



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Serie II

24

DONNE: LIBERTÀ, DIRITTI E TUTELE

a cura di

MARIA VIRGINIA SANNA e MICHELINA MASIA



Edizioni Scientifiche Italiane

Volume finanziato dalla Fondazione di Sardegna – Convenzione triennale con Atenei Sardi – Regione Sardegna – L.R. 7/2007 annualità 2016 – DGR 2821 del 17.05.2015.

SANNA, Maria Virginia; MASIA, Micheline (*a cura di*)
Donne: libertà, diritti e tutele
Collana: Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Serie II, 24
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019
pp. XVIII+270; 24 cm
ISBN 978-88-495-3985-1

© 2019 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

INDICE

Introduzioni

- MARIA VIRGINIA SANNA
Verso la parità IX
- MICHELINA MASIA
Donne e diritti XIII

Donne e lavoro

- MARIA TERESA CARBALLEIRA RIVERA
Pari opportunità tra uomini e donne in Spagna. Particolare riferimento alle misure amministrative 3
- SUSANNA POZZOLO
Lavoro invisibile e uso del tempo. Fattori che incidono sulla femminilizzazione della povertà 27
- SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Violenza di genere e tutela lavoristica in Spagna 43

Donne e impresa

- MANUELA TOLA
Donne, impresa, professioni dopo un secolo dall'entrata in vigore delle "Norme circa la capacità giuridica della donna" (l. 17 luglio 1919, n. 1176) 63

SILVIA ORRÙ

Donne, impresa, agricoltura. L'integrazione della parità di genere per lo sviluppo rurale 75

Donne e discriminazione

BETZABÉ MARCIANI BURGOS

Libertad de expresión y discriminación de la mujer 93

MARIA FRANCESCA CORTESI

Donne e minori: le garanzie nel processo penale 101

RITA PILIA

Diritti delle donne con disabilità e discriminazione multipla 115

STEFANIA CECCHINI

Il divieto di surrogazione di maternità dopo la sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 147

Donne e maternità nel diritto antico

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH

Una materfamilias ejemplar 167

MARIA VIRGINIA SANNA

Paternità, maternità, nascita e dinamiche parentali nel diritto romano arcaico 199

ANNA MARIA MANDAS

Neque torqueri neque damnari. Sul divieto di torturare e condannare a morte la donna incinta 219

GEMA VALLEJO PÉREZ

La mujer sometida al paterfamilias 235

Gli Autori

259

MARIA VIRGINIA SANNA
PATERNITÀ, MATERNITÀ, NASCITA
E DINAMICHE PARENTALI
NEL DIRITTO ROMANO ARCAICO

SOMMARIO: 1. Limitazioni al *ius vitae ac necis*. – 2. La φαρμακεία τέκνων. – 3. Conclusioni.

1. Limitazioni al *ius vitae ac necis*. – Il *iustum matrimonium*, *consortium omnis vitae*, *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*, istituito *liberorum quaerendorum causa*, era da sempre a Roma l'unico in grado di costituire la *familia* come nucleo portante della società romana, l'unico in grado di garantire una legittima discendenza. Il dovere principale della *matrona* romana era, come è noto, quello di procreare figli per il marito e per la *civitas*, figli sui quali il *paterfamilias* acquistava un potere che non aveva uguali presso (quasi tutti) gli altri popoli¹, la *patria potestas*, la cui estensione giungeva ad attribuirgli il *ius vitae ac necis*. Pur essendo stata contestata, soprattutto dalla dottrina anglosassone degli anni Novanta, la visione tradizionale della *patria potestas*², la dottrina prevalente ritiene tuttora

¹ Gai 1,55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

² Vedi in particolare R.P. SALLER, *Men's Age at Marriage and its Consequences in the Roman Family*, in *Class. Phil.*, LXXXII, 1987, pp. 21 ss.; ID., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1997; ID., *Paterfamilias, materfamilias, and the Gendered Semantics of the Roman Household*, in *Class. Phil.*, XCIV, 1999, pp. 182 ss. In R.P. SALLER, B.D. SHAW, *Tombstones and Roman Family Relations in the Principate: Civilians Soldiers and Slaves*, in *JRS*, LXXIV, 1984, pp. 124 ss., si evidenzia, in base all'esame di numerose iscrizioni funerarie romane, la quasi esclusiva rilevanza delle relazioni esistenti all'interno della famiglia "nucleare" e non "patriarcale". Il fatto che le mogli risultassero, in genere, di circa dieci anni più giovani dei mariti, mostra che gli uomini si sposavano in età già adulta; sarebbero stati sottoposti alla *patria potestas* al momento del primo matrimonio solo un terzo de-

il *ius vitae ac necis* un potere assoluto, che poteva trovare nell'epoca antica un temperamento solo nei *mores*³. Se il padre decideva di

gli appartenenti al ceto senatorio e un quinto degli altri uomini. La *familia* romana non sarebbe stata, pertanto, composta da numerose generazioni tutte sottoposte al potere del *paterfamilias*, ma si sarebbe avvicinata alla famiglia nucleare.

³ Come è noto, l'estensione della *patria potestas*, la sua durata sino alla morte del titolare, la sostanziale vicinanza al *dominium* sugli schiavi, avevano portato P. BONFANTE, *La gens e la familia*, in *BIDR*, I, 1888, pp. 236 ss., ora in *Scritti*, I, Roma 2007, pp. 23 ss.; *Id.*, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *RISG*, LV, 1915, pp. 259 ss., ora in *Scritti*, I, cit., pp. 39 ss., a vedere nel potere del *pater* sulla *familia* in epoca arcaica una "sovranità politica". L'antico diritto romano non avrebbe posto limiti all'esercizio dei poteri del *paterfamilias*, limiti che potevano essere trovati solo nei *mores maiorum*, «norme giuridiche in lato senso, relative ad un organismo politico distinto dalla *civitas*». E. ALBERTARIO, *Studi sugli alimenti*, in *Studi*, I, Milano 1933, p. 252 nt. 2, parla di una reazione all'esercizio del *ius vitae ac necis* opposta dai *mores domestici*, «che lo infrenano, lo disciplinano, gli tolgono – insomma – il carattere di esercizio arbitrario di un diritto»; per A.M. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di patria potestas e cognazione*, in *Studi Segni*, Milano 1957, p. 574, la potestà familiare rispetto a tutti i sottoposti, di cui estrinsecazione massima era il *ius vitae ac necis*, dovette conoscere, in origine, come solo limite precetti del diritto sacro e usi interni della famiglia. Secondo A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, pp. 32 s., nt. 39.2, solo il costume sociale, altamente civile, dei Romani tratteneva sin dai più antichi tempi i *patres familiarum* dal valersi effettivamente e drasticamente delle loro facoltà. Nei tempi più antichi, pertanto, sarebbero stati solo il sentimento religioso e la coscienza sociale a limitare l'esercizio del potere, il cui abuso in epoca preclassica sarebbe, invece, stato colpito con la nota censoria. Per E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte nell'antichità classica*, Milano 1996, pp. 129 ss., stabilendo la sua autorità, la *civitas* non aveva spogliato i *patres* delle loro prerogative e non li aveva privati dei loro poteri; come avevano sempre fatto, essi continuavano ad esercitare il *ius vitae ac necis* uccidendo o facendo uccidere i *filii* e le *filiae* colpevoli di aver tenuto comportamenti che le antiche consuetudini familiari e la nuova coscienza sociale cittadina ritenevano dovessero essere puniti. Il diritto della *civitas* in un primo momento non si preoccupò di individuarli; confermando il *ius puniendi* del *pater* e riconoscendolo come una delle istituzioni cittadine lasciò inalterato il potere di decidere quando e come esercitarlo. L'autrice, in *Famiglia romana e demografia sociale. Spunti di riflessione critica e metodologica*, in *Iura*, XLIII, 1992, pp. 99 ss., ora in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e società in Grecia e a Roma, Scritti scelti*, Milano 2011, pp. 879 ss., critica le tesi del Saller, per il quale l'irrilevante percentuale di adulti *alieni iuris* avrebbe fatto sì che il *ius vitae ac necis* venisse esercitato assai raramente, per non dire del tutto eccezionalmente, osservando che, al di là delle considerazioni specifiche sul diverso valore e sulla diversa possibile utilizzazione dei vari tipi di fonti extragiuridiche, si è ecceduto nella svalutazione delle fonti giuridiche e delle regole da esse riportate. Negare il valore delle regole giuridiche ai fini della ricostruzione storica, o comunque sottovalutarle al punto da ignorarle, per la Cantarella, significa dimenticare che queste regole hanno comunque notevoli con-

