola donna sposata (o divorziata) ma

²¹ W. Beveridge, *Synodikon, sive Pandectae canonum SS. Apostolorum et conciliorum ab ecclesia graeca receptorum*, Oxonii 1672, p. 179.

²² O avendo davanti la fonte, a noi sconosciuta, del passaggio delle *Sententiae*. Il tutto, meritevole di approfondimento, potrebbe risultare comunque estremamente interessante per datazione, precisazione dei contenuti e delle aree di circolazione dell'opera pseudopaolina nel IV secolo.

²³ Basil., *can. 8* (G.A. Rhalles - M. Potles, *Σύνταγμα τῶν Θείων καὶ ἱερῶν κανόνων*, I-IV, Athenai 1852/54 [= *RP.*], IV, 114): [...] Καὶ μέντοι, κἄν δι' ἄλλην τινὰ αἰτίαν πείργον φάρμακόν τις ἐγκεράσῃ, ἀνέλη δέ, ἐκούσιον τιθέμεθα τὸ τοιοῦτον· οἷον ποιοῦσιν αἱ γυναῖκες πολλάκις, ἐπαιδαῖς τισι καὶ καταδέσμοις πρὸς τὸ ἐαυτῶν φίλτρον ἐπάγεσθαι τινὰς πειρώμεναι, καὶ προσδιδούσαι αὐτοῖς φάρμακα, σκότωσιν ἐμποιοῦντα ταῖς διανοίαις. Αἱ τοιαῦται τοίνυν ἀνελοῦσαι, εἰ καὶ ἄλλο προελόμεναι, ἄλλο ἐποίησαν, ὅμως διὰ τὸ περίεργον καὶ ἀπηγορευμένον τῆς ἐπιτηδεύσεως ἐν τοῖς ἐκουσίως φονεύουσι καταλογίζονται. Καὶ αἱ τοίνυν τὰ ἀμβλωθρίδια διδοῦσαι φάρμακα φονεύτριαί εἰσι καὶ αὐταί, καὶ αἱ δεχόμεναι τὰ ἐμβρυοκτόνα δηλητήρια (= *PG. 32, 678: [...] Atque etiamsi quis propter aliquam aliam causam curiosum pharmacum miscuerit, et interfecerit, id pro voluntario ducimus; ut saepe faciunt mulieres, quae quibusdam incantationibus et amuletis ad sui amorem aliquos attrahere conantur, dantque eis pharmaca mentibus tenebras offundentia. Hae ergo, si interfecerint etiamsi aliud volentes, aliud fecerint, tamen propter curiosum et prohibitum opus inter voluntarios homicidas reputantur. Itaque et quae praebent pharmaca abortum scientia, sunt et ipsae homicidae, sicut et quae venena fetum necantia accipiunt*).

di qualunque donna senza differenze di *status*, deve far leva, e fa leva addirittura quale perno di sistema, su un frammento di Ulpiano²⁴:

D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*

Poiché, a tutta prima, i contenuti del passo non sembrano divergere da quelli rinvenibili nei succitati frammenti di Marciano e Trifonino, il più interessante dei problemi che alla lettura di questo si presentano all'interprete è certamente quello dell'investigazione delle ragioni che consigliano i compilatori a collocarlo, visto il suo portato, sotto il titolo 48.8 del Digesto: *de lege Cornelia de sicariis et veneficis*.

Stupisce invece che si sia voluto trarre dall'uso del 'generico' (così, talvolta, si è detto²⁵) termine *mulier* nel frammento la conseguenza che Ulpiano, diversamente dai coevi Trifonino e Marciano e forse innovando e ampliando la portata repressiva dell'illecito, volesse che fosse punito l'aborto di qualunque donna e non solo della sposata o divorziata durante la gravidanza.

Stupisce²⁶, perché a me sembra sufficiente far caso che la sede originaria del frammento è il libro XXXIII *ad edictum* di Ulpiano (da Lenel titolato

²⁴ P. Ferretti, *In rerum natura esse. In rebus humanis nondum esse*, Milano 2008, p. 114 s.; e vd. M.V. Sanna, *Φάρμακα*, cit., p. 706 ss., ove ricognizione altresì della letteratura recenziere che sembra sostenere siffatta tesi. Non così R. Mentxaka, *El aborto en el derecho romano: Consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas*, in *Estudios de Deusto*, 31, (1983), p. 314 s., che anzi, dopo aver ipotizzato che leggendo «la redacción actual del texto de Ulpiano, parece que era indiferente el que la mujer fuera casada, soltera, viuda o divorciada», esclude categoricamente tale interpretazione del testo, intendendolo «en su redacción actual [...] como interpolado». Il che è da condividersi nei limiti in cui si intenda qui l'uso del frammento come 'interpolatorio'; e ciò è qualora un testo che, per quanto mantenuto nella sua genuina formulazione, tuttavia, escerpito da una sua originaria *sedes materiae* e collocato in una differente, sia utilizzato per esprimere e venga ad esprimere, nel diverso contesto in cui viene inserito, un significato radicalmente difforme da quello che possedeva.

²⁵ C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 295, ma per giungere a conclusioni del tutto diverse da quelle avversate in testo. Diversamente, M.V. Sanna, *Φάρμακα*, cit., p. 695, parla di «formulazione generale» (riferibile, sebbene ellitticamente, anche alla schiava), in ordine alla «circostanza che Ulpiano adoperi il termine *mulier*, senza fare alcun cenno a un eventuale marito o ex-marito», sì che ci si possa chiedere se «il giurista intendesse riferirsi all'aborto posto in essere da qualunque donna e non necessariamente da una donna sposata o divorziata».

²⁶ *A fortiori* perché certo lo strumento palinogenetico ha già avuto funzione decisiva nell'esegesi dei frammenti in questione e con conclusioni analoghe a quelle in testo. Per tutti E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 423 s. e nt. 293; R. Mentxaka, *El aborto*, cit., pp. 312 ss. (a p. 313 nt. 39 la conforme dottrina precedente); e, da ultima, C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 296.

"*de re uxoria*")²⁷, che si occupa infatti senza alcun dubbio del commento del titolo XX dell'editto (nella ricostruzione dello stesso Lenel) e precisamente della clausola che il grande romanista tedesco titola "*solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*"²⁸ mutuandone la dicitura dal titolo 24.3 del Digesto sotto il quale i compilatori collocano la stragrande quantità di materiale proveniente da quel libro dell'opera di Ulpiano (e va aggiunto che i restanti frammenti che i giustinianeî vi estraggono sono tutti in tema di restituzione della dote). Se non la prova definitiva, certo, credo che queste considerazioni rappresentino tuttavia un pesante indizio del fatto che la *mulier* di cui si tratta in D. 48,8,8, nella sede originaria dell'opera ulpiana fosse la divorziata/ripudiata (o, se si vuole, la ripudianda) e che la problematica dell'aborto volontario entrasse, con tutta probabilità, nella trattazione del giurista di Tiro riguardo al meccanismo delle *retentiones* dotali. Lenel (coerentemente con le sue stesse notazioni sopra ricordate in ordine alla collocazione palinogenetica del passo di Trifonino) commenta, infatti, il frammento con una nota secondo la quale «ad retentionem, quae propter liberos fit, haec pertinere colligi potest ex *Sinait. 12 extr.*», con richiamo allo scolio sinaitico in precedenza considerato²⁹.

6. Giustiniano di fronte ai *κάνονες*: l'aborto tra lesione della "spes filiorum" e *lex Cornelia de sicariis et veneficis*

Il regime classico dell'istituto mi sembra pertanto chiarissimo e molto coerente: da un'iniziale sanzione della donna sposata con l'addebito del divorzio per il procurato aborto, si passa nell'età dei Severi ad una repressione criminale *extra ordinem* del fatto illecito, punendo ancora e soltanto la donna sposata o divorziata gravida e inasprendo la tutela così esplicitamente prestata alla *spes liberorum* del marito³⁰.

²⁷ *Pal. II*, col. 645 (= Ulp. L. 959).

²⁸ O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927, 3a ed., pp. 303 ss. (XX, § 113). Circa il nostro frammento vd. *ivi*, p. 303 nt. 3.

²⁹ *Pal. II*, col. 645 nt. 3.

³⁰ Riproduco qui, anche perché esplicitamente sintetica dei risultati raggiunti da E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., pp. 214 ss.; 413 ss. quanto impeccabilmente e, a mio avviso, conclusivamente già affermava D. Nörr, *Cicero-zitate*, cit., p. 122 s.: «zu erinnern ist daran, daß nach römischer Auffassung die Abtreibung zwar aus moralischen Gründen verworfen wurde, daß sich strafrechtliche Sanktionen - nicht zum Schutze des *nasciturus*, sondern zum Schutze des Ehemannes - erst seit der Severerzeit finden, die dann in der Spätantike generalisiert werden. Als zivile Sanktion durfte der geschädigte Ehemann bei der Ehescheidung im Verfahren der *retentio* ein

È piuttosto la sistemazione giustiniana a risultare ambigua e poco perspicua, collocando i tre sopra citati frammenti giurisprudenziali sul tema in sedi diverse del Digesto: nel titolo *de extraordinariis criminibus*, il passo di Marciano, nel *de poenis* quello di Trifonino, sotto il *de lege Cornelia de sicariis et veneficis* il frammento di Ulpiano³¹.

L'ipotesi che a me pare la più suggestivamente probabile è che può ben essere che quest'ultima collocazione - la ragione della quale, si è detto, appare per molti aspetti il punto di maggiore interesse per lo storico del diritto - discenda da un'assimilazione dell'aborto all'omicidio³²,

Sechstel der *dos* zurückbehalten. So ist es kein Zufall, daß sowohl Ulpian (D. 48,8,8) als auch Tryphonin die strafrechtliche Sanktion der Abtreibung im Rahmen des Dotalrechtes behandeln». Sulla medesima linea interpretativa, vd. altresì, E. Höbenreich - G. Rizzelli, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien-Köln-Weimar, 2003, p. 151; F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a F. Grelle*, vol. I, Napoli 2011, p. 362 s.