accogliere il figlio nella famiglia, lo sollevava da terra con un atto definito *tollere liberos*⁴, atto sul cui valore giuridico si è molto discusso⁵, in quanto, per la dottrina risalente, avrebbe comportato la nascita della *patria potestas*⁶. Da tempo si è, peraltro, messo in evidenza che,

seguenze sulla vita reale, anche quando vengono disapplicate. Osserva, di recente, V. MAROTTA, *La formazione del ius civile*, in *Antiquissima iuris sapientia. Saec. VI-III a.C.*, Roma 2019, pp. 23 ss., in part. pp. 27 s., che è probabile che fosse ben viva, tra V e IV sec. a.C., la consapevolezza che alla *patria potestas* ineriva l'esercizio di un potere pubblico.

⁴ A. ROMANO, *Tollere liberos: uomo donna e potere*, in *Studi Guarino*, II, Napoli 1984, pp. 881 ss., propone un diverso valore del *tollere liberos* come testimonianza di un originario rito di 'couvade'.

⁵ Si vedano J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes*, in *Mélanges Girard*, I, Paris 1912, pp. 326 ss.; S. PEROZZI, *Tollere liberum*, in *Studi Simoncelli*, Napoli 1915, pp. 237 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, pp. 95 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano-classico*, in *SDHI*, VI, 1940, pp. 5 ss.; G. GUALANDI, *Tollere liberos in un passo di Petronio*, in *RISG*, LXXXIX, 1952-53, pp. 413 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 280; A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XII, 1966, pp. 410 s., ID., *Tollere liberos*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli 1995, pp. 539 s.; A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford 1967, pp. 77 ss. Non del tutto chiaro appare il pensiero di E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951, pp. 388 ss.; ID., *Ancora in tema di tollere liberos*, in *Iura*, III, 1952, pp. 216 ss.; ID., voce *Famiglia (dir. Rom.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, pp. 723 ss., in part. p. 738, il quale, se da un lato afferma che il misterioso atto del padre di *tollere liberos* al momento della nascita dei figli, ricordato da varie fonti letterarie e numerosi diplomi militari (il che prova l'uso tecnico dell'espressione), «può ritenersi atto avente efficacia agli effetti del riconoscimento della legittimità del figlio e conseguentemente della sua sottoposizione alla *patria potestas* del padre», conclude poi nel senso che «il *paterfamilias* non può rinunciare alla *patria potestas* nemmeno ricorrendo all'*expositio*. Come mostrano più testi, il padre espositore conserva la *patria potestas* sull'esposto e può sempre rivendicarlo come proprio». L'autore dedica particolare attenzione (si veda *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, in *Studi Redenti*, II, Milano 1950, p. 19) alla clausola contenuta nei diplomi militari: *proinde liberos tollant, ac si ex duobus civibus Romanis natos (F.I.R.A. I, p. 233)*. Rientrava nelle facoltà dell'Imperatore attribuire ai veterani al momento della *honestas missio* il *conubium* con le donne peregrine con le quali avevano vissuto e, secondo l'autore, l'acquisto della *patria potestas* sui figli avuti in precedenza, come se fossero nati da due cittadini romani. Tali problemi diventarono, comunque, meno rilevanti in seguito alla concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero da parte di Caracalla nel 212 d.C.

⁶ L'espressione *tollere liberos* ricorre spesso nelle fonti letterarie. Si vedano, tra gli altri, Plauto (*Amph.* 499; *Truc.* 398); Terenzio (*Andr.* 219, 401, 464, 625; *Heaut.* 626, 664; *Hec.* 575, 703); Livio 4,54,7; 5,30,8; Ovidio *Met.* 9,699; Petronio *Sat.* 116,7. In *Amph.* 499 ss. (*Bene vale, Alcumena, cura rem communem, quod facis, atque imperce quaeso: menses iam tibi esse actos vides. Mibi necesse est ire hinc; verum*

se così fosse, in caso di esposizione non nascerebbe in capo al *pater*

quod erit natum tollito), Giove parla ad Alcmena, incinta del marito Amphitruo, di cui egli ha assunto le sembianze, preso da *amor* per lei. Alcmena partorirà due gemelli – uno, che nascerà dopo nove mesi dal concepimento, di Amphitruo, il secondo, che nascerà settimano, di Giove – con un solo parto, in modo da evitare il sospetto di adulterio e mantenere nascosto l'accaduto. In *Truc.* 398 (*si quod peperissem id <non n>ecarem ac tollerem, bona sua med habiturum omnia [esse]*) si pone in evidenza l'alternativa tra *necare* (esporre) e *tollere* (riconoscere, allevare). Nell'*Andria* di Terenzio Glicerio, peregrina, è violentata da Panfilo e rimane incinta; Panfilo, promesso dal padre a un'altra, ama Glicerio e vuole riconoscere il figlio (219: *quidquid peperisset decreverunt tollere*, 401: *nam pollicitus sum suscepturum*, 464: *nam quod peperisset iussit tolli*). Si scopre, come spesso accade nelle commedie di Plauto e Terenzio, che Glicerio è nata libera e pertanto Panfilo e Gliceria possono sposarsi. N. SANTORO, *Tollere liberos*, in *Index*, XXVIII, 2000, pp. 273 ss., ritiene che dal commento di Elio Donato al verso 464 (*Nam quod peperisset iussit tolli*) *Tollit, id est suscipi: legitimos filios faciunt partus et sublatio; matris est parere, patris tollere*, si possa ricavare il valore tecnico e il significato giuridico del termine *tollere liberos*. Due sarebbero i requisiti di legittimità dei figli: 1) il *partus*, ossia la nascita *ex iustis nuptiis* 2) la *sublatio*, ossia l'atto del *tollere natus*, che da atto materiale diventerebbe atto simbolico e formale: una sorta di ratifica dello stato di legittimità del figlio. Obietta A. GUARINO, *Tollere liberos*, cit., pp. 539 s., che nella commedia non si fa riferimento a un *iustum matrimonium*, ma a un'unione che più *iniusta* non potrebbe essere, tanto più che Glicerio è straniera. Elio Donato, che scrive nel IV secolo, può avere inteso dire, per l'autore, che se da un rapporto concubinario nasce un figlio, ci può essere legittimazione mediante *sublatio*, cioè mediante il *tollere natum*, il che fa pensare alla legittimazione *per susequens matrimonium*. In *Heauton Timorumenos*, Sostrata confessa al marito Cremete di avere tanti anni prima consegnato la figlia a una vecchia di Corinto perché la esponesse, avendo egli dichiarato di non voler *tollere* la figlia, se fosse nata femmina (626: *meministin me gravidam et mihi te maxumo opere edicere, si puellam parerem, nolle tolli? Scio quid feceris: sustulisti... minime; sed erat hic Corinthia anus haud impura; ei dedi exponendam... si meum imperium et sequi voluisses, interemptam oportuit, non simulare mortem verbis, re ipsa spem vitae dare*, 664: *ne nunc animo ita esses duro ut olim in tollendo*). Nella *Hecira* Panfilo, che ha violentato una giovane, Filomena, l'ha poi sposata senza riconoscerla. La giovane, incinta, per nascondere la gravidanza, si trasferisce a casa dalla madre dove partorisce, ma Panfilo, venuto a sapere del parto, attribuito ad un altro uomo, non vuole riprendere la moglie. La madre, Mirrina, a conoscenza della violenza subita dalla figlia, ma non del fatto che il violentatore è Panfilo, e non potendo rivelare la verità al marito Fidippo, si preoccupa che questi costringa la figlia a tenere il bambino, di cui non si sa chi sia il padre (571: *si puerum ut tollam cogit, cuius nos qui sit nescimus pater*). Panfilo, sempre all'oscuro del fatto che il figlio è suo, ritiene che il bambino non sarà allevato (riconosciuto): *nam puerum iniussu credo non tolerant meo* (704). Livio riferisce che la plebe, esasperata per la mancata concessione dei *tribunicia comitia*, elesse per la prima volta dei questori plebei; i patrizi fremevano per lo sdegno, perché, andando così le cose, non sarebbe più valsa la pena di

la *patria potestas*, mentre, per lo meno nel periodo classico, le fonti affermano che, se anche l'esposto veniva allevato da altri, era comunque *suus* del padre⁷, che sin dalle XII Tavole anche *is qui in utero fuit* veniva ammesso all'eredità legittima, se nasceva entro 10 mesi dalla morte del padre⁸, che il *pater furiosus* non solo manteneva la

allevare (riconoscere) dei figli che sarebbero rimasti *sine imperiis ac potestatibus* (4,54,7: *negare, si ea ita sint, liberos tollendos esse, qui pulsi maiorum loco cernentesque alios in possessione dignitatis suae, salii flaminesque nusquam alio quam ad sacrificandum pro populo sine imperiis ac potestatibus relinquuntur*). In riferimento alla concessione a ogni plebeo di sette iugeri dell'agro di Veio, Livio afferma poi che tale assegnazione sarebbe spettata non solo ai *patres*, ma a ogni figlio che abitasse con loro, in modo che tutti con questa speranza potessero *tollere* dei figli (5,30,8: *nec patribus familiae tantum, sed ut omnium in domo liberorum capitum ratio haberetur, vellentque in eam spem liberos tollere*). Nelle Metamorfosi di Ovidio, Ligdo manifesta l'intenzione, se la figlia sarà femmina, di metterla a morte (9,678 ss.: *edita forte tuo fuerit si femina partu (Invitus mando; pietas, ignosce) necetur*). Mentre la moglie, disperata, dormiva, le apparve in sogno la dea che così parlò: *nec dubita, cum te partu Lucina levarit, tollere quidquid erit* (9, 699). Petronio nel *Satyricon* parla della città di Crotona, in cui nessuno voleva più avere figli: *in hanc urbe nemo liberos tollit, quia quisquis suos heredes habet, non ad cenas, non ad spectacula admittitur, sed omnibus prohibetur commodis, inter ignominiosos latitat* (116,7).

⁷ Si vedano D. 22,3,29,1 (Scaev. 9 dig.): *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec ob sit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore*, D. 40,4,29 (Scaev. 23 dig.) *Uxorem praegnatam repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere*. F. LANFRANCHI, *Ius exponendi*, cit., pp. 48 ss., ritiene che l'esposto in questo caso avrebbe potuto far valere i suoi diritti per via dell'*agnitio* compiuta dalla madre (e dalla nonna paterna). La *patria potestas* in seguito all'esposizione rimarrebbe in uno stato di quiescenza e riprenderebbe vita solo in seguito all'*agnitio*.

⁸ D. 38,16,3,9 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. inde solet remorari insequentes sibi adgnatos, quibus praefertur, si fuerit editus: inde et partem facit his qui pari gradu sunt, ut puta frater unus est et uterus, vel patris filius unus natus et qui in utero est; D. 38,16,3,11: *Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem*.*

potestas sui figli avuti precedentemente, ma l'acquistava anche su quelli che, *concepiti ante furorem*, nascevano *in furore*⁹.

Osserva di recente il Capogrossi¹⁰ che facendo coincidere il «misterioso – per il suo contenuto giuridico – ma altamente simbolico rituale del *tollere liberos*» con il diritto della città, si incontra l'ostacolo insormontabile delle regole di questo diritto, in base al quale l'ingresso nella famiglia, con la conseguente definizione di figlio legittimo e *suus*, prescindeva dalla cerimonia in questione e dalla stessa manifestazione di volontà che poteva esservi sostanziata, ostacolo che potrebbe, però, superarsi ove si ammettesse “la recenziarietà di questo diritto cittadino rispetto alla piena efficacia dell'istituto”.

Se la dottrina prevalente, pur nella diversità di opinioni riguardo la qualificazione giuridica dell'atto del *tollere liberos*, ritiene, comunque, la *patria potestas*, e il conseguente *ius vitae ac necis*, un potere limitato solo da tardi interventi imperiali¹¹, non si può escludere che

⁹ D. 1,6,8 pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt.*

¹⁰ L. CAPOGROSSI, *La patria potestas ed i molti significati di famiglia*, in *Anatomie della paternità, Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce 2019, pp. 37 ss., in part. pp. 41 s. L'autore ha modificato le sue posizioni nel corso degli anni; se in *La struttura della proprietà e formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, pp. 224 ss., osservava che anteriormente all'atto del *tollere liberos* il neonato non apparteneva ancora al gruppo familiare e poteva essere assimilato ad una *res alienabile* (quindi assoggettabile in schiavitù) o passibile di essere abbandonato alla sua sorte (ma vedi una prima precisazione in *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma 1986, p. 197 nt. 18), in voce *Patria Potestas*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 242, osservava che si potrebbe immaginare che l'atto di *tollere liberos*, col quale il *pater* manifestava la volontà di accogliere il figlio nella famiglia, avesse almeno in origine efficacia ai fini dell'acquisto della *patria potestas*, così come in *Tollere liberos*, in *MEFRA*, CII, 1990, pp. 107 ss., si chiedeva se al forte valore sociale della cerimonia del *tollere liberos* corrispondesse, se non altro nella fase più antica, una specifica efficacia giuridica. In *Tollere liberos, un mito dei moderni? in Festschrift für R. Knüttel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, pp. 131 ss., ora in *Itinera, Pagine scelte di L. Capogrossi Colognesi*, Lecce 2017, pp. 207 ss., l'autore critica la tesi di B.D. SHAW, *Raising and Killing Children: Two Roman Myths*, in *Mnemosyne*, LIV, 2001, pp. 33 ss., per il quale il *tollere liberos*, così come il *ius vitae ac necis*, sarebbe “a modern myth”.