³¹ Per quanto detto, si spiegano perfettamente, pertanto, le collocazioni dei passi di Marciano e Trifonino, tenendo conto della 'sistematica classica' della repressione criminale perlopiù seguita dai giustinianeî nella redazione dei *libri terribiles* del Digesto (vd. D. Mantovani, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987, pp. 163 ss.). Può addossarsi allora una qualche responsabilità per il sostanziale 'disordine di sistema', che discende dall'inserimento invece del passo ulpiano sotto il titolo 48,8 del Digesto (nella parte perciò relativa ai *publica iudicia*) da parte dei redattori di questo titolo, al fatto che quest'ultimo frammento provenga dalla massa sabiniana (appartenendo ai ll. 26-52 *in. ad edictum* di Ulpiano [BK n. 4] attribuiti per lo spoglio alla commissione sabiniana: vd. P. Krüger, *CIC.*, I, 21a ed., *Addit. I*, p. 927; D. Mantovani, *Digesto*, cit., p. 27 e nt. 51; p. 90) e gli altri due dalla papiniana (vd. Mommsen - Krüger, *CIC.*, I, 21a ed., *sub hh. titt.*)? A parziale soluzione del quesito credo possa ricordarsi che concordemente il frammento ulpiano viene identificato come 'coda' della massa sabiniana nel titolo *de lege Cornelia de sicariis et veneficis*. In quanto tale, esso dunque può rappresentare in quel titolo una «deviazion[e] legat[a] a motivi sostanziali» (meno probabile è che la natura di coda di massa del passo sia riconducibile ad altre motivazioni compilatorie quali quelle che intendono gli *excerpta* così collocati come frammenti «la cui collocazione, inizialmente incerta, è stata decisa quando già una o più masse erano state inserite ovvero il titolo completato [...], inizialmente posti sotto una rubrica successivamente estintasi ovvero collocati in un titolo dal quale furono poi rimossi a favore di un altro»). Vd. D. Mantovani, *Digesto*, cit., pp. 60 ss. [*praecipue* 'tabella' a p. 62], ove si concorda sul punto con l'opinione di F. Bluhme, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln*, in *ZGR.*, 4, [1820], pp. 396 ss., e, sempre sul punto specifico riguardante il nostro frammento, la si trova coincidente con quella di A.M. Honoré, *The editing of the Digest Titles*, in *ZSS.*, 90, [1973], pp. 284 ss. [«Table 1»]).

³² Che deve escludersi avvenga per la ragione, perciò non del tutto convincente, addotta da C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen*, cit., p. 24, secondo i quali i giustinianeî avrebbero collocato il frammento ulpiano sotto il titolo 48,8 in ragione dei suoi contenuti e cioè per dar conto, in quella sede, della repressione della cessione degli *abortiva* come (condotta assimilabile al) *veneficium*. Ciò perché, da un lato, nulla nel passo di Ulpiano può indurre a vedervi richiamate le modalità 'chimiche' del procurato

estendendo, nella visione dei compilatori, l'area della responsabilità a donne di qualunque *status* personale, sotto l'influenza del pensiero etico dei Padri della Chiesa in generale e per equiparare il trattamento del fenomeno nel diritto imperiale a quello del diritto canonico in particolare. Ciò permetterebbe, a mio avviso, di vedere nell'uso 'interpolatorio' che i giustinianeî hanno fatto di Ulp. D. 48,8,8³³ il riflesso sul piano del diritto mondano dei princîpi in specie ricavabili dai canoni 2 e 8 presenti nella *I epistula canonica* di Basilio di Cesarea³⁴. In quest'ottica, dunque, si potrebbe affermare che solo nell'uso giustiniano del passo, il termine 'mulier', utilizzato nel contesto originario per la sola sposata/divorziata, acquisterebbe effettivamente generalità³⁵.

Deve però notarsi che, al di fuori del Digesto, nella Compilazione non v'è traccia di repressione criminale dell'aborto. Sulla scia del *Codex Theodosianus*, ove anche infatti non appare mai esplicitamente considerato, nel *repetitae praelectionis* si tratta di aborto volontario in C. 5,17,11,2, costituzione del 533, ma unicamente quale causa di legittimo ripudio da parte del marito. Si ha conferma di tale funzione in Nov. 22,16,1, che all'aborto fa conseguire l'imputazione alla donna del ῥεπούδιον

aborto (semmai quelle 'chirurgiche') e, dall'altro, perché, di riflesso, dovrebbe imputarsi così ai compilatori un ancora più 'disordinato' raccordo con la collocazione di *Pauli Sent.* 5,23,14 in D. 48,19.

³³ Solo genericamente, ad analoghi risultati giungono P. Sardi, *L'aborto ieri e oggi*, Brescia 1975, p. 97 s.; R. Mentxaka, *El aborto*, cit., p. 316; per la tesi contraria, per tutti già A. Maschi, *Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in *Jus*, 22, (1975), pp. 389 ss.

³⁴ Basil., *can.* 2 (*RP.* IV, 96) Φθείρασα κατ' ἐπιτήδευσιν, φόνου δίκην ὑπέχει. *et rell.* (= *PG.* 32, 672: *Quae de industria fetum corruptit caedis poenas luit. et rell.*); *can.* 8 (vd. *supra* nt. 24). Vd. anche Joannes Jejun. *Περὶ φόνου* (*RP.* IV, 443); *Epist. Niceph. Chartophyl.* (*RP.* V, 400). Insisto nel pensare che si tratti di riflessi del pensiero dei Padri e in particolare di Basilio (pensiero che si riflette evidentemente nei canoni stessi citati) perché, se pure non vi è dubbio che le lettere canoniche del Padre Cappadocio dovessero ampiamente circolare nella cultura orientale condizionandola (per tutti, vd. E. Karabélias, *Perception et influences du droit romain dans l'oeuvre normative de Basile de Césarée*, in Ch. Papastathis (ed.) *Byzantine Law, Proceedings of the International Symposium of Jurists*, Thessaloniki 2001, pp. 37 ss.), solo la seconda e la terza saranno introdotte, a partire dal 550 nella *Collectio L tit.*, rielaborazione, come è noto, da parte di Giovanni Scolastico, di una precedente *Collectio LX tit.* (edita dopo il 534, tuttavia) ove non erano raccolti i canoni dei *Patres* ma invece certamente quelli dei 'dieci grandi concili' tra cui quello di Ancyra (cfr. per tutti e *generaliter* N. van der Wal - J.H.A. Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*, Groningen 1985, p. 52 s.; D. Ceccarelli Morolli, *Il diritto dell'Impero romano d'Oriente, Kanonika/21*, Roma 2016, pp. 154 ss., ove letteratura essenziale).

³⁵ Così anche C. Terreni, *Me puero*, cit., 295 s.

con lucro della dote e delle donazioni prenuziali da parte del marito³⁶. L'interruzione volontaria di gravidanza scompare poi anche dalle cause legittime di *discidium* in Nov. 117,8³⁷.

Al netto dunque delle incongruità rilevate e sempre tenendo conto dei dubbi che sottostanno al sempiterno quesito del valore del Digesto nella prassi delle corti bizantine, per poter riconoscere una qualche coerenza sistematica al regime dell'aborto volontario nel diritto della Compilazione, dovrà reputarsi che la repressione criminale dell'interruzione di gravidanza sia ivi affidata alle sole prescrizioni ricavabili dalle pronunce giurisprudenziali contenute nel Digesto e, tra queste, vedervi prevalente - per la sua generalità nella formulazione, per la sua collocazione sistematica e, pertanto, per la sua aderenza, così obliquamente ottenuta, ai princìpi dominanti nella canonistica orientale - Ulp. D. 48,8,8.

7. Dal *Corpus Iuris* ai Basilici: l'aborto fuori ed entro il matrimonio e l'έμβρυοκτονία come φόνος

Che un tale ribaltamento di regime nella repressione dell'aborto volontario - non più solo donne sposate o divorziate quali autrici dell'illecito, ma ciascuna donna; pena disposta a tutela del feto (anche)

³⁶ [...] Εἰ γὰρ ἡ γυνὴ τοσαύτη κατέχοιτο πονηρία, ὡς καὶ ἐξεπίτηδες ἀμβλῶναι καὶ τὸν ἄνδρα λυπῆσαι καὶ ἀφελῆσθαι τῆς ἐπὶ τοῖς παισὶν ἐλπίδος [...] ἄδεια δέδοται παρ' ἡμῶν τοῖς ἀνδράσι πέμπειν αὐταῖς ῥεπουδία, καὶ κερδαίνειν τὰς προῖκας καὶ τὰς προγαμιαίας ἔχειν δωρέας *et rell.* (Auth.: *Si enim mulier tanta detineatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum [...] licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes et antenuptiales habere donationes et rell.*) Ancora nella legislazione corrente di Giustiniano, come è evidente dal testo della Novella, in caso di aborto, leso è sempre e solo il diritto maritale (e non si fa alcun cenno all'omicidio del feto), a dimostrazione, a mio avviso, che in tema di regime di divorzio, venisse comunque (preliminarmente o solo) in considerazione l'offesa a quell'interesse. D'altronde, vista la collocazione di D. 48,8,8 *sub lege Cornelia de sicariis et veneficis* e comunque visti i frammenti giurisprudenziali in tema di aborto punito con pena criminale, potrebbe ben supporre che alla sanzione del ripudio (con lucro della dote) si aggiungesse, per la moglie colpevole, la pena colà prevista all'esito di un giudizio criminale a parte, sul modello, d'altronde, del regime del divorzio conseguente ad adulterio (vd. Nov. 117,8,2 e cfr. F. Goria, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino 1975, p. 31).