¹¹ Il potere del *pater* di *occidere* il *filius* sembra, peraltro, necessitare di una *iusta causa* sin dalle XII Tavole, se prestiamo fede al lacunoso e molto discusso Gai

limitazioni esistessero già dai tempi più antichi. Se, infatti, prestiamo fede a Dionigi, Romolo avrebbe imposto di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite e di non uccidere i figli minori di tre anni, se non i nati storpi o mostruosi. Questi potevano essere esposti se cinque vicini, a cui fossero mostrati, avessero condiviso il parere (sulla loro deformità)¹²:

Dion. 2,15,2: πρῶτον μὲν εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκίτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύουσι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. ταῦτα δ' οὐκ ἐκάλυπεν ἐκτιθέναί τοὺς γειναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κάκεινοις συνδοκῆ. κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῷ νόμῳ ζημίας ὄρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν¹³

Aug. 4,85: *ergo cum praetor dedere dom... parentem putes... iure uti t... domino vel parenti et occidere eum et mortuum dedere in noxam... patria potestas potest... n... cum patris potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem. 86 de filio hoc tractari crudele est, sed... non est post... r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum.* La testimonianza non trova riscontro nelle Istituzioni di Gaio, anche esse lacunose, ed è stata posta in dubbio da buona parte della dottrina (di recente, A. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, in *Index*, XXXV, 2007, pp. 159 ss., in part. p. 161, ritiene “muy dubioso” che le XII Tavole alle quali si richiama Frag. Aug. 4,86, abbiano imposto l’esigenza della *iusta causa*); per B. ALBANESE, *Note sull’evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti Ferrini*, III, Milano 1948, pp. 343 ss., ora in *Scritti*, I, Palermo 1991, pp. 3 ss., in part. pp. 17 ss., è, invece, verosimile che anche nelle Istituzioni di Gaio, buon conoscitore delle XII Tavole, si facesse menzione di un limite decemvirale all’esercizio del *ius vitae ac necis* nei confronti dei figli, condizionato all’esistenza di una *iusta causa*; per P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, XXXI, 1980, pp. 37 ss., ora in *Studi*, II, Padova 1985, pp. 397 ss., si tratterebbe di un’*interpretatio* postdecemvirale, che avrebbe visto nel potere dato al *pater* di uccidere il figlio deforme l’applicazione di un principio per cui il *ius occidendi* doveva avere una giustificazione. Per R.P. SALLER, *Patriarchy*, cit., pp. 103 ss., già in epoca antica gli abusi del padre sarebbero stati colpiti con le note *ensoriae*.

¹² Per L. CAPOGROSSI, voce *Patria potestà*, cit., pp. 242 ss., si tratterebbe di due norme distinte: poiché Dionigi ricorda che dal divieto di uccisione erano esentati i padri di bambini nati deformati o mostruosi, è probabile che la norma successiva secondo cui il padre poteva esporre il neonato dopo averlo mostrato a cinque vicini e averne ottenuto il consenso, si ricollegli in qualche modo alla precedente disposizione, e che tale formalità servisse a limitare l’esposizione degli infanti ai soli casi di loro deformità. In ogni caso, per l’autore, la norma di Dionigi rivela comunque un forte controllo sociale nell’esercizio dei poteri paterni sin dalla più alta antichità.

¹³ Parte della dottrina ha ritenuto che Dionigi, con il riferimento alla necessità

Dionigi attribuisce, dunque, a Romolo l'imposizione dell'obbligo di allevare i figli maschi e le figlie primogenite, di non uccidere i figli minori di tre anni, tranne quelli deformati o mostruosi, e la possibilità di esporre questi ultimi. Nel caso dei figli deformati o mostruosi, si avrebbe, pertanto, un'eccezione sia al divieto di uccidere i minori di tre anni, sia all'obbligo di allevare i figli maschi e le figlie primogenite; il racconto dello storico greco, è stato, peraltro, ritenuto, come è noto, inattendibile dalla dottrina più risalente¹⁴, che poneva in discussione la stessa esistenza delle *leges regiae*¹⁵, in quanto, permet-

del controllo dei vicini, potesse alludere al *consilium domesticum*, su cui si vedano, tra la dottrina moderna, W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in ZSS, LXXXIII, 1966, pp. 219 ss.; A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in AG, CXCI, 1976, pp. 69 ss.; F. AMARELLI, *Consilia principum*, Napoli 1983, pp. 49 ss.; A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, IV, Napoli 1984, pp. 1593 ss.; G. OLIVIERO, *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in SDHI, LXXIV, 2008, p. 563 nt. 15; C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium domesticum e iudicium publicum in Cic. de fin. 1.7.24*, in SDHI, LXXV, 2009, pp. 515 ss.; EAD., *Ancora in tema di iudicium domesticum*, in IAH, II, 2010, pp. 51 ss.; M.J. BRAVO BOSCH, *El iudicium domesticum*, in *Revista general de derecho Romano*, XVII, 2011; N. DONADIO, *Iudicium domesticum, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index*, IL, 2012, pp. 175 ss. La maggior parte della dottrina riconosce oggi l'esistenza di una giurisdizione familiare del *pater* con l'assistenza di un *consilium domesticum*, mentre E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in RISG, LXXXV, 1948, pp. 103 ss., ora in *Scritti*, II, Napoli 1991, pp. 127 ss., aveva ritenuto, come è noto, che nei casi ricordati dalle fonti di *consilia* e *iudicia domestica* non si ravvisi nessuna limitazione legale della *patria potestas*: il *paterfamilias* esercita, in quanto tale, la sua *potestas* e può sentire il parere di parenti e amici, ma questo parere non lo obbliga, ed egli non è tenuto a ricorrervi. Per L. CAPOGROSSI, voce *Patria potestà*, cit., pp. 242 ss., già le più antiche consuetudini giuridiche romane, gli antichi *mores*, legittimavano il *pater* ad una repressione così grave, la morte, solo dopo che si fosse consultato un consiglio di parenti e amici, indicato in genere, ma non del tutto esattamente, come *iudicium domesticum*.

¹⁴ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1900, p. 855 nt. 1, espresse il parere che i limiti contenuti in *Ant. Rom.* 2,15 non costituissero probabilmente che un precetto religioso; per S. PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., pp. 95 ss., l'informazione di Dionigi è utilizzabile «come espressione di idee antiche e di antichi costumi»; E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale*, cit., pp. 127 ss., aderiva alle tesi di J. CARCOPINO, *Les pretendues "lois royales"*, in *Melanges d'archeologie et d'histoire*, LIV, 1937, pp. 344 s., per il quale le "mitiche leggi regie" cui si riferisce Dionigi sarebbero una tarda redazione del 46 a.C. di un autore appartenente alla setta dei Pitagorici, i cui principi risulterebbero applicati nelle pretese norme giuridiche ed in modo particolarmente evidente nelle disposizioni relative alle sanzioni contro le donne colpevoli di aver bevuto vino.

¹⁵ La possibilità che le *leges regiae* fossero non solo redatte per iscritto, ma an-

tendo l'esposizione solo per i neonati deformati¹⁶, limiterebbe il *ius vitae ac necis*, mentre il *pater* avrebbe sempre avuto un potere illimitato di esporre i suoi discendenti o i discendenti dei sottoposti alla sua *potestas*¹⁷.