³⁷ Così come tra le cause di ripudio scompare la menzione dell'aborto anche nell'epitome di Nov. 22,16 presente nel *Syntagma* di Atanasio (Athanas. 10,2,13: D. Simon - S. Troianos, *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt a.M. 1989, p. 314). Ma, s'è visto, essa è presente, invece, e descritta con notevole efficacia, in *Theod. Brev.* 22,14. Sulle Novelle citate vd. M.V. Sanna, *Spes nascendi*, cit., p. 542 nt. 71 e p. 543 nt. 72 = Ead., *Φάρμακα*, cit. pp. 704 ss. La studiosa argomenta sul testo della collezione latina (Schöll - Kroll, *CIC.*, III, 8a ed., p. 157; p. 551; ma Nov. 117 = Auth. 112).

quale *homo*, senza distinzioni relative al tempo di gestazione³⁸, e non della (sola) *spes mariti* - sia già da imputare ai giustiniani (pur con tutti i dubbi che sorgono dalla considerazione delle predette incongruenze rilevabili nel sistema della Compilazione), potrebbe avere particolare accreditamento qualora si considerasse come lineare e coerente con tali presupposti lo sviluppo della normativa successiva in Oriente, tanto canonica che imperiale³⁹.

E lineare e coerente sembrerebbe tale sviluppo qualora si consideri, come a me pare che effettivamente sia, tendenzialmente conformata sul paradigma repressivo fissato, come s'è detto, dai canoni 2 e 8 di Basilio di Cesarea, sia - sul piano del diritto interno alla Chiesa - la configurazione del canone 91 del Concilio *in Trullo* del 692 d.C.⁴⁰, sia, ma al termine del IX secolo, quella delle norme imperiali del *Prochiron* (e dell'*Eisagoge*)⁴¹ e dello stesso testo dei Basilici (che parafrasa D. 47,11,4), il quale, nella sua essenzialità, è difficilmente ascrivibile all'Anonimo ed invece palesemente dipendente - certamente quanto alla pena - dalla normativa imperiale vigente⁴².

³⁸ Sul punto, però, che richiede per necessità ben altri approfondimenti rispetto a quelli cui si destinano queste note, val solo la pena notare quella che B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111 nt. 1, definiva l'«Inkonsequenz» interna al pensiero della canonistica orientale. A fronte delle recise affermazioni di Basilio in particolare nel cit. *can. 2* circa l'irrilevanza del discutere se e quando il feto sia effettivamente formato, stanno le più incerte e dubbiose (e altresì assai più tarde) considerazioni di Balsamon, *comm. ad can. 2 S. Basilii* (RP. IV, 96) e di Matth. Blast., Γ, 28 (RP. VI, 200). Analiticamente, sul punto, con eccellente e utilissima ricognizione e discussione delle fonti giuridiche, patristiche, canonistiche e letterarie tanto orientali quanto occidentali, C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen*, cit., pp. 25-36 (con ampia letteratura). Per le medesime considerazioni nella sola patristica occidentale, vd. anche G. Jerouschek, *Mittelalter*, cit., p. 45 s.

³⁹ Ragguaglio bibliografico in C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen*, cit., p. 22 s. nt. 6.

⁴⁰ Conc. *in Trullo can. 91* (RP. II, 518): Τὰς τὰ ἀμβλωθρίδια διδούσας φάρμακα καὶ τὰς δεχομένας τὰ ἐμβρυοκτόνα δηλητήρια τῷ τοῦ φονέως ἐπιτιμίῳ καθυποβάλλομεν. (= PG. 137, 826: *Eas quae dant abortionem scientia medicamenta, et quae foetus necantia venena accipiunt, homicidae poenis subijcimus*).

⁴¹ *Proch.* 39,71 (JGR. II, 225): Ἐὰν γυνὴ ἔγκυος γένηται καὶ ἐπιβουλεύσῃ τῇ ἰδίᾳ γαστρὶ πρὸς τὸ ἐκτρώσῃ, τυπτομένη ἐξορίζεσθω (C.E. Zachariae, *Ὁ Πρόχειρος Νόμος*, Heidelberg 1837, p. 253: *Si mulier gravida facta ventri suo struxerit insidias, ut abortiat, verberata relegator*) = *Eisag.* 40, 65 (JGR. II, 365).

⁴² *Bas.* 60,22,4, (A VIII, 2913): Ἡ ἐπιτηδες ἐκτρώσασα τυπτομένη ἐξορίζεται (= Heimb. V, 645: *Quae data opera abegit partum verberata relegatur*). Si noti che nella compilazione macedone non trova spazio D. 48,8,8 (come non lo trova anche in *Nomoc. XIV tit.*, 13.10 [RP. I, 312]). Lo trova, invece, l'indice di D. 48,19,39, in *Bas.* 60,51,36 (A VIII, 3082): Τρυφ. Ἡ ἐπὶ χρήμασιν ἐκτρώσασα κεφαλικῶς τιμωρεῖται. ἢ δὲ μετὰ τὸ διαζύγιον πρὸς μῖσος τοῦ ἀνδρὸς τοῦτο ποιήσασα, προσκαίρως ἐξορίζεται (= Heimb. V, 869 [*Bas.* 60,51,35]: *Quae accepta pecunia partum abegit capite punitur. Quae vero*

Lette quelle fonti in questa chiave, si sarebbe sempre di fronte ad un crimine (più o meno direttamente ma non sempre esplicitamente) equiparato all'omicidio⁴³, a sempre più probabile tutela del bene giuridico rappresentato dall'embrione-*homo*, proprio perché se ne individuano le potenziali autrici in tutte indistintamente le donne, senza differenza di *status*, oltre alle loro complici, *medicamentariae* o mammane⁴⁴.

All'inverso, devono registrarsi le contrarie conclusioni di Beaucamp⁴⁵ che - centrate principalmente sulla normativa macedone - forse eccessivamente esaltando alcuni contenuti della *Nov. 31* di Leone VI, ove ancora si identifica (ma io direi, anche) nella lesione dell'aspettativa maritale l'illiceità dell'interruzione volontaria della gravidanza da parte della donna coniugata⁴⁶, interpretano in tutt'altra chiave da quella qui

post divortium odio mariti id fecit, ad tempus relegatur). Ancora del frammento di Trifonino si veda l'epitome di Cobidas in *EApp.* 5,6 (Burgmann - Troianos, *FM.*, 3, [1979], p. 109), riguardante, forse non a caso, solo la prima parte del passo.

⁴³ Non credo quindi che la particolare differenza di pena con l'omicidio sia giustificata sempre, e cioè sotto qualunque regime regolativo dell'illecito, dalla considerazione di doversi tener conto di circostanze attenuanti come quella relativa alla necessità di nascondere un concepimento illegittimo o illecito (per tutti, sinteticamente, M.H. Congourdeau, *rec.* di S.N. Troianos, *Ἡ ἀμβλωση κατὰ τὸ Δίκαιο τῆς Ἀνατολικῆς Ὁρθοδόξου Ἐκκλησίας*, Athenai 1987, in *RÉB.*, 47, [1989], p. 314); in particolare se quella motivazione possa o debba essere invece assunta come *ratio* stessa della repressione della condotta vietata (su cui diffusamente *infra*). L'attenuazione della penitenza canonica, disposta in generale già con il *can. 8* di Basilio (si mitiga una 'precedente' scomunica a vita con una a tempo, di durata decennale), potrebbe aver certo influito sulla commisurazione della pena imperiale; di più, a mio avviso, il fatto che il reato - data la discontinua configurazione dell'illecito nel diritto canonico e, conseguentemente, nel diritto 'mondano' - si sia inizialmente indirizzato, nel diritto d'Oriente, proprio a reprimere l'aborto del frutto di rapporti illegittimi o illeciti e, in particolare, delle non coniugate, come si vedrà subito oltre, rende possibile supporre che si sia mantenuta la medesima sanzione così fissata anche al momento del definitivo ampliamento dell'area dei soggetti potenziali autori dell'illecito. Vd., al contrario, le diverse motivazioni portate ad esplicazione della pena ecclesiastica e dei suoi riflessi su quella imperiale di J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4^e - 7^e siècle)*, vol. II, *Les pratiques sociales*, Paris 1992, p. 326, onde si ricava un'incoerenza complessiva da cui l'A. deduce che nelle norme 'mondane' l'aborto non sarebbe mai stato assimilato all'omicidio rimanendo sempre nell'area della lesione «aux droits du mari».

⁴⁴ J. Zhishman, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien 1864, p. 753, con particolare riguardo alla normativa canonica (ma non distinguendo tra i possibili contenuti di *Conc. Ancyran. can. 21* e *Basil., cann. 2 e 8*).

⁴⁵ J. Beaucamp, *La situation juridique de la femme à Byzance*, in *Cahiers de Civilisation Médiévale*, 20, (1977), p. 164.

⁴⁶ In realtà, il contenuto normativo della *Nov. 31* di Leone VI il Saggio (*supra* nt. 10; *infra* nt. 64) - dedicata esattamente a risolvere la contraddizione evidenziata nella legislazione corrente giustiniana tra *Nov. 22,16* e *Nov. 117,8*, in tema di aborto della prole legittima, facendo prevalere la più severa delle due costituzioni - si appoggia su una più complessa prospettiva ideologica. Infatti, si giustifica la reintroduzione del

proposta quella normativa evidenziandone soprattutto le differenze da quella canonica. Sottolineando inoltre l'assenza nelle norme imperiali di qualunque riferimento alla tutela del feto (esplicita invece nei canoni) e svalutando, a mio avviso eccessivamente, invece, l'uso 'generalizzante' (qui ormai concretamente effettivo) del termine 'γονή' che vi viene fatto, Beaucamp giunge così a sostenere addirittura un'opposizione, sul punto, tra diritto imperiale mediobizantino, nell'intero suo sviluppo, e diritto canonico, per vedere invece mantenuta nel primo una continuità col diritto giustiniano, inteso, a sua volta, come esplicitamente ricognitivo e conservativo della regolamentazione classica del fenomeno; continuità, per di più, dimostrata, per la bizantinista francese, dall'irrilevanza di D. 48,8,8 nelle raccolte imperiali e nomocanoniche del periodo, e finalizzata, pertanto, alla preservazione di una configurazione dell'aborto «comme une faute envers le mari et non comme un meurtre».

A quest'ultima argomentazione può, invero, obiettarsi che a maggior dimostrazione del fatto che D. 48,8,8 possa avere rivestito, nella Compilazione, sostanzialmente il compito di 'sucedaneo' normativo della prevalente canonistica - sui cui principi Giustiniano avrebbe inteso orientare il regime dell'interruzione volontaria di gravidanza - sta proprio la sua mancata utilizzazione quale referente normativo nelle fonti imperiali mediobizantine che, invece, per la maggior libertà di forma di cui godevano rispetto a quelle, compilatorie, cui si era astretto

ripudio per quel motivo perché non può pretendersi che un marito continui a coabitare con colei che ha posto in essere un atto che, insieme, contrasta la natura (e perciò nega l'in sé teleologico del matrimonio cristiano, la procreazione [vd. J. Zhishman, *Das Eherecht*, cit., p. 753]), e lo oltraggia nella vita del figlio che a lui solo appartiene: «[...] Ἄτοπον γάρ μοι φαίνεται καὶ παντελῶς ἄδικον τὴν οὕτω προφανῶς τὴν πρὸς τὸν ἄνδρα δυσμένειαν ἐπανηρημένην δι' ὃν τῷ ἐκείνου λωβᾶται σπέρματι, ἀφίμι γὰρ ὅτι καὶ τῆς κοινῆς ἐπιβουλος φύσεως, συγκατοικίζειν αὐτῷ. Εἰ γὰρ τοὺς εἰς τι ἕτερον ἔργον [τὴν] βλάβην ποιουμένους ὡς ἐχθροὺς ἀποτρεπόμεθα, πῶς ἂν τὴν εἰς τὸ πάντων ἀναγκαιότατον καὶ τιμιώτατον τῆς παιδοποιΐας ἔργον ἀνυστὴν ζημίαν φέρουσιν ὡς οἰκεῖαν ἔξει ὁ ζημιούμενος παρ' ἑαυτῷ, ἀλλ' οὐκ ἀποπέμψεται ὡς ἐπιβουλον καὶ πολεμίαν; τί γὰρ ἂν ἐναργέστερον σημείον ἐπιζητήσῃ ἔτι ὥστε ἰδεῖν ὅτι δύσνους ἢ γυνὴ τῷ ἀνδρὶ; Πῶς δ' οὐχὶ φανερόν ὅτι ἐν τῷ κατ' ἐκείνου φρονεῖν τῆς πρὸς τὸ ζῆν παρόδου ἀποστρεφῆ τὴν γονήν; *Et rell.*» (Noailles-Dain, *Les Nouvelles*, cit., p. 124: Il me paraît absurde et tout à fait injuste que cette femme continue à cohabiter avec son mari, elle qui porte une haine à ce point déclarée qu'elle en détruit la semence, sans parler de la trahison qu'elle commet aussi contre la nature en général. En effet, si nous repoussons comme ennemis ceux qui nous portent tort dans quelque autre affaire, comment celle qui inflige un dommage définitif à l'oeuvre de procréation, la plus utile et la plus honorable de toutes, pourra-t-elle être gardée chez lui, dans son intimité, par l'homme outragé, au lieu d'être renvoyée comme traîtresse et ennemie? Quelle preuve plus claire, en effet, pourra-t-on chercher pour constater l'hostilité de la femme contre son mari? Comment ne serait-il pas évident que c'est par un mauvais dessein contre lui qu'elle empêche l'enfant d'arriver à la vie?).

Giustiniano, più facilmente avrebbero potuto conformarsi (scegliendo peraltro le modalità con cui formularlo) sul principio fissato in origine dai canoni di Basilio, ai quali si era aggiunto, nel frattempo, l'autorevole *can. 91 del Quinisextum*. Viene altresì in tal modo a comprendersi, a mio avviso, la mancata considerazione del frammento ulpiano tanto nei Basilici (ove si generalizza il portato degli altri contenuti normativi della Compilazione in tema di aborto, ampliando a tutte le donne l'area delle possibili ree) quanto - surrogato, nel principio che esprime, da quegli stessi canoni che 'rappresentava' nella Compilazione - nel Nomocanone in XIV titoli (ove è più che sufficiente e anzi naturale, per lo scopo visto, rifarsi direttamente a quei canoni)⁴⁷.

Più in generale, tuttavia, deve dirsi che è probabile che la visione del fenomeno espressa da Beaucamp sia discendente dall'errore', sopra segnalato, imputabile a Zachariä von Lingenthal sul punto oggetto di queste note: che cioè il regime repressivo dell'aborto sia, per tutto lo sviluppo del diritto orientale, in (quella che si afferma essere la) continuità del disposto giustiniano, reputando, ancora nei secoli VI-IX, autrici del *crimen* in parola le sole donne sposate, e, di conseguenza, oggetto della tutela apprestata ancora il (solo) diritto paterno⁴⁸.

Per contrasto, a me pare che la non divisibilità della descrizione del fenomeno che si legge in Zachariä (e, di conseguenza, in Beaucamp) sia ancor più evidente proprio quando si consideri che l'incoerenza che può rinvenirsi e si rinverrà nell'evoluzione del regime normativo sia canonico che imperiale non è da imputare ad una dissonanza tra l'uno e l'altro, giacché a me sembra del tutto evidente che l'ampliamento (riscontrabile in tutte le norme sopra citate) dell'area dei soggetti possibili autori dell'illecito sia in rapporto immediatamente consequenziale con la diretta tutela del nascituro apprestata da quelle medesime norme e quindi che non si può non giungere alle conclusioni in precedenza avanzate.

Dunque se linearità e coerenza nell'evoluzione tanto dell'ordinamento della Chiesa quanto di quello dell'Impero nella regolamentazione

⁴⁷ *Nomoc. XIV tit.*, 13,10 (vd. *supra* nt. 42), ove, sotto un titolo che è in sé una *summa* delle morfologie assunte dall'illecito nell'esperienza giustiniano-bizantina (περί τῶν πορνευουσῶν, καὶ ἀναιρουσῶν τὰ τικτόμενα, ἢ ποιουσῶν φθόρια), si rinvia a *Conc. Ancyran. can. 21*; *Conc. in Trullo can. 91*; *Basil. cann. 2*; 8; 52; *D. 47,11,4*. Deve necessariamente notarsi, a mio avviso, che, *pace* Beaucamp, tra le diverse modalità di concretamento dell'aborto sunteggiate nel titolo citato, non v'è spazio (o perlomeno non la si rende esplicita in alcun modo) proprio per la lesione dell'aspettativa paterna alla progenie.

⁴⁸ K.E. Zachariä von Lingenthal, *Geschichte*, cit., p. 347. L'ampliamento dell'area repressiva alle non coniugate sarebbe riscontrabile, per l'A. tedesco, solo a partire dai Basilici.

dell'illecito fosse da escludere, ciò sarebbe per ragioni diverse e condurrebbe a conclusioni opposte a quelle addotte e raggiunte dal grande bizantinista tedesco e, quindi, dall'autorevole studiosa francese. Deve considerarsi, infatti, che l'esistenza di significative varianti (che si traducono, come si vedrà, in ambiguità interpretative) rinvenibili nella formulazione dei canoni e nella loro conseguente ricaduta pratica - connessa altresì con la rapsodica articolazione della repressione del procurato aborto nella legislazione imperiale tra isaurici e macedoni - trova ragione proprio nella discontinuità rispetto al regime 'classico' dell'interruzione volontaria di gravidanza (per la teoria avversata recepito e tramandato da Giustiniano) che si percepisce in quelle fonti, in ogni caso indirizzate a configurare una del tutto nuova morfologia dell'illecito sia nei soggetti puniti, sia nell'oggetto (o negli oggetti) tutelati.

8. L' 'anomalia' isaurica: Ecl. 17,36 e l'aborto (come *πορνεία*) fuori del matrimonio

In effetti la formulazione della normativa canonica sembra seguire due percorsi non coincidenti, poiché al modello repressivo già delineato nei *cann.* 2 e 8 di Basilio di Cesarea non può non contrapporsi quello che sembra trovare origine nel (più risalente ancora)⁴⁹:

⁴⁹ Il *Synodum Ancyranum* (314 d.C.?) dispone col *can.* 21 quello che Balsamon, *comm. ad can. 21 Conc. Anc. (RP. III, 64)* definisce l'«ὄρος ἀρχαιότερος ἐκκλησιαστικός», benché il medesimo canone nella sua stessa formulazione faccia trasparire l'esistenza di precedenti disposizioni. Contrariamente a quanto sostengono, tra gli altri, R. Mentxaka, *El aborto*, cit., p. 316; G.M. Oliviero Niglio, *Lo status femminile nei canoni conciliari e nella legislazione imperiale della tarda antichità*, Ariccia 2016, p. 175 s., è tuttavia quantomeno dubbio, a mio avviso, che tali precedenti possano riconoscersi nei *cann.* 63 e 68 del Concilio di Elvira (J. von Hefele, *Conciliengeschichte nach den Quellen bearbeitet*, vol. I, 2a ed., Freiburg 1873, pp. 184; 186 s.), vuoi, perché la condotta è riferita solo a donne sposate e a catecumene (a seguito del loro *adulterium*), vuoi, soprattutto, perché il tenore degli stessi non necessariamente sembra concernere una condotta abortiva quanto piuttosto infanticida (salvo vedere effettivamente coincidenti e non solo analoghi i due comportamenti, come invece, a chiaro esempio, nelle epistole canoniche di Basilio di Cesarea), vuoi anche per le opposte aree geografiche di incidenza e per il diverso rango dei due Sinodi. Per considerazioni analoghe vd. P.E. Christianakes, *Η απόπειρα ἐκκλησιαστικοῦ ἐγκλήματος*, Athena, 1978, p. 571 s. Dubbi altresì espressi da M.-H. Congourdeau, *Un procès d'avortement à Constantinople au 14e siècle*, in *RÉB.*, 40, (1982), p. 110 nt. 38, la quale si domanda, infatti, se i canoni di Elvira «seraient-ils parvenus jusq'aux Pères d'Ancyre ou faut-il chercher en Orient une autre "ancienne loi" aux termes identiques?» (si noti però che l'A. vede represses nei canoni occidentali esplicitate fattispecie d'aborto).