Non tutta la dottrina concorda, peraltro, sulla circostanza che il permesso di esposizione riguardasse solo i figli deformati o mostruosi: per il Franciosi¹⁸, infatti, avrebbe riguardato i figli primogeniti di entrambi i sessi, che sarebbero potuti essere esposti col consenso di 5 vicini, per l'Humbert¹⁹ i minori di tre anni²⁰. Né l'ipotesi del Fran-

che incise e affisse in pubblico, sembra ormai difficilmente contestabile, dal momento che il cippo arcaico rinvenuto sotto il *lapis niger* nel Comizio conserva i resti di una disposizione di legge di carattere religioso, con la relativa formula sanzionatoria (*sakros esed*), oggi comunemente datata intorno al 575-550 a.C. Lo stesso Dionigi (3,36,4) racconta che le leggi di Numa non molto tempo dopo la morte del re sarebbero state raccolte, incise su corteccia d'albero ed esposte nel foro. Sempre per Dionigi (4,43), Tarquinio abolì le precedenti *leges* scritte, e non lasciò neppure le tavole su cui erano incise, ma ordinò di rimuoverle dal foro; per Livio dopo l'incendio gallico i tribuni diedero ordine di raccogliere le XII Tavole e *quaedam regiae leges*, che vennero ripubblicate. Si vedano S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, pp. 1 ss.; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della patria potestas*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, pp. 75 ss., in part. pp. 108 s.; G. POMA, *Schiavi e schiavitù in Dionigi di Alicarnasso*, in *Rivista storica dell'antichità*, XI, 1981, pp. 69 ss.; B. SANTALUCIA, *Il processo penale nelle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano*. Copanello 3-7 giugno 1984, Napoli 1988, pp. 235 ss.; L. FASCIONE, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella Storia di Roma arcaica di Dionigi di Alicarnasso*, Napoli 1988; E. GABBA, *Dionigi e la Storia di Roma Arcaica*, Bari 1996; G. DI TROLIO, *Le leges regiae in Dionigi d'Alicarnasso, I, La monarchia latino-sabina*, Napoli 2017.

¹⁶ Secondo G. PUGLIESE, *Note sull'expositio in diritto romano*, in *Studi Sanfilippo VI*, Milano 1985, pp. 629 ss., per Dionigi Romolo, presupponendo la vita *necisque potestas*, fatta risalire da Pap. Coll. 4,8,1 a una *lex regia*, l'avrebbe limitata, vietando in massima di uccidere nati di età inferiore ai tre anni compiuti e prescrivendo di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite. Sembra, comunque, sicuro, per l'autore, che non solo l'uccisione, ma anche l'esposizione di neonati siano state vietate all'inizio del *regnum*, salvo che si fosse trattato di figlie non primogenite o di nati malformati o mostruosi; il divieto aveva probabilmente natura o efficacia giuridico-religiosa.

¹⁷ E. VOLTERRA, voce *Esposizione dei nati (diritto greco e diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino 1960, pp. 878 ss.

¹⁸ G. FRANCIOSI, *Corso Istituzioni Diritto romano*³, Torino 2000, p. 130: Dionigi avrebbe attribuito a Romolo una norma in base alla quale nel caso di figli primogeniti di entrambi i sessi la legittimità dell'*expositio* era subordinata al consenso di 5 vicini.

¹⁹ M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Edition et commentaire*, Rome 2018, p.

ciosi né quella dell'Humbert appaiono però suffragate dalla fonte: il τὰυτα sembra riferito ai τέρατα, unico caso in cui, comunque, può avere un senso l'intervento dei vicini per constatare l'effettiva deformità. Se l'obiezione del Volterra risulta, pertanto, ancora valida, perché l'esposizione fu praticata a Roma non solo per i figli mostruosi o storpi e per le figlie femmine non primogenite, anche se soprattutto per loro, si pone il problema di capire se e come i divieti contenuti nella *lex regia* di Romolo siano stati recepiti nel diritto successivo. Se nelle XII Tavole – Tab. IV, 1 (Cic. *leg.* 3,8,19): *cum esset cito necatus tamquam ex duodecim tabulis insignis ad deformitatem puer*²¹ – si parla della

146: Romolo «n'interdit pas aux parentes d'exposer les enfants (de moins de trois ans) a condition qu'ils les présentassent d'abord à cinq voisins et que ceux-ci les approuvent».

²⁰ Per S. PEROZZI, *Tollere liberum*, cit., pp. 95 ss., gli antichi avrebbero distinto l'età successiva al parto, prima che il figlio fosse nutrito, e l'età fra il primo nutrimento e i tre anni: il figlio appena nato non ancora nutrito poteva essere conservato in vita o ucciso in forza della *patria potestas*; se non veniva ucciso o – il che è quasi lo stesso – esposto, il padre non avrebbe più potuto, sino ai tre anni, ucciderlo in forza della *patria potestas*, perché solo a partire da quell'età il bambino, manifestando intelligenza e volontà, sarebbe stato passibile di punizione e quindi dell'esercizio del *ius vitae ac necis*.

²¹ Questa la versione accolta nei *F.I.R.A.* Cicerone nel *de legibus*, trattando della soppressione del tribunato poco dopo la sua istituzione, la paragonava alla soppressione dei nati deformati, 3,8,19: *Deinde, quom esset cito legatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer, brevi tempore nescio quo pacto recreatus multoque taetrius et foedius renatus est.* Per B. ALBANESE, *Appunti su XII Tab. 4.1 (Uccisione dei neonati deformati)*, in *Mélanges Sturm*, I, Liège 1999, pp. 3 ss., ora in *Scritti IV*, Torino 2006, pp. 663 ss., alla lettura *cito legatus* è preferibile *cito necatus*, proposta da Pierre Dupuy, e seguita dalla maggior parte dei moderni editori del *de legibus*, avvalorata, a suo avviso, dal fatto che le locuzioni connesse a *nex* sono applicate specificamente all'uccisione non cruenta (Fest. s.v. *Neci datus* L. 158: *proprie dicitur, qui sine vulnere interfectus est ut veneno aut fame*), e sembra assai probabile che secondo l'antico diritto e i *mores* la soppressione dei neonati deformati dovesse essere realizzata in modo non cruento. Se si accogliesse la lettura *ablegatus*, ammettendo che il precetto decemvirale imponesse non la soppressione ma l'allontanamento, verrebbe meno, per l'autore, ogni corrispondenza con l'abolizione del tribunato della plebe. Per quanto riguarda l'espressione *puer insignis ad deformitatem*, per l'Albanese è improponibile una menzione decemvirale della *deformatitas*, mentre *insignis* con riferimento a difetti fisici viene utilizzato in Festo (Fest. s.v. *Insignes* L. 101: *Insignes appellantur boves, qui in femine et in pede album habent, quasi insigniti*). Di recente M. HUMBERT, *La loi des XII Tables*, cit., p. 144, propone la lettura *Insignitus puer cito necatus esto: insignis* esprimerebbe il difetto d'un essere umano «porteur d'une anomalie susceptible di essere un grave signum sacré négatif, ou d'un animal marqué d'une tare qui le rend impropre à un sacrifice».

uccisione dei nati deformi, da alcuni ritenuta ormai un obbligo mentre nella *lex* di Romolo sarebbe stata solo una possibilità²², nulla si dice sul divieto dell'uccisione degli altri figli di età inferiore a tre anni, e sul divieto della loro esposizione²³.

²² In tal senso G. PUGLIESE, *Note sull'expositio*, cit., pp. 629 ss., per il quale le XII Tavole, stando a Cic. *de leg.* 3,8,19, avrebbero trasformato in obbligo quella che, in seguito ai divieti posti da Romolo o altri alla *patria potestas*, era residuata come facoltà del *pater familias*: l'uccisione dei figli malformati o mostruosi; per M. HUMBERT, *La loi des XII Tables*, cit., pp. 144 ss., l'eliminazione dell'essere difforme, che appare in Dionigi come una tolleranza, come un'eccezione all'interdizione di uccidere gli infanti di meno di tre anni, nelle XII Tavole «èst érigéè en une obligation».

²³ In epoca classica le fonti giuridiche si occupano dei *monstra* non relativamente alla loro uccisione o esposizione, ma alla loro qualità di *liberi*. Si vedano D. 50,16,135 (Ulp. 4 *ad Iul. et Pap.*): *Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis impetetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*, D. 28,2,12 (Ulp. 9 *ad Sab.*): *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit*, Pauli Sent. 4,9,3-4 *ad S.C. Tertullianum*: *Mulier si monstrum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur 4. Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit*, D. 1,5,14 (Paul. 4 *sent.*): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*. Fra Ulpiano e Paolo sembra esistere un contrasto: in D. 50,16,135 Ulpiano afferma che ai fini della *lex Iulia et Papia* giova alla madre anche chi ha aspetto più da animale che da uomo, *non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis*, in D. 28,12,1 che il *non integrum animal, cum spiritu tamen* rompe il testamento del padre; Paolo afferma, invece, ai fini del SC. *Tertullianum*, che non sono figli coloro che sono stati procreati *converso more* con forma contraria al genere umano. Alcuni autori hanno pensato ad una posizione più severa per il Tertulliano rispetto alla *lex Iulia et Papia*, ma non se ne vede la *ratio*, essendo tutti e due i provvedimenti tesi al vantaggio per la donna. La dottrina più recente (L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, pp. 410 s.; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa 2013; A. PALMA, *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP*, VII, 2014; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica*, Pisa 2015, pp. 5 ss.) ritiene che il contrasto non sia in realtà tale perché anche per Ulpiano il mostro non è *homo*, non è figlio e non può tra-

2. La *φαρμακεία τέκνων*. – Né questa è l'unica *lex regia* della cui applicazione non troviamo notizia nelle epoche successive; lo stesso problema si pone per un'altra *lex* di Romolo²⁴ che, secondo Plutarco, avrebbe sanzionato col ripudio²⁵ le condotte della moglie consistenti in avvelenamento dei figli, sottrazione delle chiavi e adulterio:

Vita Romuli 22,3: ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς, ὧν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακεία τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν.

Se il verbo *μοιχεύω* è impiegato senza dubbio per l'adulterio, maggiori problemi ha posto l'interpretazione delle espressioni *φαρμακεία τέκνων* e *κλειδῶν ὑποβολή*. La lettura del passo cambia, infatti, a seconda che si intenda *τέκνων* collegato a *φαρμακεία*, o *τέκνων* e *κλειδῶν* coordinati disgiuntivamente a *ὑποβολή* (*φαρμακεία <καὶ> τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ*). Se *φαρμακεία* può significare in generale avvelenamento, uso di farmaci o filtri, persino magia²⁶, se la si ricollega a

smettere diritti di cui non è titolare in ragione della mancanza di forma umana. Pur non potendoci soffermare in questa sede sull'argomento, sul quale conto di tornare in un prossimo studio, mi pare che il contrasto esista: per Ulpiano conta ai fini del *ius liberorum* anche colui che non ha figura umana, *sed alterius, magis animalis quam hominis*, per Paolo non sono conteggiati come figli ai sensi del S.C. Tertulliano coloro che *contra formam humani generis procreantur*. Per G. CRIFÒ, *Prodigium e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, XXVII, 1999, pp. 113 ss., in part. p. 115, Paolo con D. 1,5,14 resta nello stesso ordine di idee, risalente almeno alla legge delle XII Tavole secondo Cicerone, di quell'eliminazione del figlio deforme che Seneca dal canto suo giustifica col criterio a *sanis inutilia secernere* (*de ira* 1,15,2: *Quid enim est cur oderim eum cui tum maxime prosum cum illum sibi eripio? Num quis membra sua tunc odit cum abscidit? Non est illa ira, sed misera curatio. Rabidos effligimus canes et truce[m] atque inmansuetum bovem occidimus et morbidis pecoribus, ne gregem polluant, ferrum demittimus; portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere*).

²⁴ G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna 2003, p. 23, afferma, senza citare la fonte, che il primo cenno indiretto all'aborto si trova nella legge delle XII Tavole, secondo cui la madre poteva essere ripudiata dal marito per sottrazione di prole.

²⁵ La sanzione del ripudio è una sanzione molto grave, in quanto, avendo perduto la moglie, dato il periodo *in manu* del marito, i vincoli di *adgnatio* con la sua famiglia, sarebbe rimasta priva sia di uno *status familiae* sia di qualsiasi aspettativa ereditaria. Già G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* III, Bologna 1889, p. 25, aveva parlato di un'indole del ripudio come di punizione della donna.

²⁶ M.I. NUNEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio*, Salamanca 1998, p. 85: "el ejercicio de la magia".

τέκνων può essere, infatti, intesa anche come uso di farmaci abortivi; nella seconda lettura verrebbe meno, invece, il riferimento all'aborto e si alluderebbe in generale al veneficio.

La lettura di φαρμακεία τέκνων come aborto ha, peraltro, destato delle perplessità anche perché non è annoverata tra le colpe della moglie da Dionigi, che in *Ant. Rom.* 2,25,6 afferma che Romolo avrebbe ritenuto tali, e punibili con la morte dai συγγενεῖς insieme col marito, l'adulterio e il bere vino²⁷:

Ant. Rom. 2,25,6. Ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὃ πάντων ἐλάχιστον ἁμαρτημάτων Ἑλληνισι δόξειεν ἂν ὑπάρχειν, εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή. Ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος, ὡς ἁμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς²⁸.

Se, però, intendiamo il κλειδῶν ὑποβολή di Plutarco nel senso di sottrazione di chiavi della cella vinaria²⁹, il divieto di bere il vino ri-

²⁷ Pur avendo la dottrina cercato di risolvere il contrasto tra i passi, esso non appare facilmente superabile. Secondo R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, pp. 232 ss., l'alternativa tra ripudio e *ius occidendi* sarebbe stata rimessa alla discrezionalità del marito; U. BARTOCCI, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999, p. 146 nt. 26, ritiene che per l'adulterio e l'ubriachezza sarebbero stati possibili sia il *ius occidendi* sia il ripudio, per l'avvelenamento della prole il solo ripudio; P. GIUNTI, *Alle origini del ripudio, Criminalità femminile e dissolubilità del matrimonio in Roma arcaica*, Firenze 1993, pp. 45 ss.; EAD., *Consors vitae, Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, pp. 67 ss., avanza, poi, la possibilità che anche Plutarco non abbia mai alluso alla possibilità di una condanna a morte, ma solamente al ripudio.

²⁸ Per E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 137, si attribuisce ad una leggendaria norma regia la facoltà di sottoporre a morte la donna *in manu*, dopo un esame compiuto dal *paterfamilias* assistito dai συγγενεῖς. Lo storico greco mostrerebbe di non conoscere bene l'istituto della *patria potestas* e il *ius vitae ac necis*: nell'esercizio della *patria potestas* è portato a vedere l'esercizio di un potere giurisdizionale, equivoco questo nel quale sarebbero caduti anche i moderni.