Conc. Ancyra. *can.* 21: Περὶ τῶν γυναικῶν τῶν ἐκπορνευουσῶν, καὶ ἀναιρουσῶν τὰ γενώμενα, καὶ σπουδαζουσῶν φθόρια ποιεῖν, ὁ μὲν πρότερος ὄρος μέχρις ἐξόδου ἐκόλυσε, καὶ τούτῳ συντίθενται. Φιλανθρωπότερον δέ τι εὐρόντες, ὥρισamen δεκαετῆ χρόνον κατὰ τοὺς βαθμοὺς τοὺς ὠρισμένους πληρῶσαι⁵⁰,

che trova evidente recezione⁵¹ nella legislazione isaurica in

Ecl. 17, 36: Ἐὰν γυνὴ πορνεύσῃ καὶ γίνεται ἔγκυος καὶ ἐπιβουλεύσῃ τῇ οἰκείᾳ γαστρὶ πρὸς τὸ ἐκτρῶσαι, τυπτομένη ἐξοριζέσθω⁵².

La differenza tra le due tradizioni, come può facilmente notarsi, è che nella formulazione isaurica, rispetto alle norme patristico-canoniche coeve (ad esclusione, appunto, dell'antico canone ancirano) e alla successiva regolamentazione macedone⁵³, vi è l'inserito di un elemento in più: l'avere la donna commesso πορνεία.

⁵⁰ *RP.* III, 63 (= *PG.* 137, 1186: *De mulieribus quae sunt fornicatae, et fetus in utero perimunt et fetuum necatoriis medicamentis faciendis dant operam; prior quidem definitio usque ad vitae exitum prohibebat, et ei quidam assentiuntur; sed humanitate tamen utentes, decrevimus ut decennium per grados praefinitos impleant*).

⁵¹ Quanto alla funzione della disposizione dell'Ecloga, val la pena notare, con B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111, che deve essere escluso che essa svolga ruolo di mera integrazione della disciplina riconducibile alla Compilazione (presupponendo una continuità della vigenza di questa), nella quale «die Abtreibung eines ehelichen Kindes schon [...] unter Strafe stand»; piuttosto, sulla base del medesimo ragionamento, verrebbe, viceversa, da notare come potrebbe invece imputarsi al *can.* 21 del Concilio di Ancyra l'obiettivo (e l'effetto) di completare, per ciò che concerneva l'ordinamento canonico, l'ambito repressivo del procurato aborto, punito dal diritto criminale pubblico, a quell'altezza temporale, solo quando riguardasse la prole legittima.

⁵² L. Burgmann, *Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos' V*, Frankfurt a.M., 1983 (= Burgmann), 238: Wenn eine Frau hurt, schwanger wird und ihre Leibesfrucht abzutreiben versucht, soll sie geschlagen und verbannt werden.

⁵³ In realtà, già nella formulazione della corrispondente norma in *EA* 17,29 (Simon - Troianos, *FM.*, 2, [1977], p. 73) scompare l'elemento della πορνεία (mentre si sottolinea che l'aborto è punito καθ'οιονδήποτε τρόπον), dimostrando dunque, che l'applicazione di un regime orientato su una regola che limita in modo siffatto la repressione criminale dell'aborto deve essersi data in una finestra temporale obiettivamente ristretta, imponendosi invece immediatamente una norma (almeno nell'interpretazione se non nella prassi, vista la natura di quel compendio) del tutto più generale. Ciò non toglie (piuttosto aumenta l'ambiguità normativa che si innesta su siffatta duplicità di formulazione delle norme repressive dell'interruzione volontaria di gravidanza) che la norma dell'Ecloga sia, invece, conservata in *EPA* 17,19 (*JGR.* VI, 42), in parallelo con una norma di portata più generale collocata in *EPA* 17,27 (*JGR.* VI, 44, in consonanza, d'altronde, con la natura e la funzione di *EPA*). Sulla fonte delle disposizioni più generali riportate nei compendi privati tra VIII e IX secolo (a mio avviso incontestabilmente la tradizione che si diparte dai canoni basiliani più volte citati, quindi il diritto della Chiesa), si vd. però B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 113 nt. 1, per il

L'inserto è tutt'altro che irrilevante, poiché l'elemento tende a collocare la disposizione nell'area della tutela della pudicizia⁵⁴, la quale si aggiunge, se si vuole, quale oggetto protetto dalla norma (ma in realtà così lo si oscura), all'integrità del nascituro⁵⁵. La repressione dell'impudicizia parrebbe anzi essere prevalente rispetto all'altra finalità della norma (connessa all'omicidio del feto), se è vero, come pare, che, nella formulazione dell'Ecloga, l'aver commesso πορνεία condizioni la punibilità stessa della condotta abortiva⁵⁶, ma altresì, viceversa, che il tentare o concretare l'interruzione di gravidanza costituisca la ragione della sottoposizione a pena criminale della condotta impudica⁵⁷. Se, dunque, per il legislatore isaurico, non tutte le donne che abortiscono sono punite, ma solo quelle che hanno commesso πορνεία (e per di più, se ciò avviene solo se vi è un rapporto eziologico tra quella condotta e la pratica abortiva), è legittimo porsi il quesito se tutte le donne, perciò, senza differenza di *status*, possano essere punibili in quanto possibili autrici della condotta descritta dalla norma.

Nell'indeterminazione dell'area dei soggetti punibili così come individuati dalla disposizione di Leone III, può tuttavia nuovamente sottolinearsi l'inapplicabilità generale, come già notato polemicamente da Sinogowitz e poi da tutta la successiva dottrina fino ai più recenti studi di Troianos, della già esposta lettura delle fonti proposta da Zachariä von Lingenthal. Orientato a vedere riprodotta sempre - per prima nella normativa isaurica - la struttura del crimine che egli reputa disegnata dai compilatori giustiniani (ma in realtà dei 'classici') - in particolare riguardo ai soggetti ivi intesi come imputabili: le *nuptae* -, Zachariä ne forza comunque i limiti morfologici affermando, infatti, che l'Ecloga limiti la punibilità al

quale una norma siffatta «aus einer Summe von D. 48,8,8 oder von einer verlorenen Novelle stammt».

⁵⁴ J. Beaucamp, *La situation juridique*, cit., p. 164, concede che l'Ecloga «envisageait l'avortement en relation avec le débauche».

⁵⁵ Di ciò si ha, credo, indiretta dimostrazione, per l'uso di norme riferibili ai due 'modelli' indicati, nella successiva *EPrM* che colloca in 19,17 (*JGR*. VI, 268), sotto il titolo *περὶ πόρνων καὶ μοιχῶν καὶ φθορέων καὶ ἀσελγῶν*, la norma di *Ecl.* 17,36 e, sotto il titolo *περὶ φονέων καὶ γοήτων*, in 21,18 (*JGR*. VI, 271), la norma di *EA* 17,29, le quali, dunque, se lette in un rapporto che sia 'di sistema', verrebbero così a rispondere a logiche di repressione criminale tra loro probabilmente differenti e tuttavia tra loro connesse. Vd. S.N. Troianos, *Ὁ «Ποινάλιος» τοῦ Ἐκλογαδίου*, Frankfurt a.M. 1980, p. 95.

⁵⁶ Sulla πορνεία come «antefatto non punibile» nella fattispecie della norma isaurica, vd. F. Botta, *“Per vim inferre”*. *Studi su stuprum violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004, p. 219 nt. 109.

⁵⁷ Vd. B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111 s.: «Leon III [...] mit seiner Vorschrift auch indirekt gegen die Unzucht vorgehen».

caso della donna sposata che avesse commesso πορνεία e che pertanto interrompesse una gravidanza ‘illegittima’⁵⁸.

Incontestabile è seguita, credo, l'obiezione di Sinogowitz⁵⁹, ed è di logica sistematica: la γυνή πορνεύση non può essere mai la donna sposata, giacché l'illecito sessuale della stessa, che essa abortisca o meno, configurerebbe μοιχεία, adulterio⁶⁰, la cui pena, espressa in *Ecl.* 17.27⁶¹, il taglio del naso, è assai più grave di quella irrogata in *Ecl.* 17,36 per l'aborto, consistente nella battitura e nell'invio in esilio.

Considerando dunque assorbita nell'adulterio e nella pena irrogata per quel *crimen* la punibilità della donna coniugata per la condotta abortiva conseguenza di un rapporto illecito, risulta altresì evidente che, in generale, rispetto alla *nupta* si assiste a un radicale ribaltamento del regime ‘classico’ di repressione del *crimen*, scomparendo nel diritto degli Isaurici qualsivoglia norma tesa in sé a punirla per l'aborto commesso. Ciò è chiaro, infatti, se si considera che anche l'aborto ‘doloso’ da parte della donna sposata che abbia come oggetto il frutto del rapporto coniugale - per definizione legittimo - non può perciò essere effetto di πορνεία e dunque risulterebbe non sussumibile sotto la norma in esame e pertanto non punito (almeno in forma di pena criminale) nel sistema dell'Ecloga. Salvo reputare, quindi, che tale assenza di previsione sia imputabile ad una lacuna dell'ordinamento repressivo, dovrà allora supporre che l'interruzione volontaria della gravidanza legittima sia stata punita con sanzioni ‘endoconiugali’, perlopiù patrimoniali - e cioè considerando sanzione in sé il *repudium*⁶² (pur con tutte le perplessità

⁵⁸ K.E. Zachariä von Lingenthal, *Geschichte*, cit., p. 347.

⁵⁹ B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 112 nt. 1.