²⁹ Si veda Plinio *N.H.* 14,14,13: *Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam, Cato ideo propinquos feminis osculum dare, ut scirent an temetu molerent. Hoc tum nomen vino erat, unde et temulentia appellata*. Per G. PICCALUGA, *Bona Dea, Due contributi all'interpretazione del suo culto*, in *Studi e Materiali di Storia delle Religioni*, XXXV, 1964, pp. 195 ss., alle donne non sarebbe stato proibito bere qualsiasi vino, ma solo il *temetum*, 'vino adoperato per fini rituali'. Sembra però utilizzare il termine *temetum* nel senso di vino in generale Gellio in *N.A.* 10,23: *Qui*

ferito da Dionigi³⁰ potrebbe essere accomunato al divieto, per Plutarco, di sottrarre le chiavi della cella del vino, dotato, anche secondo numerose fonti successive, di proprietà abortive³¹ e collegato pertanto anche alla *φαρμακεία*.

Il Nardi³², come è noto, accogliendo una proposta precedentemente avanzata³³, aveva proposto di collegare *τέκνων* e *κλειδῶν* con *ὑποβολῆ*, facendo venir meno l'allusione all'aborto, e creando un quarto motivo di ripudio: veneficio esercitato verso chiunque e non solo sul nascituro (*φαρμακεία*), supposizione di parto (*τέκνων ὑποβολῆ*),

de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemia segisse, hoc est vino semper, quod «temetum» prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret, si bibissent. Sul divieto per le donne di bere il vino vedi M. DURRY, *Les femmes et le vin*, in *REL*, XXXIII, 1955, pp. 108 ss.; L. MINIERI, *Vini usus feminis ignotus*, in *Labeo*, XXVIII, 1982, pp. 150 ss. Per E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma 1981, p. 140, «qualora avessero sottratto le chiavi della cantina nella quale era conservato il vino, le donne potevano venir punite, anche nel caso non avessero bevuto». Secondo C. FAYER, *La familia romana*, Roma 1994, p. 151, sembra certo che si tratti delle chiavi della cantina.

³⁰ Per P. NOAILLES, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains*, in *Fas et Jus, Études de droit romain*, Paris 1948, pp. 1 ss., in part. pp. 22 ss.: «Il ne me paraît pas indifférent que Plutarque, ou plutôt sa source, emploie une formule indirecte pour caractériser la faute reprochée à la femme. L'accent porte sur la *φαρμακεία* plutôt que sur l'avortement lui même. Soit que toute fausse-couche soit apparue, en ces temps primitifs, nécessairement provoquée par un rite magique, soit qu'il s'agisse plus spécialement de l'avortement volontairement provoqué par ce rite magique, c'est la *φαρμακεία* qui a la première importance. Nous trouvons alors une situation absolument semblable aux deux premières. En ingérant une boisson magique, un remède, la femme a commis la même faute qu'en buvant du vin, lui aussi remède, et par conséquent boisson magique».

³¹ Plinio *N.H.* 14,19: *Sic et elleboriten fieri ex veratro nigro Cato docet. Sic fit et scammonites, mira vitium natura saporem alienum in se trahendi, quare et salicem redolent Patavinorum in palestribus vindemiae. Sic et elleborum seritur in Thaso aut cucumis silvester aut scammonia, quod vinum phthorium vocatur, quoniam abortus facit; 14,22: Sunt et in vino prodigia. Dicitur in Arcadia fieri quod fecunditatem feminis importet, viris rabiem, at in Achaia maxime circa Ceryniam abigi partum vino atque etiam si uvam edant gravidae, cum differentia in gustatu non sit. Troezenium vinum qui bibant negantur generare... Aegyptus et ebolada habet abortus facientem.*

³² E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971, pp. 16 ss.

³³ C.G. COBET, *Ad Plutarchi βίουσ παραλλήλοσ*, in *Mnemosyne*, VI, 1878, pp. 113 ss.; J.J. HARTMAN, *Adnotationes criticae ad Plutarchi opera I: Ad Vitas*, in *Mnemosyne*, XXXVIII, 1910, p. 171.

manomissione di chiavi (κλειδῶν ὑποβολῆ), adulterio (μοιχευθεῖσα)³⁴. Osservava la Giunti che il rimaneggiamento del testo proposto dal Nardi, non fondato su adeguati rilievi filologici, presenta la difficoltà di proiettare su un unico elemento lessicale e semantico (ὑποβολῆ) due diverse figure delittuose, caratterizzate da una condotta tipica diversa, un diverso oggetto giuridico e una diversa offensività intrinseca. L'autrice ritiene che la formula φαρμακεία τέκνων, significando alla lettera veneficio del feto, coordinata disgiuntivamente³⁵ a quella κλειδῶν ὑποβολῆ «che visualizzava il controllo dominicale sulla cella vinaria per fornire al crimine etilico il fondamento della tradizione storico-giuridica», avrebbe dato il giusto risalto alla «tradizione medico-naturalistica che nel consumo di alcuni succhi vinosi ravvisava uno specifico mezzo abortivo». Mentre sarebbe stato gravemente scorretto restituire con la formula φαρμακεία τέκνων il senso e la portata di una disposizione intesa a colpire genericamente la pratica muliebre del veneficio, quella stessa formula, osserva la Giunti, risulterebbe del tutto congrua laddove vi si ravvisi una traduzione allegorica (*vinum venenum*) del crimine alcolico, in cui solo il feto poteva essere il soggetto passivo dell'azione lesiva, e non un terzo. Solo l'aborto "veneficio", procurato per ingestione di sostanze tossiche, «avrebbe potuto offrire il congruo parametro interpretativo per un crimine sostanziato dal consumo femminile della bevanda alcolica».

Pur significando la formula φαρμακεία τέκνων alla lettera venefi-

³⁴ Per E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 138, le ipotesi sono adulterio, sottrazione delle chiavi della cantina e avvelenamento della prole. In G. PUGLIESE, F. SITZIA e L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1990, p. 101, si citano assieme Dionigi e Plutarco: «secondo Dion. 2.25.6; Plut. Rom. 22, le leggi di Romolo avrebbero invero contenuto speciali prescrizioni circa il potere di uccidere la moglie e di escluderla dalla famiglia col divorzio, subordinandolo a specifici misfatti della donna (avere bevuto vino, sottratto le chiavi, commesso adulterio, avvelenato la prole)». Per L. MINIERI, *Vini usus*, cit., p. 153 nt. 4, le principali cause di ripudio sono aborto, *claves adimere*, adulterio, bere vino. Per M. GANZIN, *L'avortment dans la Rome antique*, in *Études Jauffret*, Aix-Marseille 1974, pp. 267 ss., in part. p. 271, Romolo secondo Plutarco permette il ripudio in due casi in cui si fa allusione all'aborto: l'esposizione e il consumo di vino.

³⁵ Osserva infatti P. GIUNTI, *Alle origini*, cit., pp. 21 s., che mentre il participio μοιχευθεῖσαν, introdotto da καὶ, «risulta correlato alle unità lessicali che lo precedono mercé una struttura coordinante di tipo copulativo», un ben diverso ruolo assolve il monosillabo ἦ fra i binomi φαρμακεία τέκνων e κλειδῶν ὑποβολῆ, un'inequivocabile congiunzione disgiuntiva, che traduce il senso della alternatività, della esclusione reciproca fra «due figure incompatibili perché logicamente contraddittorie».

cio dei figli, e potendo dunque fare riferimento a un generico veneficio nei confronti di figli già nati, la tesi della Giunti appare la più plausibile. Non mi pare, però, che l'aborto debba essere considerato necessariamente un crimine sostanziato dal solo «consumo femminile della bevanda alcolica». Dal momento che Plutarco parla di *φαρμακεία*, e sappiamo dal commento alle XII Tavole di Gaio che *quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur*³⁶, se il termine *φάρμακα* indica i *venena*, e tra i *venena* si devono includere anche i *medicamenta quae nocent* – termine quello di *medicamenta* che ricorre molto spesso nei testi che parlano di aborto – pare difficile che egli alludesse al solo aborto procurato con l'assunzione di vino, e non anche con tutti gli altri *φάρμακα*. Non sembra, inoltre, plausibile che il consumo di vino fosse proibito solo perché dotato di proprietà abortive, se per Dionigi in *Ant. Rom.* 2,25,6 Romolo permetteva di punire l'adulterio e il bere vino con la morte perché considerava l'adulterio fonte di follia e l'ubriachezza di adulterio: *ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσαζ, μέθην δὲ φθορᾶς*³⁷.

Se riteniamo di intendere l'espressione *φαρμακεία τέκνων* come utilizzo di farmaci abortivi, Romolo avrebbe, dunque, non solo ordinato di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite, ma anche sanzionato col ripudio le donne sposate che ricorressero ai *φάρμακα* abortivi: l'intento, abbastanza evidente, era quello di rendere Roma grande e popolosa, come afferma lo stesso Dionigi. Se il dovere principale della *matrona* romana era quello di procreare dei figli, appare evidente che il rifiuto di adempiere a tale dovere costituisse, insieme all'adulterio, la più grave trasgressione possibile; non può, dunque, stupire che sia stato sanzionato anche il ricorso da parte di una donna sposata all'utilizzo di *φάρμακα* abortivi.

³⁶ Tab.8.5 D. 50,16,236 pr. (Gai. 4 *ad l. XII Tab.*): *Qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. cum id quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. admonet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait: φάρμακα, πολλὰ μὲν ἐσθλὰ μεμιγμένα πολλὰ δὲ λυγρὰ.*

³⁷ Vedi anche Val. Max 2,1,5: *vini usus olim Romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intemperantiae gradus ad inconcessam venerem esse consuevit.*

La sanzione del ripudio, di cui abbiamo notizia solo da Plutarco, poteva, peraltro, applicarsi, alle sole donne sposate, mentre nessuna sanzione sarebbe esistita per l'aborto posto in essere da donne non sposate. Nel caso delle *filiaefamilias*, secondo parte della dottrina il padre poteva autorizzarle ad abortire, incorrendo tutt'al più nella nota censoria³⁸; per altra parte³⁹ la tesi di un intervento censorio nei confronti del padre, oltre a non armonizzare con la spettanza del *ius vitae ac necis*, non avrebbe, però, il ben che minimo appoggio di alcuna fonte, essendo indimostrato per quei tempi che il procurato aborto si ritenesse immorale. Per la Galeotti⁴⁰, nel contesto greco-romano l'aborto era, invece, largamente diffuso in tutte le classi sociali, moralmente accettato e giuridicamente lecito. Osserva l'autrice che per le donne sottoposte a *potestas* o *manus* il feto rientrava nella disponibilità dell'uomo di riferimento, il quale oltre ad avere un generale *ius vitae ac necis* sui figli nati e nascituri, aveva anche la 'proprietà del corpo femminile'; la decisione di abortire sarebbe stata di pertinenza femminile solo per le donne non sottoposte a potestà come le prostitute, secondo alcuni per tutte le donne *sui iuris*⁴¹.

3. *Conclusioni.* – Le dinamiche parentali nel diritto romano arcaico – paternità, maternità, nascita ed accettazione (o meno) dei figli nella *familia* – appaiono indissolubilmente legate al tema della *potestas* e ai conseguenti diritti ad essa connessi. Le vecchie polemiche di fine ottocento e dei primi decenni del secolo scorso, fondate essenzialmente sul positivismo e sull'evoluzionismo applicato alle scienze umane, sono evidentemente alle nostre spalle. Ma l'onda lunga di esse ancora condiziona, verrebbe da dire quasi involontariamente, gli studi sulle origini della *familia* romana, così peculiare e così fortemente se-

³⁸ Per G. HUMBERT, *Abigere partum*, in *DS*, VII, Paris 1877, pp. 7 s., l'aborto sarebbe stato considerato "seulement une action immorale"; se il marito l'aveva autorizzato, «il appartenait à la jurisdiction censoriale», mentre dell'aborto di una donna non maritata, lo Stato non si sarebbe occupato. A. MARONGIU, voce *Aborto* (*dir. romano e intermedio*) in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, pp. 126 s., ritiene che l'aborto sarebbe stato considerato solo un atto immorale, su cui poteva eventualmente esercitarsi la *cura morum censoria* nei confronti del padre.

³⁹ E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., pp. 45 ss.

⁴⁰ G. GALEOTTI, *Storia*, cit., p. 19 ss.

⁴¹ M. GANZIN, *L'avortement*, cit., p. 289: «la cèlibataire *sui juris* en est propriétaire (del *foetus*) et peut à la limite librement avorter».

gnata, nella sua disciplina giuridica, dai poteri – apparentemente – pressoché illimitati del *pater*.

Le fonti a nostra disposizione, ancorché con la cautela necessaria nell'analisi di testi che trattano del periodo regio, non sembrano peraltro avvalorare quella illimitatezza della signoria paterna sui propri sottoposti. Le pagine che precedono, infatti, sono tese a evidenziare la circostanza che – sin dalla monarchia del primo re della tradizione, Romolo – vigevano a Roma divieti di uccisione arbitraria ed anzi esisteva l'obbligo di allevare la prole nei primi anni di vita e la punizione del ripudio per la donna che si fosse procurato l'aborto. Divieti e obblighi che non sembrano, peraltro, avere lasciato tracce nella legislazione nei secoli successivi, se non troviamo altre disposizioni che sanzionano l'aborto della donna libera sino al rescritto di Severo e Caracalla, che lo repressero con la pena dell'esilio temporaneo⁴² e se teniamo conto del fatto che l'esposizione fu regolamentata, ma non eliminata, solo da Costantino, che stabilì che colui che raccoglieva il bambino poteva decidere se tenerlo presso di sé come figlio o come schiavo⁴³.

Mi pare pertanto che potrebbero, forse, essere riconsiderate – ovviamente allargando lo spettro delle ricerche – le dinamiche parentali nel più antico diritto romano.

⁴² Si vedano D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum et; 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; D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad ed.*): Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*

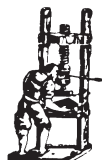
⁴³ C. Th. 5,9,1 (Imp. CONSTANTINUS A. AD ABLAVIUM P(RAE)FECTUM) P(RAE)TORIO): *Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint* (DAT. XV KAL. MAI. CONSTANTINOPOLI BASSO ET ABLAVIO CONSS.)

INTERPRETATIO. *Quicumque expositum recenti partu sciente patre vel matre vel domino collegerit ac suo labore educaverit, in illius, a quo collectus est, potestate consistat, seu ingenuum seu servum, quem nutrit, esse voluerit.*

Abstract

Con questo articolo si intende discutere la teoria della dottrina dominante secondo la quale la *patria potestas* e il *ius vitae ac necis* avrebbero costituito un potere illimitato fino ai tardi interventi imperiali. I limiti appaiono presenti già dall'epoca arcaica, se prestiamo fede a Dionigi; sembra, pertanto, opportuno riconsiderare le dinamiche parentali nel più antico diritto romano.

This article intends to debate the mainstream theory according to which the *patria potestas* and the *ius vitae ac necis* would have been an unlimited power up to late imperial laws. According to Dionigi, indeed, these limits were still present in the archaic era: it seems appropriate, therefore, to reconsider the parental dynamics in the most ancient Roman law.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di luglio dell'anno 2019
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy
red.nignat - ftc.desgiu

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it