⁶⁰ Ad onta del fatto che in *Ecl.* 2,9,2 (Burgmann, 182), in cui si regolamentano le cause di ripudio, la condotta adulterina della donna sia espressa col verbo πορνεύειν (λύεται ὁ ἀνὴρ ἀπὸ τῆς γυναικὸς διὰ τοιαύτας αἰτίας· ἐὰν ἡ γυνὴ αὐτοῦ πορνεύσῃ *et rell.*). Ma sul punto vd. A. Laiou, *Sex, Consent, and Coercion in Byzantium*, in *Consent and Coercion to Sex and Marriage in Ancient and Medieval Societies*, Washington 1993, p. 129 che espressamente vi riconosce un uso atecnico del termine al posto del più corretto μοιχεύειν.

⁶¹ Ὁ εἰς γυναῖκα ὑπανδρον μοιχεύων ῥινοκοπεῖσθω καὶ αὐτὸς καὶ ἡ μοιχαλὶς *et rell.* (Burgmann, 234: Wenn jemand mit einer verheiratheten Frau die Ehe bricht, dann soll ihm und der Ehebrecherin die Nase abgeschnitten werden *et rell.*).

⁶² Vd. *Ecl.* 2,9,2 (*supra* nt. 60): Λύεται ὁ ἀνὴρ ἀπὸ τῆς γυναικὸς διὰ τοιαύτας αἰτίας· ἐὰν ἡ γυνὴ αὐτοῦ πορνεύσῃ, ἐὰν ἐπιβουλεύσῃ οἰωδῆποτε τρόπῳ τῆ ζωῆ αὐτοῦ ἢ ἐπισταμένη ἐτέρους ἐπιβουλεύοντας μὴ καταμηνῶσῃ αὐτῷ, καὶ ἐὰν λωβῆ ἐστίν. (= Burgmann, 183: Der mann wird von seiner Frau aus folgenden Gründen geschieden: wenn die Frau hurt; wenn sie ihm auf irgendeine Weise nach dem Leben trachtet oder, obwohl sie weiß, daß andere dies tun, es ihm nicht mitteilt; wenn sie aussätzig ist).

che per il pregresso⁶³ sorgono dalla lettura della *Nov. 31* di Leone VI il Saggio⁶⁴) - e affidando alla pena ecclesiastica la probabile funzione di stigma sanzionatorio di quell'illecito femminile⁶⁵.

Ed infatti, dalla condivisibile affermazione di Troianos, secondo il quale l'ordinamento criminale 'si accontentava', per l'illecito 'non adulterino' delle donne sposate, dell'irrogazione della penitenza canonica⁶⁶ (affermazione pronunciata al termine di un ragionamento *e contrario* al cui esito si deduce che l'Ecloga abbia, in positivo, punito con pena 'pubblica' l'aborto volontario concretato o tentato esclusivamente e solo dalle *innuptae*), credo debba potersi giungere altresì ad una più ampia conclusione: e cioè che, escludendo, da un lato, che le non coniugate punite dalla norma fossero le sole prostitute (contro una lettura che, ancorché autorevole tra gli studiosi a noi contemporanei⁶⁷, e risalente già

⁶³ Per buona parte investigato da F. Gorla, *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta. Diritto matrimoniale*, Frankfurt a.M. 1980, pp. 98 ss. Là ove vi si prendono in considerazione le fonti in tema di ripudio unilaterale per giusta causa precedenti la legislazione macedone non compare significativamente il procurato aborto.

⁶⁴ La reintroduzione con *Nov. 31* da parte di Leone VI dell'aborto volontario tra le cause di imputazione del divorzio alla moglie (vd. *supra* ntt. 10; 46) suggerisce che in precedenza il regime dello stesso fosse perlomeno oggetto di variabili interpretazioni (punti di vista sul dato nella letteratura in C. Terreni, *Me puero*, cit., p. 300 ss. e ntt.) e, soprattutto per il tema che qui ci occupa, segnala altresì il totale disinteresse dell'imperatore per una repressione criminale di quell'atto (della donna sposata per la prole legittima), cosa che risulterebbe assai più in linea con la (altrove vituperata) normativa isaurica (pur anche, come s'è visto, a sua volta ambigua), che con la produzione canonica e, soprattutto, con le disposizioni di *Prochiron*, *Eisagoge* e degli stessi Basilici, riferibili alla sua stessa dinastia, (quale che sia la cronologia delle pubblicazioni delle diverse raccolte normative imputabili ai macedoni), che pure, come s'è visto, dando, a mio avviso, mostra di recepire i canoni basiliani e il *can. 91* del Conc. *in Trullo*, puniscono l'aborto volontario di ogni donna (indifferentemente dal suo statuto personale e, soprattutto, spezzando ogni nesso tra aborto e fornicazione).

⁶⁵ Così S.N. Troianos, *Ὁ «Ποινάλιος»*, cit., p. 93, sulla scia di B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111. Per entrambi la normativa isaurica, come s'è visto, deve però intendersi «συμπλήρωσις τῆς ἰουστινιανείου νομοθεσίας».

⁶⁶ S.N. Troianos, *Ὁ «Ποινάλιος»*, cit., p. 93: «ἐπὶ τῶν ἐγγάμων [...] ἠρκέσθησαν πιθανῶς εἰς τὰς ὑπὸ τῆς κανονικῆς νομοθεσίας προβλεπομένας ἐκκλησιαστικὰς ποινάς».

⁶⁷ *Ivi*, p. 93 nt. 14, (ma travisando B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111 s.), reputa la norma esempio della lotta alla prostituzione propria della politica criminale di Leone III. Più recentemente, meno perspicuamente e, forse, eccessivamente generalizzando, M.H. Congurdeau, *Les variations du désir d'enfant à Byzance*, in A. Papaconstantinou - A.-M. Talbot (edd.), *Becoming Byzantine. Children and Childhood in Byzantium*, Harvard 2009, p. 49 (ove altra letteratura). Nell'edizione francese di J. von Hefele, *Conciliengeschichte*, cit., p. 240 (nella precedente tedesca, tuttavia, si trova la versione: «die Weiber welche Unzucht treiben»), d'altra parte, il «τῶν γυναικῶν τῶν ἐκπορνεουσῶν» del *can. 21* del Concilio di Ancyra è reso con riferimento alle «femmes qui se prostituent» (J. Hefele - H. Leclercq, *Histoire des Conciles d'après les documents*

ad Aristeno⁶⁸, appare indebitamente restrittiva della norma e del significato assai più largo del verbo *πορνεύειν* che essa utilizza⁶⁹), dall'altro mi sembra legittimi una rivisitazione del complessivo sistema sanzionatorio dell'Impero d'Oriente. Questo trova, a mio avviso, il più idoneo banco di prova proprio nell'articolazione della punizione per gli illeciti connessi alle condotte (e alla morale) delle donne, in capo alle quali essi sono sempre meno sanzionati, con pena pubblica, a partire dal regime di *adulterium* e *stuprum* instaurato con le *Institutiones* giustiniane.

9. Conclusioni: l'aborto nel 'sistema repressivo' dell'Impero d'Oriente, tra pena pubblica e penitenza canonica

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la surricordata affermazione di Troianos può così contestualizzarsi in relazione a quanto può dedursi da autorevoli studi sulla sanzione criminale statutale in età giustiniano-bizantina⁷⁰, nei quali implicitamente si suggerisce che la pena pubblica risulti in concreto inserita in un sistema integrato con la pena canonica, essendo percepibile, dall'analisi delle motivazioni sottese all'irrogazione della pena statutale (ad esempio nelle Novelle giustiniane), la sua primaria funzione retributiva, intesa come necessaria e inevitabile sempre ma, in alcuni significativi casi, 'solo' quando insufficiente dovesse risultare un meccanismo 'emendativo' della colpa. E ciò sia in forma alternativa - e quindi rimesso, esplicitamente o no, alla penitenza ecclesiale -, sia in forma preventiva/aggiuntiva, dipendente cioè dalla minaccia stessa della medesima pena afflittiva⁷¹ o dall'ulteriore esplicita previsione dell'irrogazione anche di pene canoniche.

originaux, vol. I.1, Paris 1907, p. 323). Nel senso del testo, però, E. Nardi, *Procurato aborto*, cit., p. 496.

⁶⁸ Aristen., *comm. ad can. 21 Conc. Ancyr.* (RP. III, 64): *αἱ πόρναι λαμβανούσαι φθόρια et rell.* (= PG. 137, 1188: *Meretrices medicamenta noxia accipientes et rell.*).

⁶⁹ Sulla nozione di *πορνεία* nel diritto penale mediobizantino, significativa perlopiù del reato maschile di impudicizia (e sul dibattito intercorso sul punto nella bizantinistica), mi sia concesso rinviare a F. Botta, "Per vim inferre", cit., pp. 212 ss. e ntt.

⁷⁰ È quanto credo si possa dedurre da F. Sitzia, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano* (1990), in *Scritti di diritto romano*, vol. II, *Da Giustiniano al Diritto romano d'Oriente*, Napoli 2020, pp. 215 ss.

⁷¹ Circa la 'συμφωνία' normativa tra Stato e Chiesa nell'Impero d'Oriente, le fonti che se ne occupano e le materie normalmente deferite alla normazione/giurisdizione ecclesiastiche, si vd. per tutti il classico lavoro di H.-G. Beck, *Nomos, Kanon und Staatsraison in Byzanz*, Wien 1981, *passim*. Vd. altresì più recentemente K.G. Pitsakis, *Les Nouvelles dans le droit canonique oriental*, in L. Loschiavo - G. Mancini - C. Vano

In questo quadro, apparendo del tutto plausibile, dunque, che, per il diritto dell'Ecloga, la lacuna di una previsione repressiva dell'interruzione dolosa della gravidanza 'legittima' da parte della coniugata venisse colmata da un rinvio implicito alla normativa e alla pena canoniche, si può cercare altresì di precisare la portata della prescrizione repressiva espressa in positivo da *Ecl.* 17,36.

Per la sua formulazione, infatti, la norma, che individua l'autrice dell'illecito nella *γυνή πορνέυση*, sembrerebbe rendere sanzionata, come si è detto, una condotta di impudicizia, altrimenti non punibile, imputabile alle sole donne non sposate, le quali, evidentemente, non possono che abortire se non i frutti indesiderati di relazioni vietate⁷².

Se, dunque, si intende che, condivisibilmente, Sinogowitz⁷³ individua la *ratio* della disposizione isaurica nel disvalore attribuibile alla motivazione dell'atto punito, rappresentata, con la formula espressiva di Troianos, dalla «συγκάλυψις τῆς ἠθικῆς παρεκτροπῆς»⁷⁴ - estratta assai probabilmente dalla stessa motivazione usata da Basilio nel canone 52⁷⁵, ove si punisce il parto *κατὰ τὴν ὁδὸν*, il parto clandestino e destinato all'abbandono del neonato (nelle fonti dell'età bizantina generalmente trattato congiuntamente, e con reciproca assimilazione concettuale, all'aborto⁷⁶),

(curr.), *Novellae Constitutiones*, cit., pp. 91 ss., cui *adde*, per informazioni generali ma altresì fondamentale bibliografia recenziore, D. Ceccarelli Morolli, *Il diritto*, cit., pp. 144 ss. Per la rilevanza dei canoni espressi anche dai concili regionali, sui limiti della complementarità di questi e della normativa imperiale vd., tra gli altri, R. Macrides, *Nomos and kanon on paper and in Court*, in R. Morris (ed.), *Church and People in Byzantium*, Birmingham 1990, pp. 61 ss.

⁷² E. Patlagean, *Sur la limitation de la fécondité dans la haute époque byzantine*, in *Annales ESC*, 24, (1969), p. 1360.

⁷³ B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111, che imputa appunto la medesima motivazione repressiva tanto ai canoni quanto alla norma imperiale.

⁷⁴ S.N. Troianos, *Ὁ «Ποινάλιος»*, cit., p. 93, il quale però (come s'è detto anche *supra*, nt. 43) considera tale 'nascondimento dei fuorviamenti etici' causa di attenuazione della pena (canonica e, quindi, imperiale) per equiparazione all'omicidio involontario (come in Basil., *can.* 52, cit.). *Contra*, giustamente a mio avviso, sul punto C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen*, cit., p. 32 nt. 67, ai quali risulta difatti «unglaublich daß die Kirche mit einer eingeschränkten Strafherabsetzung letztlich und indirekt die πορνεία aus ihrer Sicht "erleichtern" wollte».

⁷⁵ *RP.* IV, 207. Ma vd. anche *can.* 33 (*RP.* IV, 175).

⁷⁶ Balsamon, *comm. ad can. 2 S. Basilii* (*RP.* IV, 96). Vd. B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 111 nt. 1. Sulla pratica dell'infanticidio, nelle sue varie forme e per i suoi diversi scopi, nel periodo, vd. E. Patlagean, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance, 4^e-7^e siècles*, Paris, 1977, p. 116; p. 363. Vd. anche, per aspetti del diritto nell'XI secolo, G. Buckler, *Women in Byzantine Law*, in *Byzantion*, 11, (1936), pp. 412 ss. Su aborto e infanticidio quali strumenti di 'pianificazione' delle nascite nella cultura e nelle società antiche, vd. *generaliter*, E. Eyben, *Family Planning in Graeco-Roman Antiquity*, in *Ancient Society*, 11/12, (1980/81), pp. 5 ss.

affermandosi che esso avviene per nascondere la colpa, per celare il peccato commesso (συγκαλύψειν ... τὴν ἁμαρτίαν)⁷⁷ - credo possa definitivamente considerarsi che in *Ecl.* 17,36 si venga a reprimere, per il fatto dell'aborto concretato o tentato, una condotta di impudicizia, a quello eziologicamente collegata, altrimenti non soggetta a pena pubblica. Nel diritto mediobizantino, come s'è detto, tale regime riguardava tutte le donne non coniugate, tanto le *viduae* quanto le *virgines*. Se però le condotte impudiche delle prime non sono oggetto della legislazione penale isaurica (e in realtà nemmeno della successiva produzione normativa imperiale⁷⁸), potendosi pertanto solo dedurre che esse per tali fatti non venissero punite⁷⁹ (con implicito rinvio alla normativa e alla

⁷⁷ Che questo sia infatti solo quello delle «femmes en situation irrégulière, prostituées, ou tout au moins femmes libres», come ipotizza E. Patlagean, *Sur la limitation*, cit., 1361 ss., sulla base principalmente del Penitenziale (*Kanonikon*) attribuito a Giovanni IV Nestsutes 'il Digiunatore' (J. Morinus, *Commentarius Historicus de disciplina in administratione sacramenti poenitentiae*, vol. I.1, *Antiqui Poenitentiales*, Paris, 1651, p. 84 = *RP.* IV, 443. Vd. V. Grumel, *Regestes des Actes du Patriarcat de Constantinople*, vol. I.1, Paris, 1972, n. 270) - su cui letteratura anche in C. Cupane - E. Kislinger, *Bemerkungen*, cit., p. 36 nt. 82 - nel quale, sul declinare del VI secolo, si raccomanda «particulièrement» di tenere in considerazione per questo 'peccato' vedove o donne dedicate a Dio («des femmes seules encore une fois»), non lega con un'altra considerazione - il cui fondamento si rinviene anche nel più tardo commentario di Zonara al *can.* 2 di Basilio (*RP.* IV, 98 - che ha però portata più ampia -: λάθρα γυναῖκες τινες ἀνδράσι συμφθειρόμεναι, συλλαμβάνουσι· φόβῳ δὲ γονέων ἴσως ἢ δεσποτῶν, ἢ ἐτέρων τινῶν, ἐπιτηδεύουσι τῶν ἐμβρύων ἀποβολὴν *et rell.* [= *PG.* 138, 590: *Mulieres quaedam occulte cum viris corruptae concipiunt, metu vero parentum forte, vel dominorum, aut aliorum quorundam, student conceptum ejicere et rell.*]) e a *Conc. in Trullo can.* 91 (= *PG.* 137, 828) - che la bizantinista francese articola e cioè che questa sia la motivazione all'aborto di «femmes qui veulent cacher une faute à leurs parents ou à leurs maîtres», dunque di donne non 'libere' ma soggette a poteri paterni o dominicali.

⁷⁸ Un *revirement* normativo si avrà solo (e, non a caso, su sollecitazione del Patriarca Athanasios I) nel 1306 con la *Nov.* 26 di Andronico II (*JGR.* I, 535). Vd. M.A. Tourtoglou, *Παρθενοφθορία καὶ εὐρεσις θησαύρου*, Athenai 1963, pp. 68 ss.; A. Laiou, *Sex*, cit., p. 143 s.; F. Botta, "Per vim inferre", cit., p. 295 s. e nt. 73.

⁷⁹ Perché era punito l'uomo con cui la *porneia* s'era compiuta (*Ecl.* 17,19; 17,20 [Burgmann, 230]). Vd. F. Botta, *Ecl.* 17,21: *alle origini dell'obbligo giuridico di fedeltà reciproca tra coniugi*, in *Studi per G. Nicosia*, vol. II, Milano 2007, pp. 88 ss. (ove precedente letteratura). D'altronde già in forza di I. 4,18,4, e secondo quanto ci riferisce Evagrio Scolastico, *Hist. eccl.*, 4,30 (Bidez - Parmentier, 179 = Niceph. Call., *Hist. eccl.*, 17,19 [PG. 147, 267]), nella normativa imperiale il privilegio concesso alle donne si estendeva fino al punto di permettere a qualunque donna che, pur esercitando il meretricio, avesse simulato di aver avuto *consuetudo* o di avere comunque intrattenuto rapporti sessuali con un uomo per finalità diverse dal lucro, di comunque denunciare il fatto, accusando l'uomo di *stuprum* e ricavare da ciò un vantaggio patrimoniale al quale il fisco avrebbe partecipato (ancora F. Botta, "Per vim inferre", cit., p. 215 nt. 100). D'altra parte, vd. Procop., *Anektd.* 9,19; 17,16, sugli aborti (concretati o tentati, comunque impuniti) di Teodora prima del matrimonio (vd. C. Cupane - E. Kislinger,

pena ecclesiastica ricadendosi, anche in questo caso, nella sostenuta 'sussidiarietà' tra ordinamento imperiale e canonico⁸⁰), esplicitamente senza pena è la *παρθένος* per il rapporto sessuale in cui ha volontariamente preso parte:

Ecl. 17,29: Ὁ συγγινόμενος κόρη παρθένω, προαιρέσει μὲν τῆς κόρης, ἀγνοία δὲ τῶν αὐτῆς γονέων, ἐν ὑστέρω δὲ τούτων διαγινωσκόντων, εἰ μὲν θελήσει λαβεῖν αὐτήν καὶ θελήσουσι καὶ οἱ γονεῖς αὐτῆς, γινέσθω τὸ συνάλλαγμα· εἰ δὲ ἐν τῶν μερῶν οὐ θελήσει, εἰ μὲν ἐστὶν εὖπορος ὁ φθορεύς, διδότη τῆ φθαιρείση κόρη χρυσίου λίτραν μίαν· εἰ δὲ ἐστὶν ἐνδεέστερος, διδότη τὸ ἥμισυ τῆς ὑποστάσεως αὐτοῦ· εἰ δὲ παντελῶς ὑπάρχει πένης καὶ ἀνεύπορος, τυπτόμενος καὶ κουρευόμενος ἐξοριζέσθω⁸¹.

Nella norma, seguendo una linea di politica legislativa che esentava la donna (non sposata e non *Deo dicata*) dalla pena per i reati contro la pudicizia - linea, come s'è detto, già instaurata da Giustiniano⁸² - si addossa al solo seduttore la sanzione che nel diritto romano 'classico' era prevista per entrambi i compartecipi di quel *crimen*, dalla legge augustea denominato *stuprum*.

Ma tale sanzione, pecuniaria perlopiù, è necessariamente alternativa al matrimonio riparatore e definisce l'obbligo imposto al partecipe maschile dello *stuprum*/φθορά, di risarcire il danno arrecato all'onore della fanciulla⁸³, la cui perdita di reputazione, nella quale sarebbe sicuramente incorsa con conseguente irreparabile e perpetua limitazione della vita di relazione⁸⁴, rappresentava il portato di una drastica sanzione sociale

Bemerkungen, cit., p. 21; J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4^e - 7^e siècle)*, vol. II, *Les pratiques sociales*, cit., p. 326 e ntt.).

⁸⁰ Così espressamente B.A. Leontaritou, *Ἐκ γυναικὸς ἐρρήνη τὰ φαῦλα. Ἡ γυναικεία εγκληματικότητα στο Βυζάντιο*, in S.N. Troianos (ed.), *Ἐγκλημα καὶ Τιμωρία στο Βυζάντιο*, Athenai 1997, p. 221. Vd anche F. Botta, "Per vim inferre", cit., p. 218 nt. 109.

⁸¹ Burgmann, 236.

⁸² Cfr. *Proch.* 39,65 (*JGR.* II, 224) = *Bas.* 60,37,78 (A VIII, 2996). Come modello di entrambe le disposizioni, si vd. ancora I. 4,18,4. Cfr. F. Botta, "Per vim inferre", cit., pp. 186 ss.

⁸³ Per tutti mi sia permesso rinviare a F. Botta, "Per vim inferre", cit., pp. 187 ss. e ntt., soprattutto p. 188 nt. 29 (ove precedente letteratura).

⁸⁴ Vd. l'esplicita motivazione della disposizione (e anche della mitigazione della sanzione canonica che tiene conto dell'incancellabile *dedecus* che incorre sulla diecorήθη), espressa da Balsamon, *comm. ad can. 26 S. Basilii (RP. IV, 159 s.)*: τὴν μὲν παρθένον ἴσως μετὰ τὴν φθορὰν οὐδεις αἰρετίσεται πρὸς γάμον λαβεῖν, καὶ εἰ μὴ παραζωρηθῆ τῷ φθορεῖ γαμηθῆναι, περιλειφθήσεται ἄτιμος καὶ ἐλέους ἀξία· ἡ δὲ πορνευθεῖσα οὐ ζημιούται τοσοῦτον, ἐὰν μὴ γαμηθῆ τῷ πορνεύσαντι μετ' αὐτῆς· παρ' ἑτέρου γὰρ diecorήθη (= *PG.* 138, 674 ss.: *Virginem quidem post ei allatum stuprum nemo fortasse volet in*

proiettata comunque anche sulle norme di diritto canonico⁸⁵. Se, dunque, la perdita dell'onorabilità è, seguendo Laiou⁸⁶, nei fatti la 'pena' per la φθορά, per lo *stuprum* volontario commesso dall'*innupta* e se, pertanto, l'aborto (come esplicitamente detto per il parto clandestino) può rappresentare un modo sostanzialmente fraudolento per nascondere l'evidenza di tale disonore⁸⁷ e quindi per sottrarsi al conseguente castigo canonico e sociale che esso comporta, allora la norma isaurica che lo sanziona, punendo per questo motivo la πορνεία di colei che altrimenti non sarebbe incorsa in una pena criminale, può meglio intendersi quando la si voglia considerare inserita in quel sistema repressivo integrato nel quale il diritto penale pubblico - specie circa gli illeciti lesivi della pudicizia - 'sceglie' (esplicitamente o meno) di svolgere funzione suppletiva dell'ordinamento sanzionatorio canonico (e, per l'effetto, sociale)⁸⁸.

Verrebbe così a inverarsi ulteriormente il postulato di Troianos secondo il quale, la progressiva mitigazione delle pene e, soprattutto, la riduzione stessa del numero e delle fattispecie dei reati sessuali contemplati dagli ordinamenti imperiali come meritevoli di pena criminale hanno comportato una non rara sostituzione della pretesa penale pubblica con

matrimonium accipere, et nisi illi permittatur ei qui stupraverit nubere, dedecore affecta ac miserabilis relinquetur. Quae autem fornicata est non tanto afficitur, si ei quocum ipsa fornicata est non nupserit: est enim ab alio devirginata). Per il precedente, riguardo all'*abducta*, già Iust. C. 9,13,1,3b.

⁸⁵ Basil., *cann.* 26 e 38 (*RP.* IV, 157; 182). Cfr. M.A. Tourtoglou, *Παρθενοφθορία*, cit., pp. 68 ss.; A. Laiou, *Sex*, cit., p. 143 s.

⁸⁶ A. Laiou, *Sex*, cit., p. 144: «if marriage did not take place, the girl was most probably shamed and dishonored, even if there were no public parading involved. This would have been a deterrent more powerful than the law was for men, and it may be the reason why the law does not, usually, mention a specific punishment for the woman: the woman's punishment would have taken place outside the realm of law, the man's inside it».

⁸⁷ B. Sinogowitz, *Studien*, cit., p. 112.

⁸⁸ Se ne ha l'esempio più esplicito in *EA* 17,32 (*FM.*, 2, cit., p. 73): Ὁ ἔχων γυναῖκα καὶ πορνέων τοῖς ἐκκλησιαστικοῖς ἐπιτιμίαις ὡς πόρνος καταδικαζέσθω καὶ τούτοις ὑποβαλλέσθω· εἰ δὲ τὰ ἐπιτεθησόμενα αὐτῷ καταφρονῶν μὴ παραφυλάξῃ κανονικὰ ἐπιτίμια, τὸ ἥμισυ μέρος τῆς αὐτοῦ περιουσίας τῷ δημοσίῳ μέρει εἰσκομιζέσθω (= *EPA* 17,29 [*JGR.* VI, 44 = E.H. Freshfield, *A Revised Manual of Roman Law (Ecloga Privata Aucta)*, Cambridge 1927, p. 81: A married man who commits fornication shall be punished according to Ecclesiastical Law. And if the delinquent refuses to submit himself to the Canonical punishments imposed upon him, one-half of his property shall be forfeited to the Public Treasury]). Sulla disposizione, la sua *ratio* e la dottrina che l'ha tenuta ad oggetto, rinvio a F. Botta, "*Per vim inferre*", cit., p. 220 nt. 116.

quella propria del diritto ecclesiastico⁸⁹.

In definitiva, in ordine a questo particolare profilo della συμφωνία tra Impero e Chiesa riguardante il sistema repressivo, è alla normativa canonica che sembra primariamente deferito il compito di discriminare e quindi sanzionare le condotte 'eticamente valutabili', e in particolare quelle sessuali, che il diritto imperiale, di volta in volta, reputa di voler riconoscere o meno meritevoli di pena pubblica⁹⁰; è all'ordinamento ecclesiastico, infatti, che è riconosciuta la funzione 'naturale' di valorizzare o, all'inverso, di stigmatizzare del tutto efficacemente - per i valori dominanti in quel periodo storico e in quel contesto culturale - la posizione dei fedeli tutti e in particolare della donna, in specie riguardo alla tutela della pudicizia, escludendola, isolandola da, o, all'inverso, includendola in quella fitta trama di relazioni che costituisce l'essenza della Ἐκκλησία come comunità (e, quindi, del corpo sociale che per intero rappresenta) nella quale essa è inserita.

Abstract: Classical ages juridical sources classify abortion as a damage to the husband's *spes liberorum*. The sole culprit is the married woman who is sanctioned with repudation and curtailment her dowry. For the same *ratio* it is pursued as *crimen* through an imperial rescript by Severus and Caracalla with extension of the penalty also towards divorced women. One can suppose that (also) the homicide of the fetus is punished by the Compilation since such precept, under canon law, is perceived through an 'interpolatory' use by Ulp. (33 *ad ed.*) D. 48,8,8 that extends the area of punishable subjects to all women. Such regime carries on till the Macedonian dynasty, with the exception of *Ecl.* 17,36 that ascribes it, for its πορνεία, only to the *innuptae*, leaving the punishment of all other women to the ecclesiastical order as a further example, under Byzantine law, of the reciprocal integration of the repressive systems of both Church and Empire, particularly evident in the persecution of wrongful acts consistent in ethically relevant behaviour.

⁸⁹ S.N. Troianos, *Ἐρως και νόμος στο Βύζαντιο*, in Id. (ed.), *Ἐγκλημα και Τιμωρία*, cit., p. 201: «πολλών αξιόποινων πράξεων γύρω από τη σεξουαλική ζωή είχε πολύ περιοριστεί η δίωξη [nel diritto imperiale], σε τρόπο ώστε όχι σπάνια να παρατηρείται αντικατάσταση της ικανοποίησης της ποινικής αξιόσεως της Πολιτείας από εκείνη της Εκκλησίας».

⁹⁰ È questo, in buona sostanza, il fenomeno che A. Laiou, *Mariage, amour et parenté à Byzance aux XI^e - XIII^e siècles*, Paris 1992, p. 67 s., affermandosi tributaria degli assunti della *Histoire de la Sexualité* di M. Foucault (I-III, Paris 1976-1984), rende chiaro quando afferma che «par l'Église, principal arbitre de la moralité publique et privée, [...] furent élaborées [...] les normes et la réalité du comportement sexuel à Byzance»; disposizioni normative e comportamentali che assumono valenza di «normes ideologiques explicites». Nella continua dialettica, comunque non sempre piana, come s'è visto, tra il diritto della Chiesa e quello che la studiosa chiama «l'État», inteso come «le second juge de la moralité publique», la soluzione da cui discende l'individuazione delle norme di condotta e delle sanzioni ivi previste che, in quell'ambito, sono accettate dalla «société laïque», dipende per Laiou, dunque, dalla considerazione della misura nella quale, nel corso dello sviluppo della storia sociale e giuridica dell'Impero d'Oriente, «Église et État étaient tantôt en accord, tantôt en conflit».

Key words: abortion, *patria potestas*, *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, homicide, Compilation of Justinian, νόμοι-κάνονες, byzantine criminal law, πορνεία